

La Organización Mundial del Comercio y la Comunidad Andina: la posición de los acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico andino

Genaro Baldeón Herrera¹

La Comunidad Andina (CAN), aun cuando ejerce competencias de naturaleza normativa, administrativa y jurisdiccional en ámbitos regulados por los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), no es Miembro de esta organización multilateral ni tampoco es Parte de los acuerdos negociados en la Ronda Uruguay. Desde un punto de vista formal, la CAN no ha asumido ninguna obligación frente a la OMC. Son sus Estados Miembros, individualmente considerados, quienes se encuentran formalmente vinculados y son internacionalmente responsables por el cumplimiento de las normas comerciales multilaterales.

No obstante, los sistemas jurídicos —comunitario y multilateral— de estas dos organizaciones internacionales evidentemente se interconectan, a tal punto que varios compromisos derivados de las normas de la OMC son implementados con la intervención de los órganos andinos, en virtud de la atribución de competencias efectuada a través del Acuerdo de Cartagena y del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. A su vez, la actuación comunitaria al margen de los parámetros establecidos en los acuerdos de la OMC, puede dar lugar a la responsabilidad internacional de los Estados Miembros de la CAN en el foro multilateral.

La relación entre las normas comunitarias y los acuerdos de la OMC puede ser analizada con un enfoque internacional, teniendo en cuenta los principios de Derecho internacional y de los Acuerdos de la OMC en particular, así como desde la perspectiva del Derecho comunitario, considerando la autonomía, primacía y eficacia

¹ Director General *a.i* y Asesor Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Las opiniones del autor son de su responsabilidad exclusiva y no reflejan la posición institucional de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

directa de este último ordenamiento. Este doble enfoque parte de la diferente naturaleza y sujetos de las relaciones en uno y otro nivel.²

1. La perspectiva internacional

En el *plano internacional* y desde la perspectiva de la OMC, al parecer, no existe mayor discusión.³ El Derecho internacional prevalece sobre el derecho interno, en la medida que los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Aún más, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, según el artículo 27 de la misma Convención.

Para la OMC, las medidas que se adoptan en el marco de un proceso de integración deben guardar conformidad con la normativa multilateral, lo que supone que, en principio, en caso de incompatibilidad entre una norma comunitaria andina y una de la OMC esta última se impone sobre la primera. A este respecto, debe recordarse lo señalado por el Grupo Especial en el asunto *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, en el sentido de que:

[...] no puede aceptarse que las disposiciones del artículo XXIV sobre acuerdos comerciales regionales eximan a los miembros constitutivos de una unión aduanera de la obligación de someterse a la primacía de las normas de la OMC. En ese contexto nos referimos también a la Declaración Ministerial de Singapur, donde los Miembros declararon: «Reafirmamos la primacía del sistema de comercio multilateral [...]».⁴

De manera que la adopción o aplicación de una norma comunitaria andina contraria a las obligaciones de la OMC puede derivar en la responsabilidad de los Estados Miembros de la Comunidad y en la obligación de adecuar la legislación subregional a los compromisos multilaterales, bajo la responsabilidad de otorgar una compensación

² En este sentido, se ha señalado que «El Derecho internacional opera simultáneamente en diversos niveles que, no obstante, se encuentran interconectados. El ámbito internacional representa el nivel más abstracto y general, bien sea bilateral o multilateral. Al mismo tiempo, el nivel interno no sólo participa de forma fundamental en los procesos de creación jurídica que ocurre en el nivel internacional, sino que también comparte un alto grado de responsabilidad en la aplicación del Derecho internacional, lo que se conoce en Derecho internacional como el fenómeno del desdoblamiento funcional... la pluralidad de ordenamientos constituye la forma más adecuada de afrontar el estudio que tenemos entre manos porque no estamos ante un solo sistema, sino ante una pluralidad de sistemas interconectados»: ESPÓSITO, C. *La Organización Mundial del Comercio y los Particulares*. Madrid: Dickinson, 1999, pp. 21 y 36.

³ COTTIER, T. y K. NADAKABUKAREN. «The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law». *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, vol. 1, 1998, p. 84.

⁴ Informe del Grupo Especial WT/DS34/R de 31 de mayo de 1999, párrafo 9.163.

temporal y ser sujetos de un retiro de concesiones por parte de otros Miembros de la OMC.

Solo bajo determinados supuestos las medidas adoptadas por la Comunidad Andina que resulten inconsistentes con las normas de la OMC podrían considerarse justificadas, tal como lo ha puesto de manifiesto el Órgano de Apelación de la OMC al interpretar el artículo XXIV del GATT,⁵ referido a las uniones aduaneras y a las zonas de libre comercio:

[...] dicho artículo puede justificar la adopción de una medida incompatible con determinadas otras disposiciones del GATT. Sin embargo, cuando se trata del establecimiento de una unión aduanera, esta «defensa» sólo es posible cuando se satisfacen dos condiciones. En primer lugar, la parte que la invoque debe demostrar que la medida impugnada se ha introducido con ocasión del establecimiento de una unión aduanera que cumple en su totalidad las prescripciones del apartado a) del párrafo 8 y el apartado a) del párrafo 5 del artículo XXIV. En segundo lugar, esa parte debe demostrar que si no se le permitiera introducir la medida impugnada se impediría el establecimiento de esa unión aduanera. Cabe por último señalar que para poder invocar como defensa el artículo XXIV es preciso que se cumplan ambas condiciones.⁶

De igual manera, el artículo V del GATS⁷ titulado «Integración económica» y relativo a los acuerdos regionales por los que se profundice la liberalización sectorial o general del comercio de servicios, bajo ciertas condiciones, puede ser utilizado como justificación para adoptar medidas incompatibles con el GATS, especialmente, del principio de trato de nación más favorecida consagrado en el artículo II.

Ahora bien, en el caso de la CAN es preciso considerar que los Estados Miembros del entonces «Grupo Andino» notificaron las actividades realizadas bajo el Acuerdo de Cartagena al Comité de Comercio y Desarrollo, al amparo del párrafo 4(a) de la «Decisión adoptada por las Partes Contratantes del GATT el 28 de noviembre de 1979 relativa al Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y mayor Participación de los Países en Desarrollo», conocida como la «Cláusula de Habilitación».⁸

⁵ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Trade and Tariffs).

⁶ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Turquía-Restricciones a la importación de textiles y de vestido* WT/DS34/AB/R, párrafo 58.

⁷ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (General Agreement on Trade in Services).

⁸ Ver: *Report Submitted by the Member States of the Andean Group: L/6737* de 12 de octubre de 1990, publicado en: «Notificaciones presentadas por la Comunidad Andina ante el Comité de Comercio y Desarrollo de la OMC al amparo de la cláusula de habilitación», Secretaría General de la Comunidad Andina, SG/dt 133 de 7 de septiembre de 2003.

En 1997, los países andinos también notificaron el Acuerdo de Cartagena al Comité de los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la OMC, «a fin de que disfrute de las excepciones previstas en el literal d) del Artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC» (ver Acta del Octogésimo sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y el Informe Final de la Reunión de

La notificación del Acuerdo de Cartagena, realizada en virtud de la *cláusula de habilitación*, permitiría a los Estados Miembros de la Comunidad Andina exceptuarse de la aplicación del principio de nación más favorecida consagrado en el artículo I del GATT, aunque no necesariamente los eximiría de cumplir con otras disposiciones contenidas en los acuerdos de la OMC.⁹

2. La perspectiva del Derecho comunitario andino

En el *plano interno* de la Comunidad Andina la posición y eficacia de las normas de la OMC presenta una mayor complejidad. La membresía simultánea de los Estados andinos a la CAN y a la OMC plantea una serie de interrogantes derivadas de la coexistencia de normas nacionales, comunitarias e internacionales que regulan, en forma paralela, disciplinas de política comercial.

Aunque el sistema multilateral de comercio del GATT/OMC siempre ha contemplado en forma expresa disposiciones sobre acuerdos de integración regional, las normas comunitarias andinas, por su parte, no resuelven con claridad los ámbitos de competencia que el Acuerdo de Cartagena reserva a los Estados Miembros y aquellos que son atribuidos a la CAN en materia de política comercial exterior. Las normas constitutivas de esta organización subregional de integración tampoco se refieren a los efectos de los tratados internacionales anteriores o posteriores celebrados por los Estados Miembros en aquellas materias reguladas por el ordenamiento jurídico andino.

A esto se suma que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha desestimado que los acuerdos de la OMC formen parte del ordenamiento comunitario, basado en la autonomía y supremacía del orden jurídico comunitario respecto de los tratados internacionales que celebren los Estados Miembros por su propia iniciativa, entre ellos los Acuerdos multilaterales resultantes de la Ronda Uruguay. En efecto, en el estado actual de la jurisprudencia andina está claro que:

[l]a circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas

Representantes Alternos previa al Octogésimo sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión: documento COM/LXXXVI-E/Informe Final de 7 de mayo de 1997).

Sin embargo, los países andinos no han realizado una notificación equivalente al Consejo del Comercio de Servicios a los efectos previstos en el artículo V del GATS.

⁹ Si bien, como se ha señalado, el Órgano de Apelación ha considerado que el artículo XXIV del GATT puede justificar la adopción de una medida incompatible con otras disposiciones del GATT, estas consideraciones no necesariamente resultan aplicables a la Cláusula de Habilitación debido a que esta, en forma expresa, establece que la excepción se aplica al artículo I del GATT.

comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella.¹⁰

De modo que para el Tribunal Andino:

[...] los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales.¹¹

En definitiva, según la jurisprudencia comunitaria andina, los acuerdos de la OMC son «normas que los Países Miembros han suscrito individualmente, por separado, pero que no han integrado como fuente vinculante del ordenamiento jurídico de la Comunidad».¹²

De esta manera, la jurisprudencia andina se ha apartado de la experiencia europea que, en su momento, optó por considerar que la Comunidad Europea, a pesar de que no era Parte Contratante del GATT, se había *sustituido* en las obligaciones internacionales contraídas por los Estados Miembros y, en consecuencia, se encontraba obligada por el GATT, el cual pasó a formar parte del ordenamiento comunitario europeo, aunque —es preciso tener presente— desprovisto de efecto directo, lo que en la práctica ha supuesto la inexistencia de un control jurisdiccional de los actos comunitarios en relación con las obligaciones asumidas por la Comunidad Europea en el marco del sistema multilateral de comercio. Esta membresía *de facto*¹³ de la Comunidad Europea al GATT de 1947 fue formalizada al haber pasado a ser Miembro originario de la OMC, circunstancia que, sin embargo, no significó un cambio sustancial de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre los efectos de las normas multilaterales en el ordenamiento comunitario.

El hecho de que la jurisprudencia andina haya optado por considerar que las normas de la OMC no forman parte del ordenamiento jurídico de la CAN y de que en la Unión Europea no se confiera efecto directo a tales normas, no implica que los acuerdos de la OMC sean irrelevantes para el ordenamiento comunitario. Tanto en la CAN como en la Unión Europea, aunque con distinta intensidad, los acuerdos de

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante STJCA) 07-AI-98 de 21 de julio de 1999: Secretaría General c. Ecuador: arancel externo común.

¹¹ STJCA 01-AI-2001 de 27 de junio de 2002: Secretaría General c. Venezuela: concesión de patente de segundo uso.

¹² STJCA 35-AN-2003 de 25 de agosto de 2004: Perú c. Secretaría General: derechos antidumping a importaciones de Estados Unidos.

¹³ CEBADA, A. *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*. Madrid: La Ley, 2002, p. 129.

la OMC generan determinados efectos en la producción normativa así como en la aplicación administrativa y jurisdiccional de las normas comunitarias.

En el caso europeo la incidencia de los acuerdos de la OMC resulta mucho más notoria debido a la existencia de una competencia exclusiva de la Comunidad Europea en materia de política comercial —al menos en el ámbito cubierto por el GATT¹⁴— así como también en virtud de la condición de Miembro que ostenta en la OMC, lo que da lugar a que se encuentre directamente y formalmente vinculada por tales acuerdos.

En la Comunidad Andina, si bien ninguno de estos dos factores se presenta, desde los orígenes del Acuerdo de Cartagena, los países andinos han sostenido coordinaciones en las negociaciones del GATT y de la OMC, de acuerdo con mecanismos establecidos por los órganos comunitarios; actuación que ha tenido como propósito no solamente mejorar su participación externa conjunta, sino adicionalmente mantener posiciones comunes en los ámbitos regulados por el ordenamiento comunitario y evitar posibles incompatibilidades con los acuerdos multilaterales.¹⁵ Así, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, desde al año 1973,

[...] convino actuar coordinadamente sobre la base del mecanismo acordado por los señores Ministros de Relaciones Exteriores en su Segunda Reunión y definir otras modalidades, en caso necesario, después de las reuniones del Comité Preparatorio del GATT y de la Reunión Ministerial prevista para celebrarse el mes de setiembre en la ciudad de Tokio.¹⁶

¹⁴ «De acuerdo con el dictamen 1/94 [del TJCE], todo el GATT se considera situado dentro de los límites del ámbito material del artículo...133. Desde el punto de vista de la distribución de competencias, el GATT en su integridad es pues, competencia exclusiva de la Comunidad. Por consiguiente todas las decisiones en el marco del GATT deberán ser adoptadas por la Comunidad. Y, desde el punto de vista del Derecho Comunitario, sólo la Comunidad debe ser considerada como Parte en este acuerdo». CEBADA, A. Ob. cit., p. 174.

¹⁵ En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa) se explicita que la Unión Europea dispondrá de *competencia exclusiva en la política comercial común*. Asimismo, se prevé que «La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.» (artículo 3 de la del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115/51 de 9.5.2008).

¹⁵ En este sentido, en el documento «Comentarios sobre las Negociaciones Comerciales Multilaterales» (COM/XXV/di5 de 23 de octubre de 1978, presentado en el Vigésimo quinto Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión), se señalaba como uno de los aspectos importantes de la participación conjunta de los países andinos en las negociaciones multilaterales «el efecto sobre el Grupo Andino como conjunto, especialmente en relación al Arancel Externo Común y al Programa de Armonización de Instrumentos de Comercio Exterior. Al establecerse normas internacionales en los distintos campos antes mencionados pueden surgir ciertas posibles incompatibilidades entre los compromisos andinos y los proyectos de códigos de conducta, puesto que estos últimos se refieren en gran medida a los mismos instrumentos sujetos a armonización en virtud del Acuerdo de Cartagena».

¹⁶ Acta del 11º Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, celebradas del 29 de mayo al 1º de junio de 1973. Este acuerdo de participación coordinada fue resaltado en la Cuarta Reunión

Estos acuerdos dieron lugar a que durante el lanzamiento de la Ronda de Tokio, el Presidente de la Delegación del Perú interviniera en nombre de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena¹⁷ y que, posteriormente, se conformara el Comité Especial del Grupo Andino para las Negociaciones comerciales multilaterales del GATT, que adoptó un conjunto de recomendaciones aprobadas por la Comisión, teniendo en cuenta que: «los países andinos manifestaron en el Comité de Negociaciones del GATT que actuarían en forma conjunta a través de un vocero que representará a los seis países en dichas negociaciones».¹⁸

Años más tarde y una vez iniciadas las negociaciones de la Ronda Uruguay, el Consejo Presidencial Andino, en 1991, acordó:

[...] instruir a los responsables de las negociaciones en Ginebra, para que establezcan cuanto antes los correspondientes mecanismos de coordinación, con el fin de concertar estrategias comunes de negociación, en relación a la parte normativa (antidumping, subsidios, Artículos del GATT) y los nuevos temas del comercio de servicios, propiedad intelectual e inversiones.¹⁹

Asimismo, la Comisión del Acuerdo de Cartagena en 1993 adoptó la Decisión 339 sobre Coordinación en las Negociaciones de la Ronda Uruguay, por la cual se dispuso que: «Los Países Miembros coordinarán sus posiciones en las negociaciones que se vienen efectuando en la Ronda Uruguay».²⁰

Paralelamente, el Grupo Andino había promovido la adhesión de los países de la Subregión al GATT —del cual el Perú ya era Parte Contratante incluso antes de la suscripción del Acuerdo de Cartagena en tanto que Colombia se había adherido en 1978 tras la autorización de la Comisión del Acuerdo de Cartagena para la consolidación de sus compromisos arancelarios—. Así, los representantes ante la Comisión del Acuerdo de Cartagena en 1990 expresaron:

de los Ministros de Relaciones Exteriores de los países andinos en la que se: «resaltó la trascendencia que reviste el hecho de que por primera vez en su historia los seis países del Acuerdo de Cartagena expresaran su posición en un foro internacional a través de un vocero común como ocurrió recientemente en el Comité Preparatorio de las negociaciones comerciales multilaterales que acaba de culminar sus labores en Ginebra» (Documento CE-NCM/II/di3 de 26 de septiembre de 1973: «Acuerdos de la Comisión y de la Reunión de Cancilleres sobre las Negociaciones Comerciales Multilaterales», presentado en la Primera Reunión del Comité Especial del Grupo Andino para las Negociaciones Comerciales Multilaterales).

¹⁷ Documento CE-NCM/II/di5 de 28 de septiembre de 1973.

¹⁸ Informe de la Comisión al XIII Período de Sesiones Ordinarias de la Conferencia de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo sobre el Funcionamiento del Acuerdo de Cartagena, documento COM/XIII/di de 26 de noviembre de 1973.

¹⁹ Acta de la Quinta Reunión del Consejo Presidencial Andino, celebrada en Caracas el 17 y 18 de mayo de 1991, publicada en <www.comunidadandina.org/documentos/actas/acta>.

²⁰ Decisión 339, Coordinación en las Negociaciones de la Ronda de Uruguay, artículos 1 y 2.

[...] su complacencia por la adhesión de Bolivia y Venezuela al GATT, lo cual contribuye a fortalecer las vinculaciones comerciales en el ámbito internacional» y formularon «sus mejores deseos para que el Ecuador ingrese al Acuerdo General perfeccionándose en esta forma la plena participación del Grupo Andino en este importante foro mundial.²¹

Posteriormente, la Comisión Andina formalmente apoyó y respaldó al Gobierno del Ecuador en sus gestiones para su adhesión al GATT, bajo la consideración de que: «la adhesión del GATT de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena constituye una materia de interés común que contribuye a mejorar la participación del Grupo Andino en la economía internacional».²²

Luego de la constitución y entrada en vigencia de la OMC, el Consejo Presidencial Andino —órgano político máximo de la Comunidad, cuyas directrices deben ser cumplidas por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración—²³ instruyó a la Comisión del Acuerdo de Cartagena a:

«tomar en cuenta los trascendentales acuerdos logrados en el marco de la finalización de la Ronda Uruguay, para conciliar la normativa andina, en los diferentes temas, con la normativa de la Organización Mundial de Comercio».²⁴

En cumplimiento de este mandato, la Comisión de la Comunidad Andina implementó varios de los compromisos multilaterales a través de normas comunitarias, en materias tales como: *valoración aduanera*, ámbito en el que el ordenamiento andino incorpora y desarrolla las obligaciones derivadas del Acuerdo del Valor del GATT de 1994;²⁵ *medidas de salvaguardia* en protección de una determinada rama de la

²¹ Acta del Quincuagésimo tercer Período de Sesiones Ordinarias, celebrado del 17 al 20 de octubre de 1990.

²² Decisión 338 sobre la adhesión del Ecuador al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Gaceta Oficial No. 139 del 24 de agosto de 1993). Este apoyo y respaldo fue posteriormente reiterado, mediante de Decisión 362 de 26 de mayo de 1994, publicada en la Gaceta Oficial No. 157 de 10 de junio de 1994.

²³ Cfr. artículos 9, 11, 12.c), 16.d) y 16c) del Acuerdo de Cartagena, en el texto codificado mediante la Decisión 563.

²⁴ Ver las Directrices Presidenciales del Acta de Quito, Séptima Reunión del Consejo Presidencial celebrada el 5 de septiembre de 1995, publicada en www.comunidadandina.org/documentos/actas/acta.

²⁵ Decisión 571 sobre Valor en Aduana de las Mercancías Importadas y Resolución 846 de la Secretaría General: Reglamento Comunitario de la Decisión 571. En su parte considerativa esta Decisión se refiere al carácter obligatorio que tiene el Acuerdo sobre Valoración de la OMC y en su primer artículo establece que «los Países Miembros de la Comunidad Andina se regirán por lo dispuesto en el texto del «Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994», en adelante llamado Acuerdo sobre Valoración de la OMC anexo a esta Decisión, por la presente Decisión y su Reglamento Comunitario que al efecto se adopte mediante Resolución de la Secretaría General»

producción subregional;²⁶ *medidas sanitarias y fitosanitarias*;²⁷ *obstáculos técnicos al comercio*;²⁸ o los aspectos de *propiedad intelectual* relacionados con el comercio en los ámbitos de la propiedad industrial²⁹, los derechos de autor y conexos³⁰, y la protección de los obtentores de variedades vegetales.³¹

A lo anterior cabe agregar que la jurisprudencia andina ha conferido determinados efectos indirectos de los acuerdos de la OMC e incluso los ha llegado a considerar fuente de Derecho comunitario.³² Estos efectos inciden tanto en la adopción de normas comunitarias de Derecho derivado (actividad legislativa) como en la aplicación e interpretación confiada a los órganos que deben aplicar e interpretar las normas comunitarias (actividad ejecutiva y jurisdiccional). Así, el Tribunal Andino, de una parte, ha considerado que «el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora».³³

En este contexto, el Tribunal Andino ha considerado a «los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros, como una de las fuentes del derecho comunitario

²⁶ Decisión 452, «Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 426, de 14 de abril de 1999.

²⁷ El Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria (actualmente regulado mediante la Decisión 515) establece el marco jurídico comunitario para la adopción de *medidas sanitarias y fitosanitarias* de aplicación al comercio subregional y con terceros países de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos.

²⁸ Decisión 562 «Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de los Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 939 del 30 de junio de 2003. Ver, igualmente, la Decisión 419 que modifica la Decisión 376 «Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 284 de 31 de julio de 1997.

²⁹ Decisión 486, «Régimen Común sobre Propiedad Industrial», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 600 de 19 de setiembre de 2000.

³⁰ Decisión 351, «Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 145 de 21 de diciembre de 1993.

³¹ Decisión 345, «Régimen Común de Protección a los derechos de los obtentores de Variedades Vegetales». Gaceta Oficial No. 142 de 29 de octubre de 1993.

³² En la STJCA 2-AI-96 de 20 de junio de 1997: Venezuela c. Ecuador: prohibición de importaciones de cigarrillos de marca Belmont, se señala que «En apoyo de esta interpretación vale la pena acudir a los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros, como una de las fuentes del derecho comunitario reconocidas por este Tribunal. (véase Proceso 1-IP-96, Gaceta Oficial N° 257 de 14 de abril de 1997). En la presente causa es importante acudir al Acuerdo TRIPS o ADPIC que provee elementos importantes para la interpretación de los sistemas más recientes de protección a la propiedad intelectual...».

³³ STJCA 1-IP-96 de 9 de diciembre de 1996: interpretación prejudicial solicitada por la Corte Constitucional de Colombia: caso Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial.

reconocidas por este Tribunal»³⁴ o como «valiosa fuente supletoria de derecho»³⁵ o «fuente indirecta del Derecho comunitario».³⁶

3. La interpretación de las normas de la CAN en forma consistente con las normas de la OMC

Antes de pasar a examinar la cuestión de la «ley aplicable» en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una de la OMC, es preciso destacar la importancia de la interpretación del derecho andino en el contexto de otras obligaciones internacionales asumidas por los Estados Miembros como una de las técnicas más efectivas para evitar aparentes conflictos entre ambos sistemas jurídicos.

Al constituir la Comunidad Andina una organización internacional, creada a través de un tratado de igual naturaleza, no cabe duda que sus competencias normativas, administrativas y jurisdiccionales deban ejercerse respetando el Derecho internacional. A este respecto, debe recordarse que la Política Exterior Común de la Comunidad Andina³⁷ consagra como el primero de los principios en los que se fundamenta: «El respeto a los principios y normas del derecho internacional consagrados en las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos».

Si bien, al parecer, no cabría mayor debate acerca de que los actos convencionales de la Comunidad Andina la obligan en sus relaciones internacionales, no puede decirse lo mismo de aquellos acuerdos internacionales en los que ella no es Parte Contratante, sino sus Estados Miembros individualmente considerados, como ocurre en el caso de de los Acuerdos de la OMC.

Ahora bien, si la Membresía de los países andinos a la OMC se ha concretado en el contexto de mecanismos comunitarios ejecutados en función de las directrices y concertaciones realizadas en el seno de órganos comunitarios, todo parece indicar que tales acuerdos deben ser respetados por la Comunidad Andina. En efecto, de acuerdo con Remiro Brotóns —aunque refiriéndose a la observancia de los acuerdos anteriores al ejercicio de una competencia comunitaria—,

[...] resultaría contradictorio mantener las competencias externas de los Estados mientras las de la Comunidad permanecen en estado potencial y, a continuación, pasar por

³⁴ STJCA 1-IP-96, citada.

³⁵ STJCA 1-AI-97 de 11 de diciembre de 1997: Junta del Acuerdo de Cartagena c. Venezuela: restricciones a la importación de ajo originario de la Subregión.

³⁶ STJCA 1-AN-97 de 26 de febrero de 1998: Venezuela c. Secretaría General: prohibición de importación de café tostado de Colombia y STJCA 46-AI-99 de 5 de julio de 2000: Secretaría General c. Venezuela: medidas aplicables al transporte internacional de mercancías por carretera en la frontera con Colombia.

³⁷ Decisión 458, Lineamientos de la Política Exterior Común, artículo 1.

alto las obligaciones resultantes del ejercicio de aquéllas una vez que la competencia comunitaria es ejercida; por esta senda se llegaría a la conclusión de que los acuerdos celebrados por los Estados miembros en dichas circunstancias son modestos compromisos en precario, unilateralmente violentables por un tercero, la Comunidad, que no es parte pero que integra a una de las partes.³⁸

Esta consideración general de respeto por parte de la CAN a los acuerdos internacionales de los Estados Miembros no implica, sin embargo, que tales compromisos de naturaleza internacional resulten en todo caso directamente aplicables en las controversias suscitadas ante los órganos comunitarios o ante las autoridades administrativas o judiciales nacionales.

No obstante, una de las consecuencias derivadas del respeto que debe existir por parte de la CAN al Derecho internacional en general y al derecho de la OMC en particular, es la generalmente aceptada *presunción de ausencia de conflicto*, según la cual cada nueva norma internacional es creada en el contexto del Derecho internacional preexistente y se presume que esta nueva norma, al igual que la legislación promulgada por el mismo legislador, se construye *a partir de* y desarrolla el derecho existente.³⁹ La presunción de ausencia de conflicto requiere, siempre que sea posible, interpretar las normas de la CAN —preexistentes o posteriores a la OMC— de manera armónica con los compromisos comerciales multilaterales.

De acuerdo con la doctrina de la *interpretación consistente*, cuando una norma nacional o regional permite diferentes interpretaciones, debe optarse por aquella interpretación que resulte coherente o conforme con las obligaciones internacionales.⁴⁰ En tales casos, la norma comunitaria andina bien puede ser interpretada a la luz y de conformidad con las obligaciones internacionales. Esta técnica no supone la aplicación directa de las normas de la OMC, pero sí permite desvanecer *aparentes* conflictos entre los sistemas jurídicos internacional y subregional.

El Tribunal Andino ha admitido la procedencia de preferir la «interpretación compatible» con los compromisos internacionales, pero también ha desestimado la posibilidad de sustituir o reemplazar la aplicación de la norma comunitaria por las normas de la OMC:

[...] el Tribunal reconoce... la utilidad hermenéutica de los conceptos y categorías de la norma internacional para esclarecer los términos ambiguos u oscuros de la comunitaria,

³⁸ REMIRO BRÓTONS, A. «Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas». En E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Macado, eds. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, 1986, vol. 3, p. 657; citado por Diez-Hochleitner, ob. cit., p. 160.

³⁹ PAUWLYN, J. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 240.

⁴⁰ COTTIER, T. y K. NADAKABUKAREN. Ob. cit., p. 88.

así como el interés en preferir, cuando fuere posible y necesario, la interpretación compatible de ésta con aquélla, particularmente si la norma internacional ha sido fuente de la comunitaria, pero juzga inadmisibles que ésta sea reemplazada por aquélla y aplicada en su lugar.⁴¹

4. Normativa aplicable en caso de conflicto y el efecto directo de las normas de la OMC

La *presunción de ausencia de conflicto* y la *interpretación consistente* de las normas comunitarias con las normas de la OMC únicamente operan cuando no existe un conflicto normativo explícito o genuino. Cuando se presentan obligaciones contradictorias que impidan a un Estado andino cumplir simultáneamente con los compromisos derivados de su doble pertenencia a la CAN y a la OMC, lo primero que corresponde determinar a la autoridad comunitaria o nacional competente es la «normativa aplicable» al caso concreto materia de la controversia.

Como se conoce, desde la perspectiva del Derecho comunitario andino, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, por regla general, son directamente aplicables en el territorio de los Estados Miembros.⁴² Según lo ha sintetizado el Tribunal Andino:

1. 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 particulares.
2. El Derecho comunitario pasa a formar parte como tal del ordenamiento jurídico aplicable en los Estados Miembros, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional, conservando sus características esenciales de preeminencia, aplicabilidad directa y efecto directo.
3. Las Decisiones de la Comunidad Andina son directamente aplicables y con efecto directo a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a menos que las mismas señalen una fecha posterior, y, sólo cuando su texto así lo disponga, requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.
4. El efecto que tiene el principio, intrínseco al Derecho comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos

⁴¹ STJCA 35-AN-2003 de 28 de septiembre de 2004: Acción de Nulidad ejercida por la República del Perú contra las Resoluciones 596, 628 y 672 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

⁴² Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado mediante Decisión 472.

judiciales o administrativos el derecho comunitario vigente en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior, contrarias a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que surge automáticamente de éstas, sin requerimiento o declaración adicional, de ninguna especie.

5. Así mismo, el Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino no requiere de norma interna alguna para entrar en vigencia en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad, por lo que resulta innecesario, impertinente y contraproducente cualquier actuación de Derecho interno de índole legislativa, ejecutiva ... o judicial, que se interponga entre la norma comunitaria y la norma nacional.⁴³

Por su parte, la posible aplicación de las normas de la OMC es una cuestión ampliamente debatida. En el asunto *Estados Unidos – Artículo 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior*,⁴⁴ el Grupo Especial consideró:

Ni las normas del GATT ni las normas de la OMC han sido interpretadas hasta la fecha por las instituciones del GATT y de la OMC como un ordenamiento jurídico que surta efectos directos.⁴⁵ Con arreglo a este enfoque, el GATT y la OMC *no* han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales.

[...]

Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico del GATT/OMC puede resultar conveniente hablar, no del principio del efecto directo, sino del principio del efecto indirecto.

La aplicación directa de un tratado internacional supone que sus normas son susceptibles de ser aplicadas en forma similar a las contenidas en una ley interna, sin necesidad de un instrumento de incorporación, implementación o transposición. En consecuencia, los particulares podrían invocar dichas normas internacionales ante

⁴³ STJCA de 16 de junio de 1999, emitida en el proceso 30-IP-98.

⁴⁴ WT/DS152/R Informe del Grupo Especial de 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.72

⁴⁵ «Hacemos esta afirmación como constatación de un hecho, sin emitir juicio alguno al respecto. Señalamos que la cuestión de si hay circunstancias en que las obligaciones impuestas a los Miembros por cualquiera de los Acuerdos de la OMC confieran a los particulares unos derechos que hayan de ser protegidos por los tribunales nacionales continúa siendo una cuestión controvertida, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones consiguientes a la conclusión de los procedimientos del ESD en una diferencia concreta (véase EECKHOUT, P. «The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems». *Common Market Law Review*, 1997, p. 11; BERKEY, J. «The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question worth Revisiting». *European Journal of International Law*, 1998, p. 626). «El hecho de que las instituciones de la OMC no hayan interpretado hasta la fecha ninguna obligación en el sentido de que surte efectos directos no impide necesariamente que en el ordenamiento jurídico de cualquier Miembro dado, siguiendo sus principios constitucionales internos, se estime que algunas obligaciones confieren derechos a los particulares. Nuestra constatación de hecho no prejuzga ninguna decisión de los tribunales nacionales sobre esta cuestión.» (cita del informe del Grupo Especial).

las autoridades administrativas y judiciales del país y derivar derechos a su favor que podrían ser exigidos frente a otros particulares y frente al Estado.

Una de las consecuencias de la aplicación directa de un tratado internacional es que los particulares podrían demandar la inaplicabilidad o incluso invalidez y consecuente de una norma nacional que sea contraria a lo dispuesto por el tratado. De otra parte, el incumplimiento de un tratado internacional directamente aplicable puede originar responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares, quienes en consecuencia podrían exigir ante los tribunales nacionales el restablecimiento de sus derechos y el pago de indemnizaciones por la violación del tratado internacional. En estos casos, el tratado internacional prevalece sobre las leyes y demás normas internas.

Desde la perspectiva del Derecho internacional, a menos que el tratado prescriba su aplicabilidad directa, los Estados son libres para elegir sus modalidades de aplicación. Así, las partes bien pueden señalar que el tratado no confiere a los particulares un derecho de acción contra el Estado ante sus propios tribunales nacionales o, por el contrario, el tratado puede establecer en forma expresa la aplicación directa, como ocurre en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En el caso de los Acuerdos de la OMC varios elementos han sido esgrimidos para considerar que, por su naturaleza, no tienen aplicación directa. Entre los factores que el Tribunal Europeo de Justicia ha tenido en cuenta para considerar la inaplicabilidad directa de las obligaciones multilaterales del comercio se encuentran:

La flexibilidad del acuerdo. Al respecto, ha sostenido que el GATT se caracteriza por la gran flexibilidad de sus disposiciones, particularmente las relativas a las posibilidades de derogación, a las medidas que pueden adoptarse en presencia de dificultades excepcionales (régimen de salvaguardias) y al arreglo de controversias. Específicamente, por lo que se refiere al sistema de solución de controversias de la OMC, el Tribunal Europeo ha considerado que:

[...] imponer a los órganos jurisdiccionales la obligación de abstenerse de aplicar las normas jurídicas internas que sean incompatibles con los Acuerdos OMC tendría como consecuencia privar a los órganos legislativos o ejecutivos de las Partes contratantes de la posibilidad de alcanzar, siquiera fuera con carácter temporal, soluciones negociadas, posibilidad que les confiere el artículo 22 del referido Entendimiento.

De lo anterior se deduce que los Acuerdos OMC, interpretados a la luz de su objeto y de su finalidad, no determinan los procedimientos jurídicos adecuados para garantizar su ejecución de buena fe en los ordenamientos jurídicos internos de las referidas Partes contratantes.

La reciprocidad de las obligaciones multilaterales. La jurisprudencia europea también ha señalado que los Acuerdos de la OMC se basan en la «reciprocidad y mutuas

ventajas», por lo que si la Unión Europea otorgara eficacia directa a los acuerdos de la OMC podría romperse el equilibrio de las negociaciones. En este contexto, ha expuesto que:

[...] consta que algunas de las Partes contratantes, que desde el punto de vista comercial se incluyen entre los socios más importantes de la Comunidad, llegaron a la conclusión, a la luz del objeto y de la finalidad de los Acuerdos OMC, de que tales Acuerdos no se incluyen entre las normas con respecto a las cuales los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de sus normas jurídicas internas.

[...] la falta de reciprocidad a este respecto, por parte de terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad, en relación con los Acuerdos OMC, que se basan en el principio de «reciprocidad y mutuas ventajas» y que se distinguen, por ello, de los Acuerdos celebrados por la Comunidad mencionados en el apartado 42 de la presente sentencia, entraña el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC.

En efecto, admitir que incumbe directamente al Juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del Derecho comunitario con las mencionadas normas equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de manobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad.

Sobre la base de estas consideraciones el ha concluido que: «habida cuenta de su naturaleza y de su sistema, los Acuerdos OMC no se incluyen, en principio, entre las normas con respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las Instituciones comunitarias».⁴⁶

Estas consideraciones jurisprudenciales resultan congruentes con la declaración expresa del Consejo expresada al momento de haber aprobado en nombre de la Comunidad los acuerdos resultantes de las negociaciones de la Ronda Uruguay relativa a que: «[...] por su propia naturaleza, el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus anexos, no puede ser invocado directamente ante los tribunales comunitarios y de los Estados miembros».⁴⁷

En el caso andino, como ya se ha expuesto, la jurisprudencia subregional ha sido enfática en declarar que los Acuerdos de la OMC *no surten no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella*,⁴⁸ aunque los fundamentos en los que ha basado

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C.149/96 Portugal c. Consejo de 23 de septiembre de 1999.

⁴⁷ Decisión del 94/800 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 23 de diciembre de 1994).

⁴⁸ STJCA 01-AI-2001 de 27 de junio de 2002: Secretaría General c. Venezuela: concesión de patente de segundo uso.

esta conclusión residen especialmente en la autonomía y supremacía del ordenamiento jurídico andino respecto de los acuerdos internacionales individualmente celebrados por los Países Miembros.

5. Reflexión final

Las consideraciones expuestas ponen en evidencia que, al desarrollar las políticas y al aplicar e interpretar las normas de la Comunidad Andina, los órganos comunitarios no pueden ser —como de hecho no lo han sido— indiferentes ante las obligaciones que los Estados Miembros han asumido en el marco de la OMC. Los principios de Derecho internacional y comunitario, la implementación de normas de la OMC a través de normas comunitarias así como la práctica de los órganos comunitarios al autorizar o respaldar la adhesión de los países andinos al sistema multilateral y también al impulsar una coordinación institucionalizada en las negociaciones comerciales internacionales, nos conducen a sostener que los Acuerdos de la OMC surten determinados efectos que inciden no solo en las competencias legislativas de los órganos comunitarios, sino también en la aplicación y, sobre todo, interpretación del ordenamiento jurídico andino.