

Libre comercio de bienes en la Comunidad Andina - Eliminación de gravámenes y restricciones

Pierino Stucchi López Raygada

Abogado

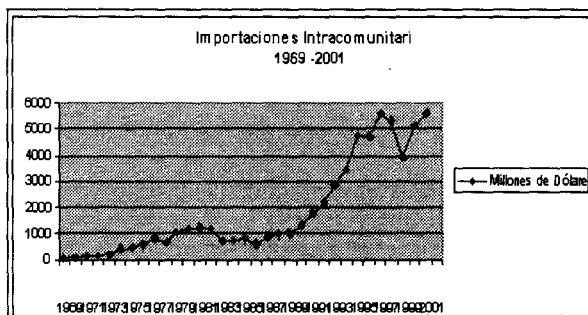
Secretaría General de la Comunidad Andina

Area Jurídica*

La Comunidad Andina está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, países que en conjunto cuentan con más de 115 millones de habitantes y un producto bruto interno que, en el año 2001, ascendió a 283 000 millones de dólares.¹ Esta Organización Internacional conduce y administra el proceso de integración camino a la constitución de un Mercado Común que implicaría el establecimiento de una plena y libre circulación de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, al interior del territorio de los países andinos.

La profunda integración, planteada para la Comunidad Andina, se presenta como una estrategia de desarrollo cuyo objetivo es consolidar las fortalezas de sus miembros en un mercado ampliado atractivo para las inversiones y menos vulnerable a los vaivenes económicos internacionales.² La construcción de un bloque subregional permitiría el mejoramiento notable de las posiciones negociadoras de los Países Miembros que individualmente se ven debilitadas frente a los retos de la globalización.

Con respecto a las cifras de comercio subregional, luego de un notable crecimiento en la década de los noventa, durante el año 2001, se registraron importaciones intracomunitarias por un valor de 5 680 millones de dólares, lo que significó una recuperación y mantenimiento de flujo comercial, luego de un sensible descenso en 1999. La fluctuación que apreciamos en el cuadro siguiente no significa un estancamiento del intercambio si estas cifras son apreciadas en el escenario de la crisis financiera internacional que caracterizó este periodo, por el contrario, es un indicador de la fortaleza de las relaciones comerciales andinas.



* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asesor Jurídico de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI. Miembro del Grupo de Trabajo sobre Políticas de Competencia de la Comisión ALCA/Perú. Durante el periodo 2001 - 2002, miembro del equipo que desarrolló las posiciones conjuntas de la Comunidad Andina para negociaciones comerciales internacionales: ALCA, MERCOSUR y Unión Europea. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible de manera personal y agradece la especial colaboración prestada en este trabajo por la Dra. Verónica Moreyra Ossa, la Srta. Carla Rojas Hinostraza y el Sr. Ernesto Ladrón de Guevara Horna.

1 Secretaría General de la Comunidad Andina, Balance de Una Gestión - Agosto 1997 -2002. Lima, 2002. p 6. (<http://www.comunidadandina.org>)

2 El Acuerdo de Cartagena en su artículo 1 señala: "Óson objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. (Ó)"



Evolución del Comercio en la Comunidad Andina entre los años 1969 y 2001. Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina.

En este contexto de crecimiento, resulta oportuno analizar el régimen de libre comercio de bienes que existe en la Comunidad Andina pues la consolidación de la Zona de Libre Comercio es el sustento sobre el cual se perfeccionaría la Unión Aduanera y se construiría el Mercado Común.

1. Comercio de Bienes en la Comunidad Andina

El Programa de Liberación, contenido en el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, es un instrumento jurídico cuya finalidad es establecer una Zona de Libre Comercio, generando en los Países Miembros de la Comunidad Andina, la obligación de eliminar todos los obstáculos que interfieran la libre circulación de bienes originarios de la subregión, es decir, eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden.

Luego de la firma del Acuerdo de Cartagena, Tratado Internacional que contiene los compromisos para establecer la Zona de Libre Comercio, nació de manera inmediata la obligación de no imponer restricciones o nuevos gravámenes al comercio y se establecieron plazos graduales para desarrollar la desgravación arancelaria que conduciría al universo de libre intercambio.

La desgravación arancelaria culminó en 1993, salvo para el caso de Perú que, a través de la Decisión 414 de la Comunidad Andina y luego de numerosas negociaciones desde los primeros años de la década de los noventa, logró una prórroga,

señalando que se encontraba en incapacidad de honrar sus compromisos de liberalización del mercado nacional porque aún mantenía una significativa falta de competitividad en sus sectores más sensibles. Como consecuencia, se ha retrasado, hasta el momento, la plena incorporación de Perú a la Zona de Libre Comercio.

En la actualidad, el programa especial para Perú ha permitido la liberación del 96,8% del universo arancelario. Este programa culminaría en el 2005, pudiendo ser acelerado con miras a la conformación del Mercado Común Andino.³

Actualmente, la Comunidad Andina es una Unión Aduanera parcial pues existe un Arancel Externo Común que se encuentra vigente para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela desde febrero de 1995. Por las mismas razones señaladas anteriormente, Perú no lo aplica, sin embargo en la reunión del Consejo Presidencial Andino realizada en Santa Cruz, en enero del año 2002, teniendo en cuenta el objetivo señalado de establecer el Mercado Común, se determinó como objetivo que todos los Países Miembros apliquen, a más tardar, el 31 de diciembre de 2003, un Arancel Externo Común.⁴

La consolidación de la Zona de Libre Comercio, según el estado actual del proceso de integración, es la condición necesaria y la base sobre la que se perfeccionaría la Unión Aduanera. Actualmente, luego de la emisión de la Decisión 535 de la Comunidad Andina, se prevé que la estructura arancelaria a partir del año 2004 será uniforme para los cinco países⁵, faltando solamente definir, entre Perú y los demás Países Miembros, un mismo nivel para un 38% de partidas arancelarias, lo que

3 En la undécima Reunión del Consejo Presidencial Andino, el 26 y 27 de mayo de 1999 en Cartagena de Indias-Colombia, los presidentes andinos establecieron el siguiente mandato: "Nos fijamos como propósito el establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión." Este mandato fue confirmado y complementado por la Declaración Presidencial de Santa Cruz de la Sierra - Bolivia del 30 de enero de 2002.

4 La estructura del arancel externo común sería de cuatro niveles: 0, 5, 10 y 20. Bolivia no aplicará el nivel de 20 teniendo en cuenta su especial situación de aislamiento mediterráneo y los costos adicionales de importación que ello genera.

5 **Decisión 535 de la Comunidad Andina**

Artículo 1.- Aprobar el Arancel Externo Común de la Comunidad Andina, que figura en el Anexo I de la presente Decisión. Bolivia podrá aplicar una tarifa del 10 por ciento ad valorem a las subpartidas que conforme a esta Decisión se ubiquen en el nivel de 20 por ciento.

Los Países Miembros podrán diferir hasta el 0 por ciento los aranceles para materias primas e insumos no producidos en la Subregión, según la nómina que mantiene la Secretaría General de la Comunidad Andina.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 6.- La estructura arancelaria definida en los artículos 1 y 2 de la presente Decisión, así como el mecanismo de medidas correctivas previsto en el artículo 3, entraron en vigencia a partir del día primero de enero de 2004. (...)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS. (..)

Segunda.- Sin perjuicio de lo previsto en la presente Decisión, los Países Miembros continuarán negociando con miras a definir, antes del 15 de diciembre de 2002, un arancel externo común para los productos que no están incluidos en la lista del Anexo I."

generaría una frontera comercial única que se proyectaría hacia el exterior.⁶

Adicionalmente, se establecería un nuevo sistema de defensa comercial común, se cohesionaría la política comercial exterior de los Países Miembros y nos encontraríamos con la supresión absoluta del control arancelario al interior de la Comunidad Andina, asegurándose una libre circulación de bienes, originarios y no originarios en el mercado ampliado subregional. Las aduanas de frontera entre los Países Miembros mantendrían fundamentalmente una función de control sanitario y salvaguarda del orden público.

2. El Programa de Liberación de la Comunidad Andina

Como señaláramos, para lograr la libre circulación de bienes originarios fue necesario implementar un plazo para la desgravación del universo arancelario y disciplinas para evitar que el libre comercio se vea menoscabado por conductas que generen obstáculos a la importación. El Acuerdo de Cartagena señala sobre la finalidad del Programa de Liberación:

“Artículo 71.- El Programa de Liberación 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.”

Desde la entrada en vigor de este Tratado, se constituye una obligación específica para los Países Miembros, quienes deben eliminar: a) los gravámenes y b) las restricciones, que incidan en las importaciones de productos originarios de la subregión andina.⁷ Sobre esta obligación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha

señalado:

“La ejecución del Programa de Liberación, en términos generales, llevaría consigo dos tipos de compromisos para los Países de la Comunidad: dejar de aplicar y derogar todas las normas que establezcan gravámenes o restricciones de todo orden y abstenerse de imponer nuevos gravámenes o restricciones a las importaciones provenientes de la Subregión, salvo las disposiciones de excepción previstas en el propio Acuerdo.”⁸

En ningún caso, los Países Miembros pueden ampararse en disposiciones o prácticas derivadas de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el Acuerdo de Cartagena. En el Derecho Comunitario Andino, no es jurídicamente admisible una alegación de causa propia frente a un incumplimiento.

«En ningún caso, los Países Miembros pueden ampararse en o prácticas derivadas de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones...»

Frente a la imposición de un gravamen o a una restricción, no es relevante la manera en que el País Miembro imponga la medida, el medio que utilice o la finalidad a que ésta responda. Lo fundamental es analizar objetivamente si se produce el efecto económico de dificultar, limitar, prohibir, restringir o hacer más onerosas las importaciones originarias de la Comunidad Andina. De otro lado, es importante precisar que la determinación del carácter discriminatorio de la medida es irrelevante, siendo, en cualquier caso, una circunstancia agravante.⁹

Tampoco es relevante la calidad o naturaleza del sujeto activo que impone la medida, pues sea una entidad pública o privada, en tanto se pueda establecer una vinculación o una influencia decisiva de un Acto de Gobierno o de una Autoridad de Estado, constituirá un gravamen o una restricción.

6 Además de aplicar un Arancel Externo Común uniforme, el establecimiento de una Unión Aduanera implica, para los Países Miembros, desarrollar negociaciones internacionales de manera conjunta y mantener una regulación comercial homogénea sobre dumping, subvenciones y salvaguardias, entre otras.

7 El Tratado que estableció las Comunidades Europeas estableció la misma obligación para los Países Miembros. El Tribunal de Justicia Europeo se pronunció al respecto en el asunto 159/78 (Comisión - Italia): “Con la eliminación de los gravámenes y las restricciones de todo orden, se pretende que los intercambios de mercancías parecidas posible a las que existan en un mercado interior”

8 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 19-AI-99 (Secretaría General de la Comunidad Andina - República de Ecuador)

9 No es jurídicamente admisible señalar que un gravamen o restricción se aplica a todas las importaciones y que por no ser discriminatoria, la medida es lícita. Es importante recordar que los bienes originarios de la Comunidad Andina tienen un trato preferente por sobre los de los terceros países en virtud del Programa de Liberación.



Actualmente, el Programa de Liberación se aplica a los productos originarios, por ello son de especial importancia las normas comunitarias que establecen los requisitos y condiciones para que un bien sea considerado como originario de la Comunidad Andina. Sin embargo, como dijimos antes, una vez que se perfeccione la Unión Aduanera Andina, la prohibición de establecer gravámenes o restricciones se establecerá en favor de todos los bienes procedentes de la subregión, con independencia de su origen.¹⁰

En palabras del Tribunal de Justicia, la trascendencia del Programa de Liberación se revela desde horizontes más profundos de integración:

«Este programa es, sin duda, uno de los principales mecanismos previstos por el Acuerdo de Cartagena para lograr los objetivos propios del proceso integracionista y, en especial, para obtener la formación gradual de un mercado común.»¹¹

Ha recalcado el Tribunal la importancia de mantener reglas de juego compatibles con el esquema de libre competencia en el mercado ampliado:

“Es esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminado los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región.”¹²

Logrando la ampliación del mercado y aumentando el nivel de competitividad en la

subregión se aumentaría el excedente y bienestar del consumidor, pudiendo éste obtener mejores productos tanto en calidad, como en precio. Incluso, los beneficios alcanzarían a los oferentes de bienes, pues las empresas encontrarían un mercado con una mayor cantidad de demandantes.

Como analizaremos más adelante, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una interpretación amplia de los términos “gravamen” y “restricción” en protección de la voluntad expresada por los Países Miembros en el Acuerdo de Cartagena. De este modo, la jurisprudencia comunitaria garantiza una vigencia irrestricta del Programa de Liberación, evitando incluso la imposición de medidas indirectas que perjudiquen la libre circulación de bienes.

2.1. Eliminación de Gravámenes

El Acuerdo de Cartagena, en su artículo 72, señala que se entenderá por «gravámenes» los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. Un gravamen, para el ordenamiento jurídico andino, tiene un contenido económico expresado en una carga dineraria explícita.¹³

Se encuentran exceptuados del concepto de gravamen las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados. Ha precisado el Tribunal:

“Debe considerarse que en materia de imposición de gravámenes, el Programa de Liberación únicamente admite que los Países Miembros directamente, o a través de entidades públicas o privadas, exijan el pago de una tasa por concepto de una retribución proporcional al costo de los servicios prestados al importador, como lo son las operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes,

10 La circulación de bienes al interior de una Unión Aduanera se sucede tal como ocurre en un Estado, donde los bienes circulan libremente entre los departamentos y/o provincias con independencia de si son originarios del propio Estado o fueron importados. En una Unión Aduanera ocurre lo mismo, en su interior, con independencia de si son originarios o no, los bienes circulan libremente entre los Países Miembros sin ser objeto de restricciones o gravámenes, tal como lo hacen en un mercado nacional.

11 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 1-IP-90 (Interpretación prejudicial de los Artículos 45 y 54 del Acuerdo de Cartagena)

12 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 3-AI-96 (Junta del Acuerdo de Cartagena - República de Venezuela)

13 “Artículo 72.- Se entenderá por “gravámenes” los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedaran comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.(...)”

transporte y demás operaciones usuales dentro del comercio internacional de bienes. (...)

Podría decirse que el concepto de gravamen es de carácter residual, en el sentido de que todos los recargos que encarezcan las importaciones y no configurables dentro del concepto de «tasas», han de ser consideradas como gravámenes»¹⁴

En resumen, corresponde a cada País Miembro la obligación de no imponer el cobro de aranceles o establecer cualquier tipo de cobros de efectos equivalentes sobre las importaciones de los productos originarios de otro País Miembro, sean de cualquier naturaleza.

2.2. Eliminación de Restricciones

Una restricción es definida como: a) cualquier norma positiva, sea de la jerarquía que sea, o consuetudinaria; b) cualquier conducta por acción u omisión; o c) cualquier hecho, sean instrucciones, demoras, suspensiones, exigencias u otras; que siendo actuales o potenciales, tengan por efecto dificultar, limitar, prohibir o restringir de alguna manera las importaciones de bienes o hacerlas más onerosas. De manera sencilla, se puede señalar que es restricción todo aquello que no produciéndose en forma de cobro dinerario explícito, genera el efecto restrictivo al comercio, antes señalado.

Sobre el concepto de restricción, ha expresado el Tribunal de Justicia:

“Para catalogar una medida como restricción al comercio debe provenir de un órgano en ejercicio de funciones públicas, sean gubernativas, legislativas, administrativas, de control o judiciales. Este tipo de medidas puede revestir la forma de una norma jurídica de efectos generales -aunque pudieren afectar, particularmente a un solo sector- de una decisión o resolución con eficacia inter partes o erga omnes, de operaciones materiales o físicas, de omisiones o, en fin, cualquier actitud positiva o negativa, incluidas las prácticas administrativas al

margen de la ley o incluso derivadas de ésta. Por otra parte, debe ser susceptible de «impedir o dificultar» las importaciones, sin que interese que esa haya sido la intención o el propósito de la medida.»¹⁵

Al igual que sobre gravámenes, la jurisprudencia comunitaria maneja una definición amplia del término “restricciones de todo orden” contenido en el Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.¹⁶ Por ello, se consideran restricciones no solamente a las medidas cuantitativas, sino también las cualitativas, en tanto sean atribuibles a la autoridad pública de un país miembro.

Particularmente, el Tribunal de Justicia ha señalado sobre medidas restrictivas referidas a precios mínimos o máximos:

“Las medidas administrativas (de carácter restrictivo) pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta limitaciones directas a las importaciones”.¹⁷ (Paréntesis añadido)

Finalmente, sobre formalidades y requerimiento de información frente a la importación de bienes originarios de la subregión, el Tribunal ha precisado:

“La toma de datos estadísticos en las fronteras internas o la recaudación de impuestos estatales no son razones suficientes para justificar los controles sistemáticos y las formalidades excesivas que imponga un País Miembro a las importaciones. (...)

Los Países Miembros se encuentran obligados a simplificar sus procedimientos y formalidades aplicables a las importaciones provenientes de la Subregión, minimizando los efectos restrictivos que los controles y las formalidades - los justificados por el Derecho Andino, se entienda - pudieren provocar en el comercio.”¹⁸

14 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 19-AI-99 (Secretaría General de la Comunidad Andina - República de Ecuador)

15 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 2-AN-98 (Interpuesta por la República de Colombia contra las Resoluciones 019 y 047 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad Andina)

16 “Artículo 72.- ...Se entenderá por “restricciones de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones por decisión unilateral. (...)”

17 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 3-AI-96 (Junta del Acuerdo de Cartagena - República de Venezuela)

18 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 2-AN-98 (Interpuesta por la República de Colombia contra las Resoluciones 019 y 047 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad Andina)



3. Excepciones al Programa de Liberación

Frente a la obligación general de eliminar los gravámenes y las restricciones, solamente pueden oponerse las excepciones expresamente contempladas por el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, la procedencia de una excepción no exime a la medida de su naturaleza, solamente la justifica como resultado del cotejo de intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento comunitario andino, en virtud del cual puede mantenerse.

Las excepciones, teniendo en cuenta el espíritu liberalizador del comercio que contiene el Acuerdo de Cartagena, se interpretan de manera restringida, no pudiendo ser extendidas a casos similares por analogía. Sobre su naturaleza, el Tribunal de Justicia dispone recordar:

“No debe olvidarse finalmente que las normas que limitan la libertad, deben ser interpretadas restrictivamente, como excepción que son a la regla general, según un principio de interpretación universalmente aceptado (...) Tales limitaciones, que obviamente requieren la consagración expresa, han de ser interpretadas restrictivamente.”¹⁹

3.1. Excepciones No Económicas

Son aquellas cuyo sustento lógico no está construido sobre razones de eficiencia económica, sino sobre la base de consideraciones distintas. Su naturaleza y fundamento se deben analizar caso por caso.

3.1.1. Sobre Restricciones

Estas excepciones están dirigidas a permitir el establecimiento de restricciones en protección de valores considerados fundamentales para asegurar el bienestar de la subregión, por ello prevalecen sobre el libre comercio de bienes. El Acuerdo de Cartagena señala:

“Artículo 72.-

Se entenderá por restricciones de todo orden cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por

decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.”

Fundamentalmente, estas excepciones se construyen para preservar la salud humana, animal y vegetal, la seguridad y el orden público, entre otros asuntos de interés nacional. Sin embargo, para que éstas se encuentren legitimadas no basta con la simple alegación de la causal, de ser el caso, la carga de la prueba de admisibilidad y procedencia corresponderá al País Miembro que impone la medida.

La proporcionalidad se define como el equilibrio entre el efecto de la medida y la situación que busca

remediar. Como resulta lógico, una medida desproporcionada o excesiva que busque cumplir una finalidad permitida por las excepciones, aunque se encuentre *prima facie* arreglada a derecho, no es amparada. Sobre el particular ha dicho el Tribunal de Justicia:

“(...) es necesario que el acto interno del País Miembro está inspirado en el principio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella vaya dirigida, el cual deberá aparecer como causa directa e inmediata

«La proporcionalidad se define como el equilibrio entre el efecto de la medida y la situación que busca remediar ...»

*para la solución de los problemas (...). Sólo así se garantiza que no haya lugar a duda de que la medida interna pueda amenazar subrepticamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías*²⁰

Además, para que una excepción logre la licitud, debe ser necesaria, es decir que no deben existir medidas igualmente eficaces pero de efectos menos restrictivos al comercio. La medida elegida debe ser de entre todas las medidas posibles, aquella que represente un menor efecto restrictivo al libre comercio de bienes. El Tribunal ha expresado sobre la necesidad:

*"Si una norma sanitaria puede ser sustituible por otro medio que, a la vez de garantizar la comercialización del producto minimice el efecto sobre la libertad comercial, dejaría de ser indispensable para el comercio y su efecto no estaría amparado"*²¹

Siendo que estas excepciones son de naturaleza no económica, su procedencia está sujeta a la demostración de esta característica, no debiendo encontrarse en una medida que se intente amparar, finalidades o efectos proteccionistas en favor de la producción nacional, sean éstos directos o indirectos.

3.1.2. Sobre Gravámenes

Como habíamos señalado líneas arriba, la única excepción no económica general es la imposición de tasas que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados. La jurisprudencia ha señalado que el País Miembro debe demostrar dicha correspondencia, así como la efectiva prestación del servicio. Las tasas son excepciones admisibles en tanto correspondan a operaciones usuales de comercio internacional.

Adicionalmente, como excepción no económica específica se encuentra la exclusión especial para Perú del Programa de Liberación, en virtud de la Decisión 414 de la Comunidad Andina.²² Esta excepción es temporal y lo habilita a aplicar ciertos gravámenes arancelarios a sus socios andinos, sin embargo, debe ser cotejada con las desgravaciones más favorables que se hubiesen pactado en los convenios bilaterales vigentes entre Perú y los demás socios andinos hasta antes de la mencionada Decisión, en aquello que fueren más favorables, y sin perjuicio de los convenios de aceleración suscritos en su marco, como la desgravación pactada con Ecuador en el marco de los Convenios de Paz.

A estas desgravaciones más favorables y convenios se aplica la Cláusula de la Nación más Favorecida contenida en el artículo 155 del Acuerdo de Cartagena, en virtud de la cual se extiende cualquier beneficio más favorable otorgado a un País Miembro o a un tercer país, a todos los demás Países Miembros.²³

3.2. Excepciones de Carácter Económico

Son aquellas cuyo sustento lógico está construido sobre razones de eficiencia económica, según lo consideraron los Países Miembros al momento de la suscripción del acuerdo de Cartagena, aunque ello pueda ser discutible a la luz de los actuales objetivos de integración.

Entre éstas se encuentran las denominadas "cláusulas de escape" o medidas de salvaguardia que habilitan a un País Miembro para que, por razones de desequilibrio de su balanza de pagos global o perturbaciones en su producción nacional, entre otras, por un tiempo determinado, pueda imponer gravámenes o limitaciones a la cantidad de bienes mediante contingentes u otro tipo de restricciones a la importación.

19 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 1-IP-90 (Interpretación prejudicial de los Artículos 45 y 54 del Acuerdo de Cartagena)

20 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 3-AI-96 (Junta del Acuerdo de Cartagena - República de Venezuela).

21 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 1-AI-97 (Junta del Acuerdo de Cartagena - República de Venezuela)

22 Esta exclusión especial se encuentra avalada por la Primera Disposición Transitoria del Protocolo de Sucre que se encuentra vigente y debería quedar sin efecto una vez establecida la Unión Aduanera.

23 "Artículo 155.- Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

Quedan exceptuados del tratamiento a que se refiere el inciso precedente, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre Países Miembros o entre Países Miembros y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo. (...)"



Existe también la posibilidad de imponer derechos antidumping y derechos compensatorios a importaciones de bienes a precios dumping o subvencionados, respectivamente, únicamente como producto de que se hayan encontrado, en el procedimiento correspondiente, pruebas del daño a la rama de producción nacional y una relación causal entre este daño y las importaciones antes señaladas.

Como señalamos antes, la Comunidad Andina se ha planteado el objetivo de constituir un Mercado Común. Esto implica asegurar el libre intercambio y circulación de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, al interior de sus territorios en condiciones equivalentes a las que se tendría si todos conformaran un único mercado nacional. Logrado el objetivo, carecería de lógica económica mantener la posibilidad de imponer salvaguardias, derechos antidumping o derechos compensatorios a productos procedentes del mercado ampliado.

4. Apuntes sobre Procedimiento

El órgano competente para calificar la existencia de un gravamen o una restricción es la Secretaría General de la Comunidad Andina.²⁴ Así lo señala el Acuerdo de Cartagena:

“Artículo 73.- Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o petición de parte, determinará en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye gravamen o restricción”

El Tribunal de Justicia ha respaldado, en sostenida jurisprudencia, la competencia de la Secretaría General:

“El artículo 43 (actual 73) a su vez otorga a la Junta del Acuerdo de Cartagena (actual Secretaría General de la Comunidad Andina), de oficio o a petición de

parte, la competencia para determinar, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye gravamen o restricción. Por lo que se ha de entender que si (...) no califica una medida como gravamen o restricción, no tendría (para) efectos comunitarios esa característica.²⁵ (Paréntesis añadidos)

Se puede deducir de esta competencia otorgada a la Secretaría General que el Acuerdo de Cartagena pareciera haber creado una presunción de legalidad en favor de las medidas de los Países Miembros, la que solamente sería enervada por la calificación comunitaria de la conducta, de ser el caso. Es importante anotar que, no es condición necesaria para el inicio del procedimiento de calificación que se agote la vía interna en sede nacional o que la posible conducta restrictiva sea un acto que se encuentre firme para el ordenamiento del País Miembro.

El procedimiento de calificación por parte de la Secretaría General puede iniciarse de oficio o a solicitud de los Países Miembros o particulares interesados. El pronunciamiento final se realiza sobre la base de una investigación y un análisis dentro del cual, tanto el País Miembro denunciado, como los demás Países Miembros de la Comunidad Andina y en general, cualquier interesado, pueden presentar los elementos de descargo o de información que consideren pertinente.²⁶

Si el procedimiento es iniciado a pedido de parte, éste deberá contener necesariamente la identificación del solicitante, la identificación y descripción de la medida que se solicita calificar, y de ser el caso, la identificación de la mercancía afectada. Luego de la presentación de la petición, la Secretaría General tiene cinco días hábiles para admitirla, de encontrar omisiones o insuficiencias debe otorgar quince días hábiles para subsanarlas.²⁷

En caso de admitir la petición e iniciar la investigación, la Secretaría General cuenta con diez

24 Luego de las reformas institucionales del proceso de integración andino, a finales de la década pasada, la Junta del Acuerdo de Cartagena se convierte en la Secretaría General, teniendo la calidad de órgano ejecutivo de la Comunidad Andina. Se encuentra a cargo de un Secretario General elegido por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Entre sus principales funciones se encuentran: facilitar, acelerar y administrar el proceso de integración, resolver asuntos sometidos a su consideración y velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios. Su sede permanente se encuentra en Lima, Perú.

25 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 3-AI-96 (Junta del Acuerdo de Cartagena - República de Venezuela)

26 El procedimiento sobre calificación de gravámenes y restricciones se encuentra reglado por la Decisión 425 de la Comunidad Andina.

27 Una vez presentados los nuevos documentos la Secretaría General se pronunciará en 3 días. En caso que desestime la solicitud por omisiones o insuficiencias, el solicitante podrá interponer un Recurso de Reconsideración.

días hábiles para solicitar información al país investigado, el cual deberá responder en un máximo de veinte días hábiles. En caso que el procedimiento sea iniciado de oficio por la misma Secretaría General, ésta solicitará al país investigado información, otorgándole también un máximo de veinte días hábiles, para responder.²⁸

Vencido el plazo otorgado al País Miembro, haya o no respondido, la Secretaría General cuenta con diez días hábiles para emitir la correspondiente Resolución sobre el caso materia del procedimiento, la que deberá contener:

- a) Identificación y descripción de la medida,
- b) De ser el caso, la identificación de la mercancía afectada,²⁹ y
- c) Exposición de motivos por los cuales la medida se califica, o no, como gravamen o restricción. Adicionalmente, si la Resolución califica la existencia de un gravamen o una restricción, deberá contener:
 - El otorgamiento de un plazo no mayor a un mes para levantar el gravamen o restricción, y
 - La identificación de las normas que se estarían incumpliendo de no retirarse el gravamen o restricción.

Con respecto a esta Resolución, cabe interponer Recurso de Reconsideración ante la Secretaría General durante los siguientes cuarenta y cinco días luego de publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. La interposición de este recurso no es requisito previo para interponer una Acción de Nulidad contra la Resolución, la cual se sustancia ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Desde su publicación, la Resolución emitida por la Secretaría General, se encuentra en plena vigencia y goza de presunción de legalidad, generando una obligación jurídica de cumplimiento inmediato que,

en el caso de calificar la existencia de un gravamen o una restricción, obliga al País Miembro a dejar sin efecto la medida. La Secretaría General, en ningún caso puede ordenar, señalar o referirse a los medios adecuados para que el País Miembro cumpla con levantar la medida, ya que a criterio del Tribunal de Justicia, es el propio país el llamado a adoptar las acciones que juzgue pertinentes a tal efecto.

La interposición de un Recurso de Reconsideración o una Acción de Nulidad no afecta, en principio, la obligatoriedad de la Resolución, salvo que, la Secretaría General o el Tribunal de Justicia, respectivamente, ordenen la suspensión de sus efectos mientras éstos se tramitan.

De calificarse, a través de una Resolución, que un País Miembro mantiene un gravamen o una restricción y éste no la retirase en el plazo otorgado, la Secretaría General podría dictaminar la existencia de un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Luego de lo cual, de mantenerse la medida, podría interponer una Acción de Incumplimiento, cuya fase judicial se sustancia ante el Tribunal de Justicia. De no hacerlo la Secretaría General, lo podría hacer el País Miembro o el particular afectado con la medida.³⁰

Los procedimientos de declaratoria de gravámenes y restricciones son requisito necesario y previo para que la Secretaría General pueda dictaminar el incumplimiento al Programa de Liberación por parte de un País Miembro y pueda iniciarse la Acción de Incumplimiento.

5. A manera de motivación

Las normas jurídicas que conforman el ordenamiento comunitario andino, incluidas las normas del Programa de Liberación, son de aplicación preferente sobre el derecho interno de cualquier País Miembro.³¹ No necesitan ser

28 En caso medie petición razonada de cualquier País Miembro, este plazo se puede prorrogar por diez días adicionales.

29 La identificación de la mercancía afectada solamente es necesaria en el caso de un procedimiento destinado a determinar la existencia de posibles gravámenes o restricciones que se refieran a un bien en particular. Este requisito no es exigible cuando el procedimiento se refiera a medidas de aplicación general.

30 El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia señala: "Artículo 26.- En los casos en que se hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate un caso de incumplimiento flagrante, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento, emitirá, a la brevedad posible, un Dictamen motivado, a partir del cual ésta o el País Miembro afectado, podrán acudir directamente al Tribunal."

31 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado sobre la preeminencia del derecho comunitario andino, en la sentencia del Proceso de Incumplimiento 03-AI-96 que: "para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; la misma sentencia define el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario."




incorporadas por las legislaciones nacionales de los Países Miembros y generan obligaciones y derechos para las personas naturales y jurídicas desde su vigencia con la publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

En consecuencia, los sujetos de derecho comunitario pueden exigir el cumplimiento de las normas comunitarias andinas a la administración pública y tutela efectiva a los tribunales nacionales de los Países Miembros.³²

Asimismo, el incumplimiento de normas jurídicas del ordenamiento comunitario andino, incluidas las normas del Programa de Liberación, genera responsabilidad en quien produce un daño a otro a través de una conducta ilícita. Se entiende que esta responsabilidad puede recaer tanto en un particular, como en un País Miembro que haya incurrido en tal conducta. Quien se reputa afectado tiene expedita la

vía para interponer la demanda respectiva en sede competente de los tribunales nacionales.³³

Lo anterior es especialmente relevante frente a cobros indebidos por importaciones de bienes de origen subregional, los que podrían ser devueltos por la administración pública o por quien corresponda, una vez calificados como gravámenes, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar. Lo mismo ocurre con los daños generados por restricciones calificadas, los que podrían ser resarcidos por el Estado.

Frente a éstas situaciones, el Derecho Comunitario Andino es un derecho de utilidad directa y al alcance de los particulares, pues sus normas ingresan de manera inmediata a la esfera jurídica de todo sujeto de derecho comunitario al que están dirigidas, permitiéndole obtener tutela tanto en el ámbito nacional, como comunitario. 

-
- 32 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado, sobre esta característica, en la misma sentencia 03-AI-96 que: *"(...) el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria (...) permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales."*
- 33 El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia establece: *"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."*