

El tratamiento a la aplicación de restricciones a las importaciones en la comunidad andina. Diferencias con su tratamiento en el Mercosur

Adriana Cristina Alegrett Salazar *

El presente artículo ha sido escrito en base a la monografía *“El tratamiento a la aplicación de restricciones a las importaciones en la Comunidad Andina. Análisis comparativo con su diferencias con el tratamiento de las restricciones en el MERCOSUR”* presentada por la misma autora para su evaluación en el Posgrado en Derecho Aduanero y de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Argentina, 2014.

* Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello y la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de posgrado en Relaciones Internacionales, Derecho Aduanero, Propiedad Industrial, entre otros, cursados en Argentina y Ecuador. Experta en derecho internacional económico y comunitario, con énfasis en comercio, integración, propiedad industrial, solución de controversias, compras y contrataciones y negociaciones internacionales. Ex Asesora Jurídica de la Comunidad Andina. Profesora Universitaria, Abogada externa de la Secretaría General de la Comunidad Andina y Consultora en asuntos de integración y comercio exterior.

El tratamiento a la aplicación de restricciones a las importaciones en la comunidad andina. Diferencias con su tratamiento en el Mercosur

I. Introducción

Es común entre los procesos de integración en el mundo, establecer como objetivo primordial el mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos y, por lo general, pretenden crear un mercado común ampliado donde todos los ciudadanos del proceso de integración que se determine, puedan verse beneficiados con el crecimiento económico, equilibrado y armónico de sus países.

El establecimiento de un mecanismo para la libre circulación de mercancías, se considera de gran importancia en la mayoría de los procesos de integración, ya que esto contribuirá con la mejora en la economía de los países y también beneficiaría a los ciudadanos como consumidores. Es por ello que, algunas de las medidas que se adoptan son la reducción de aranceles, la eliminación de restricciones; medidas que por lo general, se exige, sean aplicadas sin excusas ni demoras.

Países de la Comunidad Andina y del Mercosur actualmente mantienen vigentes normas que restringen el comercio de bienes, por lo que miraremos muy breve y rápidamente esos casos y cómo se está manejando en cada bloque; siendo oportuno analizar por qué podría haber diferencias en el tratamiento según el proceso de integración de que se trate.

II. Nociones básicas sobre la Comunidad Andina y el Mercosur

2.1. Comunidad Andina

La Comunidad Andina es una organización subregional de integración económica, política y social con personalidad jurídica internacional, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, junto a los diferentes órganos del Sistema Andino de Integración. Nació como Pacto Andino o Grupo Andino el 26 de mayo de 1969 tras la suscripción del Acuerdo de Cartagena, el cual fue modificado por el Protocolo de Trujillo en 1996, que le dio el nombre de Comunidad Andina al proceso. El Acuerdo de Cartagena, Tratado Fundacional del proceso de integración andina, establece en su artículo 1 que el mismo

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

Esta organización tiene como objetivo primordial promover el desarrollo equilibrado y armónico de estos Países Miembros, procurando - a través de la integración, solidaridad y cooperación- mejorar el nivel de vida de sus ciudadanos.

El Sistema Andino de Integración –SAI- está a su vez compuesto por una serie de órganos e instituciones comunitarios que permiten coordinar acciones para alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena. El órgano máximo es el Consejo Presidencial Andino; los órganos decisorios son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión (formada, por lo general, por los Ministros o Viceministros de Comercio de los Países Miembros). Estos órganos tienen capacidad legislativa.

El órgano ejecutivo es la Secretaría General, con sede permanente en la ciudad de Lima, quien se encarga de velar por el cumplimiento de la normativa comunitaria y la administración del proceso, además de tener la capacidad de emitir normas. También se ha constituido un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia con sede permanente en Quito, el cual emite sentencias de obligatorio cumplimiento, sin necesidad de trámites de exequatur u otros reconocimientos en los Países Miembros. Lo componen cuatro Magistrados quienes desarrollan su función judicial permanentemente.

En el marco del SAI existen otras instituciones como el Parlamento Andino, órgano deliberante del Sistema; instituciones consultivas; instituciones financieras; instituciones sociales y una institución educativa.

Los Países Miembros dotaron a la Comunidad Andina de la capacidad para establecer políticas y normas comunes de obligatorio cumplimiento, contando con un Sistema institucional para velar por su cumplimiento, lo cual genera derechos y obligaciones para los Estados y los Ciudadanos. Asimismo, tiene la capacidad de avanzar en la armonización de legislaciones nacionales y desarrollar programas y acciones de cooperación económica y social, entre otros mecanismos para el funcionamiento del proceso que coadyuven a alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena.

La Comunidad Andina se rige por un ordenamiento jurídico propio que ha sido adoptado desde 1979 mediante la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia (norma fundacional de la Comunidad Andina), el cual establece que el Acuerdo de Cartagena, las Decisiones adoptadas por la Comisión y/o el Consejo de Cancilleres, las Resoluciones de la Secretaría General, los convenios de complementación industrial que se incorporen a este ordenamiento y el mismo Tratado del Tribunal, conforman el ordenamiento jurídico comunitario. Esta normativa es de obligatoria aplicación en los Países Miembros de la Comunidad ya que el mismo se rige por los principios de cooperación leal, aplicación directa, efecto directo, primacía, complemento indispensable, autonomía y el de responsabilidad del Estado frente a la Comunidad y frente a particulares

por incumplimiento del Derecho Comunitario¹. El establecimiento de la normativa comunitaria es consecuencia de la evolución institucional y política de la Comunidad Andina, y ha sido adoptado por consenso de todos los Países Miembros, con el fin de fortalecer y de dotar de mayor seguridad jurídica al proceso de integración.

El Tribunal ha señalado que “El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, y, como tal, de aplicación obligatoria por los órganos del Acuerdo, por todos los Países Miembros comprometidos con ese régimen, por los funcionarios que en éstos ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, y aun para los particulares²”

Para ayudar a garantizar que en la realidad el ordenamiento jurídico comunitario sea observado, éste Tratado estableció un sistema para velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

En ese sentido, y de acuerdo a lo establecido en el Tratado, cuando un País Miembro de la Comunidad Andina incurre en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, un País Miembro, la Secretaría General de la Comunidad Andina o un Particular pueden iniciar una Acción de Incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. En esta acción intervienen, en fase prejudicial, la Secretaría General y, en fase judicial, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³.

Según el artículo 42 del Tratado de Creación del TJCAN, los Países Miembros no someterán sus controversias, que versen sobre el ordenamiento jurídico comunitario, a ningún sistema de arbitraje u otro Tribunal que no sea el comunitario. Es decir, el sistema de solución de controversias es exclusivo y excluyente para los Países Miembros, siendo el único sistema donde pueden reclamar incumplimientos de la normativa comunitaria. El sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina es gratuito y tienen derecho a acceder a él directamente los Estados y los particulares –naturales o jurídicos- afectados en sus derechos⁴.

¹ Sobre el asunto pueden revisarse del artículo 2 al 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y diversa jurisprudencia del Tribunal comunitario (Entre otros, procesos 2-IP-88, 2-IP-90, 10-IP-94, 3-AI-96, 118-AI-2003, 5-AI-2007 y 184-IP-2013)

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 16-6-1999, caso 30-IP-98.

³ Artículos 23 al 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 623 “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento”.

⁴ http://www.comunidadandina.org/Upload/2011225165851derechos_CAN.pdf, Julio 2010, “Derechos del Ciudadano Andino”. Secretaría General de la Comunidad Andina.

El procedimiento de incumplimiento puede derivar en una sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la cual será de cumplimiento obligatorio y su inobservancia, podría generar sanciones para el País Miembro que no dé cumplimiento a la misma⁵.

Los Países Miembros, por tanto, deben abstenerse de adoptar o emplear medidas que sean contrarias a dichas normas o que de algún modo obstaculicen y a su vez están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁶.

Actualmente, en la Comunidad Andina funciona una zona de libre comercio y, de acuerdo a las etapas de la integración definidas por algunos expertos en la materia, como el Dr. Ricardo Basaldúa⁷, habría alcanzado el mercado común con ciertos visos de unión aduanera.

2.2 Mercosur

Si bien a partir de los años 70 se dieron algunos avances para la integración entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; es recién en 1991 que se conforma como tal un proceso de integración, a través de la suscripción en marzo del Tratado de Asunción, por el cual se crea el Mercado Común del Sur (Mercosur)⁸ como un proyecto en el que sus Estados partes comparten valores como la democracia, los derechos humanos, la

-
- 5 Artículo 27 del Tratado de Creación del TJCAN: "Si dicho País Miembro no cumple la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará 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. En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución. El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros".
- 6 Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- 7 Ricardo Xavier Basaldúa. "Alcances y Formas de la Integración Económica Regional" en Tratado de Tributación, Tomo II, Política y Economía Tributaria, Volumen 2. Capítulo IX "La regionalización. Aspectos Generales". Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004.
- 8 Artículo 1: Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR).

seguridad jurídica, la lucha contra la pobreza y el desarrollo económico y social equitativo⁹. Además sus socios fundadores buscaban el crecimiento y ampliación de sus mercados; a través de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; el establecimiento de un arancel externo común y políticas comerciales comunes; y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales¹⁰; apostándose entonces por la conformación de un mercado común, por lo que tras la suscripción del Tratado, de inmediato se puso en marcha un cronograma de desgravación arancelaria¹¹.

El Mercosur también cuenta con un sistema institucional conformado por El Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) – que se encarga de velar por el cumplimiento del Tratado-, la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), el Parlamento del MERCOSUR (PM), el Foro Consultivo Económico-Social (FCES), la Secretaría del MERCOSUR (SM), el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), el Tribunal Administrativo-Laboral (TAL) y el Centro MERCOSUR de promoción de estado de derecho (CMPED).

El Tratado de Asunción establece que el Mercosur implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común, entre otros mecanismos.

Mediante lo Protocolos de Brasilia y de Olivos¹², se estableció un sistema de solución de diferencias, en el marco del cual se dictan laudos arbitrales, y paralelamente existen procedimientos de Consultas y Reclamaciones, que son gestionados por la Comisión de Comercio del Mercosur y por el Grupo Mercado Común.

El Protocolo de Olivos dotó al proceso de integración del sur de un Tribunal Permanente de Revisión (TPR), que funciona junto con los Tribunales Ad Hoc (TAHM). El primero funciona permanentemente desde 2004 en Asunción, Paraguay y los árbitros que lo conforman se reúnen en la sede del Tribunal, cada vez que corresponda examinar una causa. Los Tribunales Ad Hoc se conforman cuando es requerido, con árbitros de las listas presentadas por los Estados. Los laudos de los Tribunales Ad Hoc y del TPR son de cumplimiento obligatorio para los Estados Partes en la controversia.

⁹ Disponible en a web: <http://www.Mercosur.int>

¹⁰ “La convergencia institucional en Suramérica”. Alegrett, Adriana. Revista de la Integración: La Construcción de la Integración Suramericana. Secretaría General de la Comunidad Andina. Segunda edición. Lima, 2008.

¹¹ “El Derecho de la Integración en el Mercosur”. Scotti, Luciana. Manual de Derecho de la Integración. Editorial BdeF. Buenos Aires, 2010.

¹² Sustituyó al Protocolo de Brasilia.

En el Mercosur la normativa no es supranacional y se diferencia del derecho comunitario por “[...] la carencia del efecto directo y aplicabilidad inmediata en el derecho interno de los Estados Partes [...]”¹³. Y esto se debe en parte a que, a diferencia de la Comunidad Andina, en el Mercosur, como señala el Dr. Ricardo Arredondo “En el Mercosur no se ha producido una limitación de competencia o una transferencia de atribuciones de los Estados a la organización y, por lo tanto, no han creado un cuerpo normativo que resulte aplicable directamente a sus nacionales y a sí mismos”.

III. La circulación de mercancías en la Comunidad Andina y el Mercosur

3.1. Comunidad Andina

Uno de los objetivos del Acuerdo de Cartagena es la formación gradual de un mercado común latinoamericano, es por ello que contempla como mecanismo, un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980¹⁴. En diferentes etapas se fueron desmontando los aranceles y eliminándose las restricciones de manera gradual y en diferentes tiempos, como lo contempla el Tratado, de acuerdo a las necesidades y economías de los Países Miembros.

El Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena contiene uno de los objetivos más importantes del proceso de integración andino. En él se establece el Programa de Liberación consistente en eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro¹⁵. En dicho capítulo se establece que “gravámenes” son los derechos aduaneros u otros recargos de efectos equivalentes que incidan sobre las importaciones y “restricciones” son aquellas medidas de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones¹⁶.

¹³ Arredondo, Ricardo. “Algunas precisiones sobre los Acuerdos de Alcance Parcial Vis-A-Vis la incorporación de la normativa MERCOSUR y los efectos de la protocolización en ALADI” en Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR. Año 7, No. 2. Edic. La Ley, Editorial Sintese, Buenos Aires, 2003.

¹⁴ Artículo 3 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁵ Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁶ Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Los Países Miembros deben abstenerse de aplicar gravámenes y restricciones a las importaciones de bienes originarios de la Subregión¹⁷.

Como señala el Acuerdo de Cartagena y lo ha sostenido el Tribunal de Justicia se podrán aplicar “gravámenes” o “restricciones” cuando se trate de proteger la moralidad pública; regular las importaciones o exportaciones de armas; proteger la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; importar y exportar oro y plata metálicos; proteger el patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; entre otros.

Sin embargo, estas excepciones deben ser temporales, justificadas, proporcionales, insustituibles y tener relación causal directa e inmediata con el bien que se desea proteger¹⁸, de lo contrario constituirán simples restricciones al comercio y una violación al Programa de Liberación.¹⁹

En la actualidad en la Comunidad Andina, si bien algunos Países Miembros se encuentran aplicando ciertas restricciones, las cuales detallaré en el siguiente acápite, en general el Programa de Liberación funciona correctamente (aunque no cuenta con un Arancel Externo Común para todos los productos, ya que las normas que lo definen y ponen en vigencia han sido prorrogadas y se encuentran suspendidas).

3.2. Mercosur

Mediante el Tratado de Asunción fue programada la Unión Aduanera del Mercosur (01.01.1995) y se estableció la zona de libre comercio, debiendo eliminarse todas las restricciones no arancelarias al 31 de diciembre de 1994.

En efecto, el artículo 5 del Tratado de Asunción contempla como uno de los mecanismos para la constitución del Mercado Común, un Programa de Liberación Comercial, con rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones al comercio entre los Estados Partes.

Los artículos 38 y 40 del Protocolo de Ouro Preto establecen que los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, debiendo incorporarlas a su derecho interno y dar cumplimiento a las mismas.

¹⁷ Artículo 77 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁸ Proceso 118-AI-2003 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Resolución 1289 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

¹⁹ Artículo 76 del Acuerdo de Cartagena

En el Mercosur también se ha establecido la Zona de Libre Comercio, sin embargo, a pesar de los compromisos, los Estados Parte mantienen la aplicación de restricciones y hasta ocurre que cuando un país restringe las importaciones, como medida retaliativa pero sin autorización alguna, los demás países recíprocamente restringen las importaciones del primer país.

IV. El tratamiento de las restricciones a las importaciones de bienes en la Comunidad Andina. ¿Qué sucede en el MERCOSUR?

En caso que un País Miembro de la Comunidad Andina aplique una restricción al comercio de bienes originarios de la Subregión, a menos que se tratara de una de las excepciones establecidas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena o la misma cumpliera con los criterios para su aplicación definidos por la jurisprudencia de Tribunal y los pronunciamientos de la Secretaría General de la Comunidad Andina; podría tratarse de una violación del Programa de Liberación de la Comunidad Andina, es decir, se estaría inobservando una norma comunitaria y por tanto, la Secretaría General, un País Miembro o un particular afectado en sus derechos, podrían activar el sistema andino de solución de controversias.

En ese caso, el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena contempla que la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determina si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye "gravamen" o "restricción". Así pues, siguiendo el procedimiento contemplado en la Decisión 425 "Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General", la Secretaría General se encarga de verificar que la restricción que aplica un País Miembro sea acorde a lo establecido en el ordenamiento comunitario, y de no ser así, calificar la medida como un restricción al comercio, de acuerdo a lo contemplado en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena y por tanto, ordena al País Miembro que aplica la medida a dejar sin efecto la restricción, pues de lo contrario su conducta generará un incumplimiento del ordenamiento comunitario, específicamente del Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, la Resolución que califica la medida como una restricción y el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN.

Si la medida nacional fuera calificada como restricción y el País Miembro no corrige en el plazo establecido por la Secretaría General, ésta de oficio o a petición de un País Miembro o de un particular –afectado en sus derechos subjetivos- podrá dar inicio a la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento²⁰. Esta acción tiene como objeto determinar si un País Miembro se encuentra en incumplimiento de una norma de la Comunidad Andina. Este procedimiento concluye con la emisión de un Dictamen que determina si un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de los compromisos adquiridos con la adopción

²⁰ Decisión 623 de la Comisión de la Comunidad Andina.

del Acuerdo de Cartagena. En el Dictamen se otorga un plazo al País Miembro para corregir la situación de incumplimiento.

Agotada la etapa administrativa, es posible acudir al Tribunal de Justicia, con el fin de

“[...] garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal garantiza así el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo dispuesto en su Tratado Fundacional, cuyo texto lo inviste como el órgano jurisdiccional de la Comunidad, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”²¹.

Este proceso, que incluye una etapa probatoria y de audiencia oral, concluye con una sentencia que es de obligatorio cumplimiento desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. En caso que el País Miembro perdidoso no de cumplimiento a la sentencia en un plazo de 90 días, el Tribunal de Justicia dará paso a un procedimiento sumario de incumplimiento de sentencia, el cual implicará la autorización, por parte del Tribunal, para que los demás Países Miembros apliquen sanciones consistentes en la aplicación de medidas que podrán restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso. Las sanciones se podrán aplicar hasta que el País Miembro condenado, de cumplimiento a la sentencia²².

Además, en general los ciudadanos y órganos del sistema, utilizan y confían en el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, pero además dan cumplimiento, en general, tanto al ordenamiento jurídico comunitario –especialmente al Programa de Liberación- como a las sentencias.

En el caso del MERCOSUR, de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Olivos, las controversias que surjan entre los Estados por la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas adoptadas en el marco del proceso de integración, podrán resolverse a través del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales o ante los órganos del MERCOSUR, según acuerden las partes de la controversia.

Los mecanismos que establece el Protocolo de Olivos contemplan la negociación directa entre las partes cuya conclusión será informada al Grupo Mercado Común. También se

²¹ Proceso 118-AI-2003. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 14 de abril de 2005.

²² Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

puede elevar la controversia al Grupo de Mercado Común, para la emisión de recomendaciones que coadyuven a resolver la controversia entre las partes²³.

En caso que con las recomendaciones del Grupo de Mercado Común tampoco se pueda resolver una controversia, se podrá comunicar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR su decisión de recurrir al procedimiento arbitral. En ese caso se conformará un Tribunal Ad Hoc con la intervención de tres árbitros del listado registrado en la Secretaría del Mercosur²⁴.

El Tribunal emitirá un laudo arbitral que será de obligatorio cumplimiento²⁵ y contra el cual se podrá presentar un recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión.

En caso de no darse cumplimiento al laudo, la parte reclamante tendrá la facultad, durante el plazo de un un año-contado a partir del día siguiente al que venció el plazo para el cumplimiento del mismo- de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.

Cuando se trate de reclamos presentados por particulares, éstos acudirán al representante de su país en Grupo de Mercado Común.

Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias en alguno de los foros establecidos, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto.

De acuerdo a Luciana Scotti en su artículo "El Derecho de la Integración en el Mercosur" a la fecha se han emitido cuatro laudos arbitrales²⁶. Es importante destacar que en la mayoría de los casos, los Estados miembros del Mercosur elevan sus reclamaciones al sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio e incluso se ha observado que en muchas ocasiones, aunque se apliquen restricciones que afecten a los miembros del Mercosur, son terceros países los que presentan las reclamaciones ante la OMC.

¿Qué sería lo más adecuado para los países que conforman un sistema de integración? Utilizar su propio sistema de solución de controversias (que sería en su idioma y con

²³ Artículos 4 al 8 del Protocolo de Olivos.

²⁴ Artículos 9 al 16 del Protocolo de Olivos.

²⁵ Artículo 28 del Protocolo de Olivos

²⁶ Ob. Cit.

menores costos) o ¿acudir a la Organización Mundial del Comercio, aunque ello implique llevar adelante un proceso costoso y complicado?

V. Casos actuales o emblemáticos

Con el fin de mostrar claramente lo que sucede en la Comunidad Andina y cómo contrasta con lo que sucede en el tratamiento de las restricciones en el Mercosur, tomaré un caso emblemático, quizás uno de los más importantes del sistema andino de solución de controversias, así como uno que se analiza en la actualidad, para posteriormente revisar brevemente un caso actual de restricciones en el Mercosur.

El primer caso es aquel referido a la aplicación de restricciones a las importaciones de arroz originario de los Países Miembros, por parte de la República de Colombia (Proceso 118-AI-2003). En este caso -que ya cuenta con sentencia, sumario de incumplimiento y el país se encuentra con sanciones autorizadas al no darle cumplimiento, de acuerdo al Tribunal, a la sentencia- la República de Colombia aplica una serie de medidas, calificadas oportunamente como restricciones y posteriormente incumplimiento, a las importaciones de arroz originario de la Subregión. Las restricciones se aplicaron mediante diferentes instrumentos (contingentes, vistos buenos, licencias, registros sanitarios, medidas sanitarias de emergencias, salvaguardia, entre otros).

La Secretaría General se pronunció en diversas ocasiones, calificando las medidas como restricciones así también como incumplimientos. Posteriormente, ya en el procedimiento judicial, el Tribunal Andino señaló que las medidas aplicadas mediante diversos instrumentos emanados por la República de Colombia “[...] han contrariado el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, toda vez que han restringido indebidamente el comercio intracomunitario del arroz, impidiendo u obstaculizando, sin fundamento válido, la importación del producto al País Miembro demandado”.

En dicha sentencia, el Tribunal concluye que

“[...] la República de Colombia ha violentado los conceptos de temporalidad y excepcionalidad, pues todas las medidas restrictivas que ha aplicado al comercio subregional de arroz se han mantenido durante más de diez años, toda vez que de inmediato, al perder vigencia ciertas medidas, el Gobierno colombiano las ha renovado o prorrogado, e incluso sustituido por otro tipo de medida similar [...] Este Tribunal concluye, que Colombia ha hecho un uso abusivo de las excepciones autorizadas al Programa de Liberación”.

En esa sentencia, en uno de sus decide, el Tribunal señaló que Colombia “[...] deberá adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas y abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas del comercio

[...]”; con lo cual si Colombia adopta cualquier norma que pueda obstaculizar la libre circulación de arroz de la Subregión, sin autorización de la Secretaría General; se mantendría vigente el incumplimiento de la sentencia.

La importancia del contenido de esta sentencia, emanada en abril de 2005, y que involucraba o afectaba a Ecuador, Perú y Venezuela²⁷, países exportadores de arroz, obligó a Colombia a dar cumplimiento inmediato a la misma, dejando sin efecto todas las medidas nacionales que restringían las importaciones de arroz originario de la Subregión.

Sin embargo, nuevamente ha aplicado restricciones (actualmente a través de la asignación de contingentes) a las importaciones de arroz, por lo que de acuerdo a la sentencia se entendería que mantiene el incumplimiento, por lo que mediante un proceso sumario de incumplimiento de sentencia, el Tribunal ha autorizado a los países a aplicar sanciones a productos originarios de Colombia. Esta sanción consistiría en aplicar un arancel de 10% a hasta 8 productos de la República de Colombia.

Otro caso que vale la pena mencionar es la restricción que aplica la República del Ecuador, la cual mediante Resolución 001-2013/CIMC (2 de mayo de 2013) aprobó el “Marco General Ecuatoriano para la Evaluación de la Conformidad” y el “Manual de Procedimientos Previo a la Nacionalización, Comercialización y Vigilancia en el Mercado en todas sus etapas para los Bienes Producidos, Importados y Comercializados sujetos a Reglamentación Técnica Ecuatoriana”. Estos manuales establecen Reglamentos Técnicos los cuales, de acuerdo a las Decisiones 562 y 615 de la Comisión de la Comunidad Andina, deben notificarse a través de la Secretaría General, cuestión que, según Colombia, Perú y la propia Secretaría General, no fue realizada.

La Secretaría General al haber tomado conocimiento de esta medida ecuatoriana, siguió el procedimiento establecido y consideró que:

“[...] la medida aplicada por el Gobierno del Ecuador a través de la Resolución 116 del COMEX se convierte en un requisito adicional a la normativa andina existente en materia de reconocimiento de resultados de evaluación de conformidad, lo cual descarta su carácter de insustituible; asimismo [...] no se evidencia una causa directa y principal de la medida que haga necesaria su exigencia en el comercio de los bienes producidos en los Países Miembros de la Comunidad Andina para la protección de los objetivos legítimos que persigue Ecuador [...]”

²⁷ En ese entonces, aun miembro de la Comunidad Andina.

Por lo que calificó la medida como restricción mediante Resolución 1695, la cual deberá ser cumplida por la República del Ecuador, debiendo por tanto, dejar sin efecto la mediada calificada como restricción²⁸.

Actualmente se puede leer en el sitio oficial de la Comunidad Andina que con base en la investigación que concluyó con la Resolución 1695:

“[...]como resultado de los hallazgos realizados durante el proceso, la Secretaría General de la Comunidad Andina abrió un nuevo procedimiento de investigación a la República del Ecuador sobre el posible incumplimiento del compromiso de Nación más Favorecida debido a la expedición del Acuerdo N° 14241 del Ministerio de Industrias y Productividad del Ecuador (...) que estaría estableciendo un trato diferenciado y mejor a los productos de origen europeo respecto a los productos de origen andino, al permitir que los importadores con la sola presentación de una ‘declaración juramentada’ puedan importar bienes de la Unión Europea bajo el supuesto de que sus estándares de calidad son equivalentes a los que exige el Ecuador. De esa forma, los productos europeos estarían eximidos de las restricciones comerciales impuestas a los productos andinos en el mercado ecuatoriano”²⁹.

Como se observa, los órganos comunitarios correspondientes se encuentran alertas ante cualquier restricción, gravamen o incumplimiento que pueda aplicarse en el marco de la Comunidad Andina y los particulares y países confían en el sistema y apoyan la realización de investigaciones que correspondan con el fin de solucionar los conflictos y que los mismos no interrumpan el avance del proceso de integración.

En el caso del Mercosur, tomaré en cuenta únicamente el caso de Argentina, país que desde el año 2012 viene aplicando una medida restrictiva que afecta el comercio exterior y que consiste en el trámite de una licencia de importación, la cual Tendría como objeto frenar la salida de divisas del país.

Sorprendentemente, y a pesar de principios que rigen en Mercosur como por ejemplo el trato nacional; esta medida es aplicable incluso a las importaciones originarias de los países miembros del Mercosur. Sin embargo, ninguno de ellos ha presentado reclamación alguna. ¿Esto a qué se debe? ¿Desconfianza en el sistema de solución de controversias? ¿Poca importancia del proceso de integración?

²⁸ La Resolución 1695 puede ser descargada en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=08>

²⁹ Disponible en la web: <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=3512&accion=detalle&cat=NP&title=secretaria-general-de>

Sin embargo, la Unión Europea, Estados Unidos y Japón que se encuentran afectados con la medida argentina, solicitaron el pronunciamiento de la Organización Mundial del Comercio sobre el tema. Para ello, siguiendo los procedimientos correspondientes, se conformó un Grupo Especial que ha estado analizando el tema. En el mes de agosto de 2014 publicó su informe, el cual fue apelado en septiembre por Argentina, y el cual entre otras cosas, concluye que el procedimiento DJAI constituye una restricción a la importación de mercancías y por consiguiente es incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

En enero de 2015, la Organización Mundial del Comercio (OMC) rechazó la petición de Argentina para que se anule el dictamen emitido en agosto de 2014, por lo que debería dejar sin efecto la licencia de importación conocida como DJAI, considerando el informe del Grupo de Expertos de la OMC, pues de lo contrario, mantendría el incumplimiento a las normas y principios de la Organización Mundial de Comercio, con el fin de evitar sanciones que podrían causar un fuerte daño económico a la República Argentina. Se considera que estas podrían afectar en 5000 mil millones de dólares a las exportaciones argentinas.

VI. Conclusión

1. Los procesos de integración que pretenden entre sus objetivos constituir zonas de libre comercio, deben abstenerse de aplicar restricciones que contradigan dichos principios. Esto ocurre tanto en la Comunidad Andina, como en el MERCOSUR.
2. Los procesos de integración se crearon para ampliar los mercados y establecer reglas claras y sencillas, aplicables para todos los miembros de los mismos, que permitan disfrutar de las ventajas que ofrece el proceso de integración y esto contribuya al mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos.
3. En general en ambos bloques los Estados miembros observan los compromisos que adquirieron a través de la suscripción de los tratados fundacionales de los procesos de integración, sin embargo, ocurre que con el fin de proteger industria nacional, cierran de alguna manera sus fronteras para disminuir el ingreso de productos importados y la salida de divisas. Sin embargo, esto es contrario a los principios de los procesos de integración y afecta también al consumidor quien si tuviera una mayor cantidad de productos a elegir, entre nacionales e importados, podía recibir productos de mayor calidad a mejores precios.
4. En la Comunidad Andina, su sistema de solución de controversias es exclusivo y excluyente por lo que los países Miembros y sus habitantes deben someter sus

controversias únicamente a los órganos que para tal fin forman parte del proceso de integración.

5. En el Mercosur los miembros tienen libertad para escoger el foro en el cual quieren sea tratada su controversia. La mayoría escoge el foro de la OMC, a pesar de que este resulta costoso para los Estados suramericanos, requiere de la participación de abogados bilingües y los casos se manejan en idiomas diferentes a los nuestros. Sin embargo, genera confianza.
6. Los países que forman parte de un proceso de integración, además de cumplir y velar por el cumplimiento estricto del derecho comunitario, debería confiar en sus instituciones creadas para apoyar el proceso de integración.
7. La Comunidad Andina debería revisar su sistema de sanciones con el fin de contar con mayor capacidad disuasiva y así garantizar que las sentencias sean cumplidas y por tanto, el sistema respetado.
8. El Mercosur debería fortalecer su sistema de solución de controversias con el fin de que sus ciudadanos e instituciones confíen más en el mismo y no deban resolver sus controversias en otros foros que puedan resultar costosos para los Estados. Además los particulares, no podrían acudir al sistema de solución y diferencias de la OMC, por lo que no habría un trato igualitario entre las partes.
9. Es importante hacer énfasis en la importancia del principio de no discriminación y trato nacional que rige en los procesos de integración con el fin de que al menos los productos originarios del bloque de integración no se vean afectados con las restricciones.