

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
Mención en Derecho Internacional Económico

“La eficiencia de los mecanismos de solución de controversias en la liberalización del comercio prevista en la Comunidad Andina y en la Organización Mundial del Comercio”

David Padilla Moreno

2007

CONSTANCIA

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

David Sebastián Padilla Moreno
Junio de 2007

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
Mención en Derecho Internacional Económico

“La eficiencia de los mecanismos de solución de controversias en la liberalización del comercio prevista en la Comunidad Andina y en la Organización Mundial del Comercio”

David Padilla Moreno

Tutor: Dr. Gustavo Jalkh Roben

Quito, 2007

RESUMEN

La liberalización del comercio de bienes es un medio que establece la CAN para alcanzar sus objetivos de integración aún más ambiciosos, para lo cual ha estructurado un sistema supranacional con un órgano de tipo jurisdiccional independiente que solucione las controversias que surjan del Acuerdo. En la OMC su mecanismo de solución de diferencias se compone de elementos propios de la investigación internacional y de la conciliación, así como de ciertos procedimientos contenciosos. En ambos casos, la liberalización comercial tiene semejanzas, como su fin último de mejorar el nivel de vida de la población, y diferencias como el tipo de normativa que sustenta cada caso: Derecho Comunitario o Derecho Internacional.

Ese marco institucional y normativo en el que se encuentra cada mecanismo analizado, permite que se haga un acercamiento de los objetivos de cada uno, que en definitiva se circunscriben a que la normativa que los respalda sea cumplida y de este modo se puedan alcanzar los objetivos del Acuerdo. Por ello, en el presente estudio se hace un análisis detallado y novedoso sobre aspectos puntuales de cada mecanismo, como su estructura, conformación, financiamiento, los legitimados para intervenir ante ellos, los procedimientos y plazos establecidos —que incluyen recuadros ilustrativos sobre el tiempo que debería tomar una controversia—, los tipos de decisiones que adopta cada órgano, los recursos que procede ante cada decisión, su fuerza vinculante y exigibilidad.

Tras breves pero claras reflexiones sobre la necesidad de que una norma sea efectiva para que pueda ser eficaz, y sólo de este modo sea posible valorar su eficiencia, se llega a afirmar que no será por un excelente o mal mecanismo de solución de controversias que las normas sobre libre comercio serán reconocidas por los Estados parte, y por ende se cumplan sus objetivos. Sobre esa base se realiza un estudio detenido de la estadística que reflejan las causas tramitadas ante el TJCA y el OSD, a fin de valorar el nivel de actividad de cada uno, los tiempos promedios que tarda cada mecanismo en resolver las causas, y lo eficiente o no de cada etapa en que se lleva a cabo el procedimiento para solucionar la diferencia. También se analizan los costos promedios para acudir ante cada mecanismo, la relación porcentual entre los aportes de los países y su grado de intervención, para demostrar, por ejemplo, que habría más eficiencia si los países que contribuyen con financiarlos actúan de buena fe frente a la normativa correspondiente. También se valora la calidad e importancia de las decisiones y pronunciamientos emitidos por el TJCA y el OSD, a fin de medir sus costos políticos y sociales.

De este modo podemos extraer criterios que miran al fiel cumplimiento de la norma como única solución a los conflictos que se presentan, y otros que buscan restablecer la reciprocidad de intereses potencialmente afectada ante lo cual sólo caben acuerdos políticos. Ello permite concluir que si la liberalización comercial viene a ser un elemento para alcanzar un grado de integración que trascienda el libre flujo de bienes entre dos o más países, es oportuno adoptar un auténtico mecanismo de tipo jurisdiccional de solución de controversias. Si el acuerdo comercial no persigue ese tipo de integración, se deberían prever mecanismos de solución de controversias que busquen alcanzar cierta equidad entre lo preceptuado en la norma y las necesidades comerciales del momento y caso concretos.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
Introducción.....	6
1. Breve referencia al Acuerdo de Integración Subregional Andino y al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.....	8
1.1. La Comunidad Andina, su Programa de Liberación y el Tribunal de Justicia.....	10
1.2. La OMC, la liberalización del comercio y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD).....	14
1.3. Similitudes, diferencias y limitaciones del libre comercio previsto en la CAN y en la OMC.....	19
2. El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Entendimiento que rige la solución de diferencias en la OMC: similitudes y diferencias de sus objetivos.....	27
2.1. Conformación, estructura y financiamiento del Tribunal Andino y del OSD.....	32
2.2. Acciones destinadas a que se acate correctamente, por parte de los Estados, la normativa aplicable.....	38
2.2.1. Legitimados para intervenir ante el TJCA y el OSD. Participación de terceros.....	38
2.2.2. Procedimiento y plazos.....	42
2.3. Tipos de decisiones que adoptan el Tribunal Andino y el OSD: recursos; fuerza vinculante y exigibilidad de sus pronunciamientos...	63
3. Eficiencia de los mecanismos de solución de controversias analizados.....	68
3.1. Estadísticas generales de las causas tramitadas ante el TJCA y el OSD: resultados de su actividad y del tiempo tomado en el cumplimiento de ella.....	72
3.2. Costos financieros para el funcionamiento del TJCA y del OSD, así como para recurrir ante ellos. Relación porcentual de los países actuantes ante cada mecanismo.....	76
3.3. Calidad e importancia de las decisiones y pronunciamientos emitidos por el TJCA y el OSD.....	3
3.4. Aspectos que estimulan y frenan la liberalización del comercio prevista en la CAN y en la OMC, según la eficiencia del TJCA y del OSD.....	89
Conclusiones y Recomendaciones.....	95
Bibliografía.....	100
Anexo I: estudio de la situación real del AEC.....	103
Anexo II: Tratado de Libre Comercio Chile- EUA, artículo 22.15 (5). TLC Singapur-EUA, artículo 20.6 (5).....	109
Anexo III: Capítulo 3.1 y Conclusiones de la monografía intitulada <i>La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino</i>	116

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto el estudio de la eficiencia de los mecanismos de solución de controversias previstos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino (o Acuerdo de Cartagena), constitutivo de la ahora Comunidad Andina, y el establecido mediante el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (fijado a través del Acuerdo por el que se establece la OMC, mediante el desarrollo de su anexo 2 que contempla dicho Entendimiento).

Dada la importancia que ha venido adquiriendo la solución de conflictos en los acuerdos de comercio que suscriben los Estados a escala mundial, se ha percibido la necesidad de que el propio Acuerdo (norma de Derecho Internacional Público) prevea los mecanismos para que sus disposiciones sean debidamente acatadas. Puesto que el Derecho se encuentra presente desde el inicio de las negociaciones encaminadas a liberalizar el comercio de determinados o múltiples bienes, al punto que tales negociaciones concluyen con la celebración de normas jurídicas que vienen a establecer un cierto estado de derecho, éste debe ser garantizado mediante disposiciones que conformen un mecanismo que permita que se respeten los derechos y que se acaten las obligaciones acordadas.

Cabe entonces analizar si dentro del marco de la liberalización comercial que prevén tanto la CAN como la OMC, sus mecanismos de solución de controversias son eficientes a la luz de los resultados obtenidos. La base de la investigación esta fijada por la zona de libre comercio de mercaderías que promueven ambos procesos, dentro de lo cual se examinarán los plazos previstos para llegar a dicha meta, los derechos (beneficios) que se

conceden entre los Estados parte, y las obligaciones (compromisos) que han asumido, así como los resultados obtenidos en la actualidad.

Para el referido estudio se examinarán las normas que regulan las actividades del Tribunal de Justicia de la CAN (TJCA) y del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD), a fin de aproximar una valoración de los aspectos jurídico-normativos que tales normas prevén, conocer más en detalle sus ventajas y desventajas, así como verificar la eficiencia de cada uno según su costo-beneficio y según la utilidad para la liberalización del comercio que cada Acuerdo busca alcanzar, puesto que para valorar adecuadamente determinado procedimiento de solución de controversias, es importante evaluar la efectividad de cumplimiento de las decisiones que adopta cada órgano.

En una primera instancia de la investigación será imprescindible abordar de modo sucinto la conformación y los objetivos de la Comunidad Andina y de la Organización Mundial del Comercio, en especial la liberalización del comercio de bienes que cada proceso prevé, y el papel que juega cada órgano de solución de controversias. Posteriormente, se podrá realizar con mayor claridad el estudio comparativo del TJCA y del OSD, siendo adecuado trazar parámetros uniformes de análisis, tales como su conformación y estructura, sus competencias; los tipos de acciones que cada órgano puede conocer y los legitimados para intervenir en ellas; los tipos de decisiones, los recursos y los efectos jurídicos de sus pronunciamientos, entre otros. Finalmente, para verificar la eficiencia de cada mecanismo, encontramos pertinente hacer un estudio estadístico de las causas recibidas y tramitadas anualmente, la duración promedio en resolverlas, el capital humano y económico invertido cada año, la calidad de las decisiones y pronunciamientos emitidos, así como el valor e importancia de los mismos según su utilidad para la liberalización comercial deseada.

1. Breve referencia al Acuerdo de Integración Subregional Andino y al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC

Como uno de los principales Tratados comerciales suscritos por el Ecuador,¹ se tiene al de la Integración Subregional Andina —más conocido como Acuerdo de Cartagena—, que tiene una vigencia superior a 37 años y constituye el instrumento jurídico que fija el nacimiento del proceso de integración de los ahora cuatro países: Bolivia Colombia, Ecuador y Perú. Dicho Tratado fundacional de la CAN tiene por fin último el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, que se lograría alcanzar con el cumplimiento de los objetivos referidos principalmente a factores económicos, pero que también abarcan lo social y cultural, todo lo cual se concretaría mediante el establecimiento necesario de políticas —o mecanismos y medidas— a ser adoptadas por la Comunidad, y acatadas por los Países Miembros, mediante la creación de un ordenamiento jurídico de tipo comunitario.²

Dicho ordenamiento ha establecido organismos autónomos que cumplen las funciones esenciales de un *Supra Estado*, y que gozan de facultades necesarias para permitir el desarrollo del proceso de integración. Estos organismos conforman el Sistema Andino de Integración (SAI), del cual forma parte el órgano encargado de cumplir la función jurisdiccional en la Comunidad Andina, su Tribunal de Justicia.

Por otro lado, tenemos que mediante la Carta de La Habana de 1948 se buscó establecer la Organización Internacional del Comercio (OIC), como parte de la estructura planificada y reflejada en los Acuerdos de Bretton Woods, sin que haya entrado en vigor. Tras varias décadas de negociaciones comerciales multilaterales, en abril de 1994 se

¹ Publicado mediante Decreto Ejecutivo No. 1932, de 24 de octubre de 1969, y modificado últimamente mediante el Protocolo de Sucre de 1997, que entró en vigor el 14 de abril de 2003, codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 940, del 1 de julio de 2003.

² El cual se encuentra delineado en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 1.

suscribió el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), único órgano internacional que se ocupa de regular el comercio entre los países a nivel mundial.

Actualmente, forman parte de la OMC un total de 151 miembros. El Acuerdo por el que se establece consta de 16 artículos y 4 anexos,³ tiene como objetivos principales elevar el nivel de vida, alcanzar el pleno empleo, acrecentar la producción y el comercio a través de un desarrollo sostenible, y el incremento del comercio internacional de los países en desarrollo y de los menos adelantados según sus necesidades de avance económico. Para alcanzar esos objetivos que se dirigen principalmente a los citados países y que se sustentan en el comercio internacional, en el propio texto del Acuerdo por el que se establece la OMC⁴ se detallan claramente las funciones, la estructura y el funcionamiento de la Organización, y a pesar de que los Anexos de este Acuerdo lo conforman otros tantos Tratados profundos y ambiciosos, relativos a materias como el comercio de mercancías, de servicios, lo relativo a Propiedad Intelectual, así como a la solución de diferencias, es una realidad que las normas comerciales de la OMC han sido más útiles para los países desarrollados, razón por la cual desde el año 2001 se negocia la “Ronda para el Desarrollo” a fin de que la OMC se aproxime de modo más real y certero al logro de sus objetivos:

³ La normativa de la OMC se conforma por el Acuerdo de Marrakech y cuatro anexos, el primero comprende a su vez 3 sub-anexos: el 1A lo componen 13 acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías (en que se incluyen, entre otros, el GATT de 1994, el Acuerdo sobre Agricultura, el relativo a Inversiones, el de Normas de Origen, el de Salvaguardias); el 1B comprende el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); y el 1C contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El segundo anexo lo conforma el Entendimiento por el que se rige la solución de diferencias; el tercero el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales; y el cuarto los Acuerdos Plurilaterales.

⁴ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 853, del 2 de enero de 1996. Posteriormente, mediante el Suplemento del Registro Oficial No. 977, del 28 de junio de 1996, fue publicado un Alcance al Protocolo de Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la OMC, en el que consta, entre otros varios instrumentos, el Informe del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Adhesión del Ecuador.

beneficiar —a través del comercio mundial— a las economías más débiles y de este modo repartir mejor las ganancias y reducir la pobreza.⁵

1.1. La Comunidad Andina, su Programa de Liberación y el Tribunal de Justicia

El proceso de integración andino ha sido constituido a través de un Acuerdo internacional pero reposa sobre una premisa extraña al Derecho Internacional común: la transferencia a una organización supranacional, por vía de tratados internacionales, de un conjunto de materias y de competencias, propias de los órganos constitucionales de los Estados, para su ejercicio a través de una actividad decisoria y de control que tiene por destinatarios los órganos del Poder Público de los Estados y sus ciudadanos.⁶ La Comunidad Andina es, por tanto, una organización supranacional y no simplemente intergubernamental, a la cual le han sido transferidas soberanamente un conjunto de materias y de competencias propias de los Estados parte.

Por tanto, el elemento esencial que distingue el proceso andino de integración de todo otro acuerdo comercial que suscriban dos o más Estados, es la supranacionalidad que, a juicio del profesor Pescatore, se caracteriza por tres elementos principales: el reconocimiento por los Estados miembros de valores comunes que proveen el objetivo y la idea directriz del proceso; la asignación de competencias al servicio de tal objetivo; y la

⁵ La 9ª Ronda de negociaciones comerciales multilaterales, iniciada a partir del año 2001 con la Reunión Ministerial de Doha, prevé un “nuevo programa de trabajo”, en que se incluyen: (i) Negociaciones inmediatas relativas a agricultura, servicios, productos industriales, medio ambiente, medidas antidumping, subvenciones, solución de controversias, y acuerdos regionales. (ii) Negociaciones futuras, que abarcan inversiones (IED), competencia, contratación pública, facilitación del comercio, estrategias nacionales de desarrollo; y luego de 2 años: transparencia, no discriminación, equidad, cárteles, cooperación. (iii) Otros asuntos: trato especial y diferenciado (“disposiciones horizontales”, acuerdos regionales y de integración, coherencia), relación deuda-comercio y deuda-finanzas, transferencia de tecnología.

⁶ Moisés Troconis Villarreal, “Integración y Jurisdicción en la Comunidad Andina”, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio Comunitario*, Quito, 2004, pp. 158-159.

asignación de dichas competencias a una autoridad supranacional autónoma e independiente de las potestades de los Estados Miembros.⁷

La Comunidad Andina tiene a la liberalización del comercio de bienes como un medio para alcanzar sus objetivos de integración aún más ambiciosos, que se reflejan en los distintos mecanismos de política económica que contempla el Acuerdo de Cartagena y que implican mayores compromisos que un Programa de Liberación, tales como un programa de desarrollo industrial, otro de desarrollo agropecuario, la liberación del comercio intrasubregional de servicios, la adopción de un arancel externo común (a cuyo respecto consta un estudio de la situación real del AEC como Anexo I de la presente investigación),⁸ una integración física en campos como la energía, los transportes y las comunicaciones, y la ejecución conjunta de acciones en materia financiera y de pagos. Estas razones explican en cierto modo la transferencia, por parte de los Estados miembros, de ciertas competencias a órganos supranacionales, lo que no debe impedir reconocer a la liberalización del comercio de bienes como un primer paso imprescindible que debe llevarse a cabo correctamente si se busca alcanzar de modo certero y efectivo los demás objetivos de la integración andina.

El instrumento más importante para establecer la zona de libre comercio (ZLC) en la Comunidad Andina es el “Programa de Liberación de bienes”, que se encuentra desarrollado en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, artículos 72 a 78, y que 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”.

⁷ Pierre Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Lieja, Hachette, 1975, p. 62.

⁸ La adopción del Arancel Externo Común (AEC) de la CAN fue decidida por los Presidentes Andinos conforme a lo acordado en el Acta de Barahona, en fecha 5 de diciembre de 1991; sin embargo, a pesar de haberse emitido una normativa expresa en el año de 1994 (Decisión 370), y de que existe un sinnúmero de otras Decisiones y Resoluciones que regulan su adopción por parte de tres países miembros, hasta ahora no se concreta este compromiso asumido y, sin duda, existen muchos perjuicios y daños que han sido causados, además de la falta de credibilidad en el proceso que ello acarrea.

A causa de la difícil situación interna de los países, recién a partir de 1989 los mandatarios andinos dispusieron la simplificación del Programa de Liberación y la aceleración del proceso, lo que permitió que entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela se dé la primera ZLC del continente. El Perú ha tenido una modalidad propia, habiendo culminado la desgravación arancelaria de modo total el 31 de diciembre de 2005; por lo que es posible afirmar que desde enero de 2006 existe una verdadera ZLC entre los cinco países, esto es que la totalidad de los productos originarios de la Comunidad pueden circular libremente sin pagar aranceles ni gravámenes de ningún tipo.

La ZLC andina se caracteriza por ser universal, es decir que su objetivo es la liberación de todas las mercaderías sin excepción alguna. Su efectiva consecución se ve reflejada en un crecimiento sostenido del comercio intracomunitario, a pesar del otorgamiento autorizado de preferencias arancelarias a terceros países. Asimismo, se ha generado empleo de calidad para la producción de bienes manufacturados que se comercializan en la Subregión.⁹

Dentro de la liberación comercial, es importante tener en cuenta que ciertos bienes que comercializan los países entre sí son complementarios y no excluyentes, aunque existe un porcentaje estimable de productos que forman parte del intercambio comercial que son competitivos. Asimismo, a pesar de que la normativa que establece y rige la ZLC prevé una liberación total y completa, es una realidad que desde el año 1996 han surgido un importante número de controversias entre los Estados, debido a la falta de aplicación

⁹ Se debe tener en cuenta que el país que principalmente aporta al crecimiento del comercio en la Subregión ha sido Colombia, para el que más del 70% de las exportaciones que envía a la Comunidad Andina son manufacturas de alto valor agregado, entre las que se destacan la industria automotriz, los químicos, las confecciones, los productos de las artes gráficas y más recientemente las exportaciones de energía eléctrica. Este mayor valor agregado es el que explica la importancia que tiene el comercio andino para Colombia en términos de empleo.

correcta de tales normativas, y en definitiva, a la ausencia de concreción real de un libre mercado. Por ello es común escuchar análisis que señalan que

El Sistema Andino de Integración se ha convertido en una pirámide de sucesivos incumplimientos, que tienen al borde del fracaso al esquema de integración más antiguo de la subregión. Los voceros privados de los cinco países han dicho que les corresponde a los gobiernos que hacen parte de la CAN tomar cartas en el asunto para renovar el compromiso político y así poder revalidar y fortalecer la institucionalidad andina. La integración no puede construirse sobre cimientos de incumplimiento.¹⁰

Las razones anotadas han llevado a que, a partir del año 2004, los Presidentes de los países miembros decidieran perfeccionar la ZLC a fin de profundizar la integración comercial a través de distintas acciones, tales como completar el proceso de liberación del comercio intracomunitario, eliminar las restricciones innecesarias, reconocer las certificaciones fito y zoonosanitarias, defender el comercio intrasubregional frente a terceros países, establecer normas técnicas comunes, adoptar una agenda legislativa aduanera, crear un nuevo régimen de transporte internacional por carretera, y perfeccionar el sistema andino de solución de controversias.¹¹

Este sistema es el fruto de un largo período de maduración que comienza con la recomendación formulada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en 1971, sigue con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal el 28 de mayo de 1979, que entró en funcionamiento a principios del año 1984 en la ciudad de Quito, y con las modificaciones acordadas en el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996, con el que se da vigencia al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,¹² en el cual se prevé de modo expreso la estructura de este nuevo ordenamiento de tipo

¹⁰ La República (Diario económico, empresarial y financiero de Colombia), *Mercado Andino*, Bogotá, 2006, p. 2.

¹¹ www.comunidadandina.org

¹² Codificado mediante Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la G.O.A.C. No. 483, del 17 de septiembre de 1999.

comunitario, puesto que en su artículo 1 se fijan las normas que lo conforman,¹³ y también se desprenden las siguientes características del mismo: obligatoriedad, vigencia inmediata, efecto y aplicación directos, y supremacía.

Dentro del sistema supranacional que estructura la CAN, un órgano de tipo jurisdiccional independiente acarrea, sin duda, imparcialidad y autonomía respecto a los Estados que la conforman como a los demás órganos supranacionales. De este modo tenemos como aspectos favorables de un mecanismo de tipo jurisdiccional de solución de controversias, que en su jurisprudencia el juez está llamado a “dar vida a las reglas de derecho, ajustándolas a las circunstancias del momento en que se aplican... respondiendo a las necesidades particulares de un proceso dinámico”.¹⁴ Pero también se ha señalado que “todo sistema de solución de controversias –así sea uno que puede considerarse sofisticado y avanzado, como es sin duda la presencia de un Tribunal permanente-, nunca es, por sí mismo, mejor o peor que otros sistemas alternativos. Deben tenerse en cuenta las características peculiares del proceso de integración al cual están llamados a servir”.¹⁵

1.2. La OMC, la liberalización del comercio y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD)

El avance de la liberalización comercial que se llevó a cabo en aplicación del GATT de 1947 permitió que los aranceles se reduzcan de modo selectivo, producto por producto,

¹³ “**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 Andino 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”.

¹⁴ Gustavo Fernández Saavedra, “Análisis del Informe de la Comisión en 1972, sobre la creación del órgano jurisdiccional andino”, en Cámara de Comercio de Bogotá, comp., *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá: El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Bogotá, 1973, p. 73.

¹⁵ Fernando Uribe Restrepo, *Memorias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, 1992, p. 232.

mediante peticiones y ofertas hechas entre las partes contratantes. A partir del 1 de enero de 1995, cuando entró en vigor la normativa OMC, los miembros buscaron el libre acceso de las mercancías conforme a las condiciones y medidas arancelarias y no arancelarias convenidas para la entrada de determinados bienes a sus mercados. Los compromisos arancelarios de cada miembro se establecen en las listas de concesiones de bienes que cada uno fue presentando al adherirse a los Acuerdos de la OMC, y que se encuentran anexas al Acuerdo de Marrakech de 1994 o al Protocolo de Adhesión de cada Estado.¹⁶ Las listas establecen un máximo de derechos arancelarios que cada miembro se compromete a cobrar, considerándose estos como derechos “consolidados”, por lo que son tipos arancelarios cuyo aumento resulta difícil. En pocos casos los aranceles han sido fijados en cero.

Cabe señalar que desde 1988, en vigencia del GATT, existe el Sistema Armonizado (SA) que busca fijar unanimidad en las desgravaciones que cada miembro ha establecido en su lista de concesiones, lo que ha llevado a que algunos miembros renegocien sus listas en relación con la aplicación del SA, por lo que han existido cambios en 1992 (SA92), en 1996 (SA96) con modificaciones sustanciales, y en 2002 (SA2002). Está previsto que en 2007 entre en vigor una cuarta modificación (SA 2007).¹⁷ Adicionalmente, en virtud del artículo II del GATT existe la posibilidad de que los miembros se excepcionen de aplicar ciertos derechos arancelarios ya fijados; asimismo, el artículo XXVIII es la principal disposición que prevé la modificación de las listas de concesiones arancelarias. Por tanto, determinar la

¹⁶ En el Protocolo de Adhesión del Ecuador consta su lista de concesiones, por la cual acuerda “consolidar su universo arancelario a un techo igual al de los niveles del Arancel Externo Común del Acuerdo de Cartagena, adoptado mediante la Decisión 370... más diez puntos; aunque este nivel de consolidación tiene varias excepciones”.

¹⁷ Sin embargo, según lo indica la OMC, para múltiples miembros existe una importante confusión respecto de las concesiones arancelarias vigentes y efectivamente aplicables, ya que algunos “que en la actualidad están aplicando el SA, e incluso el SA2002, tienen todavía listas anteriores a la Ronda Uruguay que han sido establecidas conforme a una nomenclatura distinta de la del SA. En estos casos y con el fin de garantizar la coherencia entre el arancel aduanero y la lista de concesiones, el Miembro debe transponer su lista al SA. Otros Miembros tienen listas anteriores a la Ronda Uruguay que ya han sido transpuestas al SA, pero sólo en las versiones de 1988 ó 1992, y aún están pendientes las transposiciones al SA96 y al SA2002”.

concesión arancelaria que ha hecho un miembro respecto de un bien específico puede requerir el examen de varios instrumentos jurídicos diferentes.

En todas las negociaciones sobre desgravaciones arancelarias se tiene plenamente en cuenta principios como el de “Todo único”, por el cual prácticamente cada punto de la negociación es parte de un todo indivisible y nada puede acordarse por separado.¹⁸ También se aplican los principios de la nación más favorecida y del trato especial y diferenciado que repercute tanto en las modalidades (plazos, aranceles, subvenciones) de liberalización del comercio de bienes, como en relación al Entendimiento que rige la solución de diferencias (ESD), a favor de los países en desarrollo y los menos adelantados.

El mayor problema de la liberalización del comercio a nivel mundial se da en materia agrícola, en que el promedio de aranceles de todos los miembros de la OMC duplica el promedio aplicado a productos industriales, haciendo prohibitivo este tipo de comercio en ciertos países desarrollados. La causa principal de este problema son los subsidios a la exportación que siguen siendo muy elevados, representando en países desarrollados alrededor de US \$ 230 mil millones, y para países en desarrollo con recursos más limitados, alrededor de US \$ 20 mil millones. Por ello, el principal objetivo de las rondas multilaterales de negociación es la liberalización del comercio agropecuario, a fin de reducir de modo considerable los subsidios y restricciones que han creado distorsiones en el comercio mundial.¹⁹

En el contexto referido, el OSD cumple un papel muy importante en la liberalización del comercio prevista en la normativa OMC, puesto que su función es verificar que se cumplan tales disposiciones por parte de los miembros, o interpretarlas de

¹⁸ “Nada queda acordado mientras no se haya acordado todo”, que dejó de lado el enfoque “a la carta” que caracterizaba las negociaciones hasta la Ronda Tokio en 1979.

¹⁹ Tales como la contención de la subida de precios, la pérdida de participación en el mercado y la desviación de flujos comerciales.

modo correcto, lo que permite asegurar que “la liberalización del comercio y sus beneficios estén directamente conectados con el adecuado funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias, de modo tal que si éste no funciona correctamente, todo el sistema puede verse afectado”.²⁰ El ESD contiene 27 artículos, sus principios básicos señalan que el mecanismo “es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio” (artículo 3.2), lo cual debe servir de referente —como indica la doctrina— para “evaluar el funcionamiento del sistema en sus más de nueve años de existencia”.²¹ El mecanismo creado debe servir para preservar “los derechos y obligaciones de los Miembros”, y para “aclarar las disposiciones vigentes”. El objetivo es “hallar una solución positiva a las diferencias”, siendo la primera una “solución de mutuo acuerdo”, que de no ser alcanzada, como segunda alternativa está la eliminación de medidas que son contrarias a los Acuerdos OMC, como tercera opción se prevé la compensación, y por último la suspensión de concesiones que benefician al miembro investigado (3.7).

Dentro del marco del ESD, se entiende la diferencia como una situación en que un miembro siente menoscabada una ventaja conferida, directa o indirectamente, por uno de los acuerdos abarcados, debido a medidas que ha adoptado otro miembro (artículo 3.3). La doctrina nos indica que es el desacuerdo entre dos Estados miembros de la OMC, “por la adopción de una medida de orden interno que, por una parte, afecta el funcionamiento de un acuerdo abarcado por ser incompatible con las normas del mismo y, por consiguiente,

²⁰ Marcos Jank, Leandro Araújo y José Díaz, “El Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC en Perspectiva: ¿Cómo hacer frente a los Subsidios a la Agricultura que distorsionan el Comercio?”, en BID-ITD-INTAL, comp., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Buenos Aires, 2004, p. 371.

²¹ Valerie Hughes, “El sistema de solución de diferencias de la OMC: una experiencia exitosa”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op.cit., p. 63.

anula o menoscaba derechos en favor del Estado reclamante y que, por otra parte, tiene, por presunción, efectos desfavorables”.²²

Por tanto, la diferencia entre dos o más Estados —únicos sujetos previsibles para ser partes principales de la controversia— hace que el mecanismo previsto en el ESD consista esencialmente en un procedimiento de gobierno a gobierno, sistema intergubernamental donde la reciprocidad, la diplomacia y los intereses unilaterales prevalecen. Por ello se ha dicho que el sistema de solución de diferencias de la OMC es un mecanismo “híbrido” entre técnicas diplomáticas y jurisdiccionales,²³ ya que, como veremos más adelante, se compone de elementos propios de la investigación internacional y de la conciliación, así como de ciertos procedimientos contenciosos.

Asimismo, se ha dicho que el mecanismo previsto en el ESD es en realidad “cuasijudicial”, aunque dado el contexto político imperante al momento de haberse negociado su creación, y en vista de la experiencia anterior del GATT, “esto es lo máximo que cualquier observador racional podría haber esperado”.²⁴ Se afirma que el mecanismo previsto en el ESD es ahora “mucho más efectivo para limitar —aunque no usurpar— la soberanía nacional en el campo del comercio”.²⁵ Sobre la base de casos concretos y que ahora han retomado mucha importancia, se ha dicho también que “La experiencia poco alentadora de la resolución de la disputa entre el Ecuador y la Unión Europea sobre el banano... ha determinado que el país impulse la creación de un mecanismo que emita resoluciones de carácter vinculante, que garanticen efectivamente el resarcimiento del daño

²² Alberto Zelada Castedo, *Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1996, pp. 18-19.

²³ Miquel Montaña Mora, *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 64.

²⁴ Julio Lacarte y Fernando Piérola, “Estudio comparativo de los mecanismos de solución de diferencias del GATT y de la OMC: ¿Qué se logró en la Ronda Uruguay?”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op.cit., p. 20.

²⁵ Rufus Yerxa, “¿A dónde va la OMC? Reflexiones sobre los desafíos que enfrentará en el futuro el sistema multilateral de comercio”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op. cit., p. 35.

a la parte afectada”.²⁶ Es entendible entonces que el mecanismo de solución de controversias de la OMC se encuentre en discusión dentro de las negociaciones de Doha, a fin de fortalecerlo y mejorarlo.²⁷

1.3. Similitudes, diferencias y limitaciones del libre comercio previsto en la CAN y en la OMC

La ZLC de la CAN es el primer paso para alcanzar la integración andina que incluye, además de la libre circulación de mercancías, una unión aduanera, una libre circulación de servicios y de los factores de producción, hasta alcanzar un mercado común. Por tanto, si ese primer paso fundamental no se concreta de modo óptimo, muy difícil (por no decir imposible) sería pretender alcanzar otros y mayores fines. La liberalización del comercio de bienes a nivel andino viene entonces a ser un medio para lograr la integración, sin embargo, hemos visto que sólo de modo reciente ha sido alcanzada y no de forma pacífica o sin incumplimientos que subsisten por parte de los Estados miembros.

A pesar de que la integración andina y sus objetivos explican la estructura supranacional de la CAN —y no simplemente intergubernamental—, la ZLC que prevé el Programa de Liberación de bienes es la máxima etapa a la que ha llegado el proceso andino de integración. Por ello, analizar dicho Programa fijado en el Acuerdo de Cartagena y cotejarlo con la liberalización del comercio a nivel mundial por la que trabaja la OMC, es

²⁶ Roberto Ponce Alvarado, “El ALCA: un desafío y una oportunidad”, en *Revista Ruptura*, No. 45, tomo II, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 2002, p. 293.

²⁷ Por ejemplo, los expertos nos comentan que se está analizando reforzar la forma de hacer exigible las resoluciones del OSD, a través de las compensaciones monetarias. Algunas opciones que se han adoptado al respecto en importantes convenios suscritos bilateralmente por Estados en el ámbito comercial, se refieren a permitir que el Estado que incumple lo convenido “tenga el derecho de escoger su veneno”, por cuanto es el propio Estado que se encuentra frente a una suspensión de concesiones, quien escoge pagar una cantidad acordada de modo anual (o determinada según los daños) en lugar de que le sean suspendidas determinadas concesiones. Por ejemplo, resulta interesante ver el Tratado de Libre Comercio Chile- EUA, artículo 22.15 (5), y el TLC Singapur-EUA, artículo 20.6 (5), cuyas copias constan como anexo II.

apropiado para posteriormente evaluar la eficiencia de los mecanismos de solución de controversias previstos tanto en la CAN como en la OMC.

En ese marco, vemos que ambos procesos de liberalización de mercancías tienen en común su fin último, que es el mejoramiento del nivel de vida de la población, a través de una paulatina e importante reducción de aranceles aduaneros y de la eliminación de toda traba o restricción comercial. En ambos casos se busca alcanzar con la liberalización de bienes otros fines socio-económicos, tales como el mejoramiento de la balanza comercial (a fin de que favorezca mayormente a países con economías más débiles), el aumento de los principales indicadores económicos (PIB, PIB per cápita, empleo), la adopción de políticas que busquen un desarrollo sostenible, y en definitiva la construcción de un mayor equilibrio entre todos los actores que participan en la actividad del intercambio comercial de mercaderías.

Para alcanzar una efectiva liberalización del comercio de bienes, las disposiciones normativas multilaterales de la OMC y las de la CAN, reducen las barreras al comercio, estabilizan las reglas de juego, disminuyen la discrecionalidad en la toma de decisiones y crean mecanismos para la solución de conflictos. Asimismo, las primeras intenciones plasmadas en las normas de la CAN y de la OMC buscaron liberalizar el comercio en lapsos breves, lo que sucedió a nivel de la CAN recién a partir de sus 23 años de existencia, concretándose de modo completo a sus 37 años; mientras que a nivel de la OMC —si bien tiene un tiempo de labores inferior— se siguen aplazando los compromisos pactados. Por tanto, es el modo o forma de llevar a cabo la liberalización de bienes lo que diferencia ambos mecanismos, ya que a nivel andino se establece un Programa de Liberación en el propio Acuerdo que da vida a la CAN, y se han ido emitiendo normas comunitarias en las que se fijan modalidades y compromisos de los países miembros respecto a la liberalización

de ciertos productos. En la OMC cada miembro presenta como anexo a su incorporación una lista de concesiones, que viene a fijar aranceles consolidados, aunque existe un sinnúmero de disposiciones (como el Sistema Armonizado, o las nuevas concesiones) que causan confusión a la hora de determinar el arancel aplicable.

La utilización excesiva de las normas de excepción al libre comercio de bienes que se lleva a cabo en la CAN y en la OMC, también las hace semejantes. En efecto, el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, en sus literales que excluyen de “restricciones de todo orden” lo allí previsto, es con frecuencia invocado por los países miembros sin verificarse los supuestos normativos, y en mayor medida se invocan las cláusulas de salvaguardia sin que correspondan a lo que ordena la norma.²⁸ En la OMC existe un gran número de normas que regulan estas excepciones a la liberalización comercial de bienes, cuya inadecuada aplicación es la causa principal de diferencias entre miembros. Así, tenemos en los Acuerdos del Anexo 1A, como en el GATT²⁹ en que se detallan distintas excepciones al libre comercio, el artículo XIX que prevé la salvaguardia que se desarrolla y refuerza en el Acuerdo sobre Salvaguardias, y que se aplica cuando existe un aumento de las importaciones de un producto en tal cantidad y en condiciones que causan o amenazan causar un daño grave a productores nacionales. El artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura prevé la salvaguardia especial que es aplicable en situaciones muy técnicas y distintas a las previstas en la salvaguardia del GATT; y el artículo 6 del Acuerdo sobre los Textiles y el

²⁸ El Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena prevé varias razones para aplicar una medida de salvaguardia: corrección de un desequilibrio en la balanza de pagos (artículo 95), amenaza o perjuicio grave a la economía o a un sector significativo de la actividad económica (artículo 96), perturbaciones en la producción nacional de un producto específico (artículo 97), y devaluación monetaria (artículo 98). También existe la “salvaguardia agrícola” con el fin de cubrir los déficit de producción interna o nivelar los precios de los productos (artículo 90).

²⁹ El artículo XI prevé contingentes, licencias de importación o de exportación, u otras restricciones cuantitativas permitidas; el XII las restricciones para proteger la balanza de pagos; el XIV las restricciones cuantitativas autorizadas en virtud de la aplicación de ciertas normas del FMI; el XVIII la ayuda autorizada del Estado para favorecer el desarrollo económico de un sector determinado; el XX las excepciones generales que se pueden aplicar siempre que no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable, o una restricción encubierta al comercio, y el XXI las excepciones por motivos de seguridad nacional.

Vestido prevé la adopción de una salvaguardia de transición para los productos incluidos en su Anexo.

Asimismo, tanto la normativa de la CAN como de la OMC autorizan a los países suscriptores a que otorguen preferencias arancelarias a terceros países, lo que implica que la liberalización comercial de bienes en ellos prevista puede ser compartida con terceros que no son parte de tales Acuerdos, o incluso que esos terceros se beneficien de un mejor libre comercio por sobre lo previsto en estas normativas. Así, tenemos que en la OMC el artículo XXIV del GATT, párrafos 4 y 5, prevé que los países suscriban acuerdos (con miembros de la Organización o con terceros) a fin de desarrollar una integración mayor de las economías, mediante el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio. El Acuerdo de Cartagena prevé en su artículo 78 que los países miembros lleguen a acuerdos comerciales de alcance parcial “con los demás países de América Latina”, y también que sea un órgano propio de la CAN (la Comisión) quien conozca y fije los términos en que un miembro pueda modificar los gravámenes del Arancel Externo Común a través de compromisos con países ajenos a la Subregión (artículo 86).³⁰ A pesar de parecer esto un control *a priori* que efectúa la CAN, como se ha dicho antes, el AEC es una etapa a la que todavía no ha llegado el proceso andino, y la realidad más bien ha demostrado que cada miembro suscribe acuerdos comerciales y fija aranceles con terceros según su propia voluntad, y sin velar atentamente a su compatibilidad con la norma comunitaria.

Algo que también asemeja a los dos procesos de liberalización comercial es el desacato, por parte de los países miembros, de las disposiciones que forman parte del

³⁰ En este contexto sostiene el Profesor Montaña que, “Al parecer, como alternativa de supervivencia a la Comunidad Andina le tocará entrar en un complejo y a lo mejor insuperable proceso de revisión de su sistema jurídico de tal forma de trasformarlo y ponerlo a punto con el marco jurídico de los diferentes tratados de libre comercio suscritos por sus estados miembros”. César Montaña Galarza, “El potencial Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al Derecho Comunitario Andino”, en Revista *IURIS DICTIO*, No. 10, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2007, p. 34.

Acuerdo marco. Esta realidad de desconocer e irrespetar las reglas de juego, haciendo un uso abusivo de los espacios que pueden dejar las normas para con ello entorpecer el comercio, y que lamentablemente tanto en la CAN como en la OMC es provocado por iniciativas de ciertos segmentos burocráticos ligados a intereses productivos específicos de los países, sólo daña la relación comercial ya establecida o reglada y, por supuesto, afecta una mayor y mejor expansión del comercio, sea a nivel intrasubregional o mundial.

Por ello, la liberalización de mercancías prevista en la OMC y en la CAN se encuentra en proceso de revisión. Dentro de estos cambios que deben y se trabaja en llevarlos a cabo, también se incluye, tanto en la OMC como en la CAN, a sus respectivos mecanismos de solución de controversias.

Cabe entonces referirnos a las diferencias que existen en la liberalización comercial de bienes contemplada en la normativa de la CAN y de la OMC. En la primera se previó su concreción desde hace varios años (algo más de 30), y sólo abarcó a 5 países, actualmente 4. Por su lado, las normas OMC tienen una vigencia de 12 años y 151 suscriptores. Por tanto, sin duda se puede afirmar que la OMC, como único órgano internacional que se ocupa de regular el comercio entre los países a nivel mundial, ha sabido liberalizar de manera más efectiva el comercio, dada su corta existencia y el gran número de mercados que abarca; mientras que la CAN ha sido muy lenta en conseguir resultados efectivos en relación a su madurez y al pequeño número de Estados que la conforman.

Por otro lado, tenemos que si bien en los dos procesos de liberalización comercial existen asimetrías entre los miembros, al punto que en los dos se aplica el trato especial y diferenciado, en la OMC son mucho mayores las diferencias. Esto —que no ocurre en la CAN— repercute en la capacidad institucional de cada gobierno en áreas como la negociación internacional, el ejercicio de derechos adquiridos y el cumplimiento de

obligaciones. En todo caso, la difícil situación que ello representa también implica que en la CAN no se ha sabido aprovechar su condición de estar conformada por economías bastante semejantes.

Un aspecto de gran importancia que diferencia la liberalización comercial de la CAN y de la OMC es el tipo de normativa que cada proceso ha adoptado. La OMC se estructura por Acuerdos pertenecientes al Derecho Internacional Público, que implica que los compromisos que se establezcan, para ser acatados y exigibles, deben ser traspuestos en las normas nacionales de cada miembro, lo que lleva a que las relaciones jurídicas se den fundamentalmente entre Estados. En la CAN el ordenamiento jurídico adoptado si bien nace del DIP clásico, se torna en un Derecho de tipo Comunitario en que los órganos e instituciones andinas, los Estados miembros y los particulares, se hallan sometidos al control de sus actos (tanto de acción como de omisión) frente al orden instaurado, al punto que las relaciones se dan a nivel supranacional a fin de asegurar la integración. Debe entonces reconocerse la importancia de la transferencia de competencias y una limitación de poderes de los países que buscan integrarse, ya que “de otro modo se establecería solo un mecanismo de cooperación, que es lo que, en esencia, contienen los tratados internacionales y lo que normalmente se utiliza para acercar a países antes de iniciar lo que puede llamarse, en propiedad, un proceso de integración”.³¹

Desde la óptica del tipo de ordenamiento jurídico que regula la liberalización comercial de la OMC y de la CAN, se puede entender que en ésta no se acepte la reciprocidad para exigir el cumplimiento de las obligaciones. Al respecto, el Tribunal Andino ha señalado que un país miembro demandado no puede “excusar su conducta... en

³¹ Ricardo Vigil Toledo, “La solución de controversias en el Derecho Comunitario Andino”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op. cit., p. 161.

el incumplimiento de otros países. En los acuerdos comunitarios, el incumplimiento de uno no implica el de los demás...”.³² En la OMC, al no ser acatado un compromiso por parte de un miembro, es frecuente que los demás tampoco se vean obligados a cumplir su parte, como ocurre por ejemplo en materia agrícola.

En el comercio interno de la CAN, prácticamente la totalidad de mercaderías se han liberalizado, aunque subsisten variados incumplimientos en distintas áreas, mientras que en la OMC únicamente los productos no agrícolas representan cerca del 90% de las exportaciones mundiales de mercancías que están en proceso de liberalización según las concesiones que cada país otorga, siendo el gran problema el comercio agrícola que en ciertos sectores es incluso prohibitivo.

Por último, podemos indicar que lo limitante de un proceso regional de liberalización de comercio se ve compensado con las mayores asimetrías y cercanía geográfica que tienen los países, aunque el aspecto más relevante en el caso de la CAN lo constituye su proyección integracionista. En todo caso, es cierto que la actividad a nivel regional o bilateral no alcanza al sistema multilateral, y más bien, lo que prevén los acuerdos regionales o bilaterales genera, en cierta medida, mayores costos y distorsiones en el comercio mundial debido a la discordancia de normas y preferencias arancelarias que indistintamente se van otorgando a diferentes niveles. Asimismo, “es mucho menos probable que los pactos regionales y bilaterales contemplen, como sí lo hace la OMC, temas primordiales tales como los subsidios a la agricultura, que sólo se prestan a una solución global” (R. Yerxa, 2004: 39).

Desde esa óptica podemos señalar que si bien la CAN prevé una integración que va más allá de una liberalización comercial, únicamente ha llegado a cumplir de modo

³² TJCA, sentencia del Proceso 117-AI-2004, publicada en GOAC No. 1347, del 25 de mayo de 2006.

aceptable esta primera fase, lo que la muestra débil, incierta y hasta poco seria a nivel mundial. En cambio, la OMC que es más general es sus normas —ya que prevé los parámetros básicos por los que cada Estado puede ir liberalizando su comercio según sus intereses y conveniencias— es hasta ahora el mejor mecanismo de acercamiento entre países desarrollados, países en desarrollo y países menos adelantados. Estas relaciones son, sin duda, igual o más importantes para las economías de los países andinos que tienen como socio comercial principal desde hace décadas, tanto en exportaciones como en importaciones, a los Estados Unidos de América.

Esto explicaría en cierto modo la incertidumbre en que vive el TJCA, a pesar de su estructura jurídico-normativa que lo respalda, y de ser un órgano supranacional dentro de un proceso de integración que debería caracterizarse por la cooperación entre sus países miembros. Cosa distinta sucede con el OSD, el cual, a pesar de las críticas que recibe y de las mejoras que se prevé sea objeto, si duda se mantendrá no importa los resultados de la Ronda Doha, ya que “es altamente improbable -aunque no imposible- que Miembros claves de la OMC, como los Estados Unidos o la Unión Europea, abandonen la Organización. Después de todo, la OMC es el único marco que tienen ambos Miembros para manejar su relación comercial bilateral” (R. Yerxa, 2004: 40).

De todos modos, es cierto que las controversias comerciales internacionales vienen a ser la última instancia para resolver las diferencias entre socios, ya que ellas afectan las corrientes normales de comercio y traen costos políticos y económicos elevados. Por ello, muchas de las desigualdades o desentendimientos suelen resolverse —tanto en la CAN como en la OMC— en fases previas a la controversia en sí misma, que vienen a formar parte de los procedimientos contemplados en los mecanismos de solución ahora analizados, conforme veremos en los capítulos que siguen.

2. El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Entendimiento que rige la solución de diferencias en la OMC: similitudes y diferencias de sus objetivos

El TJCA es un órgano jurisdiccional que forma parte de un sistema supranacional que busca integrar de modo comercial a cuatro Estados, su actividad debe salvaguardar los intereses comunitarios y los derechos de los países miembros consagrados en el ordenamiento andino. Por su lado, el OSD forma parte de una organización internacional de tipo intergubernamental, en que los procedimientos y relaciones entre los gobiernos de los Estados miembros se cumplen según los intereses unilaterales y mediante la diplomacia.

La jurisdicción otorgada al TJCA se encuentra establecida en el Acuerdo de Cartagena (artículos 6, 40 y 41) y en su Tratado de Creación (artículo 5). El artículo 1 de dicho instrumento establece un listado de normas que forman parte del ordenamiento que se constituye mediante estos instrumentos internacionales, llamado Derecho Comunitario, el cual se conforma por normas “originarias”, “primarias”, o “constitutivas”, contenidas no solamente en el Acuerdo de Cartagena sino también en el Tratado de Creación del Tribunal y sus respectivas modificaciones, y en el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; y, por las normas “derivadas” o “secundarias”, correspondientes a las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a las Resoluciones emanadas de la Secretaría General, y a los Convenios de Complementación Industrial suscritos entre los países miembros.

El TJCA funciona desde 1984, es el único llamado a velar por la correcta aplicación, acatamiento e interpretación del Derecho Comunitario, a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos y fines que persigue el Acuerdo de Cartagena. También

regulan su funcionamiento el Estatuto del TJCA y su Reglamento Interno. Las acciones que son de su competencia se detallan en el Capítulo III del Tratado, y son las que a continuación se describe de modo sucinto: Los artículos 17 a 22 regulan lo relativo a la Acción de Nulidad, medio jurídico que busca garantizar la conformidad de los distintos actos de los órganos del SAI con las normas del ordenamiento comunitario que les sirven de fundamento. Los artículos 32 a 36 regulan lo concerniente a la Interpretación Prejudicial, mecanismo de acceso indirecto que surge cuando un juez o tribunal nacional conoce de una causa en la que es aplicable una norma perteneciente al ordenamiento comunitario y solicita al TJCA su interpretación y alcance, a fin de que la misma sea aplicada de modo uniforme en el territorio de la Comunidad. El Recurso por Omisión o Inactividad (artículo 37) constituye una especie de amparo por la mora de la Administración comunitaria en el cumplimiento de sus obligaciones. La Demanda Laboral (artículo 40) permite conocer las controversias que se deriven de las relaciones de trabajo entre los funcionarios y los órganos del SAI. Por último, existe la función Arbitral (artículo 38) que hasta ahora no ha sido implementada, y que está prevista para controversias específicas entre órganos del SAI, o entre estos y terceros, y entre particulares cuando surjan de contratos de carácter privado regidos por el ordenamiento andino.

La acción destinada a que se acate correctamente la normativa comunitaria por parte de los países miembros —que es la que interesa para la presente investigación— se regula en la Sección Segunda del Capítulo III (artículos 23 a 31) del Tratado de Creación del TJCA, y se denomina Acción de Incumplimiento, cuyo objeto es verificar la conducta de un país (únicos sujetos pasivos de esta acción) que sea contraria al ordenamiento jurídico de la CAN, por no cumplir las obligaciones y compromisos a que está obligado en virtud de aquél.

De modo previo a iniciar esta acción ante el Tribunal, el Tratado prevé que se agote un procedimiento administrativo ante la Secretaría General (órgano ejecutivo y técnico del SAI). Verificada la conducta contraria al ordenamiento comunitario por el TJCA, esta acción también persigue garantizar que se reestablezca el estado de derecho, mediante el control objetivo de la ejecución, por parte de los países, de sus obligaciones y compromisos comunitarios. El ejercicio de esta acción es imprescriptible; las sentencias que emite el TJCA tienen fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada, y la emitida en una AI constituye, además, título legal y suficiente para que el particular que promovió la acción pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios correspondientes (artículos 30 del Tratado y 110 del Estatuto).

En la OMC, el mecanismo de solución de diferencias “es la piedra angular del sistema multilateral de comercio”,³³ puesto que de no existir, el conjunto de disposiciones de la normativa serían menos eficaces debido a la falta de exigibilidad de su cumplimiento. El artículo IV del Acuerdo por el que se establece la Organización crea el Consejo General como órgano representativo de todos sus miembros, compuesto por los delegados de cada país ante la OMC. Es éste Consejo que también desempeña las funciones del Órgano de Solución de Diferencias, que tiene su propio presidente y sus normas de procedimiento.

Al ser 151 los miembros de la OMC, el artículo IX.1 del Acuerdo de Marrakech, corroborado por el artículo 2.4 del ESD, establece que las decisiones del Consejo General reunido como OSD se adoptan por el llamado consenso negativo, en el sentido de que por regla son aprobadas salvo que todos los miembros presentes en la reunión se opongan a la misma. Conforme al artículo IX.2 del Acuerdo de Marrakech, la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del mismo, y de los demás Acuerdos Multilaterales, la comparten

³³ Organización Mundial del Comercio, *Entender la OMC*, Ginebra, 2003, 3ª ed., p. 55.

la Conferencia Ministerial (representada por todos los miembros y reunida cada dos años) y el Consejo General de la OMC, lo que demuestra el importante peso intergubernamental al que se somete la aplicación de estas normas multilaterales de comercio.

Este novedoso sistema para solucionar las controversias tiene como fuente de interpretación a los principios aplicados por el GATT de 1947, y a “las normas usuales de interpretación del derecho internacional público” (artículo 3 del ESD), que por regla se refieren a la buena fe, al sentido corriente del Tratado, a su contexto, al objeto y fin, complementado por el estudio de los trabajos preparativos y de las circunstancias que le dieron su sentido.³⁴

El artículo 1 del ESD establece su aplicación a todos los acuerdos del paquete OMC, o también llamados “acuerdos abarcados”, algunos de los cuales tienen normas de procedimiento especiales o adicionales respecto a la solución de diferencias. Por ello, el artículo 2 encarga al OSD, por regla general, la administración de esas normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias. El Órgano de Apelación (ODA) ha señalado que pueden coexistir las normas especiales y las de carácter general, ya que ambas se aplican en forma acumulativa, prevaleciendo las especiales sobre las generales únicamente en caso de que exista una discrepancia.³⁵ Asimismo, el artículo XVI del Acuerdo de Marrakech establece su prevalencia, en caso de conflicto, respecto de cualquier disposición de los acuerdos abarcados, y fija el compromiso de los miembros de asegurar la conformidad de sus leyes con las obligaciones impuestas en dichos acuerdos.

Por tanto, a diferencia del TJCA que goza de competencia en varias acciones, el OSD tiene por objetivo único hallar una solución positiva a las diferencias que surjan entre

³⁴ Reglas generales y complementarias de interpretación fijadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969.

³⁵ Caso Guatemala-Investigación antidumping sobre cemento Portland proveniente de México.

sus miembros, para lo cual se espera alcanzar en primer lugar una solución de mutuo acuerdo; en caso de no darse se prevé la suspensión de la medida nacional que contradice la normativa OMC; de no ser posible se acude a la compensación y, por último, de resultar ésta infructuosa se suspenden las concesiones al miembro que incumple sus compromisos (artículo 3.7). Cabe desprender que la primera solución esperada (mutuo acuerdo de las partes) debe necesariamente enmarcarse en el debido respeto a la normativa OMC, aunque al no existir texto expreso no cabría desestimar la posibilidad de que las partes apliquen la reciprocidad para resolver su diferencia en desmedro de lo ordenado por las disposiciones de los Acuerdos.

El procedimiento que ha establecido el ESD para el correcto accionar del OSD se conforma de cuatro etapas: las consultas, la intervención del grupo especial (GE, o también conocido como Panel), la intervención del Órgano de Apelación (ODA), y la etapa de vigilancia de cumplimiento de lo decidido. El GE examina la diferencia (los hechos y el derecho) y formula conclusiones en su Informe (artículo 7.1), que también se las llama “constataciones y conclusiones jurídicas” (artículo 17.13). El ODA en su Informe confirma, modifica o revoca aquel presentado por el GE. Ambos órganos (GE y ODA), además, recomiendan en su Informe que el miembro demandado ponga en conformidad la medida interna con el Acuerdo, y pueden también sugerir la forma de aplicar tal recomendación (artículo 19). Al OSD le queda adoptar la decisión (artículo 2.4) de acoger o no el Informe del GE o del ODA, y formular las recomendaciones o resoluciones del caso (artículo 3.4). Al OSD también le corresponde la etapa de vigilancia de lo decidido, y de autorizar la suspensión de concesiones.

Aparte del procedimiento común, existe siempre la posibilidad de llevar a cabo otros dos procedimientos ante el OSD para solucionar las diferencias, para lo cual ambas

partes deben estar de acuerdo: el primero no excluyente de aquel, relativo a las diligencias de buenos oficios, conciliación y mediación (artículo 5); y, el segundo que es alternativo al común, el arbitraje (artículo 25). Cabe destacar que el propio ESD (artículo 3.10) aclara que ni el procedimiento común ni el primer procedimiento especial pueden ser concebidos como “actos contenciosos”, lo cual sorprende respecto del primero ya que desde las consultas hasta la verificación de cumplimiento hay disputa entre las partes sobre puntos de hecho como de derecho.

2.1. Conformación, estructura y financiamiento del Tribunal Andino y del OSD

El TJCA se conforma, según lo establece el artículo 6 de su Tratado de Creación, por cinco magistrados, “nacionales de origen de los Países Miembros”, lo cual, por motivos de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela, fue modificado mediante la Decisión 633 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores,³⁶ en el sentido que el Tribunal se conforme por un número de Magistrados “igual al número de Países Miembros” (artículo 1). Son elegibles para ser magistrados quienes, además de su nacionalidad, gocen de alta consideración moral y reúnan los requisitos que en su país se requieran para ejercer las “más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia”. En el ejercicio de sus funciones gozan de plena independencia, y son elegidos por los Plenipotenciarios acreditados para el efecto, de entre las ternas presentadas por cada país (artículo 7 del Tratado). La costumbre ha demostrado que tales Plenipotenciarios son los Embajadores acreditados ante el Gobierno del Ecuador, país sede del Tribunal, que se reúnen junto con el Canciller de éste país y por unanimidad acuerdan

³⁶ Publicada en la GOAC No. 1356 del 16 de junio de 2006.

elegir al Magistrado principal y sus dos suplentes, respetando el orden de la terna remitida por cada Gobierno.

Este modo de elegir a los más altos funcionarios jurisdiccionales de la Comunidad Andina si duda llama la atención, puesto que si bien existe un mínimo de requisitos de orden académico, profesional y moral, al ser los Gobiernos quienes envían la terna, es muy probable que exista cierta afinidad, o al menos compatibilidad, entre los magistrados propuestos y el Gobierno proponente.³⁷ El período de sus funciones es de seis años, con posibilidad de reelección, y existe una renovación parcial de magistrados cada tres años. El Tribunal elige su Presidente por un período de un año, también tiene un Secretario y demás personal necesario para el cumplimiento de sus funciones, que en la actualidad no supera las veinte personas (sin inclusión de los magistrados).

Al ser un Órgano principal en el marco supranacional de la CAN, debe destacarse que esta pequeña institución en lo físico, cumple la importante función judicial del proceso de integración andino, a fin de salvaguardar “los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico” (artículo 4 del Estatuto). Su financiamiento se lleva a cabo con los aportes anuales de los países miembros, de conformidad con el Presupuesto aprobado por la Comisión de la Comunidad Andina, compuesta, generalmente, por los Ministros de Comercio de cada país (artículo 22, literal i del Acuerdo de Cartagena, y 16 del Tratado). Igualmente puede el Tribunal tener ingresos extraordinarios, que en la práctica nunca han representado una cifra estimable.

³⁷ Esto ha llevado a más de un sobresalto al momento de elegir a un magistrado, por ejemplo, hubo el veto de una terna por parte de un país miembro que no estaba de acuerdo con la reelección del magistrado principal propuesto por un Gobierno. Igualmente, fue muy sonada la elección de un pariente cercano al Presidente de la República de un país miembro, propuesto en la terna y elegido unánimemente por los Plenipotenciarios, cuando ni siquiera reunía los requisitos de ley, lo que llevó a la no aceptación del cargo y la conformación de una nueva terna.

La realidad financiera del Tribunal —que procede tener en cuenta para valorar su eficiencia— muestra que su presupuesto ha tendido a reducirse (antes que a aumentar), lo que sin duda ha complicado el desenvolvimiento satisfactorio de este importante Órgano. Así, tenemos que para los años 2005 y 2006 con la contribución de cinco países miembros, el total del presupuesto del TJCA ascendió a US \$ 1.580.000, de lo cual tres países pagaban el 28% cada uno (Colombia, Perú y Venezuela), y dos países tan solo el 8% (Bolivia y Ecuador). De la cifra total, más del 90,94% se utilizó en el personal (sueldos, bonificaciones, fondos, seguros, vacaciones); el 4,4 se lo destinó a locales, equipos y difusión del Derecho Comunitario; y, el 3,07 se utilizó en útiles de oficina y servicios. Para el año 2006, la Comisión de la CAN no pudo atender el requerimiento de incremento del Presupuesto solicitado por el TJCA, “habida cuenta que a la fecha ya han sido aprobados los respectivos Presupuestos Nacionales”. Sin embargo, debido al retiro de Venezuela de la CAN, en septiembre de 2006 se modificó tal presupuesto reduciéndolo a US \$ 1.358.800, de lo cual el 87,51% se utilizó en el personal (sueldos, bonificaciones, fondos, seguros, vacaciones); el 6,01 en locales, equipos y difusión del Derecho Comunitario; y, el 4,7 en útiles de oficina y servicios.

Para el presente año 2007 la Comisión aprobó un presupuesto de US \$ 1.137.600 (28% menos), que son pagados, respectivamente, en un 38,88% por Colombia y Perú, y en un 11,11 por Bolivia y Ecuador.³⁸ Del total, más del 94,68% se destina al personal (sueldos, bonificaciones, fondos, seguros, vacaciones); sólo el 0,65 a locales, equipos y difusión del Derecho Comunitario; y, el 3,42 para útiles de oficina y servicios.

³⁸ Estos Presupuestos han sido aprobados y adoptados mediante las Decisiones 607, 631, 643, 661 y 665 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En la OMC, el OSD es el Consejo General reunido para solucionar las diferencias entre los miembros de la OMC, y lo conforman cada uno de ellos (151 en la actualidad). Asisten a sus reuniones los representantes de cada Estado acreditados ante la OMC, y funciona con el apoyo de la Secretaría de la OMC. El artículo 8 del ESD establece que los Grupos Especiales (GE) que se conforman para cada caso concreto, tienen tres miembros (a veces 5) que son elegidos por acuerdo entre los países partes en la diferencia (de no llegarse a un acuerdo, el Director General de la OMC los designa). Los nombres de estas personas a ser elegidos se los toma de una lista indicativa de candidatos que tiene la OMC, para lo cual deben cumplir ciertos requisitos: pueden o no ser funcionarios gubernamentales, deben ser muy competentes, nacionales de alguno de los miembros de la OMC (por regla los nacionales de las partes en la controversia no pueden integrar el GE), actuar a título personal y con total independencia, y tener experiencia previa en materias de la OMC (anteriores integrantes de GE, funcionarios que laboraron en o ante la OMC, con docencia o trabajos investigativos en derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o con altos cargos en la política comercial de su país. Estas competencias se destacan en la lista de candidatos ofrecida). Este último requisito es de gran importancia para reconocer el nivel de los Informes de los GE, exigencia que lamentablemente, como se vio, no existe para los magistrados del TJCA.

El GE tiene como mandato examinar el asunto sometido al OSD, valorar las pruebas presentadas, y conforme a lo dispuesto en la normativa OMC aplicada al caso concreto, emitir su Informe. Por tanto, el GE realiza una evaluación objetiva de los hechos, aplica el derecho y ve si existe conformidad entre ambos para emitir su Informe, a fin de ayudar a que el OSD cumpla su función (artículos 7 y 11 del ESD). Sorprende, sin embargo, este mecanismo de examinar hechos y derecho sin llegar a fallar, ya que el GE sólo concluye

pero quien realmente decide es el OSD. Asimismo, cabe recordar que siempre está pendiente la solución de mutuo acuerdo a la que pueden llegar las partes en cualquier momento, frente a lo cual, el análisis técnico del GE a fin de velar por el cumplimiento de los Acuerdos OMC, pasa a segundo plano.

Conforme lo señala el artículo 17 del ESD, así como los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, el ODA es establecido por el OSD, se integra por siete personas, de las cuales tres actúan por turno para cada caso (que se llaman Secciones). Duran un período de cuatro años con opción a ser reelegidos, deben representar en lo posible la composición geográfica de los miembros de la OMC, y deben tener: un reconocido prestigio, competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de la normativa OMC en general, no responder a los intereses de ningún gobierno, y estar disponibles de modo permanente por breves lapsos. Por tanto, los miembros del ODA no permanecen en la OMC pero existe una asistencia administrativa y jurídica que conforma el personal de apoyo del ODA (una Secretaría y abogados consejeros), que lo convierte en un órgano permanente.

El OSD (tanto los GE, el ODA como el resto de apoyo a la solución de diferencias) se financia con cargo al presupuesto de la OMC, cuyas contribuciones provienen de los aportes que cada miembro da a la Organización según su participación (en porcentaje) en el comercio internacional.³⁹ También existen ingresos que resultan del alquiler a terceros, de la venta de publicaciones impresas y electrónicas, de la administración de una serie de fondos fiduciarios constituidos con las aportaciones de los miembros (destinados al apoyo

³⁹ Que se calcula sobre la base de los datos relativos al comercio de mercancías, servicios y derechos de propiedad intelectual correspondientes a los tres últimos años para los que se disponga de datos. Se señala una contribución mínima del 0,015% a los miembros cuya participación en el comercio total de todos los miembros es inferior al 0,015%.

de actividades especiales de cooperación técnica y formación de los países menos adelantados y en desarrollo).

Para el año 2006 el presupuesto de la Secretaría de la OMC ascendió a US \$ 136.219.320, de lo cual US \$ 1.053.600 se destinó a los Grupos Especiales, esto es el 0,77%. En ese año, US \$ 3.780.800 se destinaron al ODA y su Secretaría, esto es el 2,77%, de lo cual el 58,87% se dirigió al personal (sueldos, pensiones, gastos comunes y personal supernumerario), y el 38,06 a gastos varios (representación, miembros del ODA, biblioteca, fondo de funcionamiento). Resulta interesante saber que las contribuciones de los cinco países Andinos representaron el 0,725% del total de dicho presupuesto (Bolivia 0.023, Colombia 0.195, Ecuador 0.080, Perú 0.121 y Venezuela 0.306), mientras que siete países (cuatro de la Unión Europea) contribuyeron con el 48,83% (EUA 15.41, Alemania 8.807, Francia 5.022, Japón 5.945, Reino Unido 5.564, Italia 3.995 y China 4.089).⁴⁰ Para el año 2007 el total del presupuesto de la Secretaría de la OMC ha sido aprobado por US \$ 147.400.925,⁴¹ de lo cual US \$ 1.066.770 se destina a los GE de solución de diferencias, esto es el 0,72%. US \$ 4.140.072 se asigna al ODA y su Secretaría, que equivale al 2,8%, de lo cual el 56,04% se dirige al personal (sueldos, pensiones, gastos comunes y personal supernumerario), y el 41,06 a gastos varios (representación, miembros del ODA, biblioteca, fondo de funcionamiento).

⁴⁰ <http://stat.wto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFReporter.aspx?Language=E>

⁴¹ La cifra aparece en Dólares de EUA aunque la moneda con la que se aprueba y contabiliza el presupuesto de la OMC es el Franco Suizo, que en 2006 equivalía a US \$ 0,80; y en 2007, 1 CHFr equivale a US \$ 0,81.

2.2. Acciones destinadas a que se acate correctamente, por parte de los Estados, la normativa aplicable

2.2.1. Legitimados para intervenir ante el TJCA y el OSD. Participación de terceros.

Están legitimados para interponer la Acción de Incumplimiento ante el TJCA, la Secretaría General de la Comunidad Andina, los países miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos por el incumplimiento de un país, únicos sujetos provistos de legitimación pasiva. Por tanto, la conducta imputable puede ser “consecuencia de la actuación independiente de cualquiera de sus órganos constitucionales, de modo que la ilegalidad puede derivar de actos, omisiones o prácticas legislativas, administrativas o judiciales” (M. Troconis, 2004: 163).

Lo destacable de esta legitimación activa que incluso ha llamado la atención en foros internacionales, es la participación que se permite a las personas naturales o jurídicas como demandantes contra un país miembro. Avance que fue concretado en la modificación del Tratado de Creación del Tribunal, llevada a cabo en el año 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, que no ha dejado de traer ciertos problemas en su aplicación, al punto que el propio Estatuto del Tribunal comete un error al exigir entre los requisitos adicionales a la demanda por incumplimiento —en caso de ser el actor una persona natural o jurídica— las pruebas que demuestren la afectación de sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (artículo 49, literal b). Esto contradice el texto de la norma del artículo 25 del Tratado, que exige la afectación de los derechos del particular demandante. Al respecto, el propio TJCA aclaró nítidamente lo anterior en el sentido que

(L)a legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de

modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél... a diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho... tratándose el Estatuto de una norma derivada o secundaria frente a la norma fundamental o primaria del Tratado, ésta debe primar sobre aquélla y aplicarse obligatoriamente con preferencia... la acción de incumplimiento sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de un derecho, y la carga de probar en autos la afectación del citado derecho incumbe al actor.⁴²

Resta señalar que en cualquier etapa del proceso también pueden intervenir ante el TJCA en la Acción de Incumplimiento, terceros en condición de coadyuvantes de una de las partes (artículo 72 del Estatuto). El principal requisito que exige la norma para ser aceptado como tal es que el tercero posea un interés jurídico sustancial y que éste pueda ser afectado desfavorablemente si la parte principal es vencida. Por ello, como lo ha dicho el TJCA, para admitir a un coadyuvante se debe presuponer la existencia de un vínculo entre el interés sustancial cuya titularidad hace valer el tercero y la relación jurídica controvertida que constituye el objeto del proceso pendiente entre las partes principales. Es a causa de este vínculo que, de producirse el vencimiento de la parte principal, “puede sufrir perjuicio el interés sustancial del tercero. Y es esta posibilidad la que hace surgir en el tercero el interés de participar en el proceso y de prevenir los efectos reflejos de la sentencia en su perjuicio”.⁴³

⁴² Providencias del 29 de mayo de 2002, publicada en la GOAC No. 825, del 1 de agosto de 2002; y, del 29 de enero de 2003, publicada en la GOAC No. 895, del 11 de febrero de 2003, emitidas dentro del Proceso 75-AI-2001.

⁴³ Auto del 15 de noviembre de 2002, emitido dentro del Proceso 22-AI-2002.

En esa misma causa aclaró el TJCA que la Secretaría General (SG) no puede obrar como coadyuvante de la parte demandada, puesto que al ser el Tribunal quien declara a un país miembro en incumplimiento de sus obligaciones comunitarias, no habría lugar a suponer que tal declaratoria pudiese comprometer el “interés comunitario”, ni que dicho interés pudiese sufrir “perjuicio a causa de la ejecución del mandato judicial”. Si bien la SG puede ser sujeto activo de la acción, no puede coadyuvar a la defensa de un país miembro que haya sido demandado a causa del presunto incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. Quienes pueden coadyuvar tanto al actor como al demandado en este tipo de acciones son los países miembros, por cuanto es entendible que su actuación responderá a la tutela de sus propios intereses, ligados a la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario. No se ha dado la circunstancia de que los demás órganos del SAI pretendan actuar como coadyuvantes en una acción de incumplimiento, a lo cual cabría hacer extensivas las reflexiones del TJCA respecto de la SG, o verificar el cumplimiento de los requisitos del Estatuto para que sean admitidos como tales.

En el marco de la OMC, los únicos habilitados para activar el mecanismo de solución de diferencias ante el OSD son los Estados miembros. Todo particular no puede, por tanto, requerir directamente la aplicación de un Acuerdo, sino que sólo cuenta con el recurso de reclamar ante su propio gobierno la adopción de determinado curso de acción (diplomática comúnmente) frente a los miembros respecto de los cuales sus intereses puedan verse afectados.⁴⁴ Asimismo, únicamente los miembros de la OMC pueden ser sujetos pasivos de las acciones a ser instauradas ante el OSD.

Algo novedoso que incorpora la propia normativa del ESD es la existencia de una “pluralidad de partes reclamantes” (artículo 9), que se refiere a que varios miembros (sólo

⁴⁴ Dominique Carreau y Patrick Juillard, *Droit International Économique*, París, LGD, 1998, 4a. ed., p. 197.

Estados) demanden a otro miembro, por lo que puede haber acumulación de asuntos a fin de que sean conocidos por un mismo Grupo Especial. Por último, las disposiciones del ESD prevén la figura de los terceros (artículos 4.11, 10 y 17.4), que también pueden ser únicamente los miembros de la OMC que tengan un “interés sustancial” en el asunto. La figura prevista en el ESD para que puedan participar en un caso concreto otros sujetos distintos a los miembros de la OMC, se encuentra brevemente regulada por el artículo 13 que establece el derecho a recabar información y asesoramiento técnico, por lo que se puede solicitar la intervención de un grupo consultivo de expertos a fin de que aporten sus criterios sobre las cuestiones de carácter científico o técnico planteadas por las partes.

Algo que sí ha traído sorpresa en el marco de los legitimados para intervenir ante el OSD, cuyo alcance dado por los GE y el ODA ha causado contento para unos pero también incertidumbre en otros, es la figura de los *amicus curiae*, en tanto que se han receptado comunicaciones provenientes de organizaciones no gubernamentales, así como de asociaciones industriales o de profesores universitarios. El ODA ha dicho que para cumplir correctamente con su mandato, los GE pueden dar aplicación a los artículos 12 y 13 del ESD, para lo cual gozan de

(F)acultades amplias y extensas para emprender y controlar el proceso mediante el cual recaban información tanto sobre los hechos pertinentes de la diferencia como sobre las normas y principios jurídicos aplicables a tales hechos (...) Los grupos especiales tienen facultades discrecionales bien para aceptar y examinar, bien para rechazar la información o el asesoramiento que les haya sido presentado, con independencia de que la hayan solicitado o no.

En los procedimientos ante el ODA las comunicaciones *amicus curiae* son frecuentes, ya que el propio ODA considera que forman parte integrante de la comunicación del apelante o apelado (como prueba), quien asume la responsabilidad de su

contenido.⁴⁵ Cuando estas comunicaciones se presentan de modo independiente al escrito de un miembro de la OMC (parte o tercero en la controversia), el ODA ha señalado que “el ESD nos faculta legalmente para aceptar y examinar comunicaciones amicus curiae en una apelación en la que lo consideremos pertinente y útil”.⁴⁶

Asimismo, el ODA previó que podía recibir un alto número de escritos amicus curiae y aprobó un procedimiento adicional exclusivo para dicha apelación, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de Trabajo. No obstante, después de examinar dichas solicitudes, el ODA las negó.⁴⁷ El Consejo General de la OMC en una reunión extraordinaria resolvió por mayoría que era inadmisibile que el ODA acepte y considere escritos amicus curiae. Sin embargo, a la fecha, el ODA mantiene su primera tesis de aceptar dichos escritos cuando los considere pertinentes y útiles. Por otro lado, se tiene la opinión de ciertos expertos, en el sentido que

La situación actual, donde cualquier particular u organización en cualquier momento durante las actuaciones presenta escritos amicus curiae –de diversas extensiones y formatos y no siempre distribuidos a todos los participantes en una diferencia-, es inaceptable, tanto para aquellos ante los que se presentan los escritos (los GE y el ODA), como para las partes en esas diferencias (V. Hughes, 2004: 73).

2.2.2. Procedimiento y plazos

El trámite que regula la Acción de Incumplimiento a ser interpuesta ante el TJCA prevé el desarrollo de una fase administrativa previa de carácter investigativo ante la Secretaría General (SG) que busca alcanzar, en lo posible, el restablecimiento voluntario del orden jurídico infringido. Esta fase se encuentra brevemente estructurada en los

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, asunto Estados Unidos-Camarones, párrafos 105, 108 y 89.

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, asunto Estados Unidos-Plomo y bismuto, párrafo 41.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, asunto CE-Amianto, párrafos 52 a 55.

artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCA,⁴⁸ en que se prevé que la SG inicie la investigación de oficio, o a petición de un país miembro, o de una persona natural o jurídica que sea titular de un derecho subjetivo. Con la presunción del incumplimiento que establece la norma, y las pruebas que lo sustenten, se remite al país acusado una nota de observaciones por escrito (en que se identifican y describen las medidas acusadas, las normas comunitarias posiblemente violadas, las razones del incumplimiento, y si este es flagrante), fijándole un plazo no superior a sesenta días para que la conteste. Recibida la respuesta, o vencido el plazo sin que haya resultados positivos, la SG formula, dentro de los quince días siguientes, un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte del país.

En caso de haber emitido la SG —en un procedimiento administrativo distinto— una Resolución que califique una medida adoptada por un país miembro como gravamen o restricción al comercio, o si se considera que existe un incumplimiento flagrante, emite a la brevedad posible el dictamen motivado (artículo 26). En caso de que el dictamen de la SG sea de incumplimiento, deberá contener lo mismo que se indicó en la nota de observaciones, además de los argumentos del país acusado (de haberlos), una sugerencia de medidas que serían apropiadas para corregir el desacato, y la indicación de un plazo prudente para que el país adopte esas medidas o se pronuncie respecto del dictamen (que no puede ser menor de 15 ni mayor a 30 días). Únicamente procede el recurso de aclaración contra el dictamen, a ser resuelto por la SG dentro de los 15 días de interpuesto.

Si a pesar de haberse dictaminado el incumplimiento del país, éste persiste en su conducta infractora, la SG debe ejercer a la brevedad posible la acción ante el Tribunal, a la

⁴⁸ También se desarrolla esta fase administrativa en el Reglamento de la Fase Precontenciosa de la Acción de Incumplimiento, codificado mediante la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC No. 1221, del 25 de julio de 2005.

cual puede adherirse el país miembro afectado. Si trascurrieren sesenta días de emitido el dictamen de incumplimiento sin que la SG presente la acción ante el TJCA, el país miembro o la persona natural o jurídica afectada en sus derechos, que solicitaron el inicio de la investigación, podrán interponerla. Asimismo, si la SG no emitiera el dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación, o si el dictamen no es de incumplimiento, el país miembro o la persona natural o jurídica afectada en sus derechos, podrán ejercerla. Durante este procedimiento precontencioso que debe ser agotado de modo indispensable, se contemplan las reglas del debido proceso y del derecho a la defensa.

Interpuesta la demanda (que deberá cumplir con los requisitos de admisibilidad fijados en el Estatuto), el TJCA la admite a trámite y notifica al país demandado para que en un lapso de 40 días la conteste. Está prevista la posibilidad de ordenar la regularización de la demanda que no cumpla con los requisitos de admisión, y también su reforma o complementación. Durante la tramitación de la acción, la parte actora puede requerir al Tribunal, previo afianzamiento y en ciertos supuestos, que ordene la suspensión de la medida nacional que infringe el ordenamiento comunitario (artículo 28), lo que ha ocurrido en determinados casos como en el Proceso 97-AI-2005 en que el TJCA ordenó la suspensión de la resolución 826 del Ministerio de Finanzas de Venezuela, del 25 de octubre de 2001, por la cual se aplicaba un régimen de importación reservado al Ejecutivo y un impuesto del 29% a las importaciones de productos oleaginosos provenientes del Perú y de Colombia, bajo la presunción de que dicha medida interna “puede causar al comercio de la subregión perjuicios de difícil reparación”, sin estimar necesario afianzamiento de la parte

actora.⁴⁹ Sorprende gratamente que por esta medida cautelar, un país recién demandado por un posible incumplimiento, deba suspender la medida nacional infractora, lo que constituye una medida de extrema utilidad y eficacia.

Diez días después de vencido el término para contestar la demanda, se procede a abrir el período de pruebas que durará 30 días, el cual sólo por causas justificadas puede ser extendido por un lapso similar. El TJCA ha reconocido la posibilidad de que también se dé la regularización de la contestación a la demanda; existe la figura de la reconvención (en cuyo caso se corre traslado al actor por un lapso de 40 días para que conteste); y también pueden ser interpuestas excepciones previas en la contestación que se las remite al demandante por un lapso de 10 días, al cabo del cual el Tribunal resuelve sobre las mismas.

También está prevista en el Estatuto del TJCA la posibilidad de abrir por vía incidental cualquier cuestión accesoria a ser resuelta, que incluso puede suspender la tramitación del proceso principal. Una vez fenecido el término de pruebas, o el fijado para la contestación a la demanda si no hubo el primero, el TJCA define si convoca o no a las partes a una audiencia pública. Ésta comúnmente se celebra según la disponibilidad de la agenda (que suele tardar de entre 3 semanas a dos meses de la decisión de convocarla). Llevada a cabo la audiencia, o si esta no fue convocada y así lo notificó el Tribunal a las partes, éstas disponen de 15 días para presentar sus alegatos de conclusiones. Vencido este lapso el TJCA tiene 60 días para dictar sentencia.

Verificado el incumplimiento por parte del Tribunal, y así declarado en su sentencia, ésta constituirá “título legal y suficiente” para que la persona natural o jurídica afectada en sus derechos solicite ante su juez nacional que el Estado infractor le indemnice

⁴⁹ Providencia del 20 de julio de 2005, emitida dentro del Proceso 97-AI-2005.

los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (artículo 30).⁵⁰ Respecto de esta solución que trae la normativa andina, cabe hacer alusión a las reflexiones planteadas en una investigación previa que consta como Anexo III del presente trabajo. Si existió un hecho desconocido al momento de emitir la sentencia, ocurrido con anterioridad a su emisión, que pudo haber influido de manera decisiva en el resultado de la causa, y siempre que no hayan transcurrido más de noventa días desde que se conoció el hecho, o no más de un año desde la emisión de la sentencia, una de las partes puede demandar la revisión (por tanto extraordinaria) de la sentencia (artículo 29). En la historia del TJCA sólo han existido 3 demandas de revisión que no fueron acogidas.

Una vez notificada la sentencia, el país miembro demandado tiene 90 días para adoptar las medidas necesarias para su correcta ejecución. Si en ese lapso el país no ha cumplido con lo ordenado en la sentencia, el TJCA presume que subsiste el incumplimiento y abre un procedimiento sumario por desacato, lo que notifica al país que incumple, a los demás países miembros, a la SG y, de haberlo, al demandante. Con posterioridad a la apertura del sumario, y de existir serios motivos de credibilidad acerca del incumplimiento del fallo, el TJCA formula al país el cargo de incumplir la sentencia y le otorga 40 días para que presente sus descargos. Una vez vencido este lapso, el TJCA valora la documentación disponible y archiva el procedimiento, o declara el incumplimiento y solicita una opinión a la SG sobre las sanciones de que puede ser objeto el país, que versan sobre cualesquier

⁵⁰ Esto pareciera ser una solución salomónica para precautelar los derechos de los ciudadanos, principales destinatarios del proceso andino de integración. Sin embargo, si bien esta clara disposición consta en un Tratado Internacional, cabe interrogarse si ello es suficiente para que todo Juez nacional goce de competencia. Sin duda parece necesario desarrollar el procedimiento adecuado a través de la legislación nacional o de la propia comunitaria. En Europa el Tribunal de las CE ha brindado importantes luces sobre el particular, cuyos criterios fueron recogidos por el autor en la monografía intitulada *La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino*, elaborada previa la obtención del Diploma Superior en Derecho Internacional Económico.

suspensión de concesiones.⁵¹ La SG dispone de 30 días para emitir su opinión, luego de lo cual el TJCA sanciona al país. Sólo cuando éste manifieste y demuestre que ha dado pleno cumplimiento a la sentencia (para lo cual no tiene plazo), el TJCA comunica a los demás países miembros y a la SG para que opinen por un lapso de 5 días, al cabo del cual el Tribunal resuelve si levanta o no las sanciones. En todo caso, si levantadas las sanciones el TJCA presume que vuelve a existir incumplimiento del fallo, podrá abrir un nuevo procedimiento sumario.

La etapa del Sumario busca que se cumpla la sentencia, es decir que el país respete el estado de Derecho, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la OMC —sin duda menos legalista— en donde juega un papel importante el acuerdo de las partes. Sin embargo, de no haber un acatamiento de la sentencia, y por ende del ordenamiento comunitario, por parte del país, el mecanismo contempla una sanción hasta que se cumpla la sentencia, que es la suspensión o restricción de concesiones y que viene a constituir una suerte de excepción —por no decir retroceso— a la liberalización del comercio ya alcanzada.

En definitiva, tenemos que el procedimiento ante el TJCA se divide en tres etapas principales: Trámite administrativo previo ante la SG; Acción contenciosa ante el TJCA; y Sumario por incumplimiento ante el TJCA. Es posible que en cualquiera de las tres etapas el país demandado adapte su conducta al ordenamiento andino, pero igualmente existen ciertos vacíos de lapsos —como lo veremos más adelante— en cada una de las etapas, pudiendo darse mayores dilaciones en la tramitación de la segunda. Algo común a las normas procesales es que los plazos fijados no siempre se respetan, por lo que será

⁵¹ El Tratado como el Estatuto del Tribunal señalan que son los “límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso”.

interesante analizar 2 casos prácticos y tener una idea del promedio real de tiempo que toma resolver una controversia ante el TJCA. En el siguiente cuadro se detallan las actuaciones que deben darse en toda la tramitación de la acción, el lapso previsto en la norma para que se lleven a cabo, y el total de días que debería durar cada etapa.

ACTUACIÓN	LAPSO	TOTAL
Primera etapa		
Presunción de incumplimiento por SG, PM o particular	0 días	0 días
La SG emite la Nota de Observaciones	No hay	0 días
Tiempo para que país acusado responda (derecho de defensa)	Máx. 60 días	60 días
SG emite Dictamen (de Cumplimiento o Incumplimiento)	15 días	75 días
Si SG no emite el Dictamen, o si emite uno de Cumplimiento: PM y/o particulares pueden acudir al TJCA	0 días	75 días
En Dictamen de Inc., la SG fija plazo para que el país adopte medidas, o para que exprese posición	Entre 15 y 30 días	105 días
SG resuelve opiniones del PM, o la aclaración del Dictamen	15 días	120 días
SG demanda ante el TJCA	A brevedad posible	entre 121 a 134 días

Otro país miembro o particular afectado, demanda ante TJCA

60 días de emitido el Dictamen de Inc. **135 días**
(75 + 60)

Segunda etapa

Se interpone demanda ante el TJCA y éste la admite a trámite (no regularización, no reforma ni complemento)

No hay 0 días

Se da la contestación a la demanda (no regularización, reconvención ni excepciones previas)

40 días 40 días

Se decide sobre apertura o no del período de pruebas

10 días 50 días

Período de pruebas

30 días máx. 60 80 días

Se decide convocar a Audiencia Pública y se la lleva a cabo

30 días apróx. 110 días

Se presentan alegatos de conclusiones de las partes

15 días 125 días

El TJCA dicta sentencia

60 días **185 días**

Tercera etapa

El país debe cumplir la sentencia sino el TJCA inicia el Sumario

90 días 90 días

El TJCA formula al país el cargo de incumplimiento de la sentencia

No hay 90 días

El país presenta sus descargos

40 días 130 días

El TJCA declara el incumplimiento

No hay 130 días

El TJCA solicita a la SG opinión sobre las posibles sanciones	30 días	160 días
TJCA sanciona al país remiso	No hay	<u>160 días</u>

Es esta etapa la que contempla más vacíos sobre los lapsos, lo que muchas veces ha llevado a que carezca de ser sumaria. En total, si se cuenta la duración final de cada etapa, tenemos que el mecanismo de solución de controversias de la CAN toma 480 días (1 año, 3 meses y 25 días) aproximadamente en tramitar el incumplimiento de un país miembro, declararlo en sentencia y sancionarlo en caso de que no regularice su conducta. Este lapso estimativo no fija el momento en el cual el país adapta su conducta de conformidad con el ordenamiento comunitario, lo que puede ocurrir durante toda la tramitación como mucho tiempo después, aunque esté siendo sancionado.

Sin embargo, la práctica nos muestra que ese tiempo no se acerca a lo que sucede en la realidad. Por ejemplo, del estudio del Proceso 03-AI-96 tenemos que la primera etapa que transcurrió desde que ciertos particulares afectados por las prohibiciones del Gobierno de Venezuela a la importación de productos del café, interpusieron su queja ante la Junta del Acuerdo de Cartagena (actual SG), hasta la emisión del Dictamen de Incumplimiento, transcurrieron 8 meses y 25 días. A la Junta le tomó 1 mes y 24 días para interponer la demanda ante el Tribunal, y a éste tan solo 5 meses y 29 días en emitir la sentencia que declaró el incumplimiento. Sin embargo, no se explica que entre la emisión de la sentencia y el inicio del Sumario hayan transcurrido 2 años, 1 mes y 15 días. Desde la apertura del Sumario hasta el archivo del mismo, en que se impusieron sanciones que luego fueron levantadas, pasaron 9 meses y 11 días (lo que demuestra que de sumario no tiene nada). En

total, este caso que llegó a feliz término por conseguir el cumplimiento de la normativa andina por parte del país, duró 4 años, 3 meses y 14 días.

En el proceso 136-AI-2004, desde el inicio de la investigación por el presunto incumplimiento hasta la emisión del Dictamen transcurrieron 4 meses y 16 días. La SG tardó 2 meses y 21 días en acudir al Tribunal, el cual emitió sentencia a los 11 meses y 21 días, en la que declaró el incumplimiento del Ecuador por haber emitido normas nacionales que restringen el comercio de varios productos. El Sumario fue iniciado a los 5 meses y 3 días de emitida la sentencia, y ha tardado 10 meses y 22 días (nada de sumario) hasta que se impongan sanciones al país remiso (el pasado 25 de enero de 2007), las cuales se mantienen vigentes. En total tenemos que el proceso ha tomado 2 años, 10 meses y 23 días, hasta haber sido impuestas las sanciones, sin que exista todavía cumplimiento de la normativa andina.

En la OMC tenemos, como ya ha sido mencionado, que el procedimiento cuasi-judicial de solución de controversias se divide en cuatro etapas: la celebración de consultas, el examen por parte del Grupo Especial, la revisión por el Órgano de Apelación, y la etapa de vigilancia de cumplimiento de la decisión adoptada. En las consultas (artículo 4 del ESD) intervienen exclusivamente los miembros en conflicto y se inician con una solicitud de celebración de las mismas dirigida por el reclamante al miembro que estaría incumpliendo su obligación fijada en algún Acuerdo OMC, con copias al OSD, a los Consejos y Comités correspondientes. El miembro demandado tiene 10 días para responder, salvo que por acuerdo las partes fijen otro lapso.

Si tampoco acuerdan lo contrario, se entablan consultas de buena fe a los 30 días de presentada dicha solicitud. Si no hubo respuesta a los 10 días, o si no se entablaron las mismas a los 30 días, o dentro del plazo por ellos fijado (que no puede ser superior a 60

días de presentada la solicitud), el miembro reclamante podrá requerir al OSD el establecimiento del Grupo Especial. Hay excepciones que pueden acortar o dilatar estos lapsos en las consultas, dependiendo de si el conflicto trata sobre productos perecederos (casos de urgencia, artículo 4.8), o cuando la parte demandada es un país en desarrollo (artículo 12.10). La solicitud de consultas se presenta por escrito, debe indicar las razones que la sustentan, las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación. Como señalan los expertos, en esta etapa “no se busca encontrar un infractor, sino restablecer el equilibrio de intereses en cuestión... es más conciliador que judicial” (M. Montaña, 1997: 66).

De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo en la etapa de consultas, y dado que el incumplimiento de algún Acuerdo OMC se presume (artículo 3.8), la carga de probar que no existe incumplimiento que estaría causando al miembro reclamante anulación o menoscabo de las ventajas que le otorgan tales Acuerdos OMC, la tiene el miembro demandado.⁵² Por tanto, agotada la etapa de consultas sin existir resultados positivos, el reclamante pide al OSD que reunido establezca un GE (artículo 6), lo que ocurre a más tardar en la segunda reunión sucesiva a la fecha de tal petición. Los expertos nos informan que “Algunos Miembros sostienen que esta norma debe modificarse ya que demora innecesariamente las actuaciones, de modo que el pedido deba aceptarse la primera vez que el OSD se reúna para su consideración. Algunos países en desarrollo prefieren dejar la norma tal como está, con el argumento que necesitan mayor tiempo para prepararse” (V. Hughes, 2004: 66). La solicitud del miembro reclamante deberá presentarse por escrito,

⁵² Llama la atención que el ESD nombra al país que es sujeto pasivo de la diferencia como miembro “afectado”, aunque es el país demandado incurso en un presunto incumplimiento de la normativa OMC; sin embargo el texto en inglés del ESD lo llama como *Member concerned* que tampoco refleja una locución judicial de demandado. Por otro lado, esta regla general de la carga de la prueba se invierte en los casos específicos de que trata el artículo 26 del ESD y que, en resumen, se refieren a medidas nacionales que pueden o no ser contrarias a las normas OMC, pero sin embargo provocan un menoscabo, en cuyo caso la carga de la prueba la tiene el reclamante.

señalará si se han celebrado consultas, identificará concretamente las medidas en litigio, e indicará los fundamentos de derecho.

Decidido el establecimiento del GE por parte del OSD, las partes deben ponerse de acuerdo en nombrar a sus integrantes, que normalmente son tres salvo que a los diez días de establecido el GE las partes acuerden que sean cinco. Si a los 20 días de establecido el GE no hay acuerdo sobre las personas que lo van a integrar, cualquiera de las partes puede solicitar al Director General de la OMC que lo conforme, para lo cual tiene 10 días a contarse desde tal petición. Sobre este procedimiento nos dicen que la selección de los miembros del GE también es demorada, ya que contrario a la norma, “el tiempo promedio entre el establecimiento del grupo especial y su composición es de unos sesenta días” (V. Hughes, 2004: 68).

Para su accionar, el GE sigue los Procedimientos de Trabajo que conforman el Apéndice 3 del ESD, aunque puede establecer un procedimiento propio, lo que ha sido excepcional (artículo 12). También se ponen de acuerdo los miembros del GE para fijar su calendario de trabajo, aunque el apéndice citado contempla un calendario tentativo. En todo caso, el GE deberá presentar su Informe definitivo a las partes en la diferencia a los 6 meses de conformado, lo que de modo excepcional puede ocurrir en 9 meses. En este lapso, el apéndice 3 prevé que se lleven a cabo dos rondas de comunicaciones escritas, dos audiencias (“reuniones sustantivas con las partes y terceros”), y otros procedimientos adicionales como la consulta a expertos en temas científicos (artículo 13). Luego de la segunda audiencia, el GE corre traslado a las partes de los capítulos expositivos de su Informe (hechos y argumentaciones) para que ellas puedan presentar observaciones; después presentará su Informe provisional (con sus constataciones y conclusiones) que

debe ser confidencial (artículo 14), aunque a menudo “es divulgado, presumiblemente por alguna de las partes”⁵³ (V. Hughes, 2004: 70).

A pedido de las partes, procede el reexamen del Informe en cuanto a “aspectos concretos” (artículo 15), por lo que no se puede esperar “que el GE vuelva a redactar otro informe”.⁵⁴ Algunos miembros estiman que esta etapa intermedia debe ser eliminada, puesto que ya existe el mecanismo de apelación además de que ello acarrearía un ahorro de tiempo. El Informe definitivo del GE debe contener las constataciones de los hechos analizados, la aplicabilidad de las normas pertinentes, y los fundamentos de sus conclusiones y recomendaciones para el caso concreto. El examen del Informe definitivo por parte del OSD se lleva a cabo a los 20 días de haber sido distribuido, como mínimo, entre sus miembros (artículo 16). En dicho examen se pueden presentar objeciones, las partes pueden participar activamente, y a los 60 días de presentado (distribuido) deberá ser adoptado por el OSD, salvo que exista consenso negativo, o que una de las partes en la diferencia notifique formalmente al OSD su decisión de apelar.

Por regla general, desde que la parte presenta su comunicación escrita de apelación hasta que el Órgano de Apelación emite su Informe, deben transcurrir 60 días, que pueden extenderse a 90 (artículo 17). Los expertos nos indican que ese lapso comúnmente tarda, hasta la emisión del Informe del ODA en inglés, francés y español, unos 90 días; a lo cual, de todos modos, lo califican como un record dada la complejidad de las cuestiones y la magnitud de los escritos de las partes, que suelen contener entre 50 a 100 páginas. El ODA tiene sus propios Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, de los cuales cabe destacar la constitución de una Sección integrada por tres personas para conocer cada

⁵³ Al respecto nos dice la autora que las cuestiones sobre las que versan las diferencias tienen por lo general impacto sobre algún poderoso sector empresarial de los países reclamantes y/o demandados, por lo que le urge a la parte favorecida por el informe hacer saber su triunfo, especialmente a la opinión pública de su país.

⁵⁴ Eso lo señaló el ODA en el asunto Australia-medidas que afectan la importación de salmón.

asunto; la adopción de sus decisiones, generalmente, por consenso (sino la decisión se adopta por mayoría),⁵⁵ lo que demuestra que esa unanimidad se alcanza tras intensos y extensos debates e intercambio de opiniones, lo que también refleja un estudio exhaustivo de cada caso.

La solicitud de apelación debe incluir la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el Informe del GE; la lista de disposiciones jurídicas de los Acuerdos abarcados respecto de las cuales se alega que el GE ha incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas; una lista indicativa de los párrafos del Informe del GE que contienen los supuestos errores; y el carácter de la decisión o el fallo que se pretende. Bajo el principio de equidad se tramitan las cuestiones de procedimiento no previstas, para lo cual la Sección puede adoptar para el caso concreto el procedimiento que más convenga (que no sea incompatible con el ESD, los demás Acuerdos abarcados y los Procedimientos de Trabajo).

En los Procedimientos citados se señala, además, que desde el anuncio de apelación hasta la presentación del escrito del apelante deben transcurrir 7 días (regla 21.1); hasta el día 12 pueden otras partes del caso anunciar su voluntad de apelar (regla 23.1); en el día 15 se reciben los escritos de los otros apelantes (regla 23.3); hasta el día 25 se presentan ante el ODA los escritos del apelado y demás escritos o notificaciones de los terceros participantes en el caso (reglas 22.1 y 24.1); entre los días 35 a 45 se lleva a cabo la audiencia (regla 27.1); y a más tardar en el día 90 el ODA distribuye su Informe (artículo 17.5 del ESD).⁵⁶

⁵⁵ A pesar de que los miembros del ODA pueden votar, en caso de considerarlo necesario, para aprobar un informe o una parte del mismo, hasta el 2004 sólo en una oportunidad se registró una opinión disidente (asunto CE-Amianto, párrafos 149 a 154).

⁵⁶ Resulta interesante conocer opiniones especializadas respecto a este procedimiento breve de apelación, en el sentido que las audiencias ante el ODA son muy agotadoras: por norma las partes cuentan entre 5 a 30 minutos para exponer sus argumentos iniciales. Luego comienzan los interrogatorios minuciosos y complejos por parte de cada uno de los miembros del ODA, quienes formulan cada uno, entre 50 a 80 preguntas en promedio, y versan sobre las cuestiones objeto de la apelación. Las respuestas son muy importantes porque no hay opción de presentarlas posteriormente por escrito. Algo

El ODA está facultado para confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE (artículo 17.13). Una vez presentado y distribuido el Informe ante el OSD, éste delibera y en un plazo de 30 días lo adopta sin condiciones, salvo que haya consenso en lo contrario.

La etapa de vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD busca su pronto cumplimiento, que es esencial para “asegurar **la eficaz** solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros” (artículo 21, énfasis añadido). A los 30 días de adoptado el Informe (del GE o del ODA), el OSD celebra una reunión en que el miembro demandado informa su propósito en cuanto a la aplicación de tales recomendaciones y resoluciones. Se espera que ese “propósito” sea inmediato, de lo contrario el OSD le da un plazo prudencial que puede ser: (i) un plazo propuesto por el propio miembro y aprobado por el OSD; (ii) un plazo fijado dentro de los 45 días siguientes a la adopción del Informe, por acuerdo entre las partes de la controversia; (iii) un plazo determinado tras un arbitraje vinculante, que deberá concluir a los 90 días de adoptado el Informe, teniendo como directriz el árbitro que el plazo prudencial no podrá exceder de 15 meses.

De estas disposiciones podemos señalar que uno es el plazo o tiempo que prevé la norma para que se llegue a fijar el “plazo prudencial”; y otro es ese plazo o tiempo que tiene el miembro demandado para cumplir las recomendaciones y resoluciones. El principio del “plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD”, es el que se ha seguido desde el

interesante de esto es que en esta etapa “las partes comprueban que los miembros del ODA han leído las comunicaciones escritas con gran detenimiento y están absolutamente familiarizados con el caso”. Al final de la audiencia las partes pueden exponer brevemente sus argumentos finales. En definitiva, la audiencia se prolonga entre 7 y 8 horas sin contar con el receso, y en contadas oportunidades han durado hasta 3 días (V. Hughes, 2004: 78).

primer laudo arbitral, y oscila entre 6 a 15 meses.⁵⁷ Por lo general, transcurridos 6 meses de fijado el periodo prudencial, el OSD establece en el orden del día de sus reuniones el estudio de la vigilancia de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones hasta que se resuelva la cuestión, a lo cual el miembro demandado debe informar sobre la situación y progresos realizados. El proceder normal del miembro demandado que se espera para que cumpla las recomendaciones del OSD reside, en principio, en “poner en conformidad” la medida nacional ilegal con el Derecho de la OMC (artículo 22.1 del ESD).

De todos modos, el hecho de que el propio miembro deba presentar su informe no aleja la posibilidad de que su “criterio de cumplimiento a veces pueda ser subjetivo” (V. Hughes, 2004: 82). Por ello la normativa del ESD (artículo 21.5) prevé la existencia de un desacuerdo sobre las medidas adoptadas por el miembro demandado para el efectivo cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones, que hace presumir una posible mala fe de un miembro que, al querer cumplir, empeore la controversia o incumpla otros Acuerdos OMC. Para solucionar este proceder se establece un procedimiento que sin duda dilata sobremanera la solución de la controversia, ya que se refiere al inicio de una nueva queja (se entiende un nuevo procedimiento), esto es que se debe repetir, una vez más, la etapa de consultas, convocatoria y estudio por parte de un GE, y examen, de ser el caso, por el ODA.

Si transcurrido el plazo prudencial no se han cumplido las recomendaciones y resoluciones, se prevé como sanciones contra el miembro demandado la compensación o la suspensión de concesiones (artículo 22). La primera debe ser acordada entre las partes en la controversia, por cuanto se espera que a pesar de mantenerse el incumplimiento de la

⁵⁷ Principio consagrado por primera vez en el laudo del árbitro emitido en el asunto CE-hormonas; y reiterado en varios laudos arbitrales posteriores.

normativa OMC, exista una “compensación mutuamente aceptable” (artículo 22.2), que debe ser alcanzada a los 20 días de expirado el plazo prudencial. De lo contrario, a partir de este momento, la parte afectada por el incumplimiento puede pedir autorización al OSD para suspender, en contra del miembro demandado, determinadas concesiones que se desprenden de algún Acuerdo OMC, y que pueden referirse a: (i) contramedidas comerciales eventualmente equivalentes al daño (anulación o menoscabo) sufrido y que correspondan al mismo sector; (ii) o a sectores distintos dentro del mismo Acuerdo abarcado; o, (iii) a sectores pertenecientes a otro Acuerdo abarcado.

Los dos últimos supuestos proceden cuando la suspensión en el primero es impracticable o ineficaz. El OSD autoriza la suspensión de concesiones requerida a los 30 días de expirado el plazo prudencial, es decir que tiene 10 días para decidir al respecto. El miembro demandado que recibe la sanción puede impugnar la suspensión propuesta, lo que se resuelve mediante arbitraje a los 60 días de expirado el plazo prudencial, es decir 30 días después de autorizada la suspensión. El árbitro determina si el nivel de la suspensión autorizada es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo, más no la naturaleza de tal suspensión (artículo 22.7). El OSD se mantendrá vigilante del cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones, y a pesar de que no existe un último lapso en que el miembro demandado esté obligado a cumplir, se espera que con las sanciones la solución a la anulación o menoscabo sea pronta, aunque siempre se prevé que las partes lleguen a una solución mutuamente satisfactoria (artículo 22.8), lo que se entiende con independencia de si con ello se cumple o no la normativa OMC.

Aunque el Arbitraje como vía independiente al procedimiento común de solución de controversias no es objeto de la presente investigación, cabe señalar que al laudo que se emita (en lugar de las recomendaciones o resoluciones del OSD), también le es aplicable

mutantis mutandis el procedimiento de sanciones consistentes en la compensación o la suspensión de concesiones (artículo 25.4). Como nos dicen los expertos, ello implica aceptar de antemano que un laudo arbitral pueda quedar disminuido en su esencia, gracias a la negociación de compensaciones comerciales “mutuamente aceptables” o a la institución de represalias económicas ajustadas. Así, se priva al arbitraje de uno de sus rasgos fundamentales como medio de solución de controversias internacionales, cual es el carácter obligatorio de la decisión.⁵⁸

A continuación se detallan las actuaciones más relevantes que se deben dar en la tramitación del procedimiento común de solución de controversias en la OMC, el lapso previsto en la norma para que se lleven a cabo, y el total de días que debería durar.

ACTUACIÓN	LAPSO	TOTAL
Etapas de Consultas y ante el GE		
Miembro reclamante solicita consultas a miembro demandado	0 días	0 días
Miembro demandado contesta las consultas, o estas se entablan de buena fe	10 a 30 días	30 días
Se requiere al OSD el establecimiento del GE	30 días	60 días
El OSD establece el GE	No hay	60 días
Partes nombran integrantes del GE, o no se ponen de acuerdo y una de ellas pide al Director, y éste los nombra	31 días	91 días

⁵⁸ José A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1988, 6ª ed., p. 631.

El GE, desde su conformación, presenta el Informe definitivo a las partes y al OSD	60 días máx. 90	151 días
Comienzo del examen del Informe definitivo por parte del OSD, y adopción del mismo	60 días	211 días

Etapa ante el ODA

Manifestación de apelar, procedimiento en apelación y presentación del Informe del ODA	60 días máx. 90	90 días
Adopción del Informe por parte del OSD	30 días	120 días

De este recuento se puede concluir que en total se prevén 211 días para las dos primeras etapas, de los cuales, el establecimiento del GE que no tiene previsto plazo fijo causa una prolongación estimable, además del lapso de 31 días (para nombrar a los integrantes del GE) que los expertos nos dicen que suelen ser 60. En todo caso, si adicionamos los 211 días a los 120 de la tercera etapa, resulta que el procedimiento debiera durar 331 días, esto es 11 meses y 1 día. Sin embargo, según Lacarte y Piérola, desde la solicitud de celebración de consultas hasta la adopción del Informe del ODA, el procedimiento tiene una duración de 16 a 20 meses (J. Lacarte, *et al.*, 2004: 25). Asimismo, sorprende que el propio ESD fije como “marco temporal” para la adopción de las decisiones del OSD (artículo 20) que, salvo acuerdo de las partes, la duración entre el establecimiento del GE y el examen de su Informe por parte del OSD no excederá de 9

meses; y cuando haya apelación, el lapso entre el establecimiento del GE y el examen del Informe del ODA no excederá de 12 meses.

Etapas de vigilancia de cumplimiento

Reunión del OSD para escuchar propósito de cumplir del miembro demandado	30 días	30 días
Determinación del plazo prudencial: sea a propuesta del miembro; sea fijado de mutuo acuerdo; sea fijado por arbitraje	30, 45 o máx. 90 días del Informe	60 días
Transcurso del plazo prudencial	mín. 6 máx. 15 meses	(240 días)
Reunión del OSD para estudiar cumplimiento de recomendaciones y resoluciones	6 meses	240 días
Expirado el plazo prudencial, las partes llegan a acuerdo sobre compensación	20 días	260 días
De no haber compensación, se solicita a OSD autorización para suspender concesiones, y éste las aprueba	10 días	270 días
Miembro demandado impugna suspensión autorizada, y un Árbitro resuelve	30 días	300 días

Por tanto, si a los 11 meses y un día de las tres primeras etapas adicionamos los 10 meses (300 días) como mínimo que puede durar la cuarta, tenemos que el procedimiento debe durar alrededor de 21 meses, esto es 1 año y 9 meses. Sin embargo, si tomamos como

ejemplo dos casos prácticos que agotaron la mayor parte de las etapas descritas, vemos que:

(i) en el asunto Venezuela c/ Estados Unidos sobre discriminación a la gasolina importada, las consultas duraron tan sólo 1 mes; la etapa ante el GE tardó 11 meses; los Estados Unidos apelaron y el ODA resolvió el recurso en 4 meses. La vigilancia de cumplimiento, incluido el lapso fijado de común acuerdo entre la partes para cumplir las recomendaciones y resoluciones, hasta la puesta en conformidad de la medida interna estadounidense con la normativa OMC, tardó 15 meses; lo que hace un total de 2 años 7 meses.

(ii) Este otro caso no corresponde a lo que comúnmente sucede en la solución de diferencias, pero nos parece importante referirlo por cuanto tiene particular importancia para el país. El tema del régimen de la importación, venta y distribución de bananos entre Ecuador y otros c/ Comunidades Europeas, se inició con las consultas en febrero de 1996, que duraron alrededor de 2 meses. La etapa ante el GE tardó un poco más de 11 meses, y la apelación planteada por las CE tan sólo 4 meses. Hasta acá el asunto duró 1 año y 5 meses, lo cual es muy destacable; sin embargo, la falencia surge en la cuarta etapa de vigilancia de cumplimiento. En ella, las CE solicitaron un Arbitraje para que se determine el “plazo prudencial” para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD. En el laudo se fijaron 15 meses, lo cual fenecía en enero de 1999. Llegada la fecha, no hubo acuerdo de si la medida adoptada por las CE era compatible con las normas OMC, por lo que se dio aplicación al artículo 21.5 del ESD a fin de que el Grupo Especial vuelva a analizar la cuestión.

En mayo de 1999 el GE presentó su Informe en el sentido de que las medidas adoptadas por las CE eran inconformes, ante lo cual el Ecuador pidió autorización al OSD para suspender ciertas concesiones. En virtud del artículo 22.6, las CE impugnaron las medidas de suspensión propuestas y las sometieron a Arbitraje, resuelto en marzo de 2000

de modo favorable al Ecuador. En mayo de 2000 el Ecuador suspendió las concesiones, pero recién en abril de 2001 las CE iniciaron la adopción de medidas para solucionar el caso. Lamentablemente, luego de varios años, en noviembre de 2006, el Ecuador y otros países se han visto en la obligación de volver a aplicar el artículo 21.5 del ESD requiriendo la adopción de consultas. Es decir que, si bien el caso debía haberse resuelto en enero de 1999, esto es a los 2 años y 11 meses de iniciado, ha sido hasta la presente fecha que se sigue buscando, sin éxito, una solución a esta controversia.

2.3. Tipos de decisiones que adoptan el Tribunal Andino y el OSD: recursos; fuerza vinculante y exigibilidad de sus pronunciamientos.

Como hemos visto, el TJCA dicta sentencias que declaran el incumplimiento de un país y le conminan a que ponga su conducta de modo conforme con el ordenamiento andino, lo que la hace una providencia meramente declarativa. Si bien sirve de título para que un particular afectado pueda ser resarcido en sus daños y perjuicios ante la justicia nacional, hasta la presente fecha no se tiene conocimiento de si ello ha ocurrido en casos puntuales. Contra la sentencia sólo caben recursos horizontales: de enmienda, aclaración y ampliación, que en lo absoluto modifican el fondo del fallo; y el extraordinario de revisión, antes referido. La presunción que la norma comunitaria hace desprender de la sentencia es que si han transcurrido 90 días de notificada y el país no ha hecho saber al TJCA de las medidas adoptadas para su acatamiento, se inicia la investigación por el posible incumplimiento a través de un mal llamado procedimiento sumario, que suele tardar igual o más que el mismo proceso judicial.

El Sumario por incumplimiento culmina —de no haber acatamiento de la sentencia— con la imposición de sanciones consistentes en la restricción o suspensión de

ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país remiso. Por tanto, si bien este sistema de solución de controversias ha demostrado efectividad para dar estabilidad y cierta credibilidad a las reglas de juego de la CAN, siempre en respaldo de la integración, no podemos dejar de lado el hecho de que las sanciones son contraproducentes a la liberalización comercial, constituyen un retroceso a lo ya alcanzado, no siempre conllevan al inmediato cumplimiento de la sentencia, y por ende del ordenamiento andino. Sorprende entonces que dentro del Derecho Comunitario que propugna la integración, se dé esta especie de “retorsión” que caracteriza más bien a los mecanismos clásicos del Derecho Internacional Público.

En todo caso, al estar contemplado en el propio Tratado de Creación del Tribunal, este tipo de sanción es un medio totalmente legítimo y, como nos dicen los expertos, difiere de la clásica retorsión prevista en otros Tratados de liberalización comercial, por cuanto la subjetividad y discrecionalidad del afectado quedan sustancialmente reducidos cuando el fundamento e, incluso, el alcance de las sanciones se definen por un órgano independiente de los Estados involucrados en la disputa, además que la posibilidad de que las sanciones sean aplicadas no sólo por el país directamente afectado sino también por los demás miembros de la CAN, convierte a la obligación de asegurar la eficacia de las sentencias del TJCA en una responsabilidad colectiva.⁵⁹

Sin embargo, esta encomiable teoría no se ve muy reflejada en la práctica, cuando el 90% de las sanciones impuestas se han referido a la autorización para que los demás países impongan de modo temporal un gravamen adicional del 5% a las importaciones de hasta cinco productos, a elección de quien sanciona, que sean procedentes u originarias del país

⁵⁹ Alberto Zelada Castedo, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del Derecho Común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en INTAL-BID, comp., *El Tribunal del Acuerdo de Cartagena*, Buenos Aires, 1985, pp. 156 y 157.

remiso.⁶⁰ Ese gravamen adicional pocas veces ha sido exigido por las aduanas de los demás países ya que por reciprocidad los Estados evitan aplicarse sanciones, y es más bien desde hace poco tiempo atrás que un país se ha valido de las sanciones para conseguir que las sentencias sean acatadas. Por tanto, si bien la sentencia proviene de un órgano jurisdiccional, carece de ejecutoriedad por si misma, y la manera de hacerla exigible es un nuevo procedimiento que culmina con sanciones contraproducentes y no siempre efectivas, lo que se analizará *infra* según las estadísticas logradas.

En el procedimiento previsto en la OMC tenemos que la primera etapa de consultas pareciera una formalidad que debe ser agotada y que retarda el mecanismo. Sin embargo, el ODA ha resaltado la importancia de esta fase y ha indicado que mediante las consultas

(L)as partes intercambian información, evalúan los puntos fuertes y débiles de sus respectivos argumentos, reducen el alcance de las diferencias existentes entre ellos y, en muchos casos, llegan a una solución mutuamente aceptable con arreglo a la preferencia expresada explícitamente en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Además, incluso cuando no se llegue a ninguna solución aceptada, las consultas dan a las partes la oportunidad de definir y delimitar el alcance de la diferencia existente entre ellas.⁶¹

De las dos siguientes etapas sorprende que los Informes del GE y del ODA tengan una estructura muy similar a una sentencia (análisis de aspectos de hecho, de derecho, valoración de pruebas, etc.), a pesar del modo conjunto como se los elabora con las partes en la diferencia. Y, aunque los Informes del ODA son más reconocidos que los del GE por su mismo carácter de segunda instancia, ambos están sujetos a la aprobación por parte del OSD. Por tanto, a pesar de estar expuestos estos trabajos técnicos en lo jurídico-comercial a la opinión más bien política de los Estados en conflicto, y de los demás miembros de la

⁶⁰ El 10% de sanciones diferentes se refieren a que el gravamen adicional sea inferior (2%) o incluso superior (10%) en caso de reiteración de incumplimiento; o también a un gravamen adicional de entre 8 y 12% para un producto específico, relacionado con la materia del incumplimiento; y en una ocasión, a la suspensión de preferencias en materia de origen haciéndolas más estrictas (Ver, entre otros, procesos Sumarios 01-AI-96, 03-AI-96, 01-AI-97, 52-AI-2001, 24-AI-2002, 52-AI-2002).

⁶¹ Informe del ODA, asunto México-jarabe de maíz, párrafo 54.

OMC, ha existido hasta la fecha el necesario respeto de los Informes, que vienen a constituir las recomendaciones y resoluciones del OSD dirigidas al miembro demandado a fin de que se cumpla con la normativa OMC. Por ello tenemos que tanto los GE como el ODA siguen sus propios precedentes, más acentuado en el caso de éste último que es un “cuerpo judicial permanente”, aunque han habido GE que se han fundamentado en Informes de sus similares, o el propio ODA que ha hecho referencia a Informes adoptados por GE, o incluso ha dicho que los Informes de un GE no adoptados por el OSD, aunque carecen de valor normativo, podrían contemplar “orientaciones útiles”.⁶²

La etapa más polémica en el procedimiento ante el OSD es, sin duda, la cuarta, tal como ocurre en el TJCA que hemos dicho es el Sumario por incumplimiento. La vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones contempla demasiadas dilaciones y recursos, llamando la atención las disposiciones de los artículos 21.3.c (Arbitraje previsto para fijar el “plazo prudencial”), 21.5 (nuevo procedimiento cuando no hay acuerdo sobre las medidas que adopta el país demandado) y 22.6 (Arbitraje que resuelve sobre proporcionalidad de la suspensión de concesiones). Además, no deja de sorprender que la propia normativa contempla en reiteradas ocasiones la posibilidad de llegar a soluciones “mutuamente” satisfactorias, que —volvemos a insistir— pueden darse en un marco alejado o ajeno a la normativa OMC, es decir que para evitar o solucionar conflictos se deja a las partes en libertad para que decidan cumplir o no dicha normativa. Sin embargo, más allá de si esta solución es o no conveniente a los intereses de los Estados miembros, es cierto que para el efectivo cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD,

⁶² Por ejemplo ver Informe del GE en el asunto Tailandia-restricciones a la importación de cigarrillos e Impuesto Interno sobre los cigarrillos, e Informes del ODA en los asuntos Japón-impuestos sobre bebidas alcohólicas, 1996, párrafos 16, 17, 21 y 32.

es imprescindible un determinado poder del Estado perjudicado para sancionar hábil y acertadamente al demandado a fin de que cumpla.

Entonces se tiene que la responsabilidad del mecanismo descansa en el OSD, mas la efectividad de cumplimiento de sus resoluciones y recomendaciones “reposa... en la posibilidad de que un Estado miembro perjudicado por una medida declarada incompatible pueda imponer sanciones o ejercer el derecho a la retorsión” (A. Zelada, Solución de controversias..., 27). Por ello se ha visto que la suspensión de concesiones no es una solución práctica para los países en desarrollo, puesto que cuando éstos aplican elevados aranceles a las importaciones provenientes de países desarrollados que infringen los Acuerdos OMC, ello ocasiona un perjuicio al consumidor del país en desarrollo, “mientras que es poco factible que el nivel de volumen comercial afectado sea tal que ocasione un perjuicio al país desarrollado, y en consecuencia no existe un incentivo suficiente para adecuar una medida infractora al marco jurídico de la OMC” (V. Hughes, 2004: 84).⁶³

Por último tenemos que, tal como ocurre en la CAN, el procedimiento ante el OSD culmina con sanciones que se vuelven contraproducentes frente a la liberalización comercial prevista en los Acuerdos OMC, constituyen un retroceso y no siempre conllevan al cumplimiento de la normativa, lo que es objeto de debate en la Ronda Doha sobre mejoramiento a la solución de controversias.

⁶³ Estas realidades claramente se ven reflejadas en los casos agrícolas, en que por causas supuestamente justificadas (subsidios) se vuelve restrictivo el comercio Sur-Norte, y por más acuerdos mutuamente satisfactorios, compensaciones o incluso suspensión de concesiones, el principal problema que impide el progreso de la OMC sigue y seguirá siendo la falta de transparencia y verdadera liberalización comercial de productos agrícolas, que subsistirá mientras Gobiernos de países desarrollados (sobre todo de EUA y las CE) mantengan sus excesivos pagos por la sumisión que tienen ante pocos pero poderosos agricultores, en perjuicio tanto de pequeños y desorganizados agricultores de esos mismos países, como en perjuicio mayoritario de una gran parte de consumidores de estos bienes en todo el mundo. Al respecto se ha dicho que “there is no better illustration of this reality than the capture of farm policy in the EC and US: we see two mammoth governments held hostage by a relatively small number of very determined, large farmers. Who loses? Small, disorganized and/or poor farmers in the EU and US and elsewhere and, of course, almost all the consumers in the world”. Tomado de Patrick A. Masserlin, “Three Variations on The future of the WTO”, Separata de *Journal of International Economic Law*, vol. 8, Oxford University Press, junio de 2005, p. 301.

Sin duda que es de suma importancia meditar sobre sanciones que consigan un verdadero cumplimiento de la normativa de liberalización comercial a nivel de la CAN y de la OMC, permitiéndonos sugerir como alternativa la imposición de multas onerosas a cargo del país que incumple, en favor del sector económico directamente perjudicado (sujetos identificables), a quienes les bastaría la autorización del órgano de solución de controversias (TJCA o OSD) para reclamar por si mismos el pago de esa multa ante la justicia nacional de dicho país, a través de un procedimiento ejecutivo y efectivo de cobro, previéndose incluso el derecho de repetición del Estado en contra de el o los funcionarios causantes de esa sanción. Otra alternativa sería, por ejemplo, sancionar económicamente al sector que se está viendo favorecido con la medida nacional, de hecho o de derecho, contraria a la liberalización comercial prevista, al punto que esos sujetos también identificables opten por requerir al Gobierno que más bien cumpla la normativa irrespetada dado que la sanción les está resultando más gravoso que el mismo provecho o ventaja.

3. Eficiencia de los mecanismos de solución de controversias analizados

El principio de efectividad se ve satisfecho cuando una norma jurídica penetra en la realidad social del grupo al cual se dirige, lo que viene a constituir un primer paso esencial para que pueda valorarse su eficacia. Así, tenemos que, cumplida la efectividad de la norma, es decir una vez que haya sido asimilada por la Sociedad, dependerá de una nueva labor de todos los sujetos a quienes va dirigida aquella para que se vayan alcanzando los resultados perseguidos por quienes la aprobaron. Al ser efectiva una norma, puede cumplirse con el principio de su eficacia: consecución de los objetivos que motivaron su emisión.

La lógica demuestra, por tanto, que si la norma jurídica no es efectiva tampoco podrá ser eficaz. La eficacia o no de una norma concreta también afecta al proceso general del que forma parte, ya que de haber una cadena de incumplimientos, la norma ha dejado de ser eficaz y pone en seria duda su efectividad. Lo efectivo y eficaz condicionan tanto su credibilidad como su legitimidad social, la primera entendida como

(L)a posibilidad que los actores sociales a quienes las normas están destinadas puedan percibir las como un factor relevante en la orientación de las decisiones que inciden en sus comportamientos. Y legitimidad social, entendida como el reconocimiento por parte de la sociedad y, en particular por los actores sociales más afectados por ellas, de que son reglas comunes a todos los socios que deben ser respetadas por mutua conveniencia.⁶⁴

Cuando una norma jurídica es efectiva y eficaz puede analizarse si se cumple con el principio de eficiencia, que busca que tanto la inserción de la norma en la Sociedad como el logro de sus objetivos se den en el menor tiempo posible, con la mínima inversión y con el menor costo social y político. Para analizar la eficiencia de los mecanismos de solución de controversias en la liberalización comercial que buscan alcanzar las normativas de la CAN y de la OMC, tenemos que partir del supuesto de que esas disposiciones internacionales son reconocidas como compromisos vinculantes por parte de los Estados a los cuales van dirigidas; y que, al ser reconocidas como tal, también están siendo mayormente aplicadas y respetadas a fin de que se alcancen sus objetivos. Sólo desde esa óptica podríamos verificar si el mecanismo de solución de controversias que esos Tratados internacionales contemplan, en relación a la liberalización comercial buscada, es realmente eficiente.

Mediante los Acuerdos comerciales de Cartagena y que establece la OMC, los Estados parte han disminuido su margen de maniobra o el espacio que tienen sus Gobiernos

⁶⁴ Félix Peña, “Una aproximación a Nuevas Tendencias en los Mecanismos de Solución de Controversias de Acuerdos Comerciales Preferenciales”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op.cit., p. 224.

para el diseño e implementación de políticas públicas en ciertos ámbitos económicos y comerciales cuya regulación han cedido a nuevos órganos (supranacionales o a negociaciones interestatales). Por tanto, si a pesar de existir esos compromisos internacionales los países emiten normas internas que los contrarían de modo flagrante y objetivo, sin duda los están quitando toda efectividad, y peor aún se puede esperar eficacia o cumplimiento de sus objetivos. Si bien es entendible que existan desacuerdos o disconformidades en la aplicación de este tipo de Tratados, llama la atención que algunas de las controversias suscitadas entre miembros de la CAN y de la OMC correspondan a esa clara falta de efectividad y eficacia que los propios países han dado a esas normas de liberalización comercial. En ese contexto cabe afirmar que la responsabilidad de los mecanismos de solución de controversias para que la liberalización comercial en la CAN y en la OMC sea eficiente, es mínima.

En efecto, no será por un excelente o mal mecanismo de solución de controversias que las normas del libre comercio cumplirán con los principios de efectividad y eficacia, ya que mientras los Estados guíen su modo de actuar en sus relaciones internacionales por una voluntad política influenciada por intereses muy particulares, el estricto cumplimiento de la norma seguirá ocupando un papel secundario. Cuando las disposiciones sobre liberalización comercial son efectivas, o debidamente reconocidas por los Estados parte, y según el logro de los objetivos que ellas propugnan (eficacia), se puede evaluar si el mecanismo previsto para solucionar cualquier diferencia que surja entre los Estados, es o no eficiente.

No cabe duda de la importancia de los mecanismos de solución de controversias en los acuerdos comerciales, ya que facilitan su debida aplicación y, por ende, el cumplimiento de sus objetivos. Es por ello acertado el criterio de que un determinado mecanismo de solución de controversias

(E)s un claro mensaje que un gobierno da al inversionista internacional en sus esfuerzos por atraer a su territorio flujos de inversión que en última instancia pueden generar divisas, empleo... Los mecanismos se convierten, entonces, en un factor importante para garantizar el proceso de reforma y dan una idea de la credibilidad de esa reforma porque asignan consecuencias jurídicas y económicas claras a la violación de las normas negociadas. De hecho, se puede argumentar que el carácter de los mecanismos es un barómetro de seriedad con que se emprenden las reformas vía un acuerdo comercial o de inversiones (J. Granados, et al., 2004: 398).

Por tanto, sobre la base de lo señalado por Luis Carlos SÁCHICA,⁶⁵ pareciera ser que en la actualidad, el único mecanismo de solución de controversias que permita a un ordenamiento jurídico internacional adquirir verdadera eficacia, esto es, vigencia real, debe contemplar una triple función: a) ejercer un control de legalidad sobre los propios organismos del sistema que asegure que sus actuaciones sean regladas y conformes con los objetivos del Acuerdo; b) sancionar de manera eficiente los incumplimientos de todos quienes deben obedecer la preceptiva del ordenamiento (países, órganos del sistema, sujetos), contemplando incluso un grado de responsabilidad en beneficio de los perjudicados; y c) formular una interpretación obligatoria de las normas del ordenamiento en un solo sentido, con el objeto de que sus efectos sean uniformes y generen un auténtico derecho común, general e igualitario. Ninguno de los mecanismos analizados en la presente investigación encaja plenamente en esta descripción, y más bien queda la duda de si a nivel mundial el único y más desarrollado mecanismo en los acuerdos de comercio que podría contemplar las anteriores funciones es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁶⁵ Luis Carlos SÁCHICA, "El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia", en *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, separata, Buenos Aires, INTAL-BID, 1985, p. 12.

3.1. Estadísticas generales de las causas tramitadas ante el TJCA y el OSD: resultados de su actividad y del tiempo tomado en el cumplimiento de ella

En la CAN, la estadística que se detalla en el siguiente cuadro —que ha sido resultado de un trabajo investigativo novedoso por cuanto los órganos supranacionales han carecido en sus informaciones propias de esta importante herramienta— refleja interesantes conclusiones: la etapa prejudicial que se lleva a cabo ante la Secretaría General es sin duda provechosa, ya que más de la mitad de las controversias (55,66%) se resuelven durante la misma. Cabría reducir los tiempos que tarda la consecución de esta primera etapa, o acatar los lapsos fijados en las normas pertinentes, como vimos *supra*, a fin de agilizar de mejor manera los resultados positivos de esta fase.

Etapas	Total casos 1984 - 2006
Reclamos ante la SG	212
AI iniciadas ante el TJCA	94
Incumplimientos declarados	62
Cumplimientos declarados	12
Inadmisiones	13
Desistimientos	5
No se sabe fin	1
En trámite	1
Sumarios iniciados	51
Sumarios reiniciados	3
Sanciones impuestas	33
Sanciones vigentes	15
Sanciones efectivamente aplicadas	2
Sanciones levantadas	16
Sanciones suspendidas	2

Fuente: SGCAN/TJCA. Elaboración: Autor

En la etapa contenciosa que se lleva a cabo ante el TJCA se puede desprender que la regla es que las acciones interpuestas son acogidas mediante sentencias que declaran el incumplimiento de los países miembros (65,95% de los casos presentados). De modo excepcional se ha rechazado la demanda reconociéndose un cumplimiento (12,76), o se ha

declarado inadmisibles los reclamos (13,82), o se ha aceptado el desistimiento (5,31). Por tanto, se puede afirmar que esta etapa si bien promueve la defensa de los derechos del país demandado y contempla un análisis jurídico minucioso del caso concreto por parte de Magistrados ajenos a los intereses en juego, es necesario que su duración sea recortada (tanto en los lapsos normativos previstos como en la práctica), dado que la sentencia viene a repetir el incumplimiento denunciado y dictaminado desde la primera etapa.

Como ya habíamos indicado antes, es en la tercera etapa en que se dan la mayoría de dilaciones. Un alto porcentaje de casos en que ha habido sentencias declarativas de incumplimiento, han debido seguir con esta etapa (82,25%), y sólo en pocas ocasiones (17,75) la sentencia ha sido disuasiva para que el país remitido componga su conducta. De los Sumarios por incumplimiento iniciados, sorprende también que en la mayoría de veces (64,7) se ha llegado incluso a la imposición de sanciones, que sólo han conseguido un resultado óptimo en un 48,48% de los casos, produciéndose el levantamiento de tales sanciones. Son por ende numerosos los casos en que se mantiene un incumplimiento, a pesar de existir una sentencia y sanciones en contra (45,45%). Se comprueba, además, la falta de utilidad de esas sanciones y la reciprocidad que incentiva la conducta de los países, con el hecho de que de las sanciones vigentes tan sólo el 13,33% (2 casos) están siendo efectivamente aplicadas.

Vemos, por tanto, que en cuanto a resultados del trabajo realizado y respecto al tiempo de duración de su labor, la eficiencia del mecanismo de solución de controversias previsto en la CAN destaca en la etapa primera que facilita que un gran número de conflictos lleguen a solucionarse. En la segunda, en que interviene el TJCA, se sacrifica mucho tiempo en comparación al resultado obtenido (reconocer el incumplimiento declarado con antelación), lo que deja de ser eficiente sea por falta de establecimiento

expreso de lapsos de actuación o sea por dilaciones injustificadas. La tercera etapa no es eficiente ya que en pocas ocasiones consigue que la sentencia sea acatada, y más bien utiliza las sanciones como medio coercitivo y contraproducente con la liberalización comercial. Si miramos el tiempo transcurrido, asimismo cabe negar eficiencia ya que por falta de lapsos expresos o por retardos infundados, el resultado de que se restablezca el orden y el respeto a la norma, llega de modo tardío.

Estadística de casos presentados ante el OSD

Etapas	Entre 1995 a 2006
Consultas	356
GE establecidos	147
Casos conocidos por GE establecidos	180
Casos cubiertos por Informes de GE	129
Informes del ODA adoptados por el OSD	67
Arbitrajes sobre "plazo prudencial" (art. 21.3)	24
GE y ODA establecidos conforme al art. 21.5	34
Arbitrajes sobre suspensión de concesiones (art. 22.6)	16

Fuente: OMC. Elaboración: Autor

De esta importante base estadística se puede desprender lo siguiente: desde la creación del OSD han existido 356 diferencias, de las cuales casi la mitad (49,44%) se resolvieron en la etapa de consultas, lo que demuestra la eficacia de la misma. El 50,56% restante (180 casos) fueron conocidos por Grupos Especiales que se establecieron en 147 ocasiones (en algunas oportunidades un mismo GE resolvió varios casos). De los 180 casos, 129 fueron cubiertos por Informes de GE (el resto está pendiente o fueron objeto de desistimiento o de una solución mutuamente acordada). De esta última cifra, el 51,93% fueron objeto de apelación hasta la adopción del Informe del ODA por parte del OSD (67 casos).

Para la etapa de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones, tenemos que de los 129 casos (en que el OSD adoptó el Informe del GE o del ODA), en 24

ocasiones se estableció el plazo prudencial mediante Arbitraje (conforme al artículo 21.3.c del ESD). En 34 casos se recurrió al mecanismo del artículo 21.5 sobre reinicio de un nuevo procedimiento para verificar la compatibilidad de las medidas adoptadas por el miembro demandado. De estos 34, el 35.29% (12 casos) llegaron incluso a ser conocidos y resueltos por un ODA. Es decir que en un 26,35% de los casos, los países se valen de este mecanismo para dilatar el cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones. Por último, tenemos que cuando ha habido autorización para la suspensión de concesiones, en 16 oportunidades se ha fijado el nivel de tal suspensión mediante Arbitraje (artículo 22.6). No puede dejar de sorprender de modo grato que únicamente en un tercio de los casos resueltos por Informes del GE o del ODA, han existido posteriores controversias que han seguido los procedimientos previstos para la etapa de vigilancia del cumplimiento, lo que demuestra que en una buena parte de casos las resoluciones y recomendaciones se han cumplido sin mayores contratiempos.

Cabe indicar que a pesar de estar fijados plazos no siempre se respetan, lo que agudiza el daño económico del miembro reclamante en caso de que la medida impugnada sea incompatible con la normativa OMC, y refleja la falta que hace algún tipo de medida provisional que pueda dictar el OSD a fin de proteger los intereses económicos y comerciales del reclamante mientras dura el procedimiento. Es también negativo que no se prevea una compensación económica por los daños sufridos por el demandante durante el plazo prudencial que tiene el demandado para aplicar las resoluciones y recomendaciones; y sorprende aún más que no exista reembolso alguno por concepto de costas procesales.

Lo que sin duda retarda el mecanismo es el recurso previsto en el artículo 21.5 del ESD. Han habido casos en que las partes recurrieron en más de una ocasión a este procedimiento; por tanto, la última etapa sobre la vigilancia del cumplimiento es la que

“dista bastante de ser eficiente” (V. Hughes, 2004: 71), sobre todo si se reconoce que la suspensión de concesiones no siempre es fácil de ser aplicada por todos los miembros, al punto que en ciertos casos excepcionales ha sido ineficaz para conseguir la completa adopción de la decisión del OSD.

En consecuencia, podemos señalar que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es muy eficiente en la etapa de consultas, dado el alto número de casos que se resuelven en ella. Sin embargo, en las otras dos etapas el mecanismo deja de ser eficiente, ya que si bien en la segunda se reconoce el desacato de la normativa OMC por parte de un país, lo dilatado del procedimiento de establecer el GE y de la conformación de sus miembros, y las amplias posibilidades que se dan a las partes para que examinen el Informe del GE, pudiendo bastar con la posibilidad de la apelación, retarda injustificadamente el resultado principal de que se cumpla lo ordenado en la norma. A parte de esta falta de eficiencia por el tiempo, la realidad demuestra que las resoluciones y recomendaciones del OSD tienen un elevado nivel de cumplimiento. Sin embargo, en el resto de casos en que la tercera etapa permite que se obtenga el resultado esperado, igualmente la eficiencia no se alcanza por el excesivo tiempo que tarda.

3.2. Costos financieros para el funcionamiento del TJCA y del OSD, así como para recurrir ante ellos. Relación porcentual de los países actuantes ante cada mecanismo.

En el presente capítulo nos parece oportuno examinar el costo por país en el mantenimiento de cada mecanismo de solución de controversias, esto es su participación en el presupuesto anual; y, los costos de litigar ante cada uno a fin de conocer su accesibilidad para los sujetos a los que se dirige la norma llamada a ser respetada. Estos interesantes datos serán luego cotejados con la intervención del mismo país en las causas que ha

conocido y tramitado cada mecanismo, lo que permitirá reflejar si la aportación económica del país, y su facilidad de acceso al mecanismo, se compagina con la utilidad que éste le ha reportado en la defensa de sus derechos e intereses, más allá del resultado del caso concreto; es decir si tal contribución económica es equitativa con el trabajo que el país presenta al mecanismo (como actor, demandado o tercero).

Así, tenemos que en la CAN tres países participaban, cada uno, con el 28% del presupuesto del TJCA (Colombia, Perú y Venezuela), y dos (Bolivia y Ecuador) tan solo con el 8. Por otro lado, aunque no existen cifras oficiales o referentes doctrinarios que desarrollen el tema del costo de litigar ante el TJCA en las acciones por incumplimiento, por la propia experiencia adquirida podemos decir que toda asesoría necesaria para servirse de este mecanismo, incluyendo la participación en la etapa previa ante la SG, alcanza sumas de dinero elevadas, ya que se requiere de personas con un conocimiento técnico tanto en las materias comerciales objeto de cada debate, como en Derecho Comunitario Andino. Tan sólo en cuanto a costas judiciales asignadas a las partes vencedoras en una acción de incumplimiento, podemos sacar como promedio US \$ 1.040.

Dado que una mayoría de causas desarrollan temas de libre circulación de mercaderías en las que básicamente intervienen intereses de exportadores e importadores, es entendible que las cuantías no sean pequeñas, y que plantear un pleito en lugares muchas veces distantes al centro de operaciones de las empresas interesadas no está al alcance de cualquier pequeño importador/exportador. Esto repercute en la aplicación y efecto directos de que gozan las normas comunitarias, y también en la legitimación de los particulares

afectados en sus derechos para acudir ante el Tribunal, ya que por los elevados costos que esto último representa, no todos los legitimados pueden accionar en el TJCA.⁶⁶

La intervención de los Estados en la solución de controversias por incumplimiento es bastante diferente, ya que principalmente acude como actor ante el Tribunal la Secretaría General, y han habido tan solo tres ocasiones en que un país miembro demandó a otro. Los particulares que han sido demandantes (12 casos) son efectivamente empresas con poder económico,⁶⁷ que han visto afectados sus derechos por la conducta de un país miembro. Como demandados, en cambio, Venezuela ha sido el país con más demandas en su contra (30,85% de las causas), seguido de Ecuador (27,65), Colombia (19,14), Perú (18,08) y Bolivia (tan solo con el 4,25).

Es posible afirmar entonces que por los costos de acudir ante el TJCA, el mecanismo es eficiente porque prevé que sea un mismo Órgano del SAI (financiado con aportes de los propios países) quien trabaje en la consecución de la solución de las controversias. Esto permite que los países no se enfrenten de modo directo, y que los particulares afectados pero sin suficientes recursos se sirvan de este apoyo técnico para conseguir el respeto de la normativa andina. Nada obsta para criticar que, en cuanto a costos, el acceso directo de los particulares al TJCA es excluyente en comparación con los objetivos de la integración andina que buscan beneficiar a una mayoría de la población,

⁶⁶ Las causas en que han habido condenatoria en costas debidamente tramitadas son, entre otras, las correspondientes a los procesos 04-AI-98, 05-AI-98, 06-AI-98, 07-AI-98, 10-AI-98, 53-AI-00, 93-AI-00, 01-AI-01, 25-AI-01, 26-AI-01. Por otro lado, no podemos dejar de señalar que el propio Tratado de Creación del Tribunal prevé una segunda vía para que se pueda exigir a los países miembros el cumplimiento del ordenamiento comunitario, que consiste en que los particulares acudan ante los Tribunales nacionales competentes para reclamar la afectación de sus derechos causada por el incumplimiento. De este modo el TJCA conoce de la aplicación de la norma comunitaria de modo indirecto a través de la Interpretación Prejudicial.

⁶⁷ Por citar ciertos ejemplos se tiene como demandantes particulares a Asociaciones de Industrias y Compañías Farmacéuticas (nacionales y transnacionales), importantes Ingenios azucareros, compañías Licoreras, empresas de Transporte y Sociedades productoras de determinados bienes agrícolas.

aunque ello también demuestra que una buena parte de las normas comunitarias crean derechos y benefician todavía a un limitado grupo económico más no a toda esa población.

Por último tenemos que la existencia del Tribunal ha tenido distinto costo-beneficio en relación al aporte económico de cada país y al grado en que éstos han sido demandados por el incumplimiento de la normativa andina. En efecto, el número de veces que un país es demandado en acciones de incumplimiento hace pensar que los que menos han participado como tal serían los que más cumplen con el ordenamiento andino (respetan la norma, la vuelven efectiva y eficaz), y que por tanto hacen que el mecanismo sea más eficiente ya que con su aporte económico se valen del Tribunal para exigir sus derechos (como demandantes), en beneficio de la liberalización comercial y de la integración en general.

En cambio, aunque se puede pensar que con las demandas presentadas contra Venezuela y Ecuador el Tribunal cumple con sus objetivos de existencia (conseguir que se acate el mandato de la norma comunitaria), dado el aporte económico de estos dos países al presupuesto del TJCA, la existencia de éste resulta muy costosa y poco eficiente debido a la conducta abusiva que claramente refleja la poca efectividad y eficacia que esos países han brindado a las normas de la CAN.

En el ámbito de la OMC, hemos señalado que el Ecuador participa con el 0,08% del Presupuesto, lo que refleja también su participación al presupuesto del mecanismo de solución de controversias, mientras que países como los EUA aportan el 15.41, cuatro Estados de la Unión Europea el 23.38, y Japón el 5,94. Otro costo que estimamos útil tenerlo en cuenta es el de litigar ante el OSD. Independientemente del valor de la cuantía del caso concreto (que puede oscilar entre US \$ 150 mil a US \$ 150 millones), los costos jurídicos o de contratación de asesorías jurídicas privadas, que incluye desde la etapa de consultas hasta el Informe del ODA, puede costar entre US \$ 250 mil para un caso normal,

hasta US \$ 500 mil para un caso en que intervengan los EUA o la UE.⁶⁸ Estas cifras repercuten más, sin duda, según el país que busca litigar. Por ejemplo, se ha sabido que los costos de los casos en que ha intervenido el Ecuador asciende alrededor de US \$ 750 la hora,⁶⁹ lo que constituye una cifra extremadamente elevada en comparación con el nivel de vida promedio de los ecuatorianos.

No son sólo los elevados costos económicos de litigar ante el OSD lo que repercute claramente en la menor participación de los países de América Latina en el sistema de solución de controversias de la OMC, en comparación con ciertos países desarrollados, sino también las limitaciones institucionales y de capacidad humana (se necesita mucho de expertos técnicos), así como los costos políticos (ya que se piensa mucho antes de enfrentar a un grande).

Sin embargo, es importante destacar que con miras a cambiar esta realidad y a fin de alcanzar un equilibrio adecuado en los derechos y obligaciones que se derivan de los Acuerdos OMC, para que los miembros tengan igualdad de condiciones en los procedimientos de solución de controversias, se estableció a partir del año 1999 el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL, por sus siglas en inglés) con el objeto de brindar apoyo jurídico alternativo, capacitación y asesoría a ciertos miembros.⁷⁰ Este Centro

(H)a creado un precedente que les resultará difícil ignorar a otros organismos internacionales. En primer lugar, a diferencia de los fondos fiduciarios creados para la Corte Internacional de Justicia... se concentra en suministrar recursos humanos, no

⁶⁸ Jaime Granados, Ann Casanova, “Tratamiento de las Asimetrías en tamaño y desarrollo en los Acuerdos Comerciales Internacionales. Algunas sugerencias para la Solución de Controversias en los Acuerdos Norte-Sur”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op. Cit., p. 253.

⁶⁹ Eva García, Entrevista, en Revista LIDERES: Semanario de Economía y Negocios, año 9, no. 489, Quito, 26 de marzo de 2007, p. 3.

⁷⁰ Que son todos los Estados parte del Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal, del 13 de noviembre de 1999, y corresponden a distintos países en desarrollo, a países menos adelantados y a países con economías en transición. <http://www.acwl.ch>

dinero en efectivo, para solventar los costos de litigios. En segundo lugar, es un órgano independiente, externo a la organización y su órgano judicial, lo que fortalece su credibilidad como actor imparcial. En tercer lugar, une a países en desarrollo y países desarrollados en una sociedad, en lugar de que el apoyo financiero del emprendimiento provenga de contribuciones a título gratuito por parte de los países desarrollados. Finalmente, se sostiene parcialmente con los honorarios abonados por los países usuarios, lo cual ayuda a reducir el despilfarro y los juicios innecesarios, y fortalece el compromiso de las partes en el caso.⁷¹

Asimismo, cabe destacar el apoyo que brinda la OMC mediante cursos de formación a fin de crear capacidad jurídica en países en desarrollo, y permitir a los participantes “aumentar la eficacia del trabajo que realizan en sus propias administraciones y promover una participación más activa de sus países en la labor de la OMC”.⁷² De todos modos, con las salvedades que representan estos apoyos referidos, es innegable que por los elevados costos, acudir ante el OSD es muy restrictivo para ciertos países, y en otros casos sólo las empresas privadas poderosas pueden apoyar económicamente a los Estados para que se obtengan resultados que le sean favorables, lo que todavía refleja cierta ineficiencia.

De una estadística actualizada a diciembre de 2006, se desprende que ante el OSD han intervenido mayormente como demandantes: los EUA en un 23%; las CE en un 22; Canadá en un 7; Brasil en un 6; India y México en un 4; Corea, Japón, Tailandia, Argentina y Chile en un 3. Los demás en desarrollo representan un 14, y los demás desarrollados un 5. Como demandados han intervenido: EUA en un 28; las CE en un 19; la India, Argentina y Japón en un 5; Canadá, México, Brasil y Corea en un 4; Chile y Australia en un 3. Los demás países en desarrollo representan el 16%. El Ecuador ha intervenido como

⁷¹ Cesare Romano, “International Justice and Developing Countries: A Qualitive analysis”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volumen 1, núm. 2, agosto 2002, p. 565.

⁷² Organización Mundial del Comercio, *Informe anual 2003*, Publicaciones de la OMC, 2003, p. 133. Allí también se indicó que “El objetivo general de todas estas actividades es la creación de capacidad institucional, facilitando a los participantes una mejor comprensión de las cuestiones relacionadas con las políticas comerciales, el sistema multilateral de comercio, el derecho comercial internacional y el funcionamiento de la OMC”.

demandante en 3 ocasiones (0,84%), como demandado en otras 3, y en 8 como tercero (2,24%).

Por tanto, podemos señalar que dado el apoyo económico para con el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, y en vista de las veces en que ha activado tal mecanismo, el Ecuador ha hecho eficiente al OSD en sus actuaciones como actor, ya que al haber hecho uso del mecanismo ha permitido que, a pesar de contribuir económicamente con poco, se analice y consiga que la conducta de otros países sea modificada y acoplada a lo ordenado por la normativa multilateral de liberalización comercial. En cambio, no ha hecho que sea eficiente el mecanismo al haber sido demandado en un porcentaje mayor a su contribución económica, lo que más bien demostraría que el propio país se ha encargado de restar efectividad y eficacia a la normativa OMC. Tenemos entonces que los países que se han valido del OSD como actores han permitido que se demuestre la eficiencia y confianza que tienen en el mismo, con independencia de si sus contribuciones al presupuesto son o no proporcionales; en cambio, los que han sido demandados de manera desproporcionada a sus contribuciones (por ejemplo el Ecuador, otros en desarrollo y los EUA), hacen poco eficiente al mecanismo ya que su falta de seriedad ante las normas resta credibilidad al sistema multilateral de comercio en general.

En conclusión, tenemos que los mecanismos de solución de diferencias analizados serán más eficientes si los países que contribuyen con financiarlos actúan de buena fe, de modo que respeten sus obligaciones multilaterales y puedan también exigir el respeto de sus derechos fielmente amparados por la norma aplicable. Se vuelve ineficiente el mecanismo cuando de modo reiterado la conducta de los países es puesta en duda frente a lo que ordena la normativa de liberalización comercial, y aún más si su aporte económico para con el mecanismo es escaso o desproporcional. Los elevados costos de litigio ante los

dos mecanismos analizados no los hacen eficientes, aunque destacan las soluciones creadas para mejorar tal situación.

3.3. Calidad e importancia de las decisiones y pronunciamientos emitidos por el TJCA y el OSD

Estimamos adecuado analizar la calidad e importancia tanto de las sentencias del TJCA como de las resoluciones y recomendaciones del OSD a través del estudio de los siguientes parámetros: materias que comúnmente forman parte del contenido jurisprudencial, avances que ha dado la jurisprudencia en beneficio del Derecho, extensión promedio de cada fallo (a fin de poder resaltar el análisis exhaustivo y la capacidad de síntesis), fuentes en que se ha basado cada mecanismo para emitir su fallo, y procedimientos internos de aprobación de cada providencia. Estos resultados permitirán reflejar con mayor objetividad el costo político y social del mecanismo, expresado en el respeto de que gozan sus fallos, primero frente a las partes que cumplen o no lo preceptuado, y segundo frente a terceros (países, empresas, profesionales, universidades, y sociedad en general) en tanto y en cuanto son o no conocidos, y de serlo si son bien o mal valorados.

En el caso del TJCA tenemos que en el ámbito de la liberalización comercial, las diferencias han versado sobre distintos y variados temas, sobre todo en lo relativo a productos agrícolas (arroz, azúcar, cebolla, ajo, café, cacao, banano, carne, etc.), en menor grado a lo referente a bienes primarios con poco nivel de industrialización (combustibles, gas licuado, cigarrillos, licores, lácteos, entre otros), a ciertas industrias (automotriz, textil, pesquera y farmacéutica), y algunos temas puntuales de propiedad industrial (patentes, marcas). Los incumplimientos a las normas andinas se han referido a la imposición de

gravámenes arancelarios o de otro tipo de restricciones al comercio prohibidas expresamente, a la aplicación de derechos correctivos, de medidas fitosanitarias, a la no extensión de preferencias arancelarias, a valoración aduanera, medidas de frontera, entre otros. Además, la jurisprudencia andina ha desarrollado temas propios del proceso de integración, que van más allá de la liberalización de bienes, tales como Arancel Externo Común, Sistema Andino de Franjas de Precios, etc.

En definitiva, es innegable el nivel de complejidad de los temas que desarrolla la jurisprudencia andina, para lo cual se requiere de gran especialización, lo que seguro le da un alto valor al trabajo desempeñado por el TJCA. Por ello, no sorprenden las invalorable máximas que en estas materias —y en temas generales del Derecho— ha sabido brindar el Tribunal. Llama la atención la capacidad de síntesis que refleja la jurisprudencia andina en estas temáticas, ya que en promedio cada fallo tiene una extensión de 30 páginas, en que la mitad suele incluir una parte expositiva de los hechos y alegatos de las partes, y es en el resto de la sentencia (parte considerativa) en que constan las reflexiones jurídicas. Esto, sin duda, dice bien sobre la concreción de sus ideas y tesis, aunque también ocurre en ocasiones que esa breve deliberación deja sin desarrollo importantes temas del debate.

Las principales fuentes a que acude el Tribunal para emitir sus fallos son la normativa andina, su propia jurisprudencia (muchas veces se toma como referencia los fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), y la doctrina especializada. En menor grado aplica principios generales del Derecho, y en contadas ocasiones se ha basado en determinadas normas nacionales (como ciertos principios constitucionales comunes y generalmente aceptados) o en Tratados o principios del Derecho Internacional Público. Esto refleja la fiel tendencia al sistema romanista del que forman parte los países miembros de la CAN, el apego a la legalidad, y el respeto a sus propios precedentes. Sin

embargo, si bien es plausible la guía de la jurisprudencia europea, pareciera oportuno que también haya una mayor relación con los avances internacionales que sobre las materias de comercio exterior se han desarrollado en Tratados y foros internacionales, todo con miras a que la jurisprudencia andina demuestre estar a la par del conocimiento mundial existente en estas materias del Derecho.

Por último tenemos que las providencias que ponen fin a los procesos en acciones por incumplimiento de la normativa andina, requieren para su adopción de un quórum deliberatorio de todos los Magistrados del Tribunal, y de uno decisorio de la mayoría de ellos. Sin embargo, en este punto surge una gran duda, ya que si bien el Estatuto del TJCA (artículo 32) textualmente señala como el quórum referido a 5 y 3 Magistrados, respectivamente, con el retiro de Venezuela de la CAN existe en la actualidad complicación para adoptar un fallo entre 4 Magistrados. Se conoce que esto espera ser reformado del modo más apropiado y justo, pero hasta tanto sólo resta confiar que no se esté perjudicando el tiempo de emisión de las decisiones y la calidad de sus contenidos. Resta señalar que la normativa que regula la actividad del Tribunal no prevé la posibilidad de que existan votos salvados ni opiniones disidentes, lo que no significa que en la práctica siempre haya consenso en la aprobación de los fallos.

Si bien gozan las sentencias del TJCA de una calidad muy estimable, su importancia no sigue la misma suerte, ya que son únicamente declarativas y una mayoría —conforme lo reflejan las estadísticas referidas en capítulos anteriores— no se cumplen de modo inmediato, siendo la extensa etapa del Sumario que permite se hagan algo más efectivas tras la imposición de sanciones contraproducentes con la liberalización del comercio. Por tanto, el costo político de las sentencias del Tribunal es muy alto debido a la falta de importancia que le dan los países a los fallos al momento de cumplir con lo en ellos

ordenado, lo que se conoce como la falta de voluntad política de los países en alcanzar los objetivos de la integración andina.

Sin embargo, gracias a la calidad de las sentencias andinas se puede afirmar que el mecanismo de solución de controversias de la CAN es eficiente por su bajo costo social, puesto que el buen nivel jurídico permite a las sentencias ser reconocidas y bien valoradas incluso internacionalmente en los ámbitos profesionales y académicos pertinentes, y también a nivel de los órganos públicos de los países miembros, y de empresas o particulares que confían en el órgano jurisdiccional comunitario. Con ello no se pretende obviar lo ya manifestado sobre la poca accesibilidad y conocimiento que del TJCA tienen la sociedad en general, que más bien se debe a la ausencia de normativa comunitaria en materias que más se relacionen con actividades del ciudadano común de la Subregión, ya que hasta ahora los temas de liberalización del comercio han sido los que han primado para ser regulados.

En la OMC, las diferencias conocidas por el OSD han versado sobre distintos y variados temas, desde bienes primarios (como el acero) hasta productos agrícolas (como el banano), pasando por cuestiones ambientales (protección de tortugas marinas, organismos genéticamente modificados), así como de industrias de telecomunicaciones, automotriz, textil, pesquera, música y farmacéutica. Las problemáticas mayormente desarrolladas han tenido que ver con acceso a los mercados, medidas sanitarias y fitosanitarias, subsidios, medidas antidumping, nación más favorecida, etc.

Por tanto, son también complejas las materias que deben examinar los distintos órganos que conforman el OSD para solucionar las diferencias, lo que explica que en el ámbito del Comercio Exterior y del Derecho Económico relacionado, la OMC a través de los Informes de los Grupos Especiales o del Órgano de Apelación, y en definitiva mediante

las providencias que emite, ha dado importantes avances. Como nos enseñan los expertos, la cantidad de causas que conoce el mecanismo de solución de diferencias de la OMC demuestra la confianza depositada en él, pero no refleja la calidad de su trabajo, que más bien es probada por sus contribuciones al progreso del Derecho Comercial Internacional con el desarrollo de un repertorio de jurisprudencia que abarca una gran variedad de cuestiones (todos los acuerdos OMC), relativas a materias extremadamente técnicas, a menudo controvertidas y muy raramente de sencilla solución (V. Hughes, 2004: 81).

En cuanto a la extensión promedio de los Informes, sabemos que los de los GE, por ejemplo, constan de 200 a 400 páginas, y pueden llegar a contener hasta 600 si se adjuntan las comunicaciones escritas de las partes. Uno de los informes más extensos contuvo 969 páginas, lo que sin duda refleja un análisis excesivamente minucioso del caso concreto, quizás en desmedro de un normal grado de síntesis y precisión de lo exclusivamente importante para el caso.

Como fuentes en que se basan las decisiones del OSD, tenemos principalmente a los distintos acuerdos del paquete OMC, en algunas ocasiones a los propios Informes de GE o de ODA anteriores, y a la doctrina calificada. Algo favorable es que también se aplican normas de Derecho Internacional general, “a la luz de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales (sobre todo de la CIJ) o bien hacen referencia a tratados (por ejemplo, sobre protección del medio ambiente) suscritos por Miembros de la OMC fuera del ámbito de la OMC, aún cuando otros tribunales internacionales rara vez han exhibido tal ‘cortesía judicial’ en relación con la jurisprudencia de la OMC”.⁷³ Esto explica el completo estudio del Derecho y de los desarrollos de la temática específica que lleva a cabo el OSD para

⁷³ Ernt-Ulrich Petersmann, “La proliferación y fragmentación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el Comercio Internacional: los procedimientos de Solución de Diferencias de la OMC y los Mecanismos de Solución Alternativa de Conflictos”, en BID-ITD-INTAL, comp., Op. Cit., p. 313.

emitir sus decisiones en los casos puntuales, lo que repercute, sin duda, en los avances que representan sus pronunciamientos a nivel académico.

La deliberación y aprobación de los Informes de los GE (de 3 o 5 miembros) y de las secciones (de 3 miembros) que resuelven en apelación, se lleva a cabo con la aquiescencia de la mayoría, y no se prevé en la normativa la figura de votos salvados. Como nos dicen los expertos, el hecho de que no se registren (al menos de modo público) opiniones disidentes, contribuye “al desarrollo de la jurisprudencia y al logro del objetivo de ‘seguridad y previsibilidad’ del sistema multilateral de comercio” (V. Hughes, 2004: 79) previsto en el artículo 3.2. del ESD. Asimismo, como señalamos en capítulos anteriores, las resoluciones y recomendaciones del OSD se adoptan por el llamado consenso negativo. Esto explica el hecho de que las decisiones tengan un alto grado de respetabilidad, ya que se entiende que para su aprobación todos los miembros de la OMC, al menos en teoría, estuvieron de acuerdo en su contenido.

Cabe recordar la eficiencia del OSD en su etapa de consultas dado el alto número de causas que se resuelven en ella. Asimismo, sólo un tercio de los casos en que han sido emitidas resoluciones y recomendaciones por el OSD, llegan a la ineficiente tercera etapa de vigilancia de cumplimiento, lo que demuestra que la segunda etapa también es eficiente en cuanto al número de causas que llegan a cumplir lo ordenado por el OSD. Esto nos permite aseverar que las partes en las diferencias demuestran un mayoritario respeto por los pronunciamientos del OSD, lo que refleja un bajo costo político del mecanismo y, sin duda, su eficiencia en la solución de diferencias sobre liberalización comercial. Lo anterior no pretende ocultar lo ineficiente del mecanismo en cuanto al tiempo y costos económicos para hallar una solución, como ha sido analizado *supra*.

Lamentablemente, el resto de diferencias que siguen con lo previsto en la ineficiente tercera etapa de vigilancia de cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD, demuestran que el mecanismo tiene un costo político elevado, ya que las partes no respetan lo ordenado por el OSD, y más bien se valen de lo previsto en la propia norma que regula la solución de diferencias, para dar más largas a la inobservancia de sus obligaciones en la OMC. Es decir que las partes dan más valor a sus intereses nacionales que a los compromisos acordados internacionalmente.

Por último tenemos que las decisiones de los GE, del ODA y en definitiva las resoluciones y recomendaciones del OSD tienen un altísimo grado de respeto y valor académico por los países, empresas, profesionales, universidades y medios relacionados con la liberalización comercial mundial, lo que demuestra el bajo costo social de este mecanismo de solución de controversias, en el sentido de que ha valido la pena su existencia frente a la comunidad que se sirve de estas materias.

3.4. Aspectos que estimulan y frenan la liberalización del comercio prevista en la CAN y en la OMC, según la eficiencia del TJCA y del OSD

Hemos valorado la eficiencia de los mecanismos de solución de controversias analizados sobre la base del tiempo que toma poner fin a dichas controversias, a la inversión que representa tanto el mantenimiento de cada mecanismo como el acudir ante ellos, y según su costo social y político; debiendo reiterarse que para cada uno de esos análisis de eficiencia, hemos partido del supuesto de que los países están dando efectividad a la norma de liberalización comercial correspondiente, ya que bajo ese parámetro se puede valorar si se están cumpliendo o no los objetivos previstos, es decir, si la norma es o no eficaz. En cambio, si un país desconoce de modo flagrante sus compromisos

internacionales (sea a través de medidas de hecho o de derecho), por más eficiente que sea el mecanismo de solución de diferencias establecido, poco o nada puede hacer cuando la solución está en que el propio país reconozca su obligación y la cumpla. Sin duda, este es un criterio que vela por el fiel cumplimiento de la norma como única solución a los conflictos que se presentan.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la liberalización comercial de bienes tiene como principales sujetos beneficiarios a los exportadores e importadores, que se someten a Derecho mediante las regulaciones que establecen los Estados para normar las modalidades de esos intercambios comerciales, y para tutelar los intereses de los consumidores finales de esos bienes. Al constituir estos negocios internacionales de intercambio comercial la razón de ser de las normas de liberalización, es entendible que éstas sufran constantemente modificaciones y adaptaciones según la realidad cambiante de las corrientes de comercio. Además, si tenemos en cuenta que otros países importantes por su grado de participación en el comercio mundial tienen sistemas normativos distintos al romanista, podemos afirmar que el fiel respeto al texto de los Acuerdos sobre la materia, no es necesariamente lo que prima en su comportamiento frente a estos foros, ya que más bien prevalece la búsqueda del mayor beneficio de los diversos intereses que pueden tener los países.

Por ello es entendible que para solucionar ciertos conflictos entre Estados asociados en ámbitos comerciales, no siempre sea eficiente adoptar la vía estrictamente jurisdiccional, ya que no todos son justiciables. Muchas veces lo que surgen son “conflictos de intereses que afectan la concepción misma del vínculo asociativo, su sentido, sus alcances económicos o políticos” (F. Peña, 2004: 225). Estos se resuelven normalmente en las instancias de decisión política de la respectiva asociación de Estados. Por tanto, muchas de

las controversias que surgen por la clara falta de efectividad que los propios países dan a las normas pertinentes, no tiene sentido someterlas a una solución jurisdiccional o cuasijudicial, ya que esa falta de observancia objetiva, clara y flagrante de la norma, sólo podrá solucionarse mediante acuerdos políticos. En este tipo de casos se busca restablecer la reciprocidad de intereses potencialmente afectada, lo que explica perfectamente que tanto en el mecanismo de la CAN como en el de la OMC tengan tanta importancia las etapas no jurisdiccionales (la que se sigue ante la SG y la de consultas).

Asimismo, existen casos ventilados ante el TJCA y ante el OSD en que se agotaron las etapas previstas en cada mecanismo para alcanzar la solución a la diferencia, pero lamentablemente sólo se logró tal solución con la adopción de acuerdos políticos entre los Estados parte de la controversia, reflejando así lo infructuoso y dilatorio del trabajo llevado a cabo por los citados mecanismos. Esto puede ser explicable jurídicamente en el ámbito de la OMC por cuanto la propia normativa del ESD prevé que en distintas etapas, como ha sido visto, las partes lleguen a una solución mutuamente satisfactoria, quedando siempre la duda de si esa solución deba apegarse estrictamente a lo establecido en la norma, o más bien pueda quedar al margen de ella.

Bajo este criterio se puede entender la política de los Estados Unidos que mira a la solución de diferencias en el ámbito del comercio internacional como la búsqueda satisfactoria para ambas partes, tanto la que demanda como la que es acusada de incumplir la normativa, ya que “Un componente esencial de la confianza en el sistema de comercio basado en normas es la existencia de un mecanismo de solución de diferencias plenamente eficaz, que permita resolver las diferencias sin aumentar ni disminuir los derechos y las

obligaciones de los Miembros de conformidad con los Acuerdos de la OMC”.⁷⁴ Por ello se explica la tendencia actual de difundir la concepción de una liberalización comercial representada en zonas de libre comercio que se rigen por consultas diplomáticas, es decir que el cumplimiento de lo acordado se resuelve mediante mecanismos políticos que emiten opiniones no vinculantes y siempre sometidas a la voluntad de los Estados.

Como ejemplo de ello tenemos la preferencia de los EUA por decisiones arbitrales, cuya obligatoriedad se ve disminuida en la posibilidad de las partes de ejercer cierto control sobre la implementación de la decisión, como ha quedado demostrado en los TLC negociados entre ese país con Chile, Singapur, los países centroamericanos y la República Dominicana. Sin embargo, esta posición de un país tan importante como es EUA, que sigue negociado activamente acuerdos de un alcance comercial recíproco muy profundo con países mucho más pequeños, genera cierta inquietud sobre si realmente existe interés en que lo acordado por escrito se cumpla. Frente a ello y parafraseando al Director General de la OMC, se comparte la necesidad de reforzar el sistema de comercio multilateral que permite que los países pobres (en desarrollo y menos adelantados) puedan obtener mayores ventajas en sus negociaciones comerciales con los países desarrollados; ya que si se sigue ampliando la modalidad de acuerdos comerciales bilaterales entre un país rico y otro pobre, los intereses de estos últimos no se verán favorecidos cuando la voluntad del más poderoso prevalece.

Quizás los mayores beneficiarios de la legalización del sistema comercial internacional son los países más débiles –los países en desarrollo-. La transición

⁷⁴ Organización Mundial del Comercio, *Documento TN/RL/W27*, del 28 de abril de 2004, p. 2. Presentado ante la Conferencia Ministerial de la OMC. También se atribuye al Embajador Zoellik los siguientes comentarios relativos al caso EUA-restricciones a la importación de algodón del Brasil: “Creo que sería un gran error tratar de resolver estas complejísticas cuestiones agrícolas a través del litigio país contra país. Sería gradual... disperejo... tomaría más tiempo del necesario... Y en mi opinión, será conflictivo y, en última instancia, contraproducente. El verdadero efecto... dependerá de los demás países porque si los demás países deciden tomar distancia del tema y litigar, en lugar de negociar, creo que terminará siendo conflictivo e improductivo para todos”.

desde un sistema fundamentado en el poder, a uno fundado en el valor de las reglas, promueve un terreno de juego más nivelado, lo cual a su vez contribuye a superar los problemas que traen las agudas asimetrías de poder político y económico que se observan en la sociedad económica internacional (J. Granados, *et al.*, 2004: 404).

Por las razones aludidas podemos afirmar que la importancia de un mecanismo de solución de diferencias radica —para que pueda ser calificado de eficiente— en facilitar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de asociación al que se debe, en este caso de tipo comercial. Y, la mejor manera de alcanzar tales objetivos en beneficio de países en desarrollo que forman parte de tales Acuerdos, es mediante la correcta aplicación de lo previsto en la norma. Si los propios Estados quitan efectividad a la norma, e impiden por ende que sea eficaz, los objetivos de liberalización mal pueden ser alcanzados a través de mecanismos políticos (llamados de negociación) que no velan de modo primordial por el fiel cumplimiento del texto normativo, sino que buscan salvaguardar los intereses en conflicto. Ese tipo de mecanismos que tienen como principal función la rápida solución de los conflictos, aunque ayudan a contentar la posición de cada país frente al Acuerdo, lejos están de ser eficientes frente al fin último de alcanzar una verdadera liberalización comercial, que queda rezagada.

En los casos en que un mecanismo permita que haya una solución a las controversias en el sentido que cese la violación de los derechos y que se otorguen las preferencias reconocidas en el propio Acuerdo comercial, y con ello se logre avanzar de modo firme hacia la liberalización de bienes dentro del mercado espacial regulado por dicho Acuerdo, se puede decir que el mecanismo busca ser eficiente, pudiendo valorarse mejor según el tiempo que toma poner fin a dichas controversias, la inversión que representa tanto el mantenimiento de cada mecanismo como el acudir ante ellos, y sus costos sociales y políticos.

Así, tenemos que el mecanismo de solución de controversias de la CAN es eficiente en la etapa que se ventila ante la Secretaría General por el gran número de conflictos que llegan a solucionarse, aunque de respetarse los lapsos establecidos el resultado sería aún mejor. También es eficiente por los costos para accionar ante el TJCA, ya que es un propio órgano del SAI quien plantea las demandas; y, por el bajo costo social que refleja la calidad de las sentencias andinas.

En cambio, no es eficiente el mecanismo del TJCA en las siguientes etapas y aspectos: en las dos fases que conoce, dada la falta de lapsos expresos de actuación que provoca dilaciones injustificadas; en la etapa del Sumario por incumplimiento cuando la manera para que se cumpla la sentencia es mediante la adopción de sanciones contraproducentes con la liberalización del comercio; cuando los particulares intervienen directamente en vista de los elevados costos de litigar ante el TJCA, que lo hace excluyente; por la desproporción que implica el pago de las cuotas de dos países (de los cuales uno ya no es miembro) frente a su conducta abusiva en el sentido de irrespetar la norma comunitaria de modo excesivo; y, por el elevado costo político de sus sentencias, reflejado en la falta de importancia que le dan los países a los fallos al momento de cumplir de modo inmediato con lo en ellos ordenado.

En el mecanismo de solución de diferencias de la OMC hay eficiencia por la cantidad de causas que se resuelven, y el tiempo que ello toma, durante la etapa de consultas. También en la segunda etapa dado el elevado nivel de cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD. Por último, por su bajo costo social reflejado en el alto grado de respeto y valor académico que tienen dichas resoluciones y recomendaciones. Lamentablemente, es ineficiente en la segunda y tercera etapas por lo dilatado del procedimiento expresamente previsto; por los elevados costos para acudir ante

el OSD, que lo hace muy restrictivo para la mayoría de países, con la salvedad del apoyo que se ha previsto para facilitar la intervención y formación en el litigio. Asimismo, por la desproporción en que los países han sido demandados en relación a sus contribuciones, ya que su falta de seriedad ante las normas resta credibilidad al sistema multilateral de comercio en general; y, por el elevado costo político en los casos que siguen lo previsto en la tercera etapa sobre vigilancia de cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones, que se refleja en la falta de seriedad de los países para cumplir de modo certero.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Con miras a que se logre la liberalización comercial de bienes de modo que efectivamente permita reducir la pobreza y las asimetrías entre las naciones, es imprescindible que los motivos que llevaron a cada Estado a suscribir los Acuerdos comerciales que forman parte de la presente investigación, sigan siendo parte importante de las políticas del Gobierno de turno. Sólo si los actuales mandatarios comparten esos objetivos fijados hace muchos años atrás en los Acuerdos comerciales aludidos, las reformas estructurales que cada Gobierno adopte, reflejarán que la liberalización comercial facilite el mejoramiento del nivel de vida de la población.

2. Dado que el empeño y seriedad que cada Estado muestra en hacer efectivas las normas de liberalización comercial, varía y dificulta la eficacia de tales objetivos generando conflictos, sólo cuando exista una verdadera voluntad política de respetar los compromisos pactados, la negociación entre Estados a fin de satisfacer los intereses temporales de ciertos grupos que participan y se benefician del intercambio comercial, se mostrará como una vía poco útil frente a un eficiente sistema de solución de diferencias que garantice el respeto de lo acordado en beneficio de los verdaderos objetivos de la liberalización comercial. Por

tanto, el establecimiento o adecuación de un sistema de solución de controversias que refleje la eficiencia referida, debe ser tomado con gran importancia y amplitud en las negociaciones actuales a nivel comunitario andino (o suramericano) y a nivel multilateral, en lugar de continuar esforzándose por la elaboración de instrumentos y políticas de manejo de las relaciones comerciales, que desgastan esfuerzos y han llevado al estancamiento que ahora se vive.

3. Los aspectos que hacen ineficientes a los mecanismos de solución de controversias de la CAN y de la OMC, perjudican el objetivo de liberalizar el comercio en la forma que han previsto los Estados al suscribir los Acuerdos internacionales respectivos. Lamentablemente, esta falta de liberalización provocada en muchos casos por razones más bien políticas y poco jurídicas, afecta también la legitimidad de tales mecanismos.

4. De todas maneras, no se puede obviar el hecho de que ambos mecanismos son relativamente nuevos, muchas de las disposiciones normativas que aplican no han sido interpretadas ni analizadas jamás, debiendo crearse precedentes para estas materias de gran tecnicismo y modernidad. Además, las corrientes del comercio que estas normas regulan son cambiantes y responden a intereses dentro de un mundo globalizado, en que el poder se muestra en diversos aspectos, por lo que sin duda alguna no es tarea fácil alcanzar una solución satisfactoria en las controversias que surgen por la liberalización comercial que prevén las normas de la CAN y de la OMC.

5. Para medir la eficiencia de los mecanismos del TJCA y del OSD en la liberalización comercial que se pretende alcanzar, es necesario tener en cuenta tres aspectos: (i) Los motivos que llevaron a suscribir los respectivos Acuerdos de liberalización comercial: integración de naciones o cooperación entre Estados. (ii) El mayor o menor poder político que los Estados fundadores decidieron otorgar a cada proyecto de

liberalización comercial: mediante órganos propios o supranacionales, o manteniendo el interés de cada Estado en los órganos de decisión. (iii) La voluntad política de los negociadores de cada Acuerdo de liberalización comercial: conciencia común sobre la necesidad y ventajas de la liberalización, o tutela de determinados intereses momentáneos.

6. Sobre la base de los aspectos referidos, se reitera que el mecanismo de solución de controversias de la CAN tiene como sustento un proceso de integración fundado en la supranacionalidad, por lo que es necesario, por un lado, que se superen las ineficiencias del TJCA y, por otro, que se cumpla una función de armonía con los tribunales nacionales de los países miembros, sin importar la jerarquía de aquellos, a fin de que las normas de liberalización de la CAN lleguen a cumplir sus objetivos en un marco que trascienda las labores hasta ahora exclusivas de los órganos supranacionales. De haber un trabajo conjunto a favor de la integración, sea a través de un mayor fomento de la Interpretación Prejudicial, o mediante la aplicación directa de normas comunitarias por las autoridades nacionales (de la vía administrativa y jurisdiccional) en beneficio de los objetivos de la integración, se podría superar la fase de indefinición que vive la Comunidad Andina, ya que de lo contrario cabe preguntarse si lo que realmente se busca es una integración o tan sólo una simple zona de libre comercio, cuya respuesta reflejaría la conveniencia de tener o no un Tribunal andino.

De darse este último escenario, se sugiere un mecanismo que solucione eficientemente las controversias como lo hace, y en buena parte, la Secretaría General durante la etapa primera de la Acción de Incumplimiento, y que a su vez pueda mantener ciertas competencias para conocer las demás acciones y materias no tan relacionadas con la liberalización comercial de bienes, pero importantes para una zona de libre comercio, sin que exista la necesidad de que llegue a ser un órgano con ineficiencias destacables. Esto,

sin duda, sentaría incluso la interrogante de si es necesario regular ese libre comercio de bienes a través de un ordenamiento jurídico de tipo comunitario.

7. Por su parte, en la OMC la liberalización comercial que prevé la normativa se sustenta en la cooperación entre sus Estados miembros, en que la reciprocidad por el cumplimiento de lo acordado y la búsqueda de proteger intereses particulares, llevan a que la incidencia política resquebraje los objetivos de la liberalización multilateral del modo establecido en los Acuerdos. Al margen de esta realidad —que es entendible en un foro que se rige por normas internacionales todavía sujetas a la voluntad de sus suscriptores— el mecanismo de solución de diferencias se muestra sin embargo eficiente, debiendo sin duda corregirse los aspectos que le restan eficiencia, como regular y reducir los lapsos de las etapas segunda y tercera, reducir el alcance de la revisión eliminando la fase del informe provisional, reformular la fase del seguimiento del cumplimiento, eliminar la figura de la retorsión que perjudica los logros alcanzados, implementar el pago de daños causados por el irrespeto a la norma, aceptar y facilitar la intervención de terceros interesados regulando por ejemplo la aceptación de escritos *amicus curiae*, entre otros. En definitiva, sería recomendable que avance la Agenda para el Desarrollo de Doha y que se tengan en cuenta las diversas propuestas de enmienda del ESD.

8. En consecuencia, y también a modo de recomendación, cabe señalar que sólo si la liberalización comercial viene a ser un elemento para alcanzar un grado de integración que trascienda el libre flujo de bienes entre dos o más países, es oportuno adoptar un mecanismo de tipo jurisdiccional como el Tribunal de la CAN, superando algunas de sus falencias. Es decir que se prevea un órgano con carácter supranacional, con competencias que no se limiten solamente a materias comerciales sino a todo lo necesario para alcanzar dicha integración de pueblos, que sea permanente, con procedimientos que reflejen las

garantías procesales pero también agiliten la defensa de los derechos vulnerados, que emita decisiones directamente vinculantes y no sólo declarativas, que ostente funciones prejudiciales o consultivas, y que facilite el acceso de los particulares.

Si el acuerdo comercial no persigue ese tipo de integración más profunda, como sería el caso de la OMC y la realidad que persiga la CAN, cabría, primero, dejar de promover las teorías de que con el solo libre flujo de mercaderías se puede alcanzar objetivos altruistas como reducir la pobreza o mejorar el nivel de vida, y, segundo, para solucionar las controversias comerciales más bien se debería prever mecanismos eficientes, que faciliten la satisfacción de los intereses en conflicto aunque con ello se perjudique el fiel cumplimiento de los Acuerdos escritos, ya que se buscaría alcanzar cierta equidad entre lo preceptuado en la norma y las necesidades comerciales del momento y caso concretos.

BIBLIOGRAFÍA

- Carreau, Dominique y Patrick Juillard, *Droit International Économique*, París, LGD, 1998, 4a. ed.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *La OMC a su alcance: origen, estructura y ordenamiento jurídico*, Quito, 1998.
- Correa Crespo, Ana María, *La OMC y su sistema de resolución de disputas: traspasando las fronteras de la interestatalidad*, Quito, Tesis para obtención del grado de Magíster en Relaciones Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1997, 11^a. ed., p. 735.
- García, Eva, Entrevista, en Revista LIDERES: Semanario de Economía y Negocios, año 9, no. 489, Quito, 26 de marzo de 2007, p. 3.
- Lamy, Pascal, “Doha no busca la liberalización total”, en Revista LIDERES: Semanario de Economía y Negocios, año 9, no. 489, Quito, 26 de marzo de 2007, p. 8.
- La República (Diario económico, empresarial y financiero de Colombia), *Mercado Andino*, Bogotá, 2006.
- Mangas Martín, Araceli, y Diego Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión europea*, Madrid, Tecnos, Tercera edición, 2002.
- Masserlin, Patrick A., “Three Variations on The future of the WTO”, Separata de *Journal of International Economic Law*, vol. 8, Oxford University Press, junio de 2005, pp. 299-310.
- Montaña Mora, Miquel, *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Montaño Galarza, César, “El potencial Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al Derecho Comunitario Andino”, en Revista *IURIS DICTIO*, No. 10, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2007, pp. 27-34.
- Montaño Galarza, César, “Comentarios y reflexiones sobre derecho comunitario”, en revista *FORO*, No. 1, Quito, UASB-Ecuador/ CEN, 2003, pp. 203-238.
- Organización Mundial del Comercio, *Repertorio del Órgano de Apelación de la OMC: Informes y Laudos 1995-2005*, Ginebra, 2005.

- Organización Mundial del Comercio, *Entender la OMC*, Ginebra, Publicaciones de la OMC, 3ª ed., 2003a.
- Organización Mundial del Comercio, *Informe anual 2003*, Publicaciones de la OMC, 2003b.
- Organización Mundial del Comercio, *Los Textos Jurídicos. Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, Ginebra, OMC, 2003c.
- Organización Mundial del Comercio, “Integración regional: reglas multilaterales y su funcionamiento”, Separata de la Secretaría de la OMC *El regionalismo y el sistema mundial de comercio*, Ginebra, OMC, 1995.
- Pescatore, Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Lieja, Hachette, 1975.
- Pizzolo, Calogero, *Globalización e Integración : Ensayo de una teoría general*, EDIAR, Buenos Aires, 2002.
- Ponce Alvarado, Roberto, “El ALCA: un desafío y una oportunidad”, en *Revista Ruptura*, No. 45, tomo II, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 2002, pp. 285-297.
- Romano, Cesare, “International Justice and Developing Countries: A Qualitive analysis”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volumen 1, núm. 2, agosto 2002.
- Sáchica, Luis Carlos, “El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia”, en separata del *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Buenos Aires, INTAL-BID, 1985.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, *28 años de integración andina: un recuento histórico*, Lima, Comunidad Andina, 1997.
- Troconis Villarreal, Moisés, “Integración y Jurisdicción en la Comunidad Andina”, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio Comunitario*, Quito, 2004, pp. 158-159.
- Trombetta, Antonio G., *El mecanismo de solución de controversias en el sistema multilateral de comercio (GATT/OMC)*, pp. 357-384, citado por Alberto Bercovitz, “Propiedad intelectual en el GATT”, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Uribe Restrepo, Fernando, *Memorias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, 1992.

Varios Autores, *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos (ITD), Instituto para la integración de América Latina y el Caribe (INTAL), comp., 2004.

World Trade Organization, *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*, Ginebra, 1a. ed., volúmenes 1 y 2, 2003.

Zelada Castedo, Alberto, *Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1996.

Zelada Castedo, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del Derecho Común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en INTAL-BID, comp., *El Tribunal del Acuerdo de Cartagena*, Buenos Aires, 1985, pp. 149-178.

Cuerpos normativos:

- Acuerdo de Integración Subregional Andino.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Estatuto y Reglamento Interno.
- Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento.
- Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias en la OMC, y apéndices.
- Procedimientos de trabajo para el examen de apelación.
- Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio y Anexos.

Jurisprudencia:

Emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en los siguientes procesos: 02-AI-96, 117-AI-2004, 97-AI-2005, 04-AI-98, 05-AI-98, 06-AI-98, casos acumulados WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R; caso WT/DS27/AB/R; caso WT/DS50/R; caso WT/DS245/AB/R; y caso WT/DS248/AB/R.

Páginas web:

<http://www.acwl.ch>

<http://www.comunidadandina.org>

<http://www.wto.org>

**Decisiones relativas al Arancel Externo Común emitidas en el Proceso Andino de Integración
(Abril de 2006)**

Decisión (fecha)	Asunto (materia)	Procesos del Tribunal relacionados:
<p>Acuerdo de Cartagena (Decisión 563, GOAC 940, del 1 de julio de 2003)</p>	<p>En el Capítulo VIII, artículos 81 a 86 (ex Arts. 90 a 98, y ex Arts. 60 a 68), se establece la aplicación, por parte de la Comisión de la CA, de un AEC para el proceso de integración.</p> <p>Cabe recordar que fue mediante el Acta de Barahona, suscrita por los Presidentes Andinos el 5 de diciembre de 1991, que se decidió aprobar la adopción de un Arancel Externo Común (AEC) con base en 4 niveles.</p>	<p>Sentencia 07-AI-98, del 21 de julio de 1999, que declara el incumplimiento del Ecuador de la Decisión 370 al haber adoptado “medidas de orden interno que signifiquen alteraciones a los niveles de las tarifas del AEC”. Además, fue la primera vez que el Tribunal hizo un extenso análisis de la figura del AEC, en que dijo, por ejemplo, que “con la suscripción hace treinta años del Acuerdo de Cartagena se concibió el Arancel Externo Común como uno de los mecanismos fundamentales por medio de los cuales deberían alcanzarse los objetivos de la integración descritos en los artículos 1º y 2º del referido Tratado. En efecto, en el artículo 3 ibídem se determina con toda claridad y precisión que: ‘Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: (...) d) Un Arancel Externo Común cuya etapa previa será la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común’ ”.</p>
<p>Decisión 370 (GOAC 166, del 2 de diciembre de 1994)</p>	<p>Considerando que por Decisiones 324 y 325 se aprobó la estructura del Arancel Externo Común, pero que era necesario definir las modalidades de su aplicación, y unificar las mismas, la Comisión emite esta Decisión que aprueba la estructura del AEC, con 4 niveles arancelarios (Art. 1), aplicables para 3 Países. Bolivia mantiene niveles distintos (Art. 2). En materia agropecuaria se prevé la creación del SAFF (Art. 8). Se crean 4 Anexos con distintas subpartidas y su correspondiente arancel. El Anexo 4 constituye la Lista de Excepciones, que en un plazo de 4 años, y según un cronograma, debía ser trasladado al primer anexo (o al segundo para el Ecuador) (Art. 9). Se crea un Consejo de Coordinación Arancelaria encargado de estudiar el AEC (Art. 13).</p>	<p>Sentencia 16-AI-99, del 22 de marzo de 2000, que declara el incumplimiento de Venezuela de la Decisión 370, al haber adoptado “medidas de orden interno que signifiquen alteraciones a los niveles del AEC”.</p>

<p>Decisión 396 (GOAC 227, del 26 de setiembre de 1996)</p>	<p>Considerando que en enero de 1996 se adoptó una nueva nomenclatura NANDINA por lo que era necesario modificar los niveles del AEC; que los 3 Países “retiraron” ciertas subpartidas del Anexo 4, y el Ecuador “trasladó” otras del A 4 al A 2, la Comisión decidió “Reemplazar los Anexos 1, 2, 3 y 4 de la Decisión 370”, sin pronunciarse respecto al plazo de cumplimiento de los traslados. Más bien, se reconoce la vigencia del Art. 9 de la Decisión 370.</p>	
<p>Decisión 465 (GOAC 445, del 2 de junio de 1999)</p>	<p>Considerando que en enero de 1998 se adoptó una nueva nomenclatura NANDINA por lo que era necesario modificar los niveles del AEC; que los 3 Países “retiraron” ciertas subpartidas del Anexo 4, y el Ecuador “trasladó” otras del A 4 al A 2, la Comisión decidió “Reemplazar los Anexos 1, 2, 3 y 4 de la Decisión 370”, y derogar la Decisión 396. No se dice nada respecto al plazo de cumplimiento de los traslados.</p>	
<p>Decisión 466 (GOAC 446, del 4 de junio de 1999)</p>	<p>Considerando lo previsto en el Art. 9 de la Decisión 370, que el “31 de enero de 1999 se cumplió el plazo para el desmonte definitivo del Anexo 4 de la Decisión 370”, y que Colombia y Ecuador pidieron prorrogar ese plazo, la Comisión decidió fijar nuevos plazos para el desmonte de la Lista de Excepciones al AEC, entre las fechas: 31 de julio de 1999, 31 de enero de 2000 y 31 de julio de 2000.</p>	<p>Sentencia 91-AI-2000, del 24 de agosto de 2001, que declara el incumplimiento del Ecuador “al no haber trasladado a más tardar el 31 de julio de 1999 del Anexo 4 de la Decisión 370 – actualizado mediante Decisión 465– a los Anexos 1 o 2 el 20% de las subpartidas incluidas en la lista de excepciones, y el 40% adicional a más tardar el 31 de enero de 2000”.</p> <p>Sentencia 26-AI-2001, del 24 de octubre de 2001, que declara el incumplimiento de Colombia “al no haber trasladado del Anexo 4 al Anexo 1 de la Decisión 370, actualizada mediante Decisión 465, el 40% de las subpartidas incluidas en su lista de excepciones, a más tardar el 31 de enero de 2000, y del residual, al 31 de julio de 2000”.</p> <p>Sentencia 49-AI-2002, del 8 de octubre de 2003, que declara el incumplimiento de Venezuela “al no haber trasladado dentro del plazo previsto, esto es, hasta el 31 de julio de 2000, del Anexo 4 al Anexo 1 de la Decisión 370, actualizados mediante Decisión 465, el grupo residual de subpartidas NANDINA incluidas en su lista de excepciones al AEC”.</p>

<p>Decisión 535 (GOAC 854, del 16 de octubre de 2002)</p>	<p>Vistos 34 Decisiones y 6 Resoluciones que se refieren a la materia, y considerando que el Consejo Presidencial Andino decidió, el 30 de enero de 2002, que para “consolidar la Unión Aduanera” se debe aprobar un nuevo AEC a ser aplicado “a más tardar el 31 de diciembre de 2003”, y que sustituiría al AEC “vigente a la fecha”, la Comisión decidió “aprobar el AEC de la CAN” que figura en el Anexo 1 (Art. 1), que entraría “en vigencia a partir del 1° de enero de 2004” (Art. 6), manteniendo la vigencia de la Decisión 370 “en aquello que no resulte incompatible” (Art. 7).</p>	<p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 91-AI-2000, en fecha 17 de julio de 2002, el Tribunal decidió imponer sanciones al Ecuador por el desacato de la sentencia en que ha incurrido.</p> <p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 26-AI-2001, en fecha 28 de mayo de 2003, el Tribunal decidió imponer sanciones a Colombia por el desacato de la sentencia en que ha incurrido.</p>
<p>Decisión 569 (GOAC 1021 del 15 de diciembre de 2003)</p>	<p>Considerando que “no están dadas las condiciones para la entrada en vigencia de la Decisión 535”, y que es necesario evaluar el AEC consagrado en las Decisiones 370 y 535, la Comisión decidió modificar el Art. 6 de la Decisión 535 para que el AEC allí previsto entre “en vigencia a partir del día 1 de marzo de 2004” (Art. 1), y autorizar a los 3 Países a que apliquen temporalmente los niveles arancelarios de la lista de excepciones que figuran como Anexo 1.</p>	
<p>Decisión 577 (GOAC 1039, del 1 de marzo de 2004)</p>	<p>Considerando que “no están dadas las condiciones para la entrada en vigencia de la Decisión 535”, y que es necesario evaluar el AEC consagrado en las Decisiones 370 y 535, la Comisión decidió modificar el Art. 6 de la Decisión 535, modificado a su vez por el Art.1 de la Decisión 569, para que el AEC allí previsto entre “en vigencia a partir del día 10 de mayo de 2004” (Art. 1), autorizar a los 3 Países a que apliquen temporalmente los niveles arancelarios de la lista de excepciones que figuran como Anexo 1 (Art. 2), y “derogar la Decisión 569” (Art. 4).</p>	<p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 91-AI-2000, en fecha 2 de abril de 2004, el Tribunal, visto la Decisión 577, decidió “suspender las sanciones impuestas” al Ecuador “mientras subsistan los efectos de la Decisión 577”.</p>
<p>Decisión 580 (GOAC 1063, del 5 de mayo de 2004)</p>	<p>Considerando que “existen circunstancias que dificultan la entrada en vigencia de la Decisión 535 en la fecha prevista”, y que es necesario evaluar el AEC consagrado en las Decisiones 370 y 535, la Comisión decidió postergar “hasta el 10 de mayo de 2005 la entrada en vigencia del AEC establecido en la Decisión 535” (Art. 1), autorizar a los 3 Países a que apliquen temporalmente los niveles arancelarios de la lista de excepciones que figuran como Anexo 1 (Art. 3), y “derogar la Decisión 577” (Art. 7).</p>	<p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 49-AI-2002, en fecha 2 de junio de 2004, el Tribunal, visto la Decisión 580, decidió suspender el procedimiento hasta el 10 de mayo de 2005.</p> <p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 91-AI-2000, en fecha 2 de junio de 2004, el Tribunal, visto la Decisión 580, decidió “suspender las sanciones impuestas” al Ecuador “hasta el 10 de mayo de 2005”.</p>

<p>Decisión 612 (GOAC 1194, del 10 de mayo de 2005)</p>	<p>Considerando que “se requiere de un plazo adicional para definir el AEC y la política arancelaria de la CAN”, la Comisión decidió postergar “hasta el 20 de mayo de 2005 los plazos establecidos en los artículos 1, 3 y 4 de la Decisión 580” (Art. único).</p>	<p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 49-AI-2002, en fecha 18 de mayo de 2005, el Tribunal, visto la Decisión 612, decidió “Continuar con la suspensión del sumario iniciado contra ... Venezuela ... hasta el 20 de mayo de 2005”.</p>
<p>Decisión 620 (GOAC 1221 del 25 de julio de 2005)</p>	<p>Considerando que “se requiere de un plazo adicional para adoptar el AEC y la política arancelaria de la CAN”, la Comisión decidió “Suspender la vigencia de los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 535 hasta el 2 de diciembre de 2005” (Art. 1), autorizar a los 3 Países a que apliquen temporalmente los niveles arancelarios de la lista de excepciones que figuran como Anexo 1 (Art. 2), que Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela continúen “aplicando las Decisiones 370, 371 y aquellas que las complementen... y Perú seguirá aplicando su arancel nacional” (Disp. Transitoria Tercera), y derogar “los artículos 1, 3 y 4 de la Decisión 580 y la Decisión 612” (Disp.Final).</p>	<p>En el Sumario por Incumplimiento de Sentencia 49-AI-2002, en fecha 31 de agosto de 2005, el Tribunal, visto la Decisión 620, decidió “Continuar con la suspensión del sumario iniciado contra ... Venezuela ... hasta el 2 de diciembre de 2005”.</p> <p>En el Sumario 91-AI-2000, en fecha 9 de septiembre de 2005, el Tribunal, visto la Decisión 620, decidió “Continuar con la suspensión del procedimiento sumario iniciado contra ... Ecuador ... hasta el 2 de diciembre de 2005”.</p>
<p>Decisión 626 (GOAC 1270 del 30 de noviembre de 2005)</p>	<p>Considerando que “se requiere de un plazo adicional para adoptar el AEC y la política arancelaria de la CAN”, la Comisión decidió “Suspender la vigencia de los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 535 hasta el 31 de enero de 2006” (Art. 1), autorizar a los 3 Países a que apliquen temporalmente los niveles arancelarios de la lista de excepciones que figuran como Anexo 1 (Art. 2), que Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela continúen “aplicando las Decisiones 370, 371 y aquellas que las complementen... y Perú seguirá aplicando su arancel nacional” (Disp. Transitoria Segunda), y derogar “los artículos 1, 3 y 4 de la Decisión 580 y los artículos 1, 2, 3 y las disposiciones transitorias primera y tercera de la Decisión 620” (Disp.Final).</p>	
<p>Decisión 628 (GOAC 1291 del 2 de febrero de 2006)</p>	<p>Considerando que “el Grupo Ad-Hoc de Alto Nivel aún no ha concluido con los trabajos técnicos que permitan aprobar las normas que regirán la política arancelaria de la Comunidad Andina”, la Comisión decidió “Modificar los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 626”, en el sentido de “Suspender la vigencia de los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 535 hasta el 31 de enero de 2007”.</p>	

Decisión 663 (GOAC 1461 del 1 de febrero de 2007)	Considerando que “no se han concluido con los trabajos técnicos encomendados al Grupo Ad-Hoc de Alto Nivel en materia de política arancelaria”, la Comisión decidió “Modificar los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 626 (sic)”, en el sentido de “Suspender la vigencia de los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 535 hasta el 31 de enero de 2008”.	
---	--	--

ANEXO II

Tratado de Libre Comercio suscrito entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Chile

Tomado de:

http://www.direcon.cl/documentos/TLC%20EEUU/22_%20Solucion%20de%20controversias.pdf

Capítulo Veintidós

Solución de controversias

Artículo 22.1: Cooperación

Las Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado y realizarán todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria en cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

Artículo 22.2: Ámbito de aplicación

Salvo que en este Tratado se disponga otra cosa, las disposiciones sobre solución de controversias de este Capítulo se aplicarán:

- (a) a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida de la otra Parte es incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que la otra Parte ha incurrido en incumplimiento de otra forma respecto de las obligaciones asumidas en conformidad con este Tratado; y
- (c) cuando una Parte considere que una medida de la otra Parte causa anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 22.2.

Artículo 22.3: Elección de foro

1. Las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en este Tratado y en cualquier otro tratado de libre comercio en que ambas Partes sean parte o en el Acuerdo sobre la OMC, podrán resolverse en uno de esos foros, a elección de la Parte reclamante.

2. Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un grupo arbitral de conformidad con uno de los acuerdos internacionales a que se refiere el párrafo 1, el foro seleccionado será excluyente de los otros.

Artículo 22.4: Consultas

1. Cualquier Parte podrá solicitar por escrito a la otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere que pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado.

2. La Parte solicitante indicará las razones de la solicitud, incluyendo la identificación de la medida u otro asunto de que se trate y señalando los fundamentos jurídicos del reclamo, y entregará la solicitud a la otra Parte.

3. En los asuntos relativos a mercancías percederas, las consultas se iniciarán dentro de los 15 días siguientes a la fecha de entrega de la solicitud.

4. Las Partes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria respecto de cualquier asunto, a través de consultas de conformidad a este artículo o a otras disposiciones relativas a consultas de este Tratado. Para tales efectos, las Partes:

- (a) aportarán la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida adoptada o en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación de este Tratado; y
- (b) tratarán cualquier información confidencial intercambiada en el curso de las consultas sobre las mismas bases que la Parte que proporciona la información.

5. En las consultas celebradas conforme a este artículo, una Parte podrá solicitar a la otra Parte que ponga a su disposición a funcionarios de organismos de gobierno u otras entidades regulatorias que cuenten con conocimiento especializado en el asunto que es materia de las consultas.

Artículo 22.5: Comisión – buenos oficios, conciliación y mediación

1. Una Parte podrá solicitar por escrito una reunión de la Comisión si las Partes no logran solucionar un asunto con arreglo al artículo 22.4 dentro de:

- (a) los 60 días posteriores a la entrega de una solicitud de consultas;
- (b) los 15 días posteriores a la entrega de una solicitud de consultas por asuntos relativos a mercancías perecederas; o
- (c) cualquier otro plazo que pudieren convenir.

2. Una Parte también podrá solicitar por escrito una reunión de la Comisión cuando se hubieren realizado consultas en conformidad con el artículo 18.6 (Consultas cooperativas), el artículo 19.6 (Consultas ambientales) o el artículo 7.8 (Comité sobre obstáculos técnicos al comercio).

3. La Parte solicitante indicará en la solicitud la medida u otro asunto que sea objeto de la reclamación y entregará la solicitud a la otra Parte.

4. Salvo que decida otra cosa, la Comisión se reunirá dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud y procurará resolver la controversia sin demora. La Comisión podrá:

- (a) convocar a los asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o grupos de expertos que considere necesarios;
- (b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o
- (c) formular recomendaciones,

que puedan ayudar a las Partes a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de la controversia.

Artículo 22.6: Solicitud de un grupo arbitral

1. Si las Partes no lograsen resolver un asunto dentro de:
 - (a) los 30 días siguientes a la reunión de la Comisión convocada de conformidad con el artículo 22.5;
 - (b) los 75 días siguientes a la entrega de una solicitud de consultas de conformidad con el artículo 22.4, cuando la Comisión no se hubiere reunido en conformidad con el artículo 22.5(4);
 - (c) los 30 días siguientes a la entrega de la solicitud de consultas respecto de asuntos relativos a mercancías percederas de conformidad con el artículo 22.4, cuando la Comisión no se hubiere reunido en conformidad con el artículo 22.5(4); o
 - (d) cualquier otro período que las Partes acuerden;

cualquier Parte podrá solicitar por escrito el establecimiento de un grupo arbitral para considerar el asunto. La Parte solicitante declarará en su solicitud la medida u otro asunto que sea objeto de la reclamación e indicará las disposiciones de este Tratado que considere pertinentes y entregará la solicitud a la otra Parte. A la entrega de la solicitud se establecerá un grupo arbitral.

2. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, el grupo arbitral se establecerá y desempeñará sus funciones en conformidad con las disposiciones de este Capítulo.

3. Sin perjuicio de los párrafos 1 y 2, no se podrá establecer un grupo arbitral para revisar una medida en proyecto.

Artículo 22.7: Lista de árbitros

1. Las Partes establecerán dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de este Tratado y mantendrán una lista de al menos 20 personas que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser árbitros. A menos que las Partes acuerden otra cosa, seis integrantes de la lista serán seleccionados entre individuos que no sean nacionales de las Partes. Los integrantes de la lista de árbitros serán designados mediante mutuo acuerdo de las Partes, y podrán ser redesignados. Una vez establecida la lista de árbitros, ésta permanecerá vigente por un período mínimo de tres años, y seguirá en vigor hasta que las Partes constituyan una nueva lista.

2. Los integrantes de la lista de árbitros deberán:

- (a) tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales;
- (b) ser elegidos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen

juicio;

- (c) ser independientes, no estar vinculados con cualquiera de las Partes y no recibir instrucciones de las mismas; y
- (d) cumplir con el código de conducta que establezca la Comisión.

Artículo 22.8: Requisitos de los árbitros

Todos los árbitros deberán reunir los requisitos señalados en el artículo 22.7(2). Los individuos que hubieren participado en una controversia, en los términos del artículo 22.5(4)(a), no podrán ser árbitros en dicha controversia.

Artículo 22.9: Constitución del grupo arbitral

1. En la constitución de un grupo arbitral se observarán los siguientes procedimientos:
 - (a) el grupo arbitral se integrará por tres miembros;
 - (b) las Partes procurarán acordar la designación del presidente del grupo arbitral dentro de los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para el establecimiento del mismo. Si dentro de este período las Partes no logran llegar a un acuerdo sobre la designación del presidente, éste será elegido por sorteo, en un plazo de tres días, entre los integrantes de la lista de árbitros que no sean nacionales de las Partes;
 - (c) dentro de los 15 días posteriores a la selección del presidente, cada Parte seleccionará a un árbitro;
 - (d) si una Parte no selecciona a su árbitro dentro del plazo indicado, éste será seleccionado por sorteo, en un plazo de tres días, entre los integrantes de la lista que sean nacionales de la Parte; y
 - (e) cada Parte procurará seleccionar a árbitros que tengan conocimientos especializados o experiencia relevante en el asunto materia de la controversia.
2. Normalmente, los árbitros se escogerán de la lista. Una Parte podrá presentar una recusación, sin expresión de causa, a cualquier individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como árbitro por la otra Parte, dentro de los 15 días siguientes a dicha propuesta.
3. Cuando una Parte considere que un árbitro ha incurrido en una violación del código de conducta, las Partes realizarán consultas y, de acordarlo, destituirán a ese árbitro y elegirán a uno nuevo de conformidad con las disposiciones de este artículo.

Artículo 22.10: Reglas de Procedimiento

1. La Comisión establecerá, a la entrada en vigencia de este Tratado, las Reglas de Procedimiento, las cuales garantizarán:
 - (a) el derecho, al menos, a una audiencia frente al grupo arbitral, la cual será

pública, sujeto al subpárrafo (e);

- (b) la oportunidad para cada Parte de presentar por escrito alegatos iniciales y réplicas;
- (c) que las presentaciones escritas de cada Parte, las versiones escritas de sus declaraciones verbales y las respuestas escritas a una solicitud o las preguntas del grupo arbitral se pondrán a disposición del público dentro de un plazo de 10 días después de ser presentadas, sujeto al subpárrafo (e);
- (d) que el grupo arbitral considerará las solicitudes efectuadas por entidades no gubernamentales localizadas en los territorios de las Partes para proporcionar apreciaciones escritas relativas a la controversia, que puedan ayudar al grupo arbitral a evaluar las presentaciones y argumentaciones de las Partes; y
- (e) la protección de la información confidencial.

2. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, el procedimiento ante el grupo arbitral se regirá de acuerdo con las Reglas de Procedimiento y podrá, después de consultar con las Partes, adoptar reglas de procedimiento adicionales compatibles con las Reglas de Procedimiento.

3. La Comisión podrá modificar las Reglas de Procedimiento.

4. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, dentro de los 20 días siguientes a la fecha de entrega de la solicitud de establecimiento de un grupo arbitral, el mandato será:

“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto sometido en la solicitud de grupo arbitral y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones según lo dispuesto en el artículo 22.12(3) y presentar los informes escritos a que se hace referencia en los artículos 22.12 y 22.13.”

5. Si la Parte reclamante desea alegar que un asunto ha sido causa de anulación o menoscabo de beneficios, el mandato deberá así indicarlo.

6. Si una Parte desea que el grupo arbitral formule conclusiones sobre el grado de los efectos comerciales adversos sobre una Parte que haya generado una medida u otro asunto, que juzgue ser incompatible con las obligaciones de este Tratado o haya causado anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 22.2, el mandato deberá así indicarlo.

Artículo 22.11: Expertos y asesoría técnica

1. A solicitud de una Parte o, a menos que ambas Partes lo desapruében, el grupo arbitral por su propia iniciativa, podrá solicitar información y asesoría técnica, incluyendo información y asesoría técnica relativa a materias medioambientales, laborales, de salud, seguridad u otros asuntos técnicos planteados por una Parte en un procedimiento, de cualquier persona o entidad que estime pertinente.

2. Antes que el grupo arbitral solicite información o asesoría técnica, establecerá los procedimientos apropiados en consulta con las Partes. El grupo arbitral proporcionará a las

Partes:

- (a) notificación previa y oportunidad para formular observaciones ante el grupo arbitral respecto de solicitudes de información y asesoría técnica en virtud del párrafo 1; y
 - (b) una copia de cualquier información o asesoría técnica presentada en respuesta a una solicitud realizada de conformidad con el párrafo 1, y la oportunidad de presentar comentarios.
3. Cuando el grupo arbitral tome en consideración la información o la asesoría técnica en la preparación de su propio informe, tomará en cuenta también cualquier comentario presentado por las Partes sobre dicha información o asesoría técnica.

Artículo 22.12: Informe preliminar

1. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, el grupo arbitral fundará su informe en las disposiciones pertinentes de este Tratado y en las presentaciones y argumentos de las Partes.
2. Si las Partes lo acuerdan, el grupo arbitral podrá formular recomendaciones para la solución de la controversia.
3. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, dentro de los 120 días siguientes a la elección del último árbitro, el grupo arbitral presentará a las Partes un informe preliminar que contendrá:
 - (a) las conclusiones de hecho, incluyendo cualquiera derivada de una solicitud presentada conforme al artículo 22.10(6);
 - (b) su determinación sobre si una de las Partes ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones de conformidad con este Tratado o si la medida de esa Parte es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 22.2, o cualquier otra determinación solicitada en el mandato; y
 - (c) sus recomendaciones, si las Partes las han solicitado, para la solución de la controversia.
4. Los árbitros podrán formular votos particulares sobre cuestiones respecto de las cuales no exista decisión unánime.
5. Una Parte podrá presentar al grupo arbitral observaciones por escrito sobre el informe preliminar, dentro de los 14 días posteriores a la presentación de dicho informe, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes.
6. Después de examinar las observaciones por escrito al informe preliminar, el grupo arbitral podrá reconsiderar su informe y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente.

Artículo 22.13: Informe final

1. El grupo arbitral presentará a las Partes un informe final y, en su caso, los votos

particulares sobre las cuestiones en las que no haya habido decisión unánime, en un plazo de 30 días a contar de la presentación del informe preliminar, a menos que las Partes convengan otra cosa. Las Partes divulgarán públicamente el informe final dentro de los 15 días posteriores, sujeto a la protección de la información confidencial.

2. Ningún grupo arbitral podrá, ya sea en su informe preliminar o en su informe final, divulgar cuáles árbitros votaron con la mayoría o con la minoría.

Artículo 22.14: Cumplimiento del informe final

1. Al recibir el informe final del grupo arbitral, las Partes acordarán la solución de la controversia, la cual, normalmente, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones que, en su caso, formule el grupo arbitral.

2. Si en su informe el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Tratado o que una medida de esa Parte es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 22.2, la solución será, siempre que sea posible, eliminar el incumplimiento o la anulación o el menoscabo¹.

3. Cuando corresponda, las Partes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio para solucionar la controversia, el cual, normalmente, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del grupo arbitral, si las hubiere. Si las Partes acuerdan tal plan de acción, la Parte reclamante podrá recurrir a los artículos 22.15(2) ó 22.16(1), según corresponda, solamente si considera que la Parte demandada no ha logrado llevar a cabo el plan de acción.

Artículo 22.15: Incumplimiento – suspensión de beneficios

1. Si el grupo arbitral ha hecho una determinación del tipo descrito en el artículo 22.14(2), y las Partes no llegan a una solución en virtud del artículo 22.14, dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final o dentro de otro plazo que las Partes convengan, la Parte demandada iniciará negociaciones con la otra Parte con miras a establecer una compensación mutuamente aceptable.

2. Si las Partes:

- (a) no acuerdan una compensación dentro de los 30 días posteriores al inicio del plazo fijado para establecer tal compensación; o
- (b) han acordado una compensación o una solución conforme al artículo 22.14, y la Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo,

la Parte reclamante podrá, a partir de ese momento, notificar por escrito a la otra Parte su intención de suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente con respecto de la otra Parte. La notificación especificará el nivel de beneficios que se pretende suspender.

¹ La compensación, el pago de una contribución monetaria y la suspensión de beneficios son entendidas como medidas transitorias aplicables hasta que se elimine el incumplimiento o la anulación o menoscabo que el grupo arbitral haya determinado.

Sujeto al párrafo 5, la Parte reclamante podrá iniciar la suspensión de beneficios 30 días después de la fecha que sea más tarde entre la fecha de la notificación de conformidad con este párrafo o la fecha en que el grupo arbitral emita su determinación conforme al párrafo 3, según sea el caso.

3. Si la Parte demandada considera que:

- (a) el nivel de beneficios que la Parte reclamante pretende suspender es manifiestamente excesivo; o
- (b) ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatada por el grupo arbitral,

podrá solicitar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la Parte reclamante de conformidad con el párrafo 2, que el grupo arbitral se vuelva a constituir para examinar el asunto. La Parte demandada entregará su solicitud por escrito a la otra Parte. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible después de entregada la solicitud y presentará su determinación a las Partes dentro de los 90 días siguientes a su nueva constitución para examinar la solicitud conforme a los subpárrafos (a) o (b), o dentro de los 120 días siguientes a la solicitud presentada conforme a los subpárrafos (a) y (b). Si el grupo arbitral establece que el nivel de beneficios que la Parte reclamante pretende suspender es manifiestamente excesivo, fijará el nivel de beneficios que considere de efecto equivalente.

4. La Parte reclamante podrá suspender beneficios hasta el nivel que el grupo arbitral haya determinado conforme al párrafo 3 o, si el grupo arbitral no ha determinado el nivel, el nivel que la Parte pretenda suspender conforme al párrafo 2, salvo que el grupo arbitral haya establecido que la Parte demandada ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo.

5. La Parte reclamante no podrá suspender beneficios si, dentro de los 30 días siguientes a la notificación por escrito de su intención de suspenderlos, o bien, si el grupo arbitral vuelve a constituirse conforme al párrafo 3, dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el grupo arbitral entregue su determinación, la Parte demandada notifica por escrito a la otra Parte su decisión de pagar una contribución monetaria anual. Las Partes realizarán consultas, las cuales se iniciarán a más tardar 10 días después que la Parte requerida notifique su decisión, con el fin de llegar a un acuerdo sobre el monto de la contribución. En caso de que las Partes no logren llegar a un acuerdo dentro de un plazo de 30 días después de iniciadas las consultas, el monto de dicha contribución se fijará en dólares de Estados Unidos y en un nivel correspondiente a un 50 por ciento del nivel de los beneficios que el grupo arbitral, conforme al párrafo 3, haya determinado ser de efecto equivalente o bien, si el grupo arbitral no ha determinado el nivel, en un 50 por ciento del nivel que la Parte reclamante pretende suspender conforme al párrafo 2.

6. Salvo que la Comisión decida otra cosa, la contribución monetaria se pagará a la Parte reclamante en dólares de Estados Unidos, o un monto equivalente en moneda de Chile, en cuotas trimestrales iguales, a partir de los 60 días posteriores a la fecha en que la Parte demandada notifique su intención de pagar dicha contribución. Cuando lo ameriten las circunstancias, la Comisión podrá decidir que la contribución se entere en un fondo establecido por la Comisión y que se utilice, bajo su dirección, en iniciativas que faciliten el comercio entre las Partes, incluyendo iniciativas orientadas a una mayor reducción de obstáculos injustificados al comercio o a ayudar a una Parte a cumplir sus obligaciones

conforme a este Tratado.

7. Si la Parte demandada no paga la contribución monetaria, la Parte reclamante podrá suspender beneficios a la Parte demandada, de acuerdo con el párrafo 4.

8. Este artículo no se aplicará a un asunto señalado en el artículo 22.16(1).

Artículo 22.16: Incumplimiento en ciertas controversias

1. Si en su informe final el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud del artículo 18.2(1)(a) (Fiscalización de la legislación laboral) o del artículo 19.2(1)(a) (Fiscalización de la legislación ambiental), y las Partes:

- (a) no logran llegar a un acuerdo sobre una solución conforme al artículo 22.14 dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o
- (b) han convenido una solución conforme al artículo 22.14, y la Parte reclamante considera que la otra Parte no ha cumplido con los términos del acuerdo,

la Parte reclamante podrá, en cualquier momento a partir de entonces, solicitar que el grupo arbitral se constituya nuevamente, para que imponga una contribución monetaria anual a la otra Parte. La Parte reclamante entregará su petición por escrito a la otra Parte. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible tras la entrega de la solicitud.

2. El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria en dólares de los Estados Unidos, dentro de los 90 días posteriores a su constitución conforme al párrafo 1. Para los efectos de determinar el monto de la contribución monetaria, el grupo arbitral tomará en cuenta:

- (a) los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;
- (b) la persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;
- (c) las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;
- (d) el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, habida cuenta de la limitación de sus recursos;
- (e) los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado; y
- (f) cualquier otro factor pertinente.

El monto de la contribución monetaria no superará los 15 millones de dólares de Estados Unidos anuales, reajustados según la inflación, tal como se especifica en el Anexo 22.16.

3. En la fecha en que el grupo arbitral determine el monto de la contribución monetaria de conformidad con el párrafo 2, o en cualquier momento posterior, la Parte reclamante podrá, mediante notificación escrita a la otra Parte, demandar el pago de la contribución monetaria. La contribución monetaria se pagará en moneda de los Estados Unidos o en un monto equivalente en moneda de Chile, en cuotas trimestrales iguales, comenzando 60 días después de que la Parte reclamante efectúe dicha notificación.

4. Las contribuciones se enterarán en un fondo establecido por la Comisión y se utilizarán, bajo su dirección, en iniciativas laborales o ambientales pertinentes, entre las que se incluirán los esfuerzos para el mejoramiento del cumplimiento de la legislación laboral o ambiental, según el caso, dentro del territorio de la Parte demandada, y en conformidad con su legislación. Al decidir el destino que se le dará a los dineros enterados en el fondo, la Comisión considerará las opiniones de personas interesadas del territorio de las Partes.

5. Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar una contribución monetaria, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar el cumplimiento de otro modo. Dichas acciones pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios de conformidad con este Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución, teniendo presente el objetivo del Tratado de eliminar los obstáculos al comercio bilateral, e intentando evitar que se afecte indebidamente a partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.

Artículo 22.17: Revisión de cumplimiento

1. Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en el artículo 22.15(3), si la Parte demandada considera que ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatada por el grupo arbitral, podrá someter el asunto al grupo arbitral mediante notificación escrita a la otra Parte. El grupo arbitral emitirá su informe sobre el asunto dentro de un plazo de 90 días a contar de dicha notificación.

2. Si el grupo arbitral decide que la Parte demandada ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo, la Parte reclamante restablecerá, sin demora, los beneficios que hubiere suspendido de conformidad con los artículos 22.15 ó 22.16, y la Parte demandada no estará obligada a enterar cualquier contribución monetaria que haya acordado pagar conforme al artículo 22.15(5) o que haya sido impuesta de acuerdo con el artículo 22.16(1).

Artículo 22.18: Revisión quinquenal

La Comisión revisará el funcionamiento y la efectividad de los artículos 22.15 y 22.16 a más tardar cinco años después de la entrada en vigor de este Tratado, o dentro de los seis meses siguientes a la suspensión de beneficios o la imposición de contribuciones monetarias en cinco procedimientos iniciados con arreglo a este Capítulo, según lo que se verifique primero.

Artículo 22.19: Procedimientos ante instancias judiciales o administrativas internas

1. Si en un proceso judicial o administrativo interno de una Parte surgiese una cuestión de interpretación o aplicación de este Tratado, que cualquier Parte considere que ameritaría su intervención, o si un tribunal u órgano administrativo solicita la opinión de una Parte, ésta notificará a la otra Parte. La Comisión procurará acordar una respuesta adecuada a la brevedad posible.

2. La Parte en cuyo territorio se encuentre el tribunal u órgano administrativo, presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión, de conformidad con los procedimientos de ese foro.

3. Si la Comisión no lograra llegar a un acuerdo respecto de la interpretación, cualquiera de las Partes podrá presentar su propia opinión al tribunal u órgano administrativo, de conformidad con los procedimientos de ese foro.

Artículo 22.20: Derecho de los particulares

Ninguna Parte podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra Parte es incompatible con este Tratado.

Artículo 22.21: Medios alternativos para la solución de controversias

1. En la mayor medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

2. Para tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3. Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2 si es parte y cumple con las disposiciones de la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras* de 1958 de Naciones Unidas o de la *Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional* de 1975.

Anexo 22.2

Anulación o menoscabo

1. Una Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias en virtud de este Capítulo cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga este Tratado, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las siguientes disposiciones:

- (a) Capítulos Tres a Cinco (Trato nacional y acceso de mercancías al mercado, Reglas de origen y procedimientos de origen y Administración aduanera);
- (b) Capítulo Siete (Obstáculos técnicos al comercio);
- (c) Capítulo Nueve (Contratación pública);
- (d) Capítulo Once (Comercio transfronterizo de servicios); o
- (e) Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual)

2. Ninguna Parte podrá invocar el párrafo 1(d) o (e), con respecto a cualquier medida sujeta a una excepción de conformidad con el artículo 23.1 (Excepciones generales).

Anexo 22.16

Fórmula de reajuste inflacionario para contribuciones monetarias

1. Una contribución monetaria anual impuesta antes del 31 de diciembre de 2004, no excederá los 15 millones de dólares de Estados Unidos.
2. A partir del 1° de enero de 2005, el tope anual de 15 millones de dólares de Estados Unidos será reajustado conforme a la inflación, de acuerdo con los párrafos 3 al 5.
3. El período utilizado para el reajuste de la inflación acumulada será el año calendario 2003 hasta el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que la contribución es determinada.
4. La tasa de inflación utilizada será la tasa de inflación de Estados Unidos, medida por el *Producer Price Index for Finished Goods*, publicada por el *U.S. Bureau of Labor Statistics*.
5. El reajuste inflacionario se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\$15 \text{ millones} \times (1 + \Pi_i) = A$$

Π_i = tasa de inflación acumulada de Estados Unidos del año calendario 2003 hasta el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que la contribución es determinada.

A = tope de la contribución para el año correspondiente.

Tratado de Libre Comercio suscrito entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Singapur

Tomado de:

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf

ARTICLE 20.6 : NON-IMPLEMENTATION

1. If a panel has made a determination of the type described in Article 20.5.2, and the Parties are unable to reach agreement on a resolution pursuant to Article 20.5.1 within 45 days of receiving the final report, or such other period as the Parties agree, the Party complained against shall enter into negotiations with the other Party with a view to developing mutually acceptable compensation.

2. If the Parties:

(a) are unable to agree on compensation within 30 days after the period for developing such compensation has begun; or

(b) have agreed on compensation or on a resolution pursuant to Article 20.5.1 and the complaining Party considers that the other Party has failed to observe the terms of such agreement, the complaining Party may at any time thereafter provide written notice to the office designated by the other Party pursuant to Article 20.2.1(a) that it intends to suspend the application to the other Party of benefits of equivalent effect. The notice shall specify the level of benefits that the Party proposes to suspend. Subject to paragraph 5, the complaining Party may begin suspending benefits 30 days after the later of the date on which it provides notice to the other Party's designated office under this paragraph or the panel issues its determination under paragraph 3, as the case may be.

3. If the Party complained against considers that:

(a) the level of benefits that the other Party has proposed to be suspended is manifestly excessive; or

(b) it has eliminated the non-conformity or the nullification or impairment that the panel has found, it may, within 30 days after the complaining Party provides notice under paragraph 2, request that the panel be reconvened to consider the matter. The Party complained against shall deliver its request in writing to the office designated by the other Party pursuant to Article 20.2.1(a).

The panel shall reconvene as soon as possible after delivery of the request to the designated office and shall present its determination to the Parties within 90 days after it reconvenes to review a request under subparagraph (a) or (b), or within 120 days for a request under subparagraphs (a) and (b). If the panel determines that the level of benefits proposed to be suspended is manifestly excessive, it shall determine the level of benefits it considers to be of equivalent effect.

4. The complaining Party may suspend benefits up to the level the panel has determined under paragraph 3 or, if the panel has not determined the level, the level the Party has

proposed to suspend under paragraph 2, unless the panel has determined that the Party complained against has eliminated the non-conformity or the nullification or impairment.

5. The complaining Party may not suspend benefits if, within 30 days after it provides written notice of intent to suspend benefits or, if the panel is reconvened under paragraph 3, within 20 days after the panel provides its determination, the Party complained against provides written notice to the other Party's office designated pursuant to Article 20.2.1(a) that it will pay an annual monetary assessment. The Parties shall consult, beginning no later than ten days after the Party complained against provides notice, with a view to reaching agreement on the amount of the assessment. If the Parties are unable to reach an agreement within 30 days after consultations begin, the amount of the assessment shall be set at a level, in U.S. dollars, equal to 50 percent of the level of the benefits the panel has determined under paragraph 3 to be of equivalent effect or, if the panel has not determined the level, 50 percent of the level that the complaining Party has proposed to suspend under paragraph 2.

6. Unless the Joint Committee otherwise decides, a monetary assessment shall be paid to the complaining Party in U.S. currency, or in an equivalent amount of Singaporean currency, in equal, quarterly installments beginning 60 days after the Party complained against gives notice that it intends to pay an assessment. Where the circumstances warrant, the Joint Committee may decide that an assessment shall be paid into a fund established by the Joint Committee and expended at the direction of the Joint Committee for appropriate initiatives to facilitate trade between the Parties, including by further reducing unreasonable trade barriers or by assisting a Party in carrying out its obligations under the Agreement.

7. If the Party complained against fails to pay a monetary assessment, the complaining Party may suspend the application to the Party complained against of benefits in accordance with paragraph 4.

8. This Article shall not apply with respect to a matter described in Article 20.7.1.

ARTICLE 20.7 : NON-IMPLEMENTATION IN CERTAIN DISPUTES

1. If, in its final report, a panel determines that a Party has not conformed with its obligations under Article 17.2.1(a) (Application and Enforcement of Labor Laws) or Article 18.2.1(a) (Application and Enforcement of Environmental Laws), and the Parties:

(a) are unable to reach agreement on a resolution pursuant to Article 20.5.1 within 45 days of receiving the final report; or

(b) have agreed on a resolution pursuant to Article 20.5.1 and the complaining Party considers that the other Party has failed to observe the terms of the agreement, the complaining Party may at any time thereafter request that the panel be reconvened to impose an annual monetary assessment on the other Party. The complaining Party shall deliver its request in writing to the office designated by the other Party pursuant to Article 20.2.1(a). The panel shall reconvene as soon as possible after delivery of the request to the designated office.

2. The panel shall determine the amount of the monetary assessment in U.S. dollars within 90 days after it reconvenes under paragraph 1. In determining the amount of the assessment, the panel shall take into account:

- (a) the bilateral trade effects of the Party's failure to effectively enforce the relevant law;
- (b) the pervasiveness and duration of the Party's failure to effectively enforce the relevant law;
- (c) the reasons for the Party's failure to effectively enforce the relevant law;
- (d) the level of enforcement that could reasonably be expected of the Party given its resource constraints;
- (e) the efforts made by the Party to begin remedying the non-enforcement after the final report of the panel; and
- (f) any other relevant factors.

The amount of the assessment shall not exceed 15 million U.S. dollars annually, adjusted for inflation as specified in Annex 20A.

3. On the date on which the panel determines the amount of the monetary assessment under paragraph 2, or at any other time thereafter, the complaining Party may provide notice in writing to the office designated by the other Party pursuant to Article 20.2.1(a) demanding payment of the monetary assessment. The monetary assessment shall be payable in U.S. currency, or in an equivalent amount of Singaporean currency, in equal, quarterly installments beginning on the later of:

- (a) 60 days after the date on which the panel determines the amount; or
- (b) 60 days after the complaining Party provides the notice described in this paragraph.

4. Assessments shall be paid into a fund established by the Joint Committee and shall be expended at the direction of the Joint Committee for appropriate labor or environmental initiatives, including efforts to improve or enhance labor or environmental law enforcement, as the case may be, in the territory of the Party complained against, consistent with its law. In deciding how to expend monies paid into the fund, the Joint Committee shall consider the views of interested persons in the Parties' territories.

5. If the Party complained against fails to pay a monetary assessment, and if the Party has created and funded an escrow account to ensure payment of any assessments against it, the other Party shall, before having recourse to any other measure, seek to obtain the funds from the account.

6. If the complaining Party cannot obtain the funds from the other Party's escrow account within 30 days of the date on which payment is due, or if the other Party has not created an escrow account, the complaining Party may take other appropriate steps to collect the assessment or otherwise secure compliance. These steps may include suspending tariff benefits under the Agreement as necessary to collect the assessment, while bearing in mind the Agreement's objective of eliminating barriers to bilateral trade and while seeking to avoid unduly affecting parties or interests not party to the dispute.

Anexo III

La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino¹

David Padilla Moreno

(...)

3.1. Resarcimiento por los daños causados

La responsabilidad de los Estados se debe ver reflejada en el resarcimiento de los daños causados a las personas naturales y jurídicas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias. De todos modos, es necesario reconocer que son las características o principios del Derecho Comunitario los que vienen a constituir el principal fundamento de la tutela de derechos de los particulares, ya que las razones políticas, económicas e incluso sociales antes vistas,² que conducen a la situación de escasa efectividad en que se encuentra el proceso de integración, si bien hacen responsables de la misma a los Países Miembros, no podrán recaer en derechos a favor de los afectados sino sólo cuando tales acciones u omisiones de los Estados sean exigibles en virtud de una norma del ordenamiento comunitario, en cuyo caso los derechos sí podrán ser tutelados por los encargados de administrar justicia.

Por ello, consideramos aplicable lo manifestado por los especialistas europeos respecto a que “El Derecho comunitario se configura como un ordenamiento que genera un conjunto de derechos autónomos a favor de los particulares que se integran en su patrimonio jurídico y que se sitúan al margen de aquellos derechos que se pueden derivar de los respectivos ordenamientos nacionales”.³ Esta característica de autonomía del Derecho Comunitario, sumada a las ya referidas obligatoriedad, aplicación inmediata, efecto directo y supremacía de sus disposiciones, hace que —como lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal andino— existan 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 ...”.⁴

Sobre esa base, consideramos que es aplicable al Derecho Comunitario andino lo sentenciado por el Tribunal Europeo en el conocido caso *Francovich*, en el cual, tras recordar la particularidad del Derecho Comunitario de engendrar derechos a favor de los particulares, indicó que el mismo “impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”.⁵ Posteriormente, el Tribunal estableció

¹ Monografía elaborada previa la obtención del Diploma Superior en Derecho Internacional Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar. Supervisor: Profesor César Montaña Galarza.

² *Supra*, Capítulos 2.1, 2.2 y 2.3, pp. 9 a 27.

³ Joan David Janer Torrens, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 38.

⁴ Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 03-AI-96, del 24 de marzo de 1997, publicada en la G.O.A.C. n.º 261 del 29 de abril de 1997.

⁵ TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, casos *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros vs. República italiana*, párrafo 37.

que “el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado”.⁶ Así, no sólo existen las características mencionadas del ordenamiento comunitario que lo hacen especial y distinto del Derecho Internacional Público y de las normas nacionales de los Países Miembros, sino que también cabe derivar un “derecho de reparación” por los daños que provoque el incumplimiento de sus disposiciones.

La importante tesis sentada por el Tribunal europeo fue reafirmando cada vez más, con ciertos altibajos propios de un proceso tan importante de integración, y ha ido encaminándose, en definitiva, a que sean los propios jueces nacionales quienes garanticen la plena eficacia del Derecho Comunitario y la protección de los derechos conferidos a los particulares, ya que de lo contrario sería la eficacia del proyecto integracionista que se vería cuestionada si los particulares no pudieran obtener una reparación cuando sus derechos sean lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado. En ese sentido, el Tribunal europeo estableció los requisitos mínimos para que haya lugar a la responsabilidad de los Estados, y que son necesarios para engendrar el derecho de indemnización a favor de los particulares:

El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario. Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad.⁷

En definitiva, para que exista responsabilidad Estatal, y para que ésta sea exigible, es necesario que haya una violación claramente identificada del ordenamiento comunitario respecto de normas que gozan de efecto directo —es decir, de normas que confieren derechos a favor de los particulares y que pueden ser invocadas ante los jueces nacionales—, y que exista un nexo causal entre tal infracción y el perjuicio sufrido. En todo caso, se puede señalar que esa clara identificación de la infracción es lo que ha traído no pocos debates en el seno de la Justicia europea, ya que el margen de apreciación de cada Estado al respecto puede variar notablemente. Por ello, opina la doctrina en el sentido que

La exigencia de que para interponer una demanda de indemnización contra los poderes públicos nacionales se produzca una violación suficientemente caracterizada de una disposición comunitaria que atribuya derechos subjetivos a los particulares y que medie un nexo causal entre la conducta contraria al ordenamiento comunitario y el perjuicio que se ha generado, pone de relieve el

⁶ TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos Brasserie du Pêcheur S.A. vs. Bundesrepublik Deutschland y The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros, párrafo 22.

⁷ TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 40 a 42.

carácter restrictivo y poco acorde con la tutela de los derechos subjetivos de los particulares.⁸

Cabe destacar que el derecho de reparación o indemnización que tienen los particulares, en virtud de la responsabilidad del Estado, se hace extensivo a todos los poderes públicos, como ocurre cuando es el Congreso de un País quien no aprueba las leyes necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones comunitarias, en cuyo caso, de demostrarse que esta inactividad del Legislativo ha producido un daño al no poder gozar del derecho conferido por la norma comunitaria, es procedente entablar la acción de responsabilidad. La doctrina, al respecto, señala que “En definitiva, el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho Comunitario independientemente de cuál sea el órgano del estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”.⁹

Un parámetro de apreciación sobre el incumplimiento suficientemente caracterizado o manifiestamente identificado de la norma comunitaria por parte de cualquier entidad con funciones de Estado, puede entonces desprenderse cuando, por ejemplo, “nos encontramos ante una obligación claramente delimitada de actuar, o de abstenerse de hacerlo, conforme a cláusulas de standstill”.¹⁰ Es evidente que el derecho de los particulares a reclamar cualquier indemnización nace por la existencia de normas que crean derechos subjetivos a su favor, aunque corresponde a una autoridad verificar la existencia de esos derechos, su violación por parte del Estado, y el nexo causal entre tal desacato y el daño sufrido, en cuyo caso se estima que no es necesario una sentencia del Tribunal comunitario que declare cualquier incumplimiento. Al respecto, el Órgano Judicial europeo ha expresado que:

Uno de estos requisitos consiste en que la violación del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada. Pues bien, la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito (...) supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia.¹¹

Por tanto, para que realmente exista efectividad de la Comunidad Andina, o confianza en el proceso de integración, deberá reconocerse la competencia de los Jueces nacionales para declarar que la inobservancia o desconocimiento del Estado de una norma comunitaria que confiere derechos a favor de los particulares, puede o no ser calificada de suficientemente caracterizada a efectos de generar responsabilidad del

⁸ Joan David Janer Torrens, ob.cit., p. 366.

⁹ Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 433 y 434.

¹⁰ Ricardo Alonso García, ob.cit., p. 73. Debe entenderse a la obligación de *stand still* como el deber de los Estados de no aumentar los aranceles existentes ni crear nuevos aranceles o medidas de efecto equivalente.

¹¹ TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos Brasserie du Pêcheur, ya citados, párrafo 93 y 95.

Estado infractor. En ese proceso de indemnización por los daños sufridos a causa del incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de un Estado, que conozca el Juez nacional, será perfectamente aplicable, al no estar claro el alcance del precepto comunitario presuntamente incumplido, según el grado del Juez, “y con independencia de la mayor o menor presencia de elementos reglados o discrecionales, ... recurrir a la cuestión prejudicial”.¹² De este modo, será el Tribunal comunitario que conozca de modo indirecto el asunto y establezca una interpretación auténtica y vinculante respecto de la norma andina para el caso concreto, el que velará por la uniformidad en la aplicación de ese precepto comunitario y quien dará el correcto alcance en el contexto integracionista a dicha norma, a fin de que se reconozca o no el derecho del particular para ser indemnizado por el Estado transgresor.

Visto lo anterior, y conforme lo plantea la doctrina europea, cabe analizar en el ámbito comunitario andino si la acción de indemnización “ha de considerarse subsidiaria o alternativa con relación a otras acciones, problema especialmente espinoso si la pretensión de un ejercicio efectivo del derecho sustantivo y la pretensión de un ejercicio efectivo del derecho a indemnización han de ventilarse ante distintos órdenes jurisdiccionales”.¹³ Esto lleva a que se formulen incluso críticas, dado que, si bien el Tribunal europeo ha avanzado de modo sorprendente en el establecimiento del principio de responsabilidad del Estado,

los problemas reales de los ciudadanos ante una infracción estatal en (*rectius* de) normas directamente aplicables ... [son]: primero, tiene que entablar un juicio reclamando los derechos que le confiere la norma comunitaria (con eventual reenvío prejudicial), después tiene que iniciar otro proceso para demostrar la relación de causalidad entre el daño y la falta de transposición de la directiva (con eventual reenvío prejudicial sobre si hay o no violación caracterizada). Necesitará tener un gran patrimonio para soportar tanto juicio, muchísima suerte para tener un buen juzgador ... y paciencia para cobrar la reparación del Estado.¹⁴

Sobre la base de estas consideraciones, es necesario puntualizar que la acción de indemnización por los daños sufridos, que en el caso del Ecuador podría corresponder a cualquier acción de daños y perjuicios a ser interpuesta contra el Estado,¹⁵ o contra el Órgano que haya violado la norma comunitaria, no depende de otra acción que busque declarar el incumplimiento del Estado. En efecto, la acción de incumplimiento prevista en el Tratado de Creación del Tribunal Andino es independiente de la acción que el propio Tratado prevé en su artículo 31.¹⁶ En consecuencia, todo particular que se vea

¹² Ricardo Alonso García, ob.cit., p. 98.

¹³ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴ Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Noguera, ob.cit., p. 437.

¹⁵ El principal fundamento para ello lo tenemos, para el caso ecuatoriano, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Así mismo, en lo que respecta a la Función Ejecutiva, existen los artículos 130 a 134 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva sobre la responsabilidad de las administraciones públicas. Finalmente, se considera que es de aplicación lo previsto en el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil, que establece la adopción del trámite ordinario a toda controversia del Derecho Común que no tenga un procedimiento especial.

¹⁶ “**Artículo 31.-** Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento andino que le confiera tales derechos, podrá entablar:

- (i) Bien sea la acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, previo el agotamiento del procedimiento administrativo a instancias de la Secretaría General de la Comunidad, en cuyo caso, de existir una sentencia favorable del Tribunal, podrá, en virtud del artículo 30 del mencionado Tratado,¹⁷ requerir al Juez nacional la indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado; o,
- (ii) Entablar directamente ante el Juez nacional la acción de daños y perjuicios correspondiente contra el Estado, o contra la autoridad administrativa o de cualquier índole que cumpla las funciones de Estado, a efectos de que cese el incumplimiento de la norma jerárquicamente superior, y se le indemnice por los daños sufridos. Dependerá del órgano del Estado por cuya acción u omisión se estén violado los derechos de los particulares consagrados en una norma del ordenamiento comunitario, para que se interponga la respectiva acción — administrativa o contenciosa— según las prescripciones de la legislación nacional.¹⁸ De este modo, será más bien esta acción que conozcan los Jueces nacionales la que hará posible que el Estado cumpla más efectivamente su obligación comunitaria, y haga cierta la vigencia de los derechos consagrados por el ordenamiento de la Comunidad Andina. La actuación del Juez nacional en cualquiera de los dos procedimientos, que insistimos son independientes aunque también excluyentes,¹⁹ deberá ser muy cautelosa y apegada a los principios que fundamentan el Derecho Comunitario, por cuanto su propio accionar podrá causar responsabilidad del Estado. En cuanto a la indemnización que deberá ser cubierta por el Estado, el Juez deberá tener en cuenta para su cálculo los principios de equivalencia y efectividad, que permiten que la reparación no sea menos favorable

¹⁷ “**Artículo 30.-** La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

¹⁸ En el caso del Ecuador podrán aplicarse las disposiciones consagradas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículos 69, 77, 79, 83, 100 y ss. (de entre ellos, el artículo 122 dispone: “Ninguna disposición administrativa podrá contrariar lo preceptuado por otra emanada de órgano superior. Los actos administrativos se someterán a la jerarquía siguiente: a) Tratados Internacionales; b) Decretos Ejecutivos; c) Acuerdos y Resoluciones Ministeriales; y, d) Instructivos, circulares ...”), cuando sea algún órgano o entidad que integra la Administración Pública Central e Institucional y que dependa de la Función Ejecutiva, al que deba denunciarse por la violación de la norma jerárquicamente superior. También serán aplicables, consecuentemente, las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o toda disposición en materia tributaria, aduanera, comercial, entre otras, que faculte al órgano competente a exigir del Estado (o de cualquier ente, institución o autoridad administrativa que cumpla las funciones de Estado), una actuación determinada que permita cesar con el desconocimiento de la norma comunitaria en beneficio del habitante de la Subregión.

¹⁹ **Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 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.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento. La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46: (...) c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”.

en relación al daño y perjuicio sufridos, además de que sea verdaderamente exigible y eficaz.

Resta establecer el procedimiento a seguirse para que proceda la acción por indemnización que conozcan los Jueces nacionales, y para que también sea efectiva, por cuanto es una realidad que todo Juez debe primero gozar de competencia para conocer de cualquier causa a objeto de validar su actuación. Frente a este escenario, el Tribunal europeo señaló que el Derecho nacional puede fijar estándares mínimos, ya que

a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario. Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.²⁰

Ese criterio ha sido matizado con posterioridad, siendo oportuno en el presente trabajo recoger el precedente sentado en la sentencia *Brasserie du Pêcheur*, en el sentido que

la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos (...) para determinar el perjuicio indemnizable, el Juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. (...) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse respecto a las clases de perjuicios indemnizables conforme al Derecho nacional que aplica (...) la reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por éstos sufrido. (...) No es conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. (...) admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario.²¹

Por tanto, es el ordenamiento jurídico comunitario que fija el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo en él previsto, en cuyo caso se debe entender que el fundamento normativo que legitima la actuación de los Jueces nacionales que gozan de competencia para conocer de cualquiera de las acciones antes referidas, va más allá de las disposiciones adjetivas

²⁰ TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 42 y 43.

²¹ TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ya citados, Párrafos 82, 84, 88, 89 y 94.

nacionales, y se encuentra justamente en aquellas normas de Derecho Comunitario que son de obligatorio cumplimiento y que ostentan de preeminencia en relación a cualquier norma nacional que las contradiga.

En todo caso, a pesar de que existe el fundamento en el Derecho Comunitario, es cierto que no hay regulación procedimental de las acciones a seguirse ante los Jueces nacionales; sin embargo, vemos como claramente ha sido el Tribunal europeo que, en salvaguarda de los derechos de los particulares y siempre atento a la observancia de requisitos y procedimientos claros y del debido proceso, ha ido brindando la solución más apropiada para que la integración sea efectiva y ofrezca confianza y credibilidad a los ciudadanos de Europa. Si bien sería lo más adecuado que exista una norma comunitaria que establezca ese procedimiento y demás aspectos para hacer aún más viable la garantía de los derechos de los particulares, lo cual difícilmente se daría a nivel comunitario andino dado que ello simplemente implicaría que los propios Estados actúen en perjuicio propio, creemos que sí es posible en la actualidad encontrar las vías jurídicas apropiadas para que la responsabilidad de los Estados por la falta de efectividad del proceso de integración andino brinde los derechos suficientes a los particulares afectados en beneficio, finalmente, del proyecto integracionista como tal.

4. Conclusiones

1. Debemos ser conscientes que el pertenecer a una Comunidad de integración con fines muy importantes en lo económico y social, beneficia a todos los Estados, a pesar de que, de modo incidental, algunas disposiciones comunitarias puedan ser vistas como contrarias a ciertos intereses individuales, los mismos que deben ser dejados de lado, por cuanto, muchas de las veces, responden a pequeños y poderosos grupos de poder. Asimismo, no hay duda de lo favorable para cada uno de los Países Miembros que enfrentemos la globalización de modo unido en un bloque de integración, a pesar de que en la actualidad una buena parte de los beneficios que ha traído este proceso andino han sido útiles para un pequeño margen de los habitantes de la Subregión, ya que la mayoría de la población no se ha visto favorecida con esos logros. Queda, por tanto, todavía mucho por hacer en cuanto a una auténtica participación del habitante en el proceso de integración, constituyéndose como clave para que la Comunidad Andina sea alternativa para el desarrollo de los pueblos, que se alcance un equilibrio entre el interés comunitario y aquellos individuales o sectoriales.

2. Siendo el fin último de la Comunidad el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, éste se lograría alcanzar con el cumplimiento de los objetivos referidos principalmente a factores económicos, pero que también abarcan lo social y cultural, todo lo cual se debe ir concretando mediante el establecimiento necesario de políticas —o mecanismos y medidas— a ser adoptadas por la Comunidad, y acatadas por los Países Miembros. Sobre esa base, se tiene que en materia económica, sin lugar a dudas, ha existido un notable crecimiento del comercio intrasubregional en distintas áreas, lo que ha tenido como principal motor de apoyo la normativa de liberalización del comercio que se ha ido emitiendo y acatando de modo paulatino. En la actualidad, la Comunidad Andina se encuentra desde hace ya varios años en una etapa inicial de Unión Aduanera, a pesar de no existir una verdadera estructuración y consecución de un arancel externo común, lo que impide que se avance hacia los demás objetivos de la integración.

3. De todos modos, se puede afirmar que no existe una verdadera “solidaridad subregional”, ya que cada Estado continúa manteniendo su posición en cuanto a la política exterior, lo que hace que esta visión estatalista —que se contraponen a la integracionista— precautele exclusivamente los intereses del Estado, e incluso dentro de éste los intereses de ciertos sectores privilegiados, pero se aleje sobremedida del concepto de interés comunitario. Por tanto, es necesario que los Países Andinos adopten como guía en la política exterior de cada Estado a los principios de solidaridad y de cooperación leal, dejando de lado al principio de reciprocidad. En definitiva, es la carencia de políticas transparentes en beneficio del anhelo bolivariano, reflejada en la falta de voluntad política de los Estados, lo que constituye la causa principal de la ausencia de efectividad en la que se encuentra la Comunidad Andina. La principal consecuencia que esa falta de efectividad acarrea, es la responsabilidad que deben asumir y se les debe exigir a los Países Miembros, sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios de todo el proyecto integracionista.

4. En consecuencia, es razonable que se reconozca al sistema de integración de tipo comunitario establecido a nivel andino, como el mecanismo que ha permitido que sean sus Instituciones las que en mayor medida trabajen por el desarrollo del proceso, además de que son las características o principios del Derecho Comunitario los que vienen a constituir el principal fundamento de la tutela de derechos de los particulares. De este modo, el hecho que se desconozcan los compromisos adoptados en el marco de un ordenamiento comunitario, lleva a que sin duda alguna exista la responsabilidad por todo agravio y perjuicio que haya provocado ese incumplimiento. En efecto, los daños que provoca el incumplimiento de las disposiciones comunitarias, deriva en un derecho de reparación exigible al Estado, derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo en él previsto que encuentra su fundamento en el propio ordenamiento jurídico comunitario. En todo caso, para que proceda la reparación será necesario que exista una violación claramente identificada del ordenamiento común respecto de normas que gozan de efecto directo, y que exista un nexo causal entre tal infracción y el perjuicio sufrido.

No será necesario una sentencia del Tribunal comunitario que declare cualquier incumplimiento para requerir la indemnización del Estado, ya que todo particular que se vea perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento andino que le confiera tales derechos, podrá entablar dos acciones autónomas y excluyentes: la acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, para que con una sentencia favorable pueda requerir al Juez nacional la indemnización de daños y perjuicios; o la acción directa ante el Juez nacional por los daños y perjuicios causados por el Estado, a efectos de que cese el incumplimiento de la norma jerárquicamente superior, y se le indemnice por los daños sufridos. En cualquiera de las acciones antes referidas a ser interpuestas ante los Jueces nacionales, el fundamento que legitima la actuación de los mismos y que les otorga competencia, va más allá de las disposiciones adjetivas nacionales, y se encuentra justamente en las normas de Derecho Comunitario.

5. Con miras a que exista una verdadera efectividad del proceso de integración andino, es necesario que se reconozca la competencia de los Jueces nacionales para declarar que la inobservancia o desconocimiento del Estado de una norma comunitaria que confiere derechos a favor de los particulares, puede o no ser calificada de suficientemente caracterizada a efectos de generar responsabilidad del Estado infractor. En efecto,

corresponde a los propios Jueces nacionales garantizar la plena eficacia del Derecho Comunitario y la protección de los derechos conferidos a los particulares, ya que de lo contrario sería la propia eficacia del proyecto integracionista que se vería cuestionada si los particulares no pudieran obtener un resarcimiento cuando sus derechos hayan sido lesionados. A pesar de que no existe una norma comunitaria que establezca el procedimiento y demás aspectos para hacer aún más viable la garantía de los derechos de los particulares, lo que vuelve adecuada su pronta regulación, sí es posible encontrar actualmente las vías jurídicas apropiadas para que exista la responsabilidad de los Estados y el correspondiente derecho de reparación.