



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA INCOMPATIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN 116 DEL COMEX CON LA
NORMATIVA COMUNITARIA Y LA FALTA DE EFECTIVIDAD DEL SISTEMA
SANCIONATORIO DE LA CAN

“Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República”

Profesor Guía

Ab. Pablo Arturo Piedra Vivar

Autora

María Caridad Cabrera Zúñiga

Año

2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el (los) estudiante(s), orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Pablo Arturo Piedra Vivar

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

C.C.: 1716825466

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

María Caridad Cabrera Zúñiga
C.C.: 0103678975

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar si la resolución 116 del COMEX es compatible con la normativa supranacional del ordenamiento jurídico comunitario, ya que dicha medida podría ser considerada como una restricción al comercio intrasubregional que podría afectar, además de los intereses integracionistas de los países miembros, el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, el cual establece ciertos lineamientos de carácter obligatorio que deben ser acatados y respetados por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones.

El método utilizado para la investigación es el análisis exegético de la normativa legal, que sirve para determinar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el derecho comunitario y los objetivos de la resolución emitida con base al derecho interno ecuatoriano, tomando en cuenta que ambas deben guardar armonía.

La investigación está conformada por tres capítulos. El primer capítulo consiste en el análisis del derecho comunitario, sus características y principios, así como también describe la estructura de la CAN. En este capítulo se desarrollan los conceptos de obstáculos técnicos y restricciones al comercio y el alcance de las normas establecidas por el GATT, que a su vez rigen las políticas de la Organización Mundial del Comercio. También se estudian los principios que rigen el comercio intrasubregional, la normativa de la Comunidad Andina y normativa nacional referente a la materia. El objetivo que persigue este capítulo es lograr entender el trasfondo del derecho comunitario y de los principios internacionales que rigen el comercio transfronterizo, para posteriormente poder analizar en el capítulo dos, la resolución 116 del COMEX, materia del conflicto que esta tesis pretende dilucidar.

El segundo capítulo, analiza la Resolución 116 del COMEX respecto del ordenamiento jurídico comunitario para de esta manera entender las

discrepancias existentes entre dicha resolución y la norma comunitaria. Para ello se utilizarán distintos criterios doctrinarios.

Por último, el tercer capítulo se centra en las alternativas que tienen los estados miembros y los ciudadanos ecuatorianos dentro del derecho comunitario frente a la Resolución 116 del COMEX. Se hace una descripción de los procesos establecidos en la normativa comunitaria que pueden utilizarse frente a esta resolución y finalmente se analiza si el proceso de solución de controversias es efectivo o no frente a este tipo de incumplimientos, tal como se constituye la Resolución 116 del COMEX.

El estudio concluye en la confirmación de la falta de armonía de la resolución 116 con la normativa comunitaria y con una crítica al nivel de efectividad del mecanismo de solución de controversias derivado de los incumplimientos del derecho comunitario, por lo que se propone que se mejore el sistema sancionatorio de la CAN y su efectividad.

ABSTRACT

This research aims to determine whether the resolution 116 COMEX is compatible with supranational rules of Community law, because such measure could be regarded as a restriction on intrasubregional trade that could affect, in addition to the integrationist interests member countries, compliance with the Andean legal system, which establishes certain mandatory guidelines that must be obeyed and respected by the countries of the Andean Community of Nations.

The method used for research is the exegetical analysis of legal regulations, used to determine the legal rights protected by Community law and the objectives of the resolution issued based on the Ecuadorian domestic law are, taking into account that both must save harmony.

The research consists of three chapters. The first chapter is the analysis of Community law, its characteristics and principles, as well as describes the structure of the CAN. This chapter describes the concepts of technical barriers and trade restrictions and the scope of the rules established by the GATT, which in turn govern the policies of the World Trade Organization. The principles governing intra-subregional trade is also studying the rules of the Andean Community and national regulations concerning the matter. The objective of this chapter is to understand the background of community law and international principles governing cross-border trade, later to analyze in chapter two, resolution 116 COMEX stuff conflict that this doctoral thesis aims.

The second chapter analyzes the COMEX Resolution 116 regarding the Community legal order, in order to understand the discrepancies between that decision and the Community legislation. To do so doctrinaire different criteria will be used.

Finally, the third chapter focuses on the alternatives available to member states and Ecuadorian citizens within the Community right against Resolution 116 of COMEX. A description of the processes established in the Community rules that can be used against this resolution is finally analyzed whether the process of dispute resolution is effective or not address this type of violations, such as Resolution 116 COMEX constitutes.

The study concludes on confirmation of disharmony of resolution 116 with Community law and with a critical of the effectiveness of the penalty system derived from breaches of Community law, so it is proposed that the sanction system is improved CAN and its effectiveness

ÍNDICE

Introducción	1
1. Capítulo I: Conceptos básicos del Derecho Comunitario, obstáculos técnicos al comercio y normativa nacional aplicable	4
1.1. Conceptos básicos del Derecho Comunitario	4
1.1.1. ¿Qué es el derecho de integración?.....	4
1.1.2. ¿Qué es el derecho comunitario?.....	6
1.1.3. Naturaleza jurídica, características y principios del derecho comunitario	8
1.1.3.1. Naturaleza Jurídica	8
1.1.3.2. Características	9
1.1.3.3. Principios	10
1.1.4. Alcance de la normativa comunitaria y obligaciones que genera.....	12
1.1.5. Estructura de la Comunidad Andina (CAN)	14
1.1.5.1. Consejo Presidencial Andino	15
1.1.5.2. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.....	16
1.1.5.3. Comisión de la Comunidad Andina	17
1.1.5.4. Secretaría General de la Comunidad Andina.....	18
1.1.5.5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	21
1.2. Obstáculos técnicos y restricciones al comercio	22
1.2.1. Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio	22
1.2.2. Principios de No discriminación, Nación más favorecida (NMF) y trato nacional	26
1.2.2.1. Principio de No discriminación	26
1.2.2.2. Principio de Nación más favorecida (NMF).....	27
1.2.2.3. Principio de Trato nacional.....	29

1.2.3. La normativa comunitaria sobre las restricciones comerciales.....	32
1.2.4. ¿Qué se considera como restricción?	36
1.2.5. Normativa nacional sobre la materia y su relación con la normativa comunitaria.....	38
1.2.6. Proceso para adoptar una restricción según la legislación nacional	47
2. Capítulo II: Resolución 116 del COMEX y el ordenamiento jurídico de la CAN	50
2.1. Naturaleza jurídica de la Resolución 116 del COMEX.....	50
2.2. Finalidad de la Resolución 116 del COMEX.....	50
2.3. Objetivos perseguidos por la normativa de la CAN	55
2.3.1. Decisión 562 Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a Nivel Comunitario	58
2.3.2. Decisión 615 Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT)....	61
2.3.3. Decisión 506 Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina.....	61
2.4. Incongruencias entre la Resolución 116 y disposiciones de la CAN.	64
3. Capítulo III: Alternativas que tienen los estados miembros y los ciudadanos del Ecuador frente a la Resolución 116 del COMEX y frente al incumplimiento de la normativa comunitaria y la efectividad del sistema sancionatorio del Tribunal Andino	71
3.1. Acciones en el ordenamiento jurídico de la CAN	73
3.1.1. Acciones ante la Secretaría General de la CAN.....	73

3.1.1.1. Calificación de restricciones y gravámenes	74
3.1.1.2. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento	76
3.1.1.2.1. Autoridad competente.....	77
3.1.1.2.2. Forma y plazos de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento	77
3.1.1.2.3. Dictamen de cumplimiento	84
3.1.1.2.4. Dictamen de incumplimiento.....	85
3.2. Acciones ante el Tribunal de Justicia de la CAN	85
3.2.1. Acción de incumplimiento.....	85
3.2.1.1. Autoridad Competente	87
3.2.1.2. Legitimidad activa y pasiva	88
3.2.1.3. Procedimiento de la acción de incumplimiento	88
3.2.1.4. Requisitos de la demanda.....	90
3.2.1.5. Agotamiento de la vía administrativa previo el inicio la acción ante el Tribunal	91
3.2.1.6. Requisitos de la contestación a la demanda.....	92
3.2.1.7. Del allanamiento y la reconvención	93
3.2.1.8. La audiencia pública	93
3.2.1.9. Suspensión provisional de la medida infractora.....	93
3.2.2.10. Efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	94
3.2.2. Procedimiento sumario por desacato de sentencia de incumplimiento.....	95
4. Capítulo IV. Conclusiones y Recomendaciones	100
4.1 Conclusiones.....	100
4.2 Recomendaciones	103
REFERENCIAS	105

Introducción

Desde la emisión y entrada en vigencia de la Resolución 116 del COMEX se viene debatiendo su compatibilidad con la normativa comunitaria andina, la discusión yace en la aplicación de dicha resolución, pues la misma podría estar en contradicción con las normas comunitarias e internacionales a las que el Ecuador está adscrito. El gobierno ecuatoriano sostiene que la medida que se ha impuesto por medio de la Resolución 116 no es más que un mecanismo de administración aduanera usual y que ayuda a mejorar el proceso de verificación la calidad de los productos que ingresan al país.

La Secretaría General de la Comunidad Andina ha manifestado que dichas medidas son además de restrictivas, contrarias al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y que se está violando el principio de trato nacional establecido en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés, 1947) al exigir el certificado de reconocimiento para los productos provenientes de países miembros de la subregión. Cabe recalcar que la Secretaría General mediante resolución 1695 emitida el 6 de junio de 2014 suspendió la aplicación de la Resolución 116 del COMEX, al considerarla restrictiva para el comercio.

La resolución 116 del COMEX exige que los requisitos de conformidad de los productos sean demostrados, a través de la presentación del certificado de conformidad, y adicional a esto, exige también la presentación de un certificado de reconocimiento. Dicho certificado debe cumplir lo establecido en los reglamentos técnicos.

El principio de Trato Nacional, consagrado en el GATT de 1947 establece que tanto los productos nacionales como los productos importados, provenientes de países que conformen la comunidad andina, deben tener el mismo trato y las mismas condiciones para su comercialización dentro del país, hecho que se

está transgrediendo a través de lo establecido en la Resolución 116 del COMEX.

El tema en concreto se centra en analizar si la Resolución 116 del COMEX es compatible con la normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Con esto se quiere determinar si la Resolución 116 constituye un obstáculo indebido que podrían afectar el comercio intrasubregional y a su vez si este podría estar incumpliendo el ordenamiento jurídico andino, el mismo que establece ciertos lineamientos de carácter comunitario y que impone obligaciones que deben ser seguidas y cumplidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones.

El primer capítulo de este trabajo desarrolla el marco conceptual del derecho comunitario, los principios que lo rigen y las obligaciones de los estados miembros frente a éste, así como la naturaleza jurídica y el ordenamiento jurídico de la comunidad andina y su estructura. Luego pasa a explicar de manera breve la incidencia de la Organización Mundial de Comercio y su Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, el GATT y los principios de libre comercio que contiene. En este capítulo se analiza la normativa comunitaria que regula las restricciones comerciales, tales como el Acuerdo de Cartagena y varias decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Por último se analiza la normativa nacional que regula la materia; dentro de ésta, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y el Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Materia de Política Comercial, sus órganos de control e instrumentos.

Para el desarrollo del capítulo segundo, se ha analizado la naturaleza jurídica de la resolución 116 del COMEX y posteriormente la normativa establecida en el Acuerdo de Cartagena y las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, así como jurisprudencia del Tribunal y doctrina referente

a las medidas no arancelarias, para determinar finalmente las incongruencias existentes entre la Resolución 116 y la normativa comunitaria.

Finalmente, en el capítulo tercero se plantean las alternativas, tanto en la vía administrativa como en la vía judicial, que tienen en el ámbito Internacional comunitario los estados miembros de la CAN y los particulares frente a la Resolución 116 del COMEX, para ello se utilizó la información contenida en varias decisiones como el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500), el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 472), entre otros y jurisprudencia del Tribunal. Además se realiza un análisis crítico sobre el sistema sancionatorio de la CAN frente a los incumplimientos de la normativa comunitaria, con el fin de determinar si este es efectivo, para a la postre analizar la Resolución 1695 emitida por la Secretaría General de la CAN con fecha 6 de junio de 2014 para así mismo evaluar su efectividad.

1. Capítulo I: Conceptos básicos del Derecho Comunitario, obstáculos técnicos al comercio y normativa nacional aplicable

1.1. Conceptos básicos del Derecho Comunitario

1.1.1. ¿Qué es el derecho de integración?

El derecho de integración es el conjunto de normas que regulan los procesos de integración de los Estados que han adoptado un acuerdo para alcanzar un mejor nivel de vida de sus habitantes, para lo cual, dichos acuerdos versan sobre temas económicos, políticos, sociales, entre otros.

Para el tratadista Oswaldo Salgado Espinoza, el derecho de integración “*es el conjunto de normas que sirven para regular los intereses de los países dentro de un PI, respetando a todos los miembros pertenecientes a dicho proceso, en la búsqueda de un progreso mayor o bienestar colectivo (...)*” (Salgado, 2010, p. 81)

Para Stella Maris Biocca, el derecho de integración consiste en la “*interpenetración, armonización y unificación de las diversas políticas económicas, sociales, etc., y la creación de organismos comunes que aseguren el logro de los objetivos propuestos y los fines regionales. (...)*” (Maris, 2001, p. 17)

De manera que se podría decir que el derecho de integración es un mecanismo, a través del cual mediante organismos comunes se crean normas para regular aspectos económicos, sociales y políticos de varios países que buscan asegurar el desarrollo de los mismos de una manera equitativa.

Consecuentemente, el derecho comunitario podría verse como el hilo conductor del derecho de integración, mediante el cual se crea un organismo que crea, regula e interpreta las normas comunitarias que rigen para los países

miembros, además, para ello, los estados miembros deben ceder parte de su soberanía y acogerse a dicho ordenamiento jurídico común.

El Doctor César Montaña, resalta la importancia de la creación de los organismos supranacionales que conlleva el derecho comunitario, señala que *en definitiva, el acercamiento de los estados nacionales se propicia por decisiones políticas, sustentadas en instituciones supranacionales, capaces de regir aquellos sectores en los que la acción común resulta más eficaz que la de los estados por separado* (Montaña, 2007, p. 8) de manera que con la colaboración de los Estados miembros, más la buena administración del derecho comunitario por parte de estos organismos supranacionales, se podrán alcanzar los objetivos que persiguen los países miembros.

Oswaldo Salgado, en su obra “El ABC del derecho para la Integración”, define al derecho comunitario como *“el conjunto de normas jurídicas y principios, ordenados en forma jerárquica y coherente, que regulan las relaciones entre Estados soberanos y sus organizaciones internacionales supranacionales, inmersas en un proceso de integración profundo en donde los EP¹ de manera soberana ceden y entregan parte de sus facultades a los OF² para que éstos con autonomía plena, ejerzan y cumplan los nobles propósitos de la integración aspirada por los mismos y sus pueblos”*. (Salgado, 2010, p. 93)

Otros autores, como María Teresa Moya Domínguez, en su obra “Derecho de la Integración” sostiene que *“el derecho de la integración es una rama autónoma del derecho que estudia sistemáticamente las normas y principios que forman los diversos procesos y esquemas jurídicos de integración”*. (Moya, 2006, p. 82)

Para esta autora, el derecho de integración debe ser analizado bajo sus cuatro dimensiones, que son: *la política, la económica, la jurídica y la social*; puesto

¹ EP: Estados parte

² OF: Órganos u organismos facilitadores creados por los procesos de integración

que todas estas dimensiones se concatenan y no puede aplicarse una sin la otra.

El derecho de integración busca promover el progreso social y económico de los Estados, así como su desarrollo equilibrado y sostenible, para lo cual persigue que los Estados miembros de un acuerdo establezcan una unión económica y monetaria, es decir, una moneda única, que les permita facilitar el comercio entre sí, es decir, una libre circulación de mercancías y capitales.

Una vez que se ha determinado el concepto del derecho de integración, es preciso establecer lo que comprende el derecho comunitario, en un sentido más específico relacionado al tema de este trabajo de titulación.

1.1.2. ¿Qué es el derecho comunitario?

El autor del libro “Derecho Comunitario Andino”, Luis Carlos SÁCHICA, sostiene que los doctrinarios utilizan como sinónimos al derecho de integración y al derecho comunitario y señala que *“se trata de la regulación de procesos de unificación supraestatal de países en el orden económico, frente al predominio que tuvieron las relaciones políticas entre Estados, objeto del derecho internacional típico (...)”*

Se parte de que ha nacido un nuevo campo de interrelación entre pueblos y países, distinto de las simples relaciones de cooperación económica y de comercio de práctica antigua y universal, que requiere de un ordenamiento jurídico propio y especializado (...)”. (SÁCHICA, 1990, p. 7)

Para este autor, el enfoque de este derecho parece ser netamente económico, a diferencia de autores como María Teresa Moya que comprenden que el derecho comunitario abarca temas sociales, económicos, políticos y, en ocasiones, otros temas que podrían ser relevantes, dependiendo del objetivo de integración. Por otro lado, coincidimos con SÁCHICA en que se requiere de

un ordenamiento jurídico propio, es decir, de un acervo jurídico comunitario, como lo han llamado muchos tratadistas.

El mismo autor a lo largo de su obra manifiesta que para lograr generar el derecho comunitario, los países deben aceptar ciertas características propias de este derecho, como son: la supranacionalidad, como núcleo del derecho de integración y la autonomía del mismo.

María Teresa Moya, por su parte manifiesta al respecto del derecho comunitario en los siguientes términos:

“En sentido amplio, el derecho comunitario es el conjunto de normas de derecho propias de un ordenamiento jurídico creado en un proceso de integración superior, de carácter comunitario, que incluye no solo el derecho originario (el de los tratados constitutivos) sino el derecho derivado (originado en los órganos dotados de competencias normativas), así como normas más laxas (como los principios generales del derecho) o específicas (como la jurisprudencia del tribunal). Comprende también el derecho complementario que celebran los Estados miembros para aplicar los tratados, así como el derecho que surge de las relaciones de la comunidad con terceros Estados”. (Moya, 2006, p. 86)

Para el Doctor José Manuel Sobrino, *“el derecho comunitario nace (...) en virtud de atribuciones de competencias de los Estados miembros a las Comunidades, cuyas instituciones pasan a ejercer efectivamente las competencias soberanas que les han sido cedidas”.* (Sobrino, 2001, p. 41)

De la cita se desprende la importancia que el Doctor Sobrino destaca en su conferencia, relativa a la cesión de soberanía que deben realizar los Estados miembros al momento de conformar una comunidad, compartiendo criterio con el Doctor César Montaña, quien concibe al derecho comunitario como *el*

conjunto de disposiciones contenidas en los tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc., de integración suscritos por países, y aquellas propias emanadas por los órganos e instituciones de la comunidad, encaminadas a reforzar la cooperación e integración entre estados y eventualmente a concretar la unificación económica, social y política, de un área geográfica determinada. (Montaño, 2007, p. 10)

Entonces, de una manera general, se podría decir que el derecho comunitario es un conjunto de normas de carácter supranacional, que forman un ordenamiento jurídico que está compuesto por normas provenientes de los tratados que generaron dicha integración, así como normas generales del derecho, también las normas que se crean por parte del órgano que regirá la comunidad de Estados, y la jurisprudencia, todas ellas como mecanismo para lograr uno o varios objetivos conducentes a satisfacer intereses de los países miembros, de carácter económico, político y social, para mejorar la calidad de vida de sus habitantes, enfocado al desarrollo equitativo de cada uno de los Estados partes.

1.1.3. Naturaleza jurídica, características y principios del derecho comunitario

1.1.3.1. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del derecho comunitario se encuentra en su supranacionalidad. Se puede afirmar que ésta es su principal característica, la misma que consiste en el nacimiento de un nuevo estado, que se considera superior a todos los estados partes de la comunidad. Para César Montaño, la supranacionalidad debe manifestarse bajo dos características: la cesión de soberanía de los estados miembros hacia el nuevo estado común; y la existencia de órganos e instituciones comunitarias autónomas, en las que la toma de decisiones y expedición de fallos sean aceptados por todos los países de la comunidad, sin que se les oponga ninguna restricción de carácter jurídico, peor de carácter político. (Montaño, 2007, p. 14)

María Teresa Moya describe la supranacionalidad en los siguientes términos:

“El atributo de la supranacionalidad es una idea fuerza legitimante que permite a una organización internacional (supranacional) ejercer en el territorio de sus Estados miembros poderes de gobierno (constituyentes, administrativos, jurisdiccionales, legislativos, de contralor) en determinados ámbitos de competencia previamente estipulados (...) y siempre en forma temporal”. (Moya, 2006, pp. 88, 89)

Es decir, la naturaleza jurídica del derecho comunitario se basa en la cesión de parte de la soberanía de cada país miembro, con el fin de dotarle de poder a el nuevo estado común, para que con ello, se puedan crear, interpretar y efectivizar normas que dirijan a la comunidad al alcance de los objetivos planteados.

1.1.3.2. Características

Muchos autores al exponer las características del derecho comunitario, enumeran distintas particularidades del mismo, sin embargo, me voy a concentrar en aquellos en los que todos los autores coinciden.

- a) Operativo; es decir, dicta las reglas claras para que cada sujeto que forma parte del derecho comunitario ejerza su rol para lograr los objetivos planteados. *Permite caminar hacia la feliz concreción de las metas y objetivos que inspiraron la integración.* (Montaño, 2007, p. 23)
- b) Transitorio; pues una vez que se logra el objetivo perseguido, el derecho comunitario no será útil, en cuanto *la norma comunitaria por ser de carácter instrumental, de medio para alcanzar un objetivo económico inmediato, de mecanismo técnico para un propósito de desarrollo, una vez alcanzado su fin pierde su utilidad, deja de ser aplicable por carencia de objeto.* (Sáchica, 1990, p. 15)
- c) Flexible, ya que *existe la posibilidad de hacer modificaciones a medida que los problemas cambian.* (Moya, 2006, p. 88) Además, debe ser

flexible, puesto que no regula intereses de un solo estado, sino que tiene bajo su regulación a varios países miembros, que si bien persiguen un bien común, tiene cada uno diferentes necesidades.

1.1.3.3. Principios

En cuanto a los principios del derecho comunitario, a continuación citaré aquellos que la doctrina ha determinado como los principios fundamentales del mismo, los cuales en la práctica deben ser utilizados para la interpretación de las normas comunitarias.

- a) Derecho autónomo; debido a que el mismo es independiente del derecho interno de cada país miembro, por ello, cuenta con sus propias reglas de producción, interpretación y medidas sancionatorias, que no tienen vínculo con el derecho interno de cada Estado miembro.
- b) Efecto directo; *Crea derechos y obligaciones para los particulares.* (Moya, 2006, p. 89) esta característica presupone que el derecho de integración, al igual que el derecho interno de cada país miembro, es ejecutable tanto por los estados miembros como por los particulares. Es la facultad de los sujetos antes mencionados para invocar la normativa comunitaria ante los tribunales y que éstos la observen con el carácter vinculante que posee.
- c) Aplicabilidad inmediata; ya que *tan pronto la norma jurídica comunitaria nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico interno* (Salgado, 2010, p. 115) sin que sea necesario un proceso formal interno para su entrada en vigencia y obligatoriedad.
- d) Primacía o supremacía; es uno de sus principios más importantes, ya que el derecho de integración o comunitario prevalece sobre el derecho interno de cada país miembro. Para María Teresa Moya, “*este derecho (...) exige que sus normas sean soberanas y que a ella se ajusten, como consecuencia, todas las demás normas, no solo las comunitarias sino también las normas internas de cada uno de los Estados*”. (Moya, 2006, p. 88) Esta característica es clara y de suma importancia, debido a la

posible existencia de conflictos entre la norma comunitaria y la norma interna de cada país miembro.

Todos y cada uno de los principios del derecho comunitario, a mi modo de ver, tienen una lógica que responde al resultado de los objetivos que éste persigue; ya que para que este derecho pueda invocarse y ejecutarse sin problemas, es indispensable que goce de primacía frente al derecho interno, pues de no ser así, fácilmente podría dejar de ser tomado en cuenta y no serviría de nada su existencia; la aplicabilidad inmediata hace que no se dé lugar a las posibles excusas que los países miembros podrían interponer, pues la norma surte efectos apenas se produce; relacionado a este principio está el de efecto directo, que faculta a los sujetos de derecho a aplicarlo en la misma medida que el derecho interno, ambos *persiguen un mismo fin: garantizar la imperatividad y la aplicación inmediata y directa del derecho de la comunidad, es decir, avalar su eficacia.* (Montaño, 2007, p. 17) Y por último, la autonomía ayuda a que el derecho de integración, si bien entra a regular intereses de varios países, goce de independencia del derecho interno de cada uno, y no solo del derecho sino también de los órganos reguladores, por lo que se crea un órgano común que estará a cargo de la creación, interpretación y sanción de la normativa integracionista.

César Montaño, citando Paz Andrés Sáenz de Santa María, resalta la importancia de *reconocer que los principios del derecho comunitario son garantías de su autonomía, imperatividad y eficacia, que le permiten proclamar que despliegue efectos por sí mismo, que prevalece frente a la pretensión de aplicabilidad de una norma incompatible.* (Montaño, 2007, p. 17)

Estos principios, a mi criterio, son la base fundamental de interpretación de la normativa comunitaria, que nos sirve para entender el sentido de dicha normativa y que orienta a quienes la ejercen a actuar conforme las nociones del derecho comunitario, que, siempre tenderán a lograr los objetivos

propuestos, motivo de dicha integración; todos ellos fortalecen la eficacia del derecho comunitario.

1.1.4. Alcance de la normativa comunitaria y obligaciones que genera

La normativa comunitaria aplica tanto para los Estados y sus relaciones interestatales, así como para los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, dado que estas últimas pueden invocar la mencionada normativa ante los tribunales.

Luis Carlos Sáchica, respecto del alcance de la normativa comunitaria, ha señalado lo siguiente:

“El derecho comunitario no tiene las pretensiones universalistas que atribuyó el racionalismo al derecho, a la ley, en general. Por el contrario, su ámbito y sus alcances están circunscritos tanto en el espacio, la región integrada y solo ella, y en cuanto al objeto: el desarrollo de los pueblos asentados en esa región, y no los demás”. (Sáchica, 1990, p. 14)

En cuanto a las obligaciones, tanto como el derecho comunitario crea derechos para sus sujetos, así mismo crea obligaciones, ya que los países miembros contraen compromisos de hacer y no hacer, con el fin de lograr los objetivos perseguidos por la normativa comunitaria que les beneficia.

Así, el derecho comunitario, a través de sus normas, crearán obligaciones que deberán ser cumplidas por los Estados miembros, a las cuales se comprometen respetar y hacer respetar, para lograr el objetivo del proceso de integración. Este conjunto de normas es lo que se conoce como las fuentes del derecho comunitario.

Analizando las obligaciones que tienen los estados frente al derecho comunitario, se podría decir que la primera de ellas, está en la cesión de

soberanía, proceso a través del cual, se hace posible la aplicación del derecho comunitario en los países miembros.

Luego están las fuentes del derecho comunitario, que en cada proceso de integración variarán según sus necesidades y normativa creada para tales.

El tratadista Rodrigo Garrón Bozo, en su obra “Derecho Comunitario”, establece que *“el Sistema de Fuentes del Derecho Comunitario es el conjunto de normas que dan lugar al nacimiento del mismo. Son las bases axiológicas y normativas en virtud de las cuales se da paso a la formación del Acervo Comunitario”*. (Garrón, 2004, p. 33)

Siendo que para el desarrollo de este trabajo, debemos concentrarnos en la normativa de la Comunidad Andina (CAN), es importante mencionar cuáles son las fuentes de la misma.

El artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) establece el ordenamiento jurídico de la misma, las cuales vienen a ser sus fuentes de derecho, que son:

1. El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
2. El mismo TCTJCA y sus Protocolos Modificatorios;
3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
4. Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
5. Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros.

Por supuesto, la jurisprudencia, así como los principios generales del derecho, son parte de las fuentes del derecho comunitario andino.

1.1.5. Estructura de la Comunidad Andina (CAN)

Para un mejor entendimiento, una vez que ya hemos estudiado de forma breve al derecho comunitario, la naturaleza jurídica, sus características y principios, es necesario estudiar su estructura jurídica, con el fin de entender el rol que cumple cada uno de sus órganos.

La hoy conocida Comunidad Andina (CAN) que en sus inicios llevaba el nombre de Pacto Andino, es un grupo de países, en el presente conformada por cuatro naciones que de manera voluntaria han decidido unirse mediante un proceso de integración, con el fin de alcanzar un desarrollo equitativo y equilibrado en aras de mejorar la calidad de vida de sus habitantes. La CAN consiste en una organización subregional dotada de personalidad jurídica internacional.

Así, en la persecución de estos fines, los cuatro países: Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, se mantienen bajo el Acuerdo de Cartagena, dicho acuerdo se firmó en el año de 1969 también con la participación de Chile y Venezuela, que se retiraron en 1976 y 2006 respectivamente.

En el año de 1993, a manera de avance del proceso de integración los países miembros eliminaron los aranceles para que les permitiera conformar una zona de libre comercio y contar con un arancel externo común.

Dentro de la CAN está el Sistema Andino de Integración (SAI) que no es más que el conjunto de órganos e instituciones que conforman la CAN.

El artículo 6 del Acuerdo de Cartagena lista los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración (SAI):

“El Consejo Presidencial Andino;

- *El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;*

- *La Comisión de la Comunidad Andina;*
- *La Secretaría General de la Comunidad Andina;*
- *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;*
- *El Parlamento Andino;*
- *El Consejo Consultivo Empresarial;*
- *El Consejo Consultivo Laboral;*
- *La Corporación Andina de Fomento;*
- *El Fondo Latinoamericano de Reservas;*
- *El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;*
- *La Universidad Andina Simón Bolívar;*
- *Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,*
- *Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.” (Acuerdo de Cartagena, 1996)*

Para Sáchica, “los entes de la respectiva organización son dotados por los Estados que lo crean, mediante cesión que estos le hacen al formarlo, de competencias de ejercicio autónomo, tanto de naturaleza normativa como administrativa y jurisdiccional, con capacidad para producir regulaciones y resoluciones que sustituyen los de aquellos, con valor uniforme e iguales efectos frente a los países miembros y a sus habitantes” (Sáchica, 1990, p 11)

Para el desarrollo de esta tesis, solamente es necesario explicar y estudiar las funciones y roles que cumplen los primeros cinco órganos:

1.1.5.1. Consejo Presidencial Andino

Es el órgano máximo del SAI. El mismo se encuentra conformado por los jefes de estado de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina, los cuales deben reunirse de manera ordinaria una vez al año y de manera extraordinaria cada que lo estimen necesario.

Según el artículo 11 del Acuerdo de Cartagena, dentro de sus funciones están las siguientes:

- a. Definir la política de integración subregional andina.
- b. Orientar e impulsar las acciones en asuntos de interés de la Subregión en su conjunto, así como las relativas a la coordinación entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.
- c. Evaluar el desarrollo y los resultados del proceso de la integración subregional andina.
- d. Considerar y emitir pronunciamientos sobre los informes, iniciativas y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.
- e. Examinar todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso de la integración subregional andina y su proyección externa.

1.1.5.2. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Este órgano se encuentra conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de cada uno de los países miembros del Acuerdo de Cartagena. Se expresa a través de Declaraciones y Decisiones; estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la CAN.

El artículo 16 del Acuerdo de Cartagena establece las funciones que éste desempeña:

- a. Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.
- b. Formular, ejecutar y evaluar, en coordinación con la Comisión, la política general del proceso de la integración subregional andina.
- c. Dar cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y velar por la ejecución de aquellas que estén

- dirigidas a los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.
- d. Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación.
 - e. Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia.
 - f. Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo.
 - g. Recomendar o adoptar las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia.
 - h. Velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo de 1980.
 - i. Aprobar y modificar su propio reglamento.
 - j. Aprobar el Reglamento de la Secretaría General y sus modificaciones, a propuesta de la Comisión.
 - k. Conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común, en el ámbito de su competencia.

1.1.5.3. Comisión de la Comunidad Andina

Este órgano se encuentra conformado por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los países miembros. Se debe acreditar un representante titular y uno alterno. Ésta se expresa a través de Decisiones que forman parte del ordenamiento jurídico de la CAN.

El artículo 22 del Acuerdo de Cartagena establece como sus funciones las siguientes:

- a. Formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y, cuando corresponda, en

coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

- b. Adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino.
- c. Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia
- d. Velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo de 1980
- e. Aprobar y modificar su propio reglamento.
- f. Aprobar, no aprobar o enmendar las propuestas que los Países Miembros, individual o colectivamente, o la Secretaría General sometan a su consideración.
- g. Mantener una vinculación permanente con los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración, con miras a propiciar la coordinación de programas y acciones encaminadas al logro de sus objetivos comunes.
- h. Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo.
- i. Aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como fijar la contribución de cada uno de los Países Miembros.
- j. Someter a consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la propuesta de Reglamento de la Secretaría General.

1.1.5.4. Secretaría General de la Comunidad Andina

La Secretaría General (SGCAN) es el órgano ejecutivo de la CAN, por ende actúa únicamente en función de los intereses de la subregión. La Secretaría General debe otorgar apoyo técnico, cuando corresponda, a los demás órganos e instituciones del SAI. Ésta funciona de manera permanente en la

ciudad de Lima, Perú. La SGCAN se expresa a través de Resoluciones de carácter administrativo.

El artículo 30 del Acuerdo de Cartagena señala como funciones de la SGCAN las siguientes:

- a. Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.
- b. Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión.
- c. Formular al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión propuestas de Decisión, de conformidad con sus respectivas competencias, así como iniciativas y sugerencias a la reunión ampliada del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento de este Acuerdo, con la finalidad de alcanzar sus objetivos en el término más breve posible.
- d. Efectuar los estudios y proponer las medidas necesarias para la aplicación de los tratamientos especiales en favor de Bolivia y Ecuador y, en general, las concernientes a la participación de los dos países en este Acuerdo.
- e. Evaluar e informar anualmente al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión sobre los resultados de la aplicación de este Acuerdo y el logro de sus objetivos, prestando especial atención al cumplimiento del principio de distribución equitativa de los beneficios de la integración, y proponer las medidas correctivas pertinentes.
- f. Efectuar los estudios técnicos y las coordinaciones que le encomienden los otros órganos del Sistema Andino de Integración y otros que a su juicio sean necesarios.

- g. Mantener vínculos permanentes de trabajo con los Países Miembros, coordinando con el organismo nacional de integración que cada país señale para tal efecto.
- h. Elaborar su programa anual de labores, en el cual incluirá preferentemente los trabajos que le encomienden los otros órganos del Sistema.
- i. Promover reuniones periódicas de los organismos nacionales encargados de la formulación o ejecución de la política económica y, especialmente, de los que tengan a su cargo la planificación.
- j. Mantener vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación con la finalidad de intensificar sus relaciones y cooperación recíproca.
- k. Llevar las actas de las reuniones ampliadas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y las de la Comisión, y elaborar la agenda tentativa de sus reuniones, en coordinación con los presidentes de dichos órganos.
- l. Ser depositaria de las actas de las reuniones y demás documentos de los órganos del Sistema Andino de Integración y dar fe de la autenticidad de los mismos.
- m. Editar la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.
- n. Ejercer la Secretaría de la Reunión de Representantes de las instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración.
- o. Ejercer las demás atribuciones que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Además, la Secretaría General está facultada para actuar como árbitro administrativo, de acuerdo al artículo 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, en las controversias derivadas *de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Para ello emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e*

inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario, y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. Para su cumplimiento, los laudos de la Secretaría General no requieren de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros.

(...) En la ejecución de los procedimientos en los que se controviertan los intereses de dos o más Países Miembros, el Secretario General contará con el concurso técnico de expertos especiales, cuya designación y forma de participación se hará conforme el Reglamento de la Secretaría General. (Montaño, 2007, pp. 106, 107)

1.1.5.5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Este es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y se rige por el Tratado de su creación, los protocolos modificatorios del Tratado y el Acuerdo de Cartagena.

Está a cargo de la solución de controversias derivadas de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. El Tribunal se encuentra constituido por cinco magistrados que deben ser nacionales de origen de los países miembros de la CAN.

“Como función principal del Tribunal está la de cuidar la efectiva aplicación y el cumplimiento del derecho comunitario, así mismo, controlar su legalidad e interpretar de manera específica y obligatoria las disposiciones supranacionales. Para ello detenta varias competencias, autorizado por los Estados Miembros por vía de tratado internacional que se sobrepone a las normas jurídicas nacionales relacionadas a la función judicial, a la administración de justicia y sus procedimientos (...) Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal no requieren homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros.”
(Montaño, 2007, p. 109)

En el capítulo tercero de esta tesis, analizaremos de manera detallada las acciones administrativas y jurisdiccionales para las que son competentes tanto la Secretaría General como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Una vez desarrollados los conceptos de lo que es el Derecho Comunitario, sus características, sus principios que actúan en base a lograr objetivos de desarrollo equitativo de los países miembros a nivel social, político y sobre todo a nivel económico; habiendo estudiado la estructura de la CAN y el Sistema Andino de Integración, es importante pasar al análisis de conceptos de libre comercio. Para esto analizaremos de manera breve a la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC) y disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) del cual el Ecuador también forma parte, que si bien se diferencian por que la OMC es una organización intergubernamental, - es decir, que su sistema de resolución de conflictos inicia por un proceso político y posteriormente se aplican los mecanismos jurisdiccionales-, mientras que la CAN es una organización supranacional, -ya que los miembros que la conforman deciden por mayoría y gozan de autonomía en sus actuaciones-, éstas se relacionan entre sí por compartir principios de libre comercio.

1.2. Obstáculos técnicos y restricciones al comercio

1.2.1. Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio

El Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio surge de:

“La Organización Mundial del Comercio tiene sus inicios el 1 de enero de 1995, luego de que iniciara en el año 1986 la Ronda de Uruguay, en donde apenas se consideró la idea de la creación de un organismo como tal; luego, en el año 1994, la simple idea de crear este organismo se plasmó en la estructuración de la misma por medio del Acuerdo de Marrakech en la ciudad de Marruecos dentro de la octava negociación

del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, "GATT" por sus siglas en inglés.

La OMC es, a diferencia de lo que era el GATT, un foro de negociaciones constante. Es el organismo rector a nivel mundial del comercio y acoge al GATT como institución y como su fuente normativa". (OMC, s.f.)

Así, el Acta final de la Ronda de Uruguay, que como ya se mencionó, concluyó en Marruecos estableció:

"Habiéndose reunido con el objeto de concluir la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, los representantes de los gobiernos y de las Comunidades Europeas, miembros del Comité de Negociaciones Comerciales, convienen en que el acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, las Declaraciones y Decisiones Ministeriales y el Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros, anexos a la presente Acta, contienen los resultados de sus negociaciones y forman parte integrante de esta Acta Final" (OMC, 1994, p. 9)

Dicha Acta Final se encuentra compuesta de los siguientes documentos:

- Acuerdo por medio del cual se establece la Organización Mundial del Comercio
- Anexo 1A (Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías)
- Anexo 1B (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios)
- Anexo 2 (Entendimiento sobre Solución de Diferencias)
- Anexo 3 (Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales)
- Anexo 4 (Acuerdos Comerciales Plurilaterales)
- 3 Declaraciones Ministeriales
- 30 Decisiones Ministeriales

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio entra a formar parte de los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, dentro del Anexo 1A.

“El fin que persigue la OMC dentro del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) consiste en impedir que un país adopte reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad que se conviertan en obstáculos innecesarios o restricciones al comercio. Sin embargo, el AOTC prevé para los países miembros de la OMC mecanismos para que éstos puedan implementar medidas con el fin de que puedan alcanzar objetivos normativos siempre que estos sean legítimos y guarden armonía con la normativa internacional, tales como la protección de la salud y la seguridad de las personas o la protección del medio ambiente. Es decir, todos los países miembros pueden adoptar reglamentos técnicos y normas diferentes, bajo la recomendación del AOTC de que los Miembros utilicen las normas internacionales para que de esta manera existan condiciones de comercio transparentes”. (OMC, s.f.)

Es decir, el AOTC procura implementar el uso y aplicación de normas internacionales para los países adscritos a la OMC, con el fin de guardar una homogeneidad entre los países miembros para así reducir los índices de problemática que trae consigo el comercio transfronterizo y sobre todo, evitar la creación o adopción de obstáculos técnicos para el comercio, que pueden consistir en reglamentos, normas técnicas y/o procedimientos para la evaluación de la conformidad, que podrían ser impuestas por un país de manera arbitraria.

Finalmente debemos determinar la finalidad del AOTC, la cual es evitar y prohibir que los países miembros de la OMC adopten normas, reglamentos o leyes que afecten al comercio y por ende, que se conserven las buenas relaciones comerciales entre los mismos, sobre todo cuando las medidas

que restringen al comercio se consideren innecesarias y cuando éstas afecten al comercio por ser un obstáculo.

Resulta lógico entonces que los países miembros del GATT y quienes estén adscritos al Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, acaten estos principios y reglas que han sido plasmados para lograr un bien común, y una de las maneras es evitando crear deficiencias en la producción de los países o en el comercio de bienes y servicios.

Bajo un concepto similar, los países que conforman la CAN, -que tiene como fin la integración regional-, cuentan con órganos como la Secretaría General y del Tribunal de Justicia, que están encargados también de regular el comercio intrasubregional; y, es esta última la institución encargada de solucionar las controversias que se deriven por imposición de medidas que resulten un obstáculo técnico comercial o restricción.

Este proceso de integración cuenta con extensa normativa que se refleja bajo las Decisiones adoptadas por la CAN, las cuales abarcan y regulan todos los temas relacionados al comercio de bienes y servicios transfronterizo, y así mismo, se rige bajo principios internacionales de comercio, como veremos a continuación. El artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que *las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina*. Y a continuación de éste, el artículo 3 establece:

“Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones 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.” (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996)

Del contenido de los citados artículos se desprende el deber que tienen los estados miembros de cumplir con lo establecido en las Decisiones desde que estas son aprobadas en base a los principios de aplicabilidad inmediata y efecto directo.

Para garantizar las buenas relaciones comerciales entre los países que son signatarios de convenios o que pertenecen a una organización comercial, existen principios a más de los propios –en el presente caso de la Comunidad Andina- que son primordiales y que deben ser acatados y puestos en práctica, con el fin de preservar las buenas relaciones entre los países miembros y su comercio en sí. Por lo que analizaremos tres principios que son importantes para la elaboración de este trabajo.

1.2.2. Principios de No discriminación, Nación más favorecida (NMF) y trato nacional

1.2.2.1. Principio de No discriminación

Como marco base tenemos al principio de no discriminación, determinado en el artículo XIII del GATT, el mismo que establece que:

“ningún país miembro podrá implementar medidas restrictivas o prohibiciones para la importación/exportación de productos, excepto cuando se imponga una restricción o prohibición similar a la importación/exportación de productos para un país tercero. El trato que se les dé a los productos provenientes de otro país miembro de la región, debe ser paralelo al de los productos nacionales, sin que este trato dependa de su nacionalidad u origen”. (GATT, 1947, p. 524)

Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado:

“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio conciernen a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales (...) En consecuencia (...) los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no solo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3 (...)”.

(Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1999)

Este principio es fundamental dentro del marco jurídico de la OMC y de la Comunidad Andina, ya que de él se derivan los principios de trato nacional y nación más favorecida en el contexto del comercio de mercancías que describiremos a continuación.

“El principio de no discriminación tiene por fin asegurar que todas las externalidades vinculadas con la relación de intercambio se reflejen en un precio mundial único”. (OMC, 2007)

1.2.2.2. Principio de Nación más favorecida (NMF)

El principio de nación más favorecida, comprendido en el artículo I del GATT, es fundamental en todo tratado o convenio comercial, ya que este vela por la equidad e igualdad de condiciones que deben recibir los países miembros. Consiste en que si un país miembro resuelve quitar una medida restrictiva o gravamen, o de alguna manera otorga un beneficio hacia otro país miembro, los demás países miembros tienen el derecho de reclamar el mismo beneficio a

favor de ellos y el país otorgante, en nombre de este principio debe concedérselo. De manera, que si el país otorgante se negare, los demás países podrían iniciar acciones legales o administrativas en contra del mismo.

El Artículo 1, numeral 1 del GATT define el principio de Nación más favorecida en los siguientes términos:

“(...) Cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado” (GATT, 1947)

De esta manera, se evidencia la automatización de la aplicación del principio NMF, ya que un beneficio otorgado a un país miembro, es aplicable a los demás países miembros de manera automática para el mismo producto o uno similar.

“El principio NMF, como uno de los principios rectores dentro de los acuerdos firmados en la OMC, establece que un país no deberá dar a ninguno de los países miembros un trato inferior respecto del trato que le dé a un país, al cual favorezca o beneficie por medio de políticas comerciales. En base a este principio, los países se deben dar entre sí un trato equivalente, además esto significa que cada vez que otorgue un beneficio o ventaja con un país, deberá hacerlo con el resto de países de manera automática. Este principio a su vez tendrá sus excepciones, las cuales se admitirán solamente cuando países de una determinada región o gremio firmen acuerdos de libre comercio que no apliquen a los países que están fuera de dicha región o grupo”. (Reina, Gamboa y Guerra, 2004, p. 9)

Al respecto del principio NMF, la OMC ha manifestado:

“El principio de la nación más favorecida (NMF) estipula que cada Miembro debe conceder a los productos procedentes de todos los demás Miembros el mismo trato que concede a los de su asociado comercial más favorecido; en otras palabras, se prohíbe a los Miembros discriminar entre sus asociados comerciales” (OMC, 2007)

En conclusión, el principio de nación más favorecida tiene su ámbito de aplicación dentro de los países que sean miembros de algún acuerdo, convenio o contrato comercial, como lo son los países de la región andina, miembros de la CAN, por lo que un país al otorgar un beneficio a otro, automáticamente está en la obligación de otorgar el mismo beneficio o uno muy parecido a los demás países miembros, evitando de esa manera darles un trato menos favorable al resto de socios económicos respecto de los bienes y/o servicios que se comercialicen. Para que este principio sea aplicable de manera integral, debe haber reciprocidad entre los países contratantes.

1.2.2.3. Principio de Trato nacional

El principio de trato nacional, igualmente, se encuentra determinado en el GATT, de manera específica en su artículo III y puede describirse como el principio por el cual un país miembro debe dar el mismo trato a los bienes y servicios provenientes de otro país miembro que entran a su territorio, respetando la igualdad de condiciones que adquieren tanto los productos nacionales, como los productos extranjeros.

“Este principio se encuentra consagrado en la mayoría de acuerdos de libre comercio clásicos y, prácticamente en todos los modernos: Así, lo encontramos contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y en el Acuerdo de Marrakech de 1994, a través del cual se

constituyó la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros”
(Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004)

El Artículo 3, numeral 4 del GATT define el principio de Trato Nacional en los siguientes términos:

“Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior” (GATT, 1947)

Es decir, que los productos importados deben recibirse en el país de destino con un trato igual al de los productos nacionales a pesar de cualquier reglamento, ley o medida administrativa prescrita que pudiera afectar la libre comercialización de dichos productos, así como su traslado, distribución y posterior usanza en el mercado destino.

Al respecto de este principio, la OMC ha manifestado lo siguiente:

“El concepto de trato nacional supone que, una vez que las mercancías importadas han entrado al mercado nacional, en principio no deberían ser tratadas de manera diferente a las mercancías nacionales” (OMC, 2007)

Es decir, que este principio implica el otorgamiento de un mismo trato a diferentes socios económicos independientemente de su procedencia, es decir, sin importar si son nacionales o extranjeros, para lo cual los bienes importados y los bienes producidos en el país deben gozar del mismo trato luego de que los bienes extranjeros hayan ingresado en el mercado nacional.

Respecto del principio de Trato Nacional, se debe remarcar que éste comparte la base no discriminatoria del principio NMF, pero en este caso se aplica entre los productos extranjeros y los nacionales. *“Esto significa que, una vez el producto extranjero ha entrado en el mercado local, debe recibir el mismo trato que los productos domésticos. El trato que reciben los bienes y servicios extranjeros, las normas de propiedad intelectual aplicadas a estos y las normas sobre inversión extranjera, deben ser iguales a los aplicados a los productos locales”*. (Reina, Gamboa y Guerra, 2004, p.9)

En concordancia con el GATT, el AOTC, dentro de su artículo 2, numeral 2.1 hace mención al principio de Trato Nacional de la siguiente manera:

“Las Partes velarán por que los reglamentos técnicos y las normas no se elaboren, adopten o apliquen con el fin de crear obstáculos al comercio internacional. Además, en relación con dichos reglamentos técnicos o normas, darán a los productos importados del territorio de cualquiera de las Partes un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. También velarán por que ni los reglamentos técnicos y normas propiamente dichos ni su aplicación tengan por efecto la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional”. (AOTC, 1979)

Del texto anterior se desprende que el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio hace referencia a los reglamentos y normas técnicas, las cuales deben cumplir con el requisito de no convertirse en obstáculos técnicos para el libre comercio, que tengan un efecto perjudicial para los productos extranjeros.

Como veremos más adelante, este principio también se encuentra en el artículo 9 de la Decisión 376 de la CAN sobre el Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología.

En conclusión, la base de este principio, tal como su nombre lo explica es que se les dé un trato de igual jerarquía, tanto a los productos nacionales, como a los productos importados dentro del territorio de destino, para lo cual es necesario que no existan barreras innecesarias que dificulten el proceso de comercialización de los productos, ya sea por medio de procesos engorrosos aduaneros o por leyes que restrinjan derechos sobre las importaciones o exportaciones que puedan poner en riesgo el trato que se les da a los productos no nacionales y que posteriormente pueda considerarse un trato discriminatorio, causando así una restricción comercial que deberá resolverse de acuerdo a las leyes aplicables.

1.2.3. La normativa comunitaria sobre las restricciones comerciales

Las restricciones comerciales, al igual que los gravámenes, se encuentran regulados y definidos en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, que trata sobre el Programa de Liberación de bienes, en el cual a su vez se da una definición sobre las restricciones o gravámenes. Es así que el artículo 72 del mencionado cuerpo normativo, manifiesta lo siguiente:

“Artículo 72.- El Programa de Liberación de bienes 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”. (Acuerdo de Cartagena, 1996)

Del artículo citado se desprende que el programa de liberación de bienes establece que no se debe crear gravámenes o restricciones comerciales no justificadas que afecten al libre comercio de bienes pertenecientes a los países miembros de la Comunidad Andina.

Respecto del tema, el Tribunal ha sostenido, en concordancia con el artículo 72, que el programa de liberación “*comporta dos clases de obligaciones para los Países de la Comunidad: de una parte, dejar de aplicar y derogar todas las normas que establezcan gravámenes o restricciones de todo orden a las*

importaciones provenientes de la Subregión y, de otra, abstenerse de imponerles nuevos gravámenes o restricciones, salvo las disposiciones de excepción previstas en el propio Acuerdo”.(Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2000)

De esta manera, los países miembros están sujetos a obligaciones de hacer y no hacer, a fin de proteger el programa de liberación contenido en el Acuerdo de Cartagena

Luego, en el artículo 73, se explica qué se entiende por restricción o gravamen:

“Artículo 73.- 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 quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

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”. (Acuerdo de Cartagena, 1996)

Al analizar el artículo citado, se pueden determinar dos situaciones jurídicas:

1. Que una restricción constituye cualquier acto, ya sea este administrativo, cambiario o financiero, por medio del cual, un país de manera exclusiva impida o torne dificultoso el ingreso de bienes provenientes de países miembros de la Comunidad Andina; y,
2. Los actos o razones que constituyen una excepción a este artículo, son aquellos dirigidos a velar por la protección de bienes jurídicos como la salud, patrimonio nacional, entre otros.

Es importante remarcar que los países que decidan implementar una medida de este tipo, deben justificar ante la CAN con argumentos válidos y certeros la excepción a la que se acojan, por la cual adopten cierta restricción, quedando bajo el criterio de este órgano el resolver si se la acepta o no, tal como lo manifiesta el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

Los criterios que deben justificarse según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son:

1. “No ser discriminatorias, garantizando el principio de trato nacional
2. La medida debe guardar relación de causalidad con el objeto de su aplicación
3. La medida debe ser proporcional al objetivo específico al cual se dirige
4. Dicha medida debe tener el carácter de insustituible, es decir, que su objeto no pueda ser alcanzado bajo otros medios que sean menos

restrictivos al comercio”. (Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, 2004)

De esta manera, la aplicación de los artículos contenidos en el programa de liberación de mercancías es de obligatorio cumplimiento para quienes conforman la Comunidad Andina, el artículo 76 hace referencia al carácter automático e irrevocable de dicho programa.

Finalmente, el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena, de manera clara manifiesta la prohibición que tienen los países miembros de adoptar medidas que resulten un gravamen o una restricción para las mercancías de origen subregional.

“Artículo 77.- Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión”. (Acuerdo de Cartagena, 1996)

Otro cuerpo normativo, la Decisión 376: Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología, hace referencia a las restricciones en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7.- Las normas, reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad que los Países Miembros elaboren, adopten, apliquen o mantengan, no deberán tener por objeto o efecto crear obstáculos técnicos al comercio intrasubregional.

ARTÍCULO 8.- Si un País Miembro considera que las normas o reglamentos técnicos nacionales, o los procedimientos para la evaluación de la conformidad de otro País Miembro, constituyen restricciones técnicas al comercio, o menoscaban sus derechos derivados de esta Decisión, podrá celebrar consultas con el País Miembro que adopte la medida, solicitar la intervención técnica del Comité o bien acudir a la Junta para que ésta se pronuncie de

conformidad con lo dispuesto en el Artículo 43 del Acuerdo, y de encontrar la Junta que existe una restricción ordenará el levantamiento de la medida. (...)” (Decisión 376, 1995)

Entonces, si existen indicios o se constata que un país miembro está implementando una medida que resulte restrictiva para el comercio intrasubregional, y esta medida no es justificada, tanto la CAN por medio de la Secretaría General, como los países miembros o terceros afectados, podrán realizar consultas al país que esté adoptando la medida, e incluso solicitar la intervención de la autoridad comunitaria a fin de que la misma se manifieste respecto de si constituye o no una medida restrictiva y ulteriormente tome las acciones correspondientes contra dicho país miembro, en caso de declararlo infractor.

Esto se debe a las facultades que el derecho comunitario otorga a todos aquellos personajes que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, que se encuentran legitimados para accionar sus derechos, así como las facultades que ostenta la Secretaría General, dentro de las cuales está la de investigar de oficio cuando existan indicios de una conducta infractora que esté en contra del ordenamiento jurídico andino y sus principios, lo cual brinda seguridad jurídica para quienes se crean afectados, sin embargo no es suficiente asegurar las facultades de iniciar una acción por la afectación de algún derecho adquirido por ser parte del ordenamiento jurídico comunitario, sino que esto debe complementarse con la efectividad del sistema de soluciones de conflictos y sus sanciones.

1.2.4. ¿Qué se considera como restricción?

El Tribunal de Justicia de la comunidad Andina ha interpretado que *“por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones. Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional. Las medidas administrativas pueden incluir*

desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta limitaciones directas a las importaciones. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1997)

Es importante aclarar que el concepto de restricción incluye la adopción de cualquier medida que resulte desproporcionada o desmedida en relación al objetivo que la misma persigue, aunque dicha medida se encuentre con apego al derecho nacional.

En concordancia a lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de su sentencia No. 2-AI-97, se ha expresado sobre las restricciones en los siguientes términos:

“Enmarcando esta situación fáctica a lo que se comprende o entiende por restricción -dificultar o hacer más difícil la libre circulación de mercancías- las solicitudes y aprobaciones de licencias por una autoridad gubernamental, caen bajo el contenido de restricciones, que es lo que el Acuerdo de Cartagena trata de eliminar en la circulación de bienes en el área Subregional”. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1998)

Toda vez que se ha determinado el concepto de las restricciones comerciales, es importante así mismo definir el procedimiento que sigue la CAN para determinar si una medida, adoptada unilateralmente por un país miembro constituye restricción o gravamen.

Dicho procedimiento se encuentra establecido en la Decisión 425, de manera específica en los artículos 46 a 55, los cuales establecen las reglas para determinar si una medida unilateral constituye o no restricción o gravamen.

En este sentido, el procedimiento puede empezar una vez exista una queja o manifestación proveniente de uno o varios de los países miembros; o de oficio por la Secretaría General de la CAN; o inclusive de cualquier particular que se vea afectado, con lo cual se da inicio a la investigación. Iniciada la investigación, la Secretaría General exigirá al país miembro sujeto a investigación una explicación acerca de la naturaleza y contenido de la medida adoptada que ha sido acusada de constituir gravamen o restricción; posterior a esto, la Secretaría General deberá solicitar a los demás países miembros que expresen su opinión respecto de la medida en cuestión; y, por último, la Secretaría General deberá, mediante una resolución debidamente motivada exponer las razones por las cuales dicha medida constituye restricción o gravamen, las normas comunitarias que se están violentando o incumpliendo, y a su vez conceder un plazo acorde a la necesidad del caso para que tal medida sea retirada. También se deberá anticipar las normas comunitarias que se estarían incumpliendo en caso de que dicha medida no sea retirada.

De esta manera, al seguir el procedimiento antes descrito, se garantiza tanto el derecho de defensa del país que ha impuesto la medida como el derecho de opinar sobre ella que asiste a los demás países miembros, y se propicia el cumplimiento de la normativa comunitaria. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1999)

Sin embargo, el problema yace en los efectos que causa dicha resolución, ya que si bien a través de ésta, la Secretaría General puede ordenar que la medida en cuestión sea retirada, como se puede observar, la norma comunitaria no ha reforzado su sistema sancionatorio, por lo que si el país infractor hiciere caso omiso a la resolución, no hay efectos ulteriores.

1.2.5. Normativa nacional sobre la materia y su relación con la normativa comunitaria

Una vez que se han desarrollado los principios generales de comercio así como la normativa comunitaria, es importante revisar la normativa nacional

para evaluar su armonía. Así, en materia de comercio exterior, importaciones y exportaciones, el Ecuador cuenta con normativa que regula los aspectos referentes a la producción, inversiones, comercio, así como la imposición de medidas arancelarias y no arancelarias, el régimen nacional aduanero y sus procesos. Este conjunto de normas regulatorias se encuentran en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, de ahora en adelante “COPCI”; y, en el Reglamento de Aplicación del Libro IV del mismo; los cuales analizaremos a continuación.

El artículo 4 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI, 2010) hace mención a los fines que persigue dicho cuerpo normativo, como son la transformación de la Matriz Productiva, el incentivo a la producción nacional, el fortalecimiento del control estatal en materia de comercio exterior, el establecimiento de los principios e instrumentos fundamentales de la articulación internacional de la política comercial de Ecuador; la potenciación de la sustitución estratégica de importaciones; y las supuestas facilidades para realizar las operaciones de comercio exterior; entre otros.

En el Capítulo II, que trata sobre los principios generales, el artículo 17 expone el principio de “trato no discriminatorio” el mismo que establece que tanto inversionistas nacionales y extranjeros, así como todos los que conforman el aparato económico gozarán de igualdad de condiciones en lo que concierne al comercio de las mercancías, evitando ser objeto de medidas arbitrarias, recibiendo por parte del estado la misma protección a sus inversiones que las brindadas a los nacionales.

En el COPCI, así mismo, se reconoce la libertad de importación y exportación de mercancías en su artículo 19, literal c), del Capítulo III De los derechos de los inversionistas, los mismos que según este artículo deben estar de acuerdo a lo que establecen los convenios internacionales de los que Ecuador forma parte.

Tal parece que el espíritu de la norma jurídica citada es el fomentar la libre circulación de mercancías, con apego a la normativa internacional, puesto que reconoce la “libertad de importación y exportación de mercancías” y además establece que se debe respetar los convenios internacionales. En este caso, se debería entonces aclarar, que si el Ecuador es parte de la Comunidad Andina de Naciones, nuestras normas internas, resoluciones o reglamentos, en ningún caso deberían violentar lo establecido por la normativa comunitaria, ya que de esa manera se estaría incumpliendo con los principios del derecho comunitario que hemos revisado, como son la primacía, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata.

El Libro IV del mismo cuerpo normativo, entra concretamente a regular la materia de interés del presente trabajo. El título II de este libro es el que más nos interesa para el análisis de la problemática de la Resolución 116 emitida por el COMEX, ya que como veremos, es allí donde se sistematizan los procedimientos y requerimientos para la aplicación de una medida no arancelaria.

El título II del libro IV del COPCI establece:

“Art. 78.- Medidas no arancelarias.- El Comité de Comercio Exterior podrá establecer medidas de regulación no arancelaria, a la importación y exportación de mercancías, en los siguientes casos:

- a. Cuando sea necesario para garantizar el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de la República;
- b. Para dar cumplimiento a lo dispuesto en tratados o convenios internacionales de los que sea parte el Estado ecuatoriano;
- c. Para proteger la vida, salud, seguridad de las personas y la seguridad nacional;
- d. Para garantizar la preservación del medio ambiente, la biodiversidad y la sanidad animal y vegetal;

- e. Cuando se requiera imponer medidas de respuesta a las restricciones a exportaciones ecuatorianas, aplicadas unilateral e injustificadamente por otros países, de conformidad con las normas y procedimientos previstos en los respectivos acuerdos comerciales internacionales y las disposiciones que establezca el órgano rector en materia de comercio exterior;
- f. Cuando se requieran aplicar medidas de modo temporal para corregir desequilibrios en la balanza de pagos;
- g. Para evitar el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y,
- h. Para lograr la observancia de las leyes y reglamentos, compatibles con los compromisos internacionales, en materias tales como controles aduaneros, derechos de propiedad intelectual, defensa de los derechos del consumidor, control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional, entre otras”. (COPCI, 2010)

Complementando el artículo anteriormente citado, se debe destacar que el Estado podrá establecer medidas no arancelarias para la protección de sus intereses, siempre que estas sean compatibles con los tratados internacionales de los que el Ecuador forme parte.

La norma, además establece los mecanismos que serán utilizados para lograr la adopción e implementación de estas medidas restrictivas, de las cuales, nos interesa el análisis de las reglamentaciones técnicas, debido a que la Resolución 116 del COMEX fue emitida en base a la exigencia de un documento adicional como es el certificado de reconocimiento.

El artículo 82 del COPCI establece lo siguiente:

“Art. 82.- Mecanismos.- Entre las medidas no arancelarias que prevé esta normativa se encuentran los contingentes no arancelarios, las licencias de importación, las medidas sanitarias y fitosanitarias, las reglamentaciones técnicas; y cualquier otro mecanismo que se

reconozca en los tratados internacionales debidamente ratificados por Ecuador.

Los requisitos y procedimientos para la aplicación de estas medidas se establecerán en el reglamento a este Código.” (COPCI, 2010)

Se podría decir que, según nuestra legislación, el Ecuador tiene la potestad de presentar las normas y reglamentos técnicos que considere necesarios con el fin de proteger su producción nacional. Sin embargo, se encuentran sujetos a la condición de que para que estas medidas sean efectivas, no deben constituir ningún tipo de obstáculo que afecte el libre desarrollo del comercio intracomunitario.

También es importante analizar los procedimientos y la administración aduanera, ya que es el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) quien está a cargo del control aduanero y es ante este organismo que se debe presentar el certificado de reconocimiento sujeto a reglamentos técnicos, como veremos a continuación.

El artículo 104 del COPCI establece los principios fundamentales del régimen aduanero, como la facilitación del Comercio Exterior, la cooperación e intercambio de información a nivel nacional e internacional, la buena fe, etc.

Es necesario resaltar que su literal a) se refiere a la eficiencia de los procesos de aduana, los mismos que en el caso en concreto que se estudia, no pueden darse de tal forma debido a que la presentación del certificado de reconocimiento que se exige para la importación de las mercancías, hace que el proceso se retrase y se torne complicado, al respecto la Secretaría General ha manifestado:

“el mencionado certificado de reconocimiento debe presentarse como un documento de soporte de la Declaración Aduanera para todas las mercancías embarcadas a partir de la entrada en vigencia de la

resolución y del correspondiente Reglamento Técnico Ecuatoriano (RTE-INEN), y sus posteriores reformas o modificaciones”. (Resolución 1695, 2014)

Por otro lado, en lo que corresponde al literal c) del artículo 104 (COPCI, 2010) sobre la cooperación e intercambio de información, se debe entender que este literal procura el cumplimiento del Estado de notificar tanto nacional como internacionalmente cualquier información que sea necesaria para el buen funcionamiento del comercio exterior y la preservación de las relaciones comerciales entre los países miembros. En el presente caso, el Ecuador debió notificar la adopción de la medida mediante el Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT); sin embargo este acto fue omitido en el proceso correspondiente a la Resolución 116.

Como norma complementaria al COPCI está el Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en materia de política comercial, sus órganos de control e instrumentos, de ahora en adelante “el reglamento”.

Este cuerpo normativo, en su Título II, contiene la base legal en la que se sustenta la medida adoptada por el COMEX, es decir la Resolución 116.

Así, el artículo 15 (COPCI, 2010) manifiesta que toda medida que el gobierno adopte, relacionada a comercio exterior, deberá sujetarse a los tratados y convenios internacionales de los cuales Ecuador sea parte.

En complemento a lo anterior, cabe mencionar que Ecuador al ser parte de la Comunidad Andina debe adoptar e implementar medidas o regulaciones sobre comercio exterior siempre que estas estén sujetas y de acuerdo a lo establecido por el Acuerdo de Cartagena y las Decisiones de la CAN, de lo contrario, no tendría sentido que sea parte la Comunidad Andina, ya que no

aportaría y probablemente entorpecería el proceso de integración, razón de ser de la CAN.

En el mismo título, se encuentra el Capítulo II Medidas No Arancelarias en materia de Comercio Exterior y dentro de su sección I se hallan delineados los procedimientos para el establecimiento de estas medidas.

El artículo 19. establece que el COMEX podrá adoptar medidas de carácter no arancelario frente a las importaciones, los cuales podrán fundamentarse en mecanismos como las licencias de importación, contingentes arancelarios, medidas sanitarias y fitosanitarias, también se encuentran entre estos mecanismos los reglamentaciones técnicas y evaluaciones de la conformidad, las disposiciones emitidas por la aduana, entre otros; todos estos debiendo estar en armonía con los tratados y convenios internacionales que hayan sido ratificados por el Ecuador. *(Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Materia de Política Comercial, sus órganos de control e instrumentos, 2011)*

El artículo 20 establece la facultad que tienen las instituciones públicas para regular temas relativos a normatividad técnica, salud pública, ambiente y seguridad nacional, así como medidas sanitarias y fitosanitarias, por lo que pueden adoptar medidas no arancelarias dentro del ámbito de su competencia, cuando crean necesario, siempre que haya una emergencia de por medio que comprometa la salud y la vida de las personas, animales o vegetales, debiendo siempre tomar en cuenta tanto la legislación nacional como internacional.

Además deberán notificar la medida a adoptarse, su tiempo de duración y los motivos de su aplicación al COMEX. *(Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Materia de Política Comercial, sus órganos de control e instrumentos, 2011)*(El énfasis me pertenece)

Como veremos en el siguiente capítulo, el gobierno ecuatoriano ha señalado que la medida adoptada por el COMEX (Resolución 116) es un procedimiento administrativo interno. El procedimiento exige la presentación de un documento de soporte de declaración aduanera, con el fin de precautelar la calidad de los productos y velar por la salud de las personas que los consumen, sin embargo no ha podido demostrar la situación emergente que debe existir para poder establecer dicha medida restrictiva, tal como lo establece el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.

Ahora bien, el Reglamento también trata sobre los tipos de medidas no arancelarias. Debido a que la resolución 116 del COMEX exige la presentación de un certificado que debe ser elaborado en base a reglamentos técnicos, vamos a hacer énfasis en las reglamentaciones técnicas.

“Art. 42.- De la expedición y exigibilidad.- Los reglamentos técnicos y las medidas sanitarias y fitosanitarias en materia de comercio exterior serán expedidos con el objeto de proteger la vida, la salud, seguridad de las personas, seguridad nacional, la preservación del medio ambiente, la biodiversidad y la sanidad animal y vegetal; las mismas se aplicarán en función del principio de no discriminación para los bienes de producción nacional e importados. Los reglamentos técnicos y las medidas sanitarias y fitosanitarias en materia de comercio exterior serán aprobados por el COMEX vía Resolución, o en la forma prevista para los casos de excepcionalidad señalados en este reglamento, salvo en aquellos casos que la ley establezca otra autoridad competente para el control de estas medidas (...).” (Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Materia de Política Comercial, sus órganos de control e instrumentos, 2011)

El citado artículo especifica claramente los objetivos que debe perseguir un reglamento técnico. Estos son los objetivos legítimos que se encuentran enmarcados en el ordenamiento jurídico comunitario.

El artículo 43 del Reglamento, trata sobre las directrices para la elaboración de los reglamentos técnicos, menciona que los mismos deberán ser elaborados, adoptados y aplicados de acuerdo a las directrices de acuerdos y tratados de los cuales el Ecuador forme parte.

Si observamos lo establecido por este artículo, los reglamentos técnicos que elabore, adopte y aplique el estado ecuatoriano deben estar de acuerdo a la normativa comunitaria. En el caso específico, entonces deberían estar acorde a las disposiciones de la Decisión 562 de la CAN. Este hecho no se ha cumplido, ya que el artículo 4 de la Decisión 562 establece la definición de Reglamento Técnico en los siguientes términos:

“Reglamento Técnico.- Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas. En el marco de la presente definición se consideran como Reglamentos Técnicos las Normas Técnicas declaradas obligatorias, o cualquier otra medida equivalente de carácter obligatorio que hayan adoptado o adopten cualquiera de los Países Miembros.” (Decisión 562, 2003)

Se desprende entonces que un reglamento técnico también puede constituirse a través de disposiciones administrativas de un país miembro.

Esto quiere decir, que la disposición administrativa de presentar el certificado de reconocimiento, que se encuentra establecida en la Resolución 116 del COMEX, es un procedimiento para evaluar la conformidad, por lo tanto, el gobierno ecuatoriano debió acatar lo dispuesto por el artículo 6 del mismo cuerpo normativo (Decisión 562) la que establece la prohibición de que los

reglamentos técnicos restrinjan el comercio transfronterizo más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, y que además se debe elegir una medida que no genere mayores costos de implementación y que a su vez sea de fácil cumplimiento para los usuarios y para el comercio intrasubregional.

De este análisis, se colige que claramente las disposiciones contenidas en la Resolución 116 del COMEX constituyen un procedimiento para la evaluación de la conformidad.

Dentro del ámbito comunitario, la Resolución 116 emitida por el COMEX, al exigir la presentación del certificado de reconocimiento, elaborados por el INEN y que debe cumplirse en función de reglamentos técnicos, no fue notificado por el estado ecuatoriano en el Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT), pues el mismo sustenta esta omisión, basándose en el argumento de que la Resolución 116 no constituye un reglamento técnico. Sin embargo, no considera la relación pre existente entre los reglamentos técnicos y dicho certificado, como tampoco considera que tal exigencia cabe en el concepto de procedimiento para la evaluación de la conformidad, ni lo establecido en el artículo 4 de la Decisión 562 en el cual se encuentran de manera clara las definiciones de las medidas antes mencionadas; por lo que debió notificarse la medida adoptada.

En el siguiente capítulo se detallará el procedimiento que los países miembros deben seguir para efectos de la notificación de proyectos de reglamentos técnicos y procedimientos de la evaluación de la conformidad de acuerdo a la normativa comunitaria, ya que son procedimientos obligatorios que deben cumplir los Estados miembros de la Comunidad Andina.

1.2.6. Proceso para adoptar una restricción según la legislación nacional

Dentro del Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones, se establece el procedimiento para la creación y adopción de una medida restrictiva. El artículo 19 y siguientes del

mencionado reglamento, determina el procedimiento que deberá seguirse para la adopción de una medida restrictiva del comercio.

El artículo 42, por su parte, determina que los reglamentos técnicos deberán ser expedidos con el fin de “proteger la vida, la salud, seguridad de las personas, seguridad nacional, el medio ambiente, la biodiversidad y la sanidad animal y vegetal; y que éstas medidas deberán aplicarse respetando siempre y en base al principio de no discriminación, tanto para los bienes o productos nacionales como extranjeros”. (Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Materia de Política Comercial, sus órganos de control e instrumentos, 2011)

Las directrices para la elaboración de los reglamentos técnicos se encuentran establecidas en el artículo 43 del reglamento, y éste simplemente sugiere que su elaboración, adopción y aplicación se fundamente en las directrices ya establecidas en los distintos cuerpos normativos de los acuerdos y tratados de los cuales el Ecuador sea parte.

Por último, el artículo 45 establece que a quien corresponderá realizar la notificación de la implementación de medidas de comercio exterior, es al Ministerio rector de comercio exterior.

De acuerdo a los artículos citados, según la normativa nacional, es totalmente posible la adopción de medidas no arancelarias que restrinjan el comercio exterior, siempre y cuando exista de por medio una situación de emergencia, por la cual la medida sea considerada insustituible, o que su objeto sea destinado a la protección de la vida humana, animal o vegetal.

Asimismo, se indica de manera reiterada en la norma que dichas medidas deben guardar conformidad con los convenios y tratados internacionales, no debiendo así omitir o desobedecer lo establecido en la normativa comunitaria.

De acuerdo a lo manifestado, el Estado ecuatoriano se encontraría incurriendo en lo que dentro del ordenamiento jurídico comunitario se conoce como “conducta infractora”.

Según el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500), la conducta infractora se puede constituir de varias maneras, que son: “la adopción de normativa interna que esté en disconformidad por lo establecido en la normativa comunitaria andina, por la omisión del cumplimiento de una obligación comunitaria, como lo sería el expedir cierta normativa que por medio de la misma asegure el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, o por cualquier acto u omisión que dificulte la aplicación del derecho comunitario andino en los países miembros. (Decisión 500, 2001) Por lo que el artículo 107 *ibídem* prevé la acción y procedimiento de la acción de incumplimiento, cuando se configura esta conducta infractora, la misma que se encuentra detallada en dicho artículo.

Por ello, en el siguiente capítulo detallaremos los requisitos exigidos por la normativa del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina para la implementación de medidas restrictivas de comercio, como el procedimiento de notificación a los países miembros, así como también estudiaremos la Resolución 116 del COMEX y la pondremos en contraposición con la normativa comunitaria, con el fin de comprobar la conducta infractora de la misma, y sus incongruencias con el ordenamiento jurídico andino.

2. Capítulo II: Resolución 116 del COMEX y el ordenamiento jurídico de la CAN

2.1. Naturaleza jurídica de la Resolución 116 del COMEX

La resolución 116 es un acto administrativo emitido por un organismo del gobierno central ecuatoriano, el Comité de Comercio Exterior “COMEX”, que es un cuerpo colegiado de carácter intersectorial público, que tiene su base legal en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, específicamente en su artículo 71 y 72.

2.2. Finalidad de la Resolución 116 del COMEX

Dicha resolución exige la presentación de un certificado de reconocimiento como documento de control a las importaciones para doscientas noventa y tres partidas arancelarias, esta exigencia observa requisitos de cumplimiento de la calidad de los productos, para que estos puedan ingresar al mercado ecuatoriano. De esta manera, al ser la resolución 116 un acto administrativo que rige sobre las importaciones, debería cumplir con las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario, del cual el Ecuador es parte.

A continuación analizaremos la Resolución 116 con detenimiento para dilucidar su verdadero objetivo y su incompatibilidad con la normativa comunitaria, en base a lo establecido por dicha normativa, la doctrina y jurisprudencia relativa a la imposición de medidas no arancelarias dentro del comercio subregional.

De acuerdo al considerando cuarto de dicha resolución, se puede desprender que la resolución pretende justificar la medida restrictiva impuesta haciendo referencia a la excepción contemplada en el artículo XX del GATT, con el fin de garantizar la salud y la vida de las personas y la preservación del medio ambiente; también se insinúa dentro de la normativa interna el derecho de las personas a disponer de bienes de óptima calidad y se hace referencia a derechos de defensa del consumidor.

Si hacemos un análisis de los considerandos de la Resolución 116 del COMEX podemos colegir que su elaboración ha sido orientada bajo la normativa de la Organización Mundial del Comercio, pues en ella se menciona al artículo XX “Excepciones generales” del GATT, al artículo 2 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, a las decisiones y recomendaciones del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, al Anexo 3 del AOTC “Código de Buena Conducta para la elaboración, adopción y aplicación de normas” de la OMC; y por el contrario, se toma en cuenta de manera marginal a la normativa comunitaria, mencionando tan solo el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563), lo cual pone en tela de duda la razón por la cual no se acogieron a la normativa comunitaria andina para la elaboración de dicha resolución, siendo ésta la normativa aplicable para efectos de comercio intrasubregional.

La resolución (Resolución 116, 2013) establece la presentación de los certificados de conformidad (INEN-1) a las importaciones de productos como medida de protección al consumidor ecuatoriano.

El gobierno ecuatoriano ha defendido reiteradamente que la resolución 116 del COMEX corresponde a un acto administrativo que contempla un procedimiento aduanero de carácter interno, que de esta forma, nada tendría que ver con los reglamentos técnicos y su elaboración.

La Resolución 116 en su considerando quinto, hace referencia a las disposiciones relativas a reglamentos técnicos establecidas en el artículo 2 del AOTC de la siguiente manera:

“Que el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio - AOTC de la OMC, en su Artículo 2 establece las disposiciones sobre elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos por instituciones del gobierno central y su notificación a los demás miembros;”

Luego, en su quinceavo considerando, hace referencia a la necesidad de presentar el certificado de conformidad expedido por el INEN, los cuales están sujetos a los reglamentos técnicos, en los siguientes términos:

“Que es necesario establecer como documento de control a las importaciones, los Certificados de Conformidad, (INEN-1) expedidos por el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN) para la demostración de la conformidad con RTE INEN en la importación de bienes manufacturados, sujetos a Reglamentos Técnicos Ecuatorianos, como medida de protección del consumidor ecuatoriano,” (Resolución 116, 2013)

Esto nos demuestra la contradicción entre lo establecido en la resolución 116 y lo alegado por el gobierno ecuatoriano, ya que, por un lado, el gobierno ecuatoriano ha sostenido que no se trata de reglamentos técnicos y por otro lado se debe observar que si en la resolución 116 se menciona a los reglamentos técnicos, las disposiciones sobre elaboración, adopción y aplicación de los mismos y la sujeción de los bienes manufacturados a estos, se entendería que es porque lo que se va a regular es un procedimiento para la evaluación de la conformidad a través de reglamentos técnicos.

La Secretaría General de la CAN, por medio de la Resolución 1695, dada en Perú el 6 de junio de 2014 se pronunció al respecto, manifestando que de acuerdo al artículo 4 de la Decisión 562 “Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel Comunitario”, el cual establece la definición de Reglamento Técnico; éstos incluyen también a las disposiciones administrativas que se apliquen para el cumplimiento de los mismos, y por lo tanto califica a la Resolución 116 como parte de un Reglamento Técnico. (Resolución 1695, 2014)

Por último, la Resolución 116 del COMEX en su parte resolutive, dispone:

“Artículo 1.- Reformar el Anexo I de la Resolución 450 del COMEXI, que contiene la Nómina de productos sujetos a controles previos a la Importación, incluyendo la presentación del “Certificado de Reconocimiento”, conforme el Anexo 1 de la presente Resolución.

Artículo 2.- El Certificado de Reconocimiento será exigible como documento de soporte a la Declaración Aduanera para todas las mercancías embarcadas a partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución y del correspondiente Reglamento Técnico Ecuatoriano (RTE-INEN) y de sus posteriores reformas o modificaciones”.
(Resolución 116, 2013)

De la cita anterior se puede considerar que la resolución 116 exige la presentación del certificado de reconocimiento a partir de la entrada en vigencia de dicha resolución; sin embargo el gobierno ecuatoriano no ha considerado que al ser este un procedimiento para la evaluación de la conformidad de los productos sujetos a reglamentos técnicos ecuatorianos, deben ser evaluados por organismos de evaluación de la conformidad debidamente acreditados, que, en el presente caso ha sido producto de quejas por parte de los gobiernos de Perú y Colombia debido a una supuesta inexistencia de los mismos; generando así trabas que imposibilitan el flujo comercial y configurándose una restricción al comercio. (Resolución 1695, 2014)

En cuanto a la vigencia de dicha resolución, la misma dispone que “*entrará en vigencia a partir del siguiente día de su notificación al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial*”. (Resolución 116, 2013). El gobierno ecuatoriano ha sostenido que no ha incumplido con el proceso de notificación hacia los demás países miembros, puesto que dicha resolución fue publicada en la página web del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), y que posteriormente, la misma se

publicó en el Registro Oficial Nacional. (Comunicación MCEVNIDC-2014-0084-O, 2014.)

Sin embargo, se configura un incumplimiento, puesto que no se ha tomado en cuenta que dicha resolución debió ser notificada de acuerdo a lo establecido por las Decisiones 562 y 615, las cuales establecen que todo proyecto de reglamento técnico o procedimiento para la evaluación de la conformidad deberá ser remitido a la Secretaría General de la CAN a través del portal de la página web SIRT, para que dichos proyectos sean evaluados acorde a la normativa comunitaria previo a su entrada en vigencia.

Es decir, la resolución 116 debió ser notificada como proyecto de reglamento técnico o como proyecto de procedimiento para la evaluación de la conformidad de manera directa a la Secretaría General de la CAN, por el COMEX, -órgano emisor de dicha resolución- para que una vez ésta sea evaluada, se la descarte o se la pueda notificar como reglamento técnico o procedimiento de evaluación de la conformidad, tal como lo establecen los cuerpos normativos citados en el párrafo anterior.

A lo anteriormente expuesto, se debe sumar la premisa de que cualquier ley, resolución o norma que tenga impacto sobre las relaciones comerciales regionales comunitarias debe estar sujeta a los principios establecidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino, es decir: no discriminación, trato nacional y nación más favorecida. Sin embargo, el gobierno ecuatoriano no ha considerado que el certificado de reconocimiento exigido a través de la Resolución 116 impone la presentación de un documento que sería adicional y que registraría tan solo para los productos importados, por lo que automáticamente se les estaría dando un trato menos favorable a estos bienes con respecto a los bienes nacionales, lo cual constituye una violación a los principios de trato nacional y no discriminación, y que a su vez resulta contrario al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Tanto así que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en varias ocasiones ha declarado a través de la jurisprudencia, los criterios que deben justificarse para la aplicación de medidas restrictivas y su armonía con los principios de no discriminación, trato nacional y nación más favorecida:

1. “No ser discriminatorias, garantizando el principio de trato nacional
2. La medida debe guardar relación de causalidad con el objeto de su aplicación
3. La medida debe ser proporcional al objetivo específico al cual se dirige
4. Dicha medida debe tener el carácter de insustituible, es decir, que su objeto no pueda ser alcanzado bajo otros medios que sean menos restrictivos al comercio”. (Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, 2004)

A continuación se estudiarán los objetivos que persigue la normativa andina, para posteriormente poder determinar las incongruencias que la Resolución 116 guarda respecto de la misma y el error del gobierno ecuatoriano al haber emitido la resolución 116 como medida paraarancelaria, así como se analizará si la medida cumple con los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2.3. Objetivos perseguidos por la normativa de la CAN

Para lograr un cabal entendimiento de los objetivos de la normativa comunitaria andina, debemos analizar sus normas, para lo cual es menester aclarar que dentro del ordenamiento jurídico andino existen dos tipos de normas que son las normas originarias y el derecho derivado.

“(…) las “primarias”, “institucionales”, “originarias” o “constitucionales”, referidas a todo lo que constituye el marco general de la Integración Andina y plasmadas en el Acuerdo de Cartagena, las contenidas en el

Tratado de Creación del Tribunal Andino, y en sus respectivos protocolos modificatorios. (Artículo 1º del Tratado de Creación).

Y las segundas, que integran el derecho “derivado” o “secundario” conformadas por las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General, como lo expresa el citado artículo 1º del Tratado de Creación y el Protocolo de Cochabamba (28 de Mayo de 1996) que contiene las modificaciones al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en proceso de ratificación. Del derecho derivado forman parte integrante, “las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores”. (Proceso 5-AN-97, 1998)

Dicho lo anterior, cabe dar paso a lo establecido, por un lado, por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual atribuye a cada uno de los Estados miembros una misma y esencial obligación, que no es más que la de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de la normativa que constituye el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como la obligación de no adoptar medidas que sean contrarias a dicha normativa, o, que de algún modo pueda obstaculizar su aplicación. (Decisión 472, 1996)

Por otro lado, el Acuerdo de Cartagena ha establecido una serie de compromisos determinados para los países miembros, relacionados de manera fundamental al proceso de integración comercial, cuyo cumplimiento lograría un exitoso proceso de integración regional.

En concordancia con el párrafo anterior, el Estatuto del Tribunal establece los actos que podrían configurar una conducta transgresora o infractora del derecho comunitario, como podría ser *el emitir normas internas que sean contrarias al ordenamiento jurídico andino; la omisión de normas necesarias para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico andino; y los actos u omisiones contrapuestos al ordenamiento comunitario que entorpezcan o dificulten su aplicación.* (Decisión 500, 2001)

El objetivo principal que persiguen estas normas es el conseguir la integración de los países miembros, con el propósito de mejorar la calidad de vida de los habitantes pertenecientes a dichos Estados, así como lograr un desarrollo económico que sea compartido y ecuánime y para ello se debe acatar lo establecido en las normas que han sido aceptadas por cada uno de los Estados miembros. (Acuerdo de Cartagena, 1947)

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha manifestado en los siguientes términos:

“El acuerdo de instituir el proceso de integración subregional y de crear la Comunidad Andina, por parte de los Estados Miembros, ha significado el establecimiento de fines propios de la Comunidad y, por tanto, la configuración de un interés comunitario, disciplinado y tutelado en el Acuerdo de Integración Subregional, orden jurídico fundamental para sus Estados Miembros y para los órganos e instituciones del Sistema (...) el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de los Países Miembros se constituye en un fin propio y en el interés fundamental de la Comunidad. Se trata de un bien jurídico digno de tutela que, puesto en relación con el objetivo del desarrollo, conduce a una concepción amplia de este objetivo, basada en las necesidades fundamentales de los habitantes de la Subregión. En este marco, se concibe el desarrollo de los Países Miembros como un proceso dirigido a procurar la satisfacción de las necesidades fundamentales de sus habitantes (...) En lo que concierne al mejoramiento del nivel de vida, es decir, de las condiciones económicas, sociales y culturales de los habitantes de los Países Miembros, su procuración, en tanto que finalidad del desarrollo y de la integración, pasa por el aumento de los niveles de renta real per cápita y por la evolución de una serie de indicadores económicos (...) pero también por la satisfacción progresiva de necesidades fundamentales como la alimentación, la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social”. (Proceso 137-IP-2003, 2003)

Un ejemplo de medidas que se han implementado para lograr el proceso de integración es la creación del programa de liberación del intercambio comercial que pretende eliminar las restricciones de todo orden que creen obstáculos técnicos al comercio y propende a poner en práctica principios como los de nación más favorecida y trato nacional a las mercancías provenientes de otros países miembros; así como la normalización técnica, cuyo sistema tiene por objeto facilitar el comercio intrasubregional a través de la mejora de la calidad de los productos y servicios; también están las Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario, entre otros. Esta última, la cual se encuentra establecida en la Decisión 562, la misma que a continuación analizaremos para efectos de la presente investigación.

2.3.1. Decisión 562 Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a Nivel Comunitario

La presente Decisión regula mediante directrices la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos para que los países miembros y a nivel comunitario se rijan por estos lineamientos y de esta manera no constituyan obstáculos innecesarios para el comercio intrasubregional. Para ello la Decisión 562 exige el cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos que deben tomarse en cuenta al momento de elaborar, adoptar e implementar un reglamento técnico.

Es en el artículo 4 de esta decisión que se encuentran establecidas las definiciones de varios términos técnicos; entre ellos está la definición de reglamento técnico:

“Reglamento Técnico.- Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables cuya observancia es obligatoria. También puede incluir

prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas. En el marco de la presente definición se consideran como Reglamentos Técnicos las Normas Técnicas declaradas obligatorias, o cualquier otra medida equivalente de carácter obligatorio que hayan adoptado o adopten cualquiera de los Países Miembros”. (Decisión 562, 2003)

En lo principal, esta Decisión establece que la elaboración, adopción e implementación de reglamentos técnicos deberán regirse bajo los principios de trato nacional, nación más favorecida, no discriminación, equivalencia y transparencia. (Decisión 562, 2003)

En cuanto, a los requisitos y criterios que la misma establece para la adopción de reglamento técnicos propios de un estado, se encuentran los siguientes:

- “Un reglamento técnico no debe restringir el comercio más allá de lo requerido para lograr un objetivo, siempre que este objetivo sea legítimo; para ello se debe tomar en cuenta cuáles serían los riesgos al no conseguir dicho objetivo bajo la medida adoptada y se debe optar por aquella medida que sea más cumplible para los usuarios y que genere menos costo de implementación.
- Los países miembros que decidan adoptar un reglamento técnico, deberán basarse en la normativa internacional, excepto cuando estas normas resulten ineficaces para lograr el objetivo legítimo que se persigue.
- Los reglamentos técnicos se constituyen por lo siguiente:
 - La finalidad del mismo y el objetivo legítimo, señalando los riesgos que se desea prevenir/evitar.
 - Los productos a los que se aplicará. (Sub partidas arancelarias NANDINA)
 - El contenido técnico del reglamento.

- Además deberá detallarse el procedimiento administrativo por medio del cual se efectiviza el reglamento técnico, que deberá comprender la base legal, autoridades, una descripción de dicho reglamento, y en sí todos los elementos que le permitan al usuario utilizarlo de una manera eficaz no discriminatoria.
- El plazo de publicación para su entrada en vigencia debe ser 6 meses después de haberse dado a conocer dicho reglamento técnico, a menos que sea urgente para poder lograr un objetivo legítimo.
- Se debe indicar claramente cuáles son las entidades encargadas de la evaluación de la conformidad, como indicar la autoridad local que verificará el cumplimiento del reglamento”. (Decisión 562, 2003)

Cabe recalcar, que el objetivo legítimo debe entenderse como un fin que guarda relación con la seguridad nacional; o que esté concatenado a la prevención de prácticas que puedan inducir a error a los consumidores; así como también se relacionen con el propósito de proteger la vida, la salud de las personas, animales y/o medio ambiente, de acuerdo al artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. (Acuerdo de Cartagena, 1947)

En esta Decisión se establece que la publicación de los proyectos de reglamentos técnicos en el registro oficial debe realizarse de manera simultánea a la notificación que los países miembros deben realizar a través de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Esta última debe realizarse con 90 días calendario de anticipado a su publicación oficial. Solo de esta manera podrá ser exigible para los demás países miembros. (Decisión 562, 2003)

A continuación analizaremos la Decisión 615 de la CAN que regula el Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica por medio del cual se deben realizar las notificaciones de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad.

2.3.2. Decisión 615 Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT)

Viéndose la necesidad de que los países miembros estén al tanto de los proyectos de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad que los mismos resuelvan implementar, se ha creado una plataforma en el internet que es el Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina, con el fin de proporcionar a los países miembros un medio de fácil acceso para que cumplan con la notificación de proyectos de reglamentos técnicos así como la notificación de los procedimientos de evaluación de la conformidad. En esta plataforma también es posible plantear consultas respecto de dichos reglamentos técnicos y/o procedimientos de la conformidad.

El artículo 3 de la presente Decisión establece el plazo para la notificación de los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, el mismo que no debe sobrepasar los treinta días calendario, luego de su publicación en el registro oficial de cada país miembro, debiendo ser notificado por la autoridad responsable que se haya designado en cada país. (Decisión 615, 2005)

“El Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica (SIRT) es un instrumento que facilita el cumplimiento de las obligaciones de notificar reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad de los Países Miembros y de la Comunidad Andina en su conjunto.” (Decisión 615, 2005)

2.3.3. Decisión 506 Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina

Esta decisión establece las disposiciones referentes a la aceptación y el reconocimiento de los certificados de productos que se comercializan dentro de

la comunidad andina, los cuales deben estar en armonía con los reglamentos técnicos del país miembro destino.

Así, con el fin de simplificar los procesos de evaluación de la conformidad de los países miembros y proteger la competitividad de exportaciones de los mismos, la normativa contenida en esta decisión pretende dar la seguridad a los países miembros destino o receptores de los productos, que éstos productos ya han sido evaluados en los países de origen y así evitar que los Estados miembro destino recurran a procedimientos adicionales de evaluación de la conformidad.

El artículo 2 se refiere al reconocimiento y la aceptación automática de los certificados de conformidad de productos provenientes de los países miembros, cuando estos sean emitidos por organismos de certificación debidamente acreditados por una entidad de acreditación nacional, la cual debe constar en la lista de entidades a cargo de la Secretaría General de la CAN. (Decisión 506, 2001)

El artículo 7 (Decisión 505, 2001) manifiesta que sin perjuicio de lo establecido, los países miembros deberán concordar sus reglamentos técnicos y sus normas técnicas con el fin de facilitar la aceptación automática de los certificados de conformidad y no imponer trabas que obstaculicen el comercio de los bienes.

De acuerdo a lo establecido en dichos artículos, se podría entender, que un país miembro tiene la obligación de aceptar de manera inmediata los certificados de reconocimiento de productos provenientes de otro país miembro, siempre que estos hayan sido emitidos por una entidad acreditada que se encuentre en la lista de la Secretaría General; y, por otro lado, tácitamente se podría interpretar que los países miembros a su vez están facultados para rechazar un certificado de reconocimiento cuando éste no

cumpla con los requisitos antes mencionados, pudiendo recurrir entonces a un proceso adicional de la evaluación de la conformidad.

El gobierno ecuatoriano, por medio de la resolución 116, ha establecido como proceso adicional la presentación de un certificado de reconocimiento “INEN 1” como documento de soporte a la declaración aduanera, para todas las mercancías importadas, sin especificar que este procedimiento se dará cada vez que se verifique que los certificados de conformidad no cumplan con los requisitos previstos, sino que de manera arbitraria ha sido impuesto como un procedimiento de evaluación de la conformidad adicional sin una base legal que sustente dicha acción.

Por otro lado, es muy importante tomar en cuenta lo manifestado en el artículo 8 de esta decisión, que declara:

“Artículo 8.- Las autoridades aduaneras correspondientes de los Países Miembros no podrán detener en frontera, por razones de normas y reglamentos técnicos, las mercaderías amparadas por las declaraciones de fabricantes y, a la vez, los certificados emitidos por organismos incluidos en el registro de que trata el artículo 2.” (Decisión 505, 2001)

De manera que en concordancia al artículo 8 de la Decisión referida, está expresamente prohibido que las autoridades aduaneras detengan el flujo de las mercancías de manera arbitraria, por el solo hecho de que no se presente este certificado de reconocimiento, que es justamente lo que ha venido sucediendo, por ello, países como Colombia y Perú, así como particulares se han pronunciado respecto de esta conducta injustificada que no es más que una restricción innecesaria al comercio intrasubregional.

2.4. Incongruencias entre la Resolución 116 y disposiciones de la CAN.

Para entender los inconvenientes que se presentan entre la normativa comunitaria y la resolución 116, proveniente del derecho interno ecuatoriano, conviene analizar uno de los principios fundamentales que ostenta el derecho comunitario, es decir el principio de primacía.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se ha manifestado sobre este principio en los siguientes términos:

“(…) el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía. Este tercer elemento dice relación con la capacidad que tienen sus normas de prevalecer sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, lo cual en la práctica se traduce en que el hecho de pertenecer al acuerdo de integración le impone a los Países Miembros dos obligaciones fundamentales dirigidas la una, a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y la otra, a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario”. (Proceso 34-AI-2001, 2002)

De la cita anterior se desprende que el derecho comunitario goza del carácter de preeminencia frente a las normas de derecho interno, lo que procura el cumplimiento de los deberes y obligaciones contraídos por cada país miembro que ha asumido dichas responsabilidades aceptándolas de manera libre y voluntaria.

En este sentido, el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expresa que todos los países miembros de la Comunidad Andina tienen dos obligaciones que cumplir, que son:

1. La obligación de adoptar e implementar medidas que tengan por fin la conservación y el aseguramiento del cumplimiento del ordenamiento jurídico andino.
2. La obligación de no adoptar medidas que obstruyan la aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, sean estas medidas de carácter legislativo, judicial o administrativo. (Decisión 472, 1996)

El gobierno ecuatoriano ha manifestado que lo establecido en la Decisión 506 no tiene relación alguna con el contenido de la resolución 116 del COMEX, alegando que ésta última constituye simplemente un procedimiento administrativo aduanero frecuente que se utiliza para el control aduanero, en base a reglamentos técnicos (Resolución 1695, 2014, p.2); lo cual evidentemente es una contradicción, ya que la Decisión 506, específicamente en su artículo 3 establece la aplicación de dicha decisión al reconocimiento y aceptación automática, por parte de los Países Miembros, de los Certificados de conformidad. (Decisión 506, 2001) Además se debe aclarar que el certificado de reconocimiento que se exige mediante la Resolución 116 del COMEX es elaborado por el INEN, mas no por la Administración Aduanera, por lo tanto, la resolución 116 no podría considerarse como un procedimiento administrativo aduanero, como lo contempla el gobierno ecuatoriano.

De todas formas, aun considerando el criterio del gobierno ecuatoriano, el cual defiende que la resolución 116 es un procedimiento administrativo aduanero frecuente, cabe recalcar que al ser una medida administrativa, también se encuentra considerada como una restricción al comercio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Decisión 562 de la CAN.

La Decisión 562, establece los requisitos y criterios a seguir para la adopción de reglamentos técnicos, y en su artículo 6 dispone que los reglamentos técnicos no deberán restringir el comercio más de lo estrictamente necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta que deben elegir aquellas medidas que generen menos costos para los usuarios y para el comercio intrasubregional. (Decisión 562, 2003)

En resumen, la Resolución 116 claramente constituye un procedimiento para la evaluación de la conformidad debido a que dicha resolución exige la presentación de un certificado de reconocimiento, lo cual se encuentra supeditado a la presentación y reconocimiento de certificados de conformidad de los productos importados, cuyos requisitos se encuentran establecidos en reglamentos técnicos.

Por lo tanto, debió ser notificada de acuerdo a lo establecido en las Decisiones 516 y 562 previamente revisadas.

Indiscutiblemente, el gobierno ecuatoriano se va en contra del principio de trato nacional consagrado en el ordenamiento jurídico andino, puesto que al ser el certificado de reconocimiento un documento adicional que solamente es exigido para productos importados, se estaría dando un trato menos favorable a dichos productos extranjeros provenientes de países miembros de la comunidad andina, y por lo tanto resulta también una disposición discriminatoria que contraviene el principio de no discriminación, sin perjuicio de que la misma por ende sea considerada como un obstáculo técnico restrictivo de comercio.

Por otro lado, la resolución 116 del COMEX establece como objetivo legítimo la protección de la vida y la salud de las personas, animales y vegetales, contemplado en el literal d) del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena; dicho artículo dispone las situaciones en las cuales una medida se podría excepcionar de ser una restricción al comercio.

Sin embargo, “jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reiteradamente ha señalado que para que dichas medidas puedan considerarse como una excepción de restricción comercial, deben cumplir ciertas condiciones:

5. “No ser discriminatorias, garantizando el principio de trato nacional
6. La medida debe guardar relación de causalidad con el objeto de su aplicación
7. La medida debe ser proporcional al objetivo específico al cual se dirige
8. Dicha medida debe tener el carácter de insustituible, es decir, que su objeto no pueda ser alcanzado bajo otros medios que sean menos restrictivos al comercio” (Resolución 1695, 2014, pp. 22, 23)

En virtud de lo señalado, se debe evaluar si dicha resolución cumple con los requisitos previamente citados.

En primer lugar, la resolución 116, sin lugar a dudas es una medida discriminatoria, en tanto su campo de aplicación se encuentra tan solo en los productos importados provenientes de cualquier país, sea o no miembro de la comunidad andina, por lo que no cumple con el primer requisito.

En segundo lugar, la resolución 116 no ha demostrado guardar una relación de causalidad con el objeto que persigue, puesto que la misma se introdujo con el objetivo de proteger derechos de las personas a consumir bienes de calidad que no menoscaben la salud de los mismos, así como de los animales y vegetación; sin embargo, la medida no es necesaria, en tanto y en cuanto existen normas dentro del ordenamiento jurídico andino que regulan la elaboración de los reglamentos técnicos que deben cumplir los productos para poder ser consumidos por las personas (Decisión 562) sin necesidad de obstaculizar el comercio de una manera segregacionista como lo pretende la resolución en contexto, hecho que hace que no sea proporcional al objetivo

específico que persigue, impidiéndole cumplir así con el tercer requisito antes mencionado.

Por último, la resolución 116 es una medida adicional, al exigir la presentación de un certificado de reconocimiento a los productos importados, puesto que existe normativa que regula el reconocimiento y la aceptación de dichos certificados entre los países miembros. Esta es la Decisión 506 “Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina”, la misma que establece un acuerdo de los países miembros en reconocer y aceptar los certificados de productos de manera automática, por lo que implementar otra medida, que además contradiga el objetivo de la mencionada Decisión, al no reconocer de manera inmediata los certificados provenientes de organismos de certificación debidamente acreditados, no se demuestra como necesaria, por tanto bajo ningún concepto ostenta el carácter de insustituible.

Esta resolución no acata los principios fundamentales del derecho comunitario que tienen por objeto lograr el programa de liberación comercial, como es el principio de trato nacional. El Tribunal de justicia se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera:

“El principio de “trato nacional” es inherente al proceso de integración, por ello los Países Miembros están obligados a no discriminar entre bienes nacionales y originarios de los demás Países Miembros, el alcance de dicha disposición, no se limita a impuestos, tasas y otros gravámenes internos, sino también a cualquier norma nacional que afecte la libre circulación de los productos en el interior del Estado y en el mercado comunitario. El respeto a dicho principio es fundamental para el pleno funcionamiento de la libre circulación de mercancías, que es la base de los compromisos de la integración andina”. (Proceso 134-AI-2003, 2004)

En conclusión, del hallazgo de la investigación contenida en este capítulo, se tiene que el gobierno ecuatoriano, por medio de la Resolución 116 del COMEX, ha implementado una medida no arancelaria que constituye una restricción al comercio intrasubregional; la misma que se resultaría ilegítima, puesto que no ha considerado a la normativa del ordenamiento jurídico andino, no respetando así el principio de supremacía existente entre estas normas frente a las normas internas de los países miembros, como a su vez no obedece el principio de no discriminación que incluye al principio de trato nacional, desarrollado anteriormente. De esta manera se estaría incumpliendo con el propósito de integración comercial y por supuesto, con el programa de liberación del comercio, contemplado en el Acuerdo de Cartagena, el cual mira hacia la eliminación de restricciones de todo orden, sean de carácter administrativo, monetario o financieras, que tengan incidencia sobre el comercio de productos provenientes de alguno de los países miembros, como consecuencia de una decisión unilateral de otro país miembro.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, a través de la resolución 1695, calificó a la medida implementada a través de la resolución 116 del COMEX como restricción al comercio y posteriormente ratificó el contenido de su resolución 1695 con la resolución 1716, luego de que Ecuador planteara el recurso de reconsideración.

Pese a esto, el Ecuador no ha dado cumplimiento al acto decisorio, es decir a la resolución 1695 de la Secretaría en la cual se ordena que Ecuador informe acerca del levantamiento de las medidas identificadas como restricción al comercio.

Dado este tipo de conflictos, la CAN ha provisto medidas tanto de carácter administrativo como judicial que están al alcance de los países miembros y de particulares, en caso de que se vean afectados por una medida unilateral adoptada por un país miembro, o cuando existan indicios de un supuesto

incumplimiento que de alguna manera contravenga al derecho comunitario, como detallaremos en el siguiente capítulo.

3. Capítulo III: Alternativas que tienen los estados miembros y los ciudadanos del Ecuador frente a la Resolución 116 del COMEX y frente al incumplimiento de la normativa comunitaria y la efectividad del sistema sancionatorio del Tribunal Andino

En el presente capítulo se detallarán las diferentes alternativas que pueden ejercer, tanto estados miembros como particulares dentro del ámbito comunitario frente a una medida que incumpla el ordenamiento jurídico andino y que por ende afecte al comercio de aquellos estados o particulares, como es el caso de la Resolución 116 del COMEX, para posteriormente examinar el incumplimiento que se genera frente a la Resolución 1695 emitida el 6 de junio de 2014 por la Secretaría General con la cual califica a la Resolución 116 del COMEX como restricción al comercio intrasubregional.

De esta manera, cuando por la adopción unilateral de una medida restrictiva de comercio por parte de un país miembro se vean afectadas las exportaciones de otro, este último tiene la facultad que le otorga el derecho comunitario para acudir ante la autoridad competente a través de una acción administrativa y posteriormente una acción jurisdiccional. Como primera opción está la Secretaría General de la CAN, a quien se le hace conocer de la medida adoptada por otro país miembro, exponiéndole las razones de por qué dicha medida afecta al comercio comunitario y se deberá consultar si se está incurriendo en un incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, a lo cual la Secretaría General dará una respuesta como veremos más adelante.

“La mayoría de consultas y denuncias que llega a la Secretaría General generalmente se resuelven allí mismo, algunos de ellas mediante un pronunciamiento formal sobre el incumplimiento de las normas. Sin embargo, en algunos casos, los incumplimientos persisten a pesar de la intervención de la Secretaría General, por lo que ésta se ve obligada a dirigirse al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para solicitar su pronunciamiento”. (Guatibonza, E., 2002, p. 53)

Como se detallará a continuación, por un lado, está la Secretaría General, en su calidad de órgano ejecutivo, quien tiene a cargo resolver en fase administrativa varias materias establecidas en el Acuerdo de Cartagena, entre ellas la determinación de restricciones y gravámenes. Además dentro de sus principales deberes se encuentra el de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por lo que ostenta un poder resolutivo autónomo. A su cargo también se encuentra la administración de la fase prejudicial de incumplimiento, el cual se encuentra regulado por su propio reglamento.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su calidad de órgano jurisdiccional, tiene a su cargo las facultades de solucionar las controversias de manera definitiva, cuyas competencias se encuentran establecidas en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su Estatuto (Decisión 500).

Así, para el desarrollo de este capítulo será indispensable la revisión de las Decisiones 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento), 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina), 500 (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y 472 (Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

Es importante remarcar que si bien cada país miembro tiene su propio ordenamiento jurídico, *el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina ostenta 3 características que le son inherentes, estas son: primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo* (Tangarife, M., s.f., pp.124-126), por lo que no necesita de norma interna alguna para entrar en vigencia y efectivizarse, y su cumplimiento es obligatorio para los países miembros. Esta última característica es indispensable ya que la misma comprende las acciones que las personas pueden ejercer para hacer cumplir el ordenamiento jurídico

comunitario y la obligación de los países miembros de acatar sus disposiciones y resoluciones.

3.1. Acciones en el ordenamiento jurídico de la CAN

Dentro de marco jurídico de la CAN se encuentra el Sistema Andino de Solución de Controversias, el mismo que se encuentra conformado por dos tipos de acciones en diferentes instancias, es decir: las acciones administrativas y las acciones judiciales.

Las acciones administrativas se encuentran a cargo de la Secretaría General, mientras que las acciones judiciales se encuentran a cargo del Tribunal de Justicia.

La Resolución 116 del COMEX, al haber sido calificada por la Resolución 1695 de la Secretaría General de la CAN como una restricción al comercio, podría ser objeto de la acción de fase prejudicial de incumplimiento ante la misma Secretaría General y posteriormente, la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, misma que detallaremos más adelante.

3.1.1. Acciones ante la Secretaría General de la CAN

Estas se encuentran supeditadas a los principios del procedimiento establecidos en la Decisión 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.

El artículo 5 de la Decisión 425 establece que *siempre que se inicie un procedimiento de carácter administrativo ante la Secretaría General, esta última deberá obedecer a los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades* (Decisión 425, 1997) con el fin de que no se transgreda la normativa comunitaria y se brinde seguridad jurídica a todos

quienes forman parte de la Comunidad Andina, vigilando la actividad administrativa.

Es pertinente también detallar las acciones que corresponden al órgano administrativo, es decir a la Secretaría General de la CAN, que son los siguientes:

1. Calificación de restricciones y gravámenes
2. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento

Además, está a su cargo el resolver sobre otros temas como los requisitos específicos de origen, salvaguardias, diferimientos arancelarios, dumping, subsidios y competencia comercial.

3.1.1.1. Calificación de restricciones y gravámenes

Esta acción compete a la Secretaría General a través del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y su procedimiento se encuentra establecido en el literal c) del artículo 1 de la Decisión 425. Su objeto consiste en la determinación de posibles gravámenes o restricciones dentro del comercio intrasubregional aplicados por países miembros.

“La calificación de un gravamen o restricción reviste la forma de una Resolución comunitaria proferida en cumplimiento de funciones propias de la Secretaría General y precedida de un procedimiento investigativo en el que se analiza una concreta acción u omisión de un País Miembro, denunciada por parte interesada, o del conocimiento de esa Institución Comunitaria a través de medios idóneos”. (Proceso 2-AN-98, 2000)

La resolución 116 del COMEX fue calificada como una restricción al comercio el 6 de junio de 2014, mediante resolución 1695 de la Secretaría General, debido a que la misma fue considerada discriminatoria, por tanto, contraria al ordenamiento jurídico comunitario, así mismo consideró improcedente e

injustificada la aplicación de las causales de excepción previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena utilizadas por Ecuador como excepción, y negó que dicha medida sea insustituible. (Resolución 1695, 2014)

A través de esta resolución la Secretaría General concedió un plazo de 15 días hábiles para que el Ecuador informe acerca del levantamiento de las medidas que habían sido identificadas como restricción al comercio.

El gobierno ecuatoriano con fecha 3 de julio de 2014 respondió solicitando la suspensión de las exigencias establecidas en la resolución 1695, e interpuso recurso de reconsideración, amparado bajo los artículos 17, 41 y 44 de la Decisión 425.

La Secretaría General concedió la suspensión de las medidas establecidas en la resolución 1695, sin embargo luego de varias reuniones y evaluación de la información presentada por Ecuador y demás países miembros, con fecha 18 de agosto del mismo año, la Secretaría General, a través de resolución 1716 resolvió el recurso de reconsideración ratificando el contenido de la resolución 1695 y se cerró el proceso administrativo ante la Secretaría General.

Es importante mencionar que según el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las resoluciones emitidas por la Secretaría General, incluyendo a las que califiquen medidas como restricción y/o gravamen también forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, y por tanto son de obligatorio cumplimiento desde la fecha de su entrada en vigencia. (Decisión 472, 1996)

Estas resoluciones, al ostentar el carácter de obligatorias, bajo el principio de efecto directo, deben cumplirse, ya que caso contrario, la Secretaría General, de oficio podría iniciar la fase prejudicial de incumplimiento, la cual se detallará más adelante.

El Ecuador no ha demostrado un cumplimiento de lo ordenado en la resolución 1716 de la Secretaría General, por lo cual estaría en incumplimiento; y, frente a este incumplimiento, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina ha establecido los procedimientos que se detallarán a continuación.

3.1.1.2. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento

El objetivo principal de esta acción es la verificación de que los países miembros de la Comunidad Andina cumplan con las obligaciones y en general con toda la normativa del ordenamiento jurídico andino.

Esta acción es la etapa previa de la acción judicial por incumplimiento, por ello, esta acción no se presenta ante un órgano judicial como es el Tribunal de Justicia, sino ante la Secretaría General.

Para ello esta acción puede ser iniciada por la misma Secretaría General de oficio cuando ésta posea información respecto del supuesto incumplimiento; o, por medio de un reclamo interpuesto por otro país miembro o un particular que vea afectado sus derechos a causa de dicho incumplimiento. (Decisión 623, 2005)

Siendo que las resoluciones de la Secretaría General forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, y por lo tanto son de obligatorio cumplimiento, una vez vencido el plazo que se ha otorgado al país miembro señalado para dar cumplimiento a lo establecido en la resolución emitida por la Secretaría General dentro del proceso de calificación de restricciones o gravámenes, si el país acusado no la ha adoptado, la Secretaría General se encuentra facultada para dar inicio a la fase prejudicial de acción de incumplimiento, ya sea de oficio o a petición de parte.

3.1.1.2.1. Autoridad competente

Esta acción se encuentra regulada en la Decisión 623 de la CAN “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento” y en la Sección Segunda del Capítulo III del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

De acuerdo al artículo 3 de la Decisión 623 y los artículos 23 y 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, colocan a la Secretaría General como el órgano encargado de tramitar la acción prejudicial de incumplimiento, ya que es necesario que previo al pronunciamiento del Tribunal exista un dictamen de la Secretaría General.

De tal manera que es la Secretaría General la autoridad competente a quien se deberá elevar el caso y quien será responsable de realizar las gestiones adecuadas para enmendar el incumplimiento del país señalado, para posteriormente emitir un dictamen que se hará conocer al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para su pronunciamiento.

3.1.1.2.2. Forma y plazos de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

Fase prejudicial de la acción de incumplimiento iniciada por la Secretaría General de oficio, a través de la nota de observaciones

Una vez que se da inicio a la investigación, la Secretaría General debe manifestarse, cuando actúe de oficio, a través de una nota de observaciones, en la cual debe exponer de manera clara el tipo de infracción –es decir, si se ha constituido un gravamen o una restricción al comercio-, las normas de derecho comunitario que se estarían transgrediendo, así como debe exponer los motivos por los cuales dicha conducta infractora instituye un incumplimiento de la normativa comunitaria. Si es por medio de una queja de un país miembro o un particular, la Secretaría General deberá transferirla hacia el país señalado.

Esta nota de observaciones debe cumplir con los requisitos listados en el artículo 4 de la Decisión 623. (Decisión 623, 2005)

Cuando el país señalado recibe la nota de observaciones, en la misma se le indica el plazo que se le concede para que conteste. De igual manera se enviará una copia de la nota de observaciones a los demás países miembros para que puedan pronunciarse de acuerdo a la información que los mismos posean y consideren oportunos.

De acuerdo al artículo 6 de la Decisión 623, el plazo concedido para dar contestación a la nota de observaciones, puede ser ampliado por la Secretaría General siempre que la solicitud de extensión de plazo se presente dentro de los días de plazo concedido, debidamente motivada y solicitando un plazo no mayor a sesenta días calendario (incluyendo el plazo anterior) ni de veinte días hábiles cuando el incumplimiento ha sido flagrante.

De concederse la prórroga, la Secretaría General comunicará al país señalado, así como a los demás países miembros.

El artículo 7 de la Decisión 623 establece la posibilidad de que la Secretaría General mantenga reuniones con el país señalado, ya sea de oficio o a petición de dicho país con el objetivo de obtener información que no haya obtenido y que puede ser de gran utilidad, y a su vez, de subsanar el incumplimiento en el que ha incurrido el país señalado. Estas reuniones deberán llevarse a cabo dentro del plazo que se ha otorgado para dar respuesta a la nota de observaciones.

Esto demuestra que el derecho comunitario busca brindar la oportunidad a los países miembros para subsanar sus incumplimientos y que de esta manera el proceso sea más rápido y eficiente; sin embargo el resultado depende del nivel de cooperación que aporte cada país.

Si el país señalado es quien solicita la reunión, deberá hacerlo dentro de los diez días plazo contados a partir del día en que recibió la nota de observaciones.

Una vez que el plazo para contestar a la nota de observaciones se haya vencido, la Secretaría General, dentro de los siguientes quince días hábiles deberá emitir un dictamen sobre el estado de cumplimiento, el mismo que deberá estar debidamente motivado y señalará si el país cumple o incumple con las normas del ordenamiento jurídico andino. (Decisión 623, 2005)

“El cumplimiento del procedimiento antes referido es de gran trascendencia pues con él se garantiza tanto el derecho de defensa del país que ha impuesto la medida como el derecho de opinar sobre ella que asiste a los demás Países Miembros, cuyos exportadores tendrían que soportarla”. (Proceso 12-AN-99, 1999)

Esto se debe a que, al ser una comunidad que está conformada por varios estados miembros, es importante escuchar sus opiniones respecto del problema que les genera la adopción de una medida unilateral que es contraria al ordenamiento jurídico comunitario. Es posible que entre todos se busque una solución que esté encaminada a lograr los objetivos del proceso de integración.

Fase prejudicial de la acción de incumplimiento iniciada por un país miembro o un particular, a través del reclamo

Ahora bien, cuando el proceso es iniciado por parte de otro país miembro o un particular, se lo hará por medio de un reclamo que debe ser por escrito de acuerdo a los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623. (Decisión 623, 2005)

El reclamo deberá ser suscrito por autoridad nacional competente cuando provenga de alguno de los países miembros. Cuando el reclamo sea hecho por un particular, sea persona natural o jurídica, deberá indicar otros datos como

número de teléfono, correo electrónico y el lugar donde recibirá notificaciones, a la vez deberá acreditar su personalidad jurídica y declarar que no ha iniciado de manera simultánea otro proceso por la misma causa ante un tribunal nacional. (Decisión 623, 2005)

Una vez recibido el reclamo, dentro del término de cinco días siguientes la Secretaría General deberá revisar la documentación presentada correspondiente al reclamo para verificar su suficiencia.

Si la documentación correspondiente al reclamo no estuviera completa o existieran omisiones en ella, la Secretaría General concederá un término de quince días para que la misma se corrija. Si dentro de ese plazo no se presentare la documentación corregida, o la documentación faltante, la Secretaría General podrá declarar inadmisibile dicho reclamo mediante notificación. Sin embargo, el pronunciamiento de la Secretaría sobre este reclamo no impide que la misma inicie un proceso de oficio de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Si el reclamo es admitido, la Secretaría General enviará una nota al país miembro reclamado adjuntando el reclamo y se le concederá un plazo no mayor a sesenta días calendario ni menor a diez días hábiles para que presente su contestación. Cuando se trate de un incumplimiento por la adopción de una medida restrictiva de comercio o gravamen declarado por resolución de la Secretaría General, o un incumplimiento flagrante, el plazo concedido para que el país reclamado conteste no deberá sobrepasar los veinte días hábiles. (Decisión 623, 2005)

De igual manera, la Secretaría General deberá informar a los demás países miembros de la admisión del reclamo para que los mismos puedan, de ser necesario, presentar información que consideren pertinente. (Ídem)

El artículo 17 *ibídem* prevé la posibilidad de otorgar una extensión del plazo concedido para que el país reclamado responda; sin embargo la Secretaría General exige que la solicitud de prórroga cumpla con varias exigencias como: que la misma sea presentada dentro del plazo concedido para dar respuesta, luego de su vencimiento no cabrá dicha solicitud. La misma debe explicar los motivos por los cuáles solicita la extensión del plazo y éstos deben ser razonables; además, la extensión del plazo no podrá sobrepasar los sesenta días, ya incluido el primer plazo otorgado; y, en caso de incumplimiento flagrante no podrá exceder de veinte días de igual manera, incluyendo el primer plazo otorgado. Esta prórroga deberá ser comunicada a los demás países miembros.

De la misma manera que en el proceso iniciado de oficio por parte de la Secretaría General a través de la nota de observaciones, en este proceso también se podrán llevar a cabo reuniones con el objetivo de obtener más información y de realizar gestiones que conlleven al resarcimiento del incumplimiento.

Estas reuniones pueden darse ya sea por solicitud del reclamante u otro país miembro o de oficio por la Secretaría General. Cuando sean por petición del reclamante u otro país miembro, la solicitud debe ser admitida por la Secretaría General, la misma que establecerá fecha y hora para la reunión, siempre que ésta se haya solicitado dentro de los diez días calendario contados a partir de la notificación del reclamo.

Cuando la Secretaría General requiere llevar a cabo una reunión de oficio, deberá convocar a la misma con por lo menos cinco días hábiles de anticipación y se deberá llevar a cabo dentro de los sesenta días calendario siguientes a la notificación del reclamo. (Decisión 623, 2005)

Igualmente, las reuniones deberán ser comunicadas a los demás países miembros y se realizarán las respectivas actas de las reuniones donde conste

la fecha y hora de la reunión, un resumen de los puntos tratados, la identificación de cada asistente y sus posiciones respecto del tema, además de sus firmas.

El artículo 19 (Decisión 623, 2005) establece la posibilidad de la participación de expertos especiales que se encarguen de facilitar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento. Esta participación puede ser puesta a disposición de oficio por parte de la Secretaría General o por petición de uno de los países miembros o particular interesado.

Los expertos especiales se encuentran facultados a participar cuando existe este tipo de controversias de acuerdo al artículo 36 del Acuerdo de Cartagena en los siguientes términos:

“Artículo 36.- En la ejecución de los procedimientos en los que se controvertan los intereses de dos o más Países Miembros, el Secretario General contará con el concurso técnico de expertos especiales, cuya designación y forma de participación se hará conforme al Reglamento de la Secretaría General”. (Acuerdo de Cartagena, 1947)

También el artículo 68 de la Decisión 425 establece que *la Secretaría General podrá designar a un Director General distinto al que esté a cargo de la sustanciación del proceso para que participe en calidad de experto especial y de forma conjunta con el encargado de la sustanciación en los casos de calificación de restricciones o gravámenes y en los casos de posible existencia de incumplimiento de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico comunitario.* (Decisión 425, 1997)

Cuando la participación de un experto especial es solicitada por un país miembro o un particular, su participación deberá regirse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 70. (Decisión 425, 1997)

Estos expertos especiales tienen como deber la emisión de un informe que formará parte del expediente y será tomado en cuenta por el Secretario General al momento de emitir su dictamen.

La Secretaría General emitirá su dictamen dentro de los quince días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de sesenta días concedido para la ejecución de gestiones conducentes a la subsanación o reparo del incumplimiento, el mismo que deberá estar debidamente motivado e identificar las normas del ordenamiento jurídico comunitario que se estuvieren incumpliendo, exponiendo las razones de dicha afirmación. El dictamen podrá ser de cumplimiento o de incumplimiento. (Decisión 623, 2005)

Respecto de la importancia del dictamen emitido por la Secretaría General, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En esencia, desde el punto de vista sustancial, los dictámenes que emite la Secretaría General, dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial.

(...) Vale decir, entonces, que el dictamen es o constituye una actuación necesaria e indispensable dentro del proceso a que da origen el incumplimiento”. (Proceso 12-AN-99, 1999)

Sin duda, es uno de los roles que cumple la Secretaría General, en su calidad de órgano ejecutor, además podría decirse que el Tribunal busca afianzarse bajo un criterio emitido por la Secretaría para posteriormente dar inicio a la acción de incumplimiento. En resumen, sin dictamen, no habrá proceso de acción de incumplimiento.

3.1.1.2.2. Requisitos del Dictamen emitido por la Secretaría General respecto del estado de cumplimiento

Los requisitos que debe cumplir el dictamen cuando el proceso se inicia de oficio por parte de la Secretaría General se encuentran especificados en el artículo 9 de la Decisión 623. (Decisión 623, 2005)

Cuando el proceso se inicia por petición de un país miembro o un particular los requisitos que debe cumplir el dictamen se encuentran especificados en el artículo 21 *ibídem*.

A diferencia de la resolución dentro del proceso de calificación de restricciones o gravámenes, *el dictamen no es objeto de recurso de reconsideración; sin embargo, el país que recibe el dictamen, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Decisión 623, podrá dentro de los quince días siguientes a la notificación solicitar la aclaración del dictamen, la que deberá ser respondida por la Secretaría General dentro de los siguientes quince días plazo.* (Decisión 623, 2005) Se debe tomar en cuenta que el artículo 11 aclara que esta revisión podrá ser posible siempre y cuando no se haya iniciado una acción frente al Tribunal de Justicia; pero, si se hubiese solicitado el pronunciamiento del Tribunal, la Secretaría General deberá informarle al Tribunal sobre el estado de cumplimiento del país miembro en cuestión.

3.1.1.2.3. Dictamen de cumplimiento

Cuando se ha cesado el incumplimiento por parte del país señalado, la Secretaría General deberá revisar su dictamen, pero lo hará siempre que se verifique que no se ha recurrido mediante acción ante el Tribunal, entonces la Secretaría emitirá un dictamen de cumplimiento.

3.1.1.2.4. Dictamen de incumplimiento

Si el incumplimiento sigue vigente y si el plazo concedido para que el país señalado informe sobre las medidas destinadas a corregir el incumplimiento establecido en el literal g) del artículo 9 (Decisión 623, 2005), la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal lo más pronto posible.

El país reclamante tiene la opción de desistir de su reclamo, y en el caso de que lo hiciera, la Secretaría en base al artículo 23 de la Decisión 623 podrá disponer el archivo del expediente, siempre que dicho desistimiento se dé antes de la emisión del dictamen.

3.2. Acciones ante el Tribunal de Justicia de la CAN

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina forma parte del Sistema Andino de Integración. Es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y su labor se encuentra prevista en los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, así como en su propio Tratado y su Estatuto y sus protocolos modificatorios. (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2008)

Dentro del capítulo III del Tratado de Creación del Tribunal están las acciones que le competen al Tribunal de Justicia, como órgano jurisdiccional.

En el presente trabajo de titulación, la única acción que es de interés y que trataremos será la acción de incumplimiento, ya que ésta se aplica al caso en concreto que ha consistido en un incumplimiento de normas y principios del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a través de la adopción de una medida restrictiva al comercio por parte de un país miembro.

3.2.1. Acción de incumplimiento

Esta acción tiene como objetivo el control del cumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino que recaen sobre los países

miembros que conforman la Comunidad Andina al amparo del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. El fin de la acción es que los países subsanen su incumplimiento o asuman la responsabilidad causada por sus actos de incumplimiento, contrarios al derecho comunitario. La misma se encuentra regulada en la Decisión 472 “Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en sus artículos 23 al 31. Además, la Decisión 500 “Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” establece la forma en que se deberá llevar a cabo su proceso, el cual se describirá de manera detallada más adelante.

Para poder plantear esta acción ante el Tribunal deberá haberse agotado la vía administrativa, que concluirá con un dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General, el cual es considerado como el fundamento de la demanda de incumplimiento.

Sin embargo, es importante tomar en cuenta el pronunciamiento del Tribunal en el proceso 5-AN-1997 acerca del tema:

“Para este Tribunal, (...) tres son los requisitos para que el Dictamen de Incumplimiento pueda servir de fundamento a una demanda de incumplimiento (...):

- a) El cumplimiento de una fase administrativa en la que debe abrirse el diálogo entre el órgano comunitario y el País Miembro para la solución del asunto controvertido en etapa administrativa.*
- b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para corregir o enmendar su conducta.*
- c) La correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el Dictamen de Incumplimiento” (Proceso05-AN-97, 1998)*

De la cita anterior se desprende que si el dictamen de incumplimiento no cumple con estos tres requisitos, bien podría ser desestimada la demanda por falta de motivación.

A continuación se detallarán los aspectos generales de la acción de incumplimiento.

3.2.1.1. Autoridad Competente

Esta acción deberá presentarse ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, organismo jurisdiccional del ordenamiento jurídico andino que amparado por los artículos 47 del Acuerdo de Cartagena y de los artículos 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal se encuentra facultado para conocer y resolver sobre dicha acción, ya que es quien está a cargo de dirimir litigios que guarden relación respecto de la interpretación y/o aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.

El artículo 4 del Estatuto de manera general le confiere al Tribunal, en calidad de órgano jurisdiccional, la facultad de resolver sobre controversias derivadas de la aplicación e interpretación de las normas del derecho andino y declarar el mismo, por lo tanto, el resolver una controversia derivada de una acción de incumplimiento que se efectúa por los motivos arriba expuestos, es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Por último, el artículo 107 *ibídem*, instituye como autoridad competente al Tribunal en los siguientes términos:

“Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación". (Decisión 500, 2001)

3.2.1.2. Legitimidad activa y pasiva

En el ejercicio de la acción de incumplimiento, por un lado, la legitimidad activa, de acuerdo al artículo 108 del Estatuto recae sobre los países miembros, la Secretaría General, personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos. Todas ellas se encuentran facultadas para interponer la demanda por incumplimiento ante el Tribunal. (Decisión 500, 2001)

Por otro lado, del artículo 107 del Estatuto se desprende que la legitimidad pasiva recaerá sobre el país miembro que debido a su conducta transgresora contra las normas que comprenden el ordenamiento jurídico comunitario ha sido o será demandado, quien deberá contestar la demanda, reconvenir o allanarse a ella, de acuerdo a los procedimientos establecidos. (Ibídem)

3.2.1.3. Procedimiento de la acción de incumplimiento

En concordancia a los párrafos segundos de los artículos 23 y 24 del Tratado, una vez que se ha agotado el plazo otorgado dentro de la acción prejudicial de incumplimiento para que el país infractor realice gestiones dirigidas a subsanar el incumplimiento en el que ha incurrido, si no se ha obtenido un resultado positivo y por lo tanto el dictamen emitido por la Secretaría General fuere de incumplimiento; y, el país persiste en su conducta infractora, la Secretaría General deberá solicitar de manera inmediata el pronunciamiento del Tribunal. Si luego de transcurridos sesenta días a partir de la emisión del dictamen la Secretaría General no iniciare la acción de incumplimiento ante el Tribunal, el país o particular reclamante podrá hacerlo directamente. Cabe recalcar, que

una vez que se ha iniciado una acción frente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no se podrá plantear una acción ante un tribunal nacional por la misma causa. (Decisión 472, 1996)

Esto quiere decir que pese a que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son vinculantes para los jueces del Tribunal para su pronunciamiento, su emisión es obligatoria y constituye requisito sine qua non para poder ejercer la acción de incumplimiento ante el Tribunal.

Además el artículo 26 del mismo cuerpo normativo establece la obligación que tiene la Secretaría General de emitir un dictamen motivado cuando con anterioridad se ha emitido una resolución que califica una medida como restricción al comercio o gravamen o cuando se verifique un incumplimiento flagrante, para que en base a dicho dictamen el país miembro afectado o la misma Secretaría puedan concurrir directamente al Tribunal. Es decir, que al haberse emitido las resoluciones antes mencionadas, se puede plantear la acción de incumplimiento de manera directa, esto es, sin tener que agotar la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. (Decisión 472, 1996)

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del proceso 12-AN-1999, se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera:

“(...) se tiene que siempre que se trate de adopción de medidas que puedan ser consideradas contrarias al Programa de Liberación, éstas, para que puedan ser objeto de dictámenes y acciones de incumplimiento, deberán haber sido calificadas previamente como gravamen o restricción por la Secretaría General; organismo que, de oficio o a solicitud de parte, deberá adelantar la indagación administrativa correspondiente cuyos resultados se plasmarán en el respectivo acto el cual, en cuanto pone término a una actuación administrativa, y coloca al País Miembro afectado en la situación jurídica concreta de infractor del Programa de Liberación, debe ser objeto de

discusión tanto en sede administrativa como ante la autoridad judicial comunitaria". (Proceso 12-AN-99, 1999)

3.2.1.4. Requisitos de la demanda

El artículo 46 del Estatuto (Decisión 500) lista los requisitos de la demanda por acción de incumplimiento. (Decisión 500, 1996)

Además se establecen como requisitos adicionales correspondientes a la acción de incumplimiento los establecidos en el artículo 49 que son:

- "a) La copia del dictamen motivado emitido por la Secretaría General. De ser el caso, la demostración de que han transcurrido más de setenta y cinco días desde la fecha de presentación del reclamo, y la manifestación de que la Secretaría General no ha emitido su dictamen;*
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,*
- c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional."* (Decisión 500, 1996)

La demanda podrá ser reformada una sola vez y antes de que se reciba la contestación o en su defecto se venza el plazo de contestación, de acuerdo al artículo 55 *ibídem* y una vez que dicha reforma sea admitida se tomará esa fecha como punto de partida para contar el término de contestación.

Si la demanda no reúne los requisitos arriba descritos, el Tribunal establecerá un término de quince días para que se corrija la demanda, sin embargo, vencido este plazo sin que se haya corregido o completado la demanda, la misma será desestimada por el Tribunal.

Si por el contrario, la demanda es admitida a trámite, el Tribunal deberá emitir su auto de admisión y notificar al demandado, de esta manera se está garantizando el derecho a la defensa de éste último.

3.2.1.5. Agotamiento de la vía administrativa previo el inicio la acción ante el Tribunal

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en calidad de órgano jurisdiccional se encuentra facultado para resolver controversias que luego de haberse actuado en sede administrativa no hayan sido resueltas.

Para ejercer la acción de incumplimiento frente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es necesario haber concurrido previamente a la Secretaría General para la interposición de una acción prejudicial de acción de incumplimiento prevista en la Decisión 623 y en el Tratado de Creación del Tribunal y haber concluido dicho procedimiento ya sea por la emisión del dictamen de la Secretaría o cuando ésta última no la emite luego de transcurridos setenta y cinco días de iniciado el proceso.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto del agotamiento de la vía administrativa se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) antes de acudir al procedimiento judicial en el Tribunal, es indispensable que se adelante ante el ejecutivo comunitario, un procedimiento precontencioso, que viene a constituir una especie de presupuesto procesal para la acción, que se materializa por el desarrollo de una fase previa administrativa en la que debe abrirse un diálogo con el País Miembro presuntamente infractor, para buscar la solución del asunto controvertido, en dicha etapa. Debe en esa fase otorgarse al País Miembro la oportunidad procesal para aclarar, corregir o enmendar su conducta, a partir de la formulación de un pliego de cargos o nota de observaciones en la que se señalen los hechos constitutivos de la

presunta infracción y la normativa comunitaria que con ellos resulta vulnerada". (Proceso 134-AI-2003, 2004)

En complemento a la cita anterior, los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia establecen la facultad de iniciar esta acción, siempre que se siga el procedimiento establecido, es decir, después de que se haya tramitado ante la Secretaría General (órgano administrativo).

Es oportuno agregar que el literal c) del artículo 64 del Estatuto, señala como causal de nulidad procesal el no cumplir los trámites previos necesarios para acudir ante el Tribunal, entendiéndose los mismos como la culminación del proceso ante la Secretaría General como sede administrativa de la Comunidad Andina; y, el artículo 65 declara a esta causal de nulidad como insubsanable. (Decisión 500, 2001)

3.2.1.6. Requisitos de la contestación a la demanda

El Tribunal en su notificación dirigida al demandado hará constar el término fijado para la contestación a la demanda el cual será dentro de los cuarenta días siguientes a partir de la recepción de la notificación. La demanda a más de estar dirigida al Tribunal, por escrito y estar suscrita por la parte demandada y su abogado, deberá contener todos los requisitos que se encuentran listados en el artículo 56 del Estatuto (Decisión 500, 2001)

En complemento al artículo anterior, el artículo 57 *ibídem* lista los anexos que deberán acompañar a la demanda que consisten en las pruebas que el demandado tenga a su favor, así como la demostración de la personería y calidad en la que comparece, tanto el demandado como su representante o apoderado.

3.2.1.7. Del allanamiento y la reconvencción

De acuerdo a lo establecido en los artículos 58 y 59, el demandante podrá allanarse a la demanda, siempre que sea antes de que se dicte la sentencia, también podrá de así considerarlo, reconvenir al demandante y en sentencia, el Tribunal deberá resolver sobre estas dos cuestiones, es decir, la demanda y la reconvencción. (Decisión 500, 2001)

3.2.1.8. La audiencia pública

Una vez que se ha dado contestación a la demanda, el Tribunal, de considerarlo necesario, fijará fecha y hora para la celebración de una audiencia pública, en la que los Magistrados o el Presidente podrán realizar cuestionamientos pertinentes a las partes con el fin de recabar información. Será el Secretario General quien dé inicio a la audiencia, a través del relato del proceso de manera resumida.

Para la realización de esta audiencia, el Tribunal podrá convocar a las partes para la misma o podrá emitir un auto para que éstas presenten sus alegatos de conclusiones otorgándoles un término de quince días. Vencido este término, el Tribunal dictará sentencia dentro de los siguientes sesenta días. Mas si la audiencia es convocada, las partes que han acudido a dicha audiencia tendrán ocho días para presentar sus conclusiones.

Cabe mencionar que la inasistencia de una de las partes no será causal de anulación de lo actuado en la misma. (Decisión 500, 2001)

3.2.1.9. Suspensión provisional de la medida infractora

El artículo 109 del Estatuto en concordancia con el artículo 28 del Tratado de Creación del Tribunal establecen la posibilidad de que el Tribunal, antes de dictar su sentencia definitiva pueda ordenar la suspensión provisional de la medida infractora presunta, por petición del demandante y previo afianzamiento de considerase necesario, cuando se sospeche que dicha medida pueda

causar perjuicios graves e irreparables o de difícil reparo, ya sea al demandante o a la subregión.

Esta suspensión provisional podría ser entendida como una medida preventiva o una medida cautelar que puede ser solicitada previo a la sentencia del Tribunal con el fin de salvaguardar los intereses comerciales de la subregión cuando se sospeche o se confirme que la medida pueda causar perjuicios irremediables o de difícil resarcimiento.

Ordenada dicha suspensión, el país miembro a quien se dirige la misma, deberá adoptar las medidas que sean necesarias para enmendar la conducta o medida de incumplimiento dentro de un término de noventa días contados a partir de la notificación.

3.2.2.10. Efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El artículo 41, dentro de las Disposiciones Generales del Tratado de Creación del Tribunal, declara que las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituirán título legal y suficiente y no requerirán de homologación ni exequatur dentro de los países miembros de la Comunidad Andina, pues gozan del carácter de cosa juzgada y su ejecución es obligatoria a partir de su notificación. (Decisión 472, 1996)

Además, las disposiciones respecto de la sentencia de incumplimiento son muy claras. En este caso, si la sentencia emitida por el Tribunal fuere de incumplimiento, el país miembro sentenciado, se verá obligado a adoptar las medidas necesarias para su acatamiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación (decisión 472, 1996). Si luego de esto, el país sentenciado persistiere incumpliendo y en desacato a la sentencia dictada, el Tribunal bien puede de manera sumaria y previo la opinión de la Secretaría General, discutir qué medidas podrían ser aplicables como sanción, como por ejemplo la adopción de medidas por los demás países miembros que restrinjan

las ventajas concedidas por el derecho comunitario para el país que incumple; o, determinar otras medidas cuando éstas no resultaren eficaces o agravaren la situación que se pretende subsanar.

El artículo 110 del Estatuto en concordancia con el artículo 30 del Tratado, establecen la facultad de la que gozan las personas naturales o jurídicas que se vean afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro y que por tales motivos han iniciado la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para solicitar ante un juez nacional la indemnización por daños y perjuicios, en virtud de la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal.

Del texto se desprende que los efectos de la sentencia por incumplimiento están destinados a revisar la aplicación de una sanción, para lo cual el Tribunal se reunirá con la Secretaría General para analizar si se aplica una sanción que resulte eficaz para cesar dicho incumplimiento, o si se aplica una sanción colectiva a través de los demás países miembros; es decir, se podría sancionar a un país con la paralización de los beneficios que son fruto del pertenecer a la Comunidad Andina.

3.2.2. Procedimiento sumario por desacato de sentencia de incumplimiento

Este procedimiento será iniciado a través de la emisión de un auto por parte del Tribunal con el cual dará a conocer del inicio del mismo al país miembro que se encuentra en desacato y a los demás países miembros, así como al demandante –de ser el caso- y, por su puesto a la Secretaría General. (Decisión 500, 2001)

El procedimiento sumario podrá ser iniciado de oficio por el Tribunal cuando éste posea información respecto del desacato de la sentencia, así como también podrá ser iniciado por medio de una denuncia por parte del demandante, demás países miembros o los órganos comunitarios.

El Tribunal ordenará a través de un auto la formulación de un pliego de cargos al país miembro señalado donde constarán las normas comunitarias vulneradas y las respectivas sanciones que podrían acarrear y otorgará un plazo de 40 días contados a partir de la notificación para que el país cuya conducta se juzga presente descargos y pruebas.

Si se comprueba el cese del incumplimiento, el tribunal dispondrá el archivo del proceso, más si se comprueba el desacato de la sentencia, el Tribunal dictará un auto declarando dicho desacato y solicitará a la Secretaría General para que en un plazo de treinta días, emita una opinión sobre las sanciones que se podrían imputar al país miembro en cuestión con el fin de convencerlo de dar cumplimiento a la sentencia.

Las medidas sancionatorias podrán ser tratadas en una audiencia, si así lo decide el Tribunal. El artículo 119 del Estatuto manifiesta lo siguiente al respecto de las sanciones:

“Artículo 119.- Sanciones

Si un País Miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar cómo sanción, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, 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”. (Decisión 500, 2001)

Estas sanciones pueden ser levantadas de acuerdo al artículo 120 del Estatuto, cuando el país miembro sancionado así lo afirme y se verifique dicha afirmación por parte de los demás países miembros, la Secretaría General y finalmente será el Tribunal quien resuelva sobre el levantamiento.

Sin embargo, las sanciones impuestas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no parecen tener el efecto que se espera, pues resultan débiles e ineficaces debido a que la sanción es aquella autorizada por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal, la cual es de tipo comercial y consiste en suspender las ventajas otorgadas por el Acuerdo de Cartagena a los países miembros.

Se debería más bien implementar otro tipo de sanciones, como por ejemplo las pecuniarias, las cuales tendrían un mayor impacto a nivel sancionatorio dentro de la Comunidad Andina.

Así es como en los cuerpos normativos citados se han determinado los procedimientos de las acciones revisadas a lo largo de este capítulo. Dichas acciones son las que deben ejercerse frente al incumplimiento en el que ha incurrido el Ecuador luego de no haber demostrado el levantamiento de la medida impuesta bajo la Resolución 116 del COMEX, por tanto se incurre en un incumplimiento flagrante, tal como lo establece el artículo 57 de la Decisión 425 que reza: “Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad”. (Decisión 425, 1997)

Más esto queda como una opción abierta a los titulares del derecho comunitario para que en cualquier momento inicien estas acciones. No existe una verdadera disconformidad que haga que los demás países se vean forzados a dar inicio a una acción de incumplimiento, y esto podría deberse a que el sistema sancionatorio no compensaría el gasto y trámite del ejercicio de una acción.

En el caso de la Resolución 116, nos encontramos frente a una restricción de carácter administrativo. Así lo ha determinado la Secretaría General de la CAN en su Resolución 1695 del 6 de junio de 2014. Dicha resolución fue emitida por el COMEX, una institución del gobierno central, que mediante la exigencia de un requisito, como lo es la presentación del certificado de reconocimiento, ha limitado la importación de productos procedentes de países de la subregión.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso No. 134-AI-2003 se pronunció respecto de las trabas comerciales alegando que:

“en consecuencia, cualquier obstáculo o impedimento a la libre importación de mercancías que vaya contra los objetivos y postulados consagrados en el Acuerdo de Cartagena constituye una traba al libre comercio, mucho más si la misma tiene carácter discriminatorio con respecto a los bienes importados de la subregión frente a los de producción nacional. De donde resulta que en lo referente al principio de Trato Nacional éste se configura como un derecho esencial, inmanente y consubstanciado con la naturaleza y los objetivos de la propia integración.” (Proceso No. 134-AI-2003, 2004.)

Finalmente, se debe manifestar que respecto a este tipo de incumplimientos, el sistema sancionatorio de la CAN debería ser mejorado, con la implementación de sanciones que sean efectivas como las multas pecuniarias, por ejemplo. Esto ayudaría a que tales sanciones estén más acorde al modelo supranacional de la CAN, en donde la inobservancia sea condenada de una manera eficaz, siendo que los países miembros están en la obligación y compromiso de respetar los Tratados y toda norma que conforme el ordenamiento jurídico comunitario al que pertenecen. Este actuar de los países miembros también podría reflejarse debido a que el ordenamiento jurídico comunitario no ha impuesto medidas revisoras del cumplimiento de las sentencias o dictámenes, ya que los países miembros no están en la obligación de informar al Tribunal sobre la aplicación de las sanciones que se les impone,

por tanto, no se prevé las consecuencias de incumplimiento que podrían surgir. Entonces si bien las sanciones impuestas por el Tribunal mediante sentencia, son de carácter obligatorio, aquellas quedan sometidas a la voluntad del país miembro sentenciado, lo que hace poco efectivo al sistema sancionatorio de la CAN.

4. Capítulo IV. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones

Del estudio realizado en esta tesis se ha confirmado la apreciación acertada de la Secretaría General al calificar como restricción a la medida adoptada por el Ecuador a través de la resolución 116 del COMEX, puesto que es innegable que con esta medida se ha transgredido el principio de trato nacional, dado su carácter discriminatorio.

Es oportuno recalcar que la Secretaría General con fecha 16 de junio de 2014 emitió la resolución 1695 de calificación de restricciones contra el gobierno ecuatoriano, a la cual este último respondió solicitando la suspensión de las exigencias establecidas en la resolución de la Secretaría General, al mismo tiempo que interpuso recurso de reconsideración de la misma. En el mismo año, con fecha 18 de agosto, la Secretaría General, a través de resolución 1716 resolvió el recurso de reconsideración ratificando el contenido de la resolución 1695 y se cerró el proceso administrativo ante la Secretaría General. Después de este incidente, no ha habido un pronunciamiento por parte de la Secretaría General, ni por parte de otro país miembro o particular que proponga la iniciación de la fase prejudicial de acción de incumplimiento.

El Ecuador se encuentra en incumplimiento, ya que la Resolución 1716 de la Secretaría General que cerró el proceso administrativo, ordena que se levanten las medidas calificadas como restricción, cosa que no ha sucedido hasta la fecha. Se sigue solicitando el certificado de reconocimiento para los productos importados, como documento de soporte a la declaración aduanera.

El problema yace en la falta de eficacia de las resoluciones de la Secretaría General, así como en las sentencias del Tribunal, ya que si bien son parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y por lo tanto, ley para los países miembros, éstos pueden simplemente no acatarlas y no hay una consecuencia que sea realmente convincente como para prevenirla.

El sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina parece estar debidamente estructurado, tanto a nivel administrativo como a nivel jurisdiccional. Brinda a los países miembros y a sus habitantes seguridad jurídica, en tanto que todos se encuentran amparados por la ley comunitaria para hacer valer sus derechos, sin embargo, tal parece que le falta fuerza al momento de exigir el cumplimiento de una resolución, dictamen o una sentencia contra un país miembro que incurra en incumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico comunitario. Además de que como se ha demostrado, el sistema sancionatorio se torna inútil como consecuencia de lo anterior.

En el caso de la resolución 116, siendo que ya se calificó dicha medida como una restricción al comercio, el siguiente paso a seguir sería el inicio de la acción prejudicial de acción de incumplimiento ante la Secretaría General, pudiendo ser activada por un país miembro, un particular interesado o la misma Secretaría General de oficio; y, si no se lograra una solución a través de esta acción prejudicial, se podría interponer ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la Acción de incumplimiento, siguiendo el proceso antes descrito.

El problema se sitúa, en el desacato de los países miembros de las obligaciones, tanto de hacer como de no hacer impuestas por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que tienen un propósito benefactor para todos los países que la conforman, que es lograr la integración para mejorar los niveles de calidad de vida de los habitantes y desarrollar el nivel económico de cada uno de los países miembros, pero para esto se requiere de su cooperación, cumpliendo las normas que se han establecido en el Acuerdo de Cartagena, el Tratado, decisiones, resoluciones y convenios a los que se han adscrito, pero aparte de este problema, está el de la insuficiencia de eficiencia que tienen las resoluciones, dictámenes y sentencias al momento de ejecutarse.

Las sanciones que el Tribunal de Justicia ha establecido se basan en la suspensión de beneficios de los demás países miembros contra el país infractor.

Pese a que el Tribunal es un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y permanente, y que sus sentencias son vinculantes para los países miembros que conforman la Comunidad Andina, bajo los principios de efecto directo, aplicabilidad inmediata y primacía, además de ostentar las características de fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada, que sin necesidad de exequátur u homologación por parte de un tribunal nacional es aplicable en el territorio de cada uno de los países miembros tal como lo dispone el artículo 91 del Estatuto del Tribunal; sus debilidades son evidentes, como por ejemplo, la falta de fuerza coercitiva en sus sanciones, además existe una falta de difusión del derecho comunitario andino, ya que la mayoría de los ciudadanos de los países miembros desconocen las acciones que pueden ejercer frente a medidas como la resolución 116 del COMEX que constituyen restricciones al comercio, por ejemplo.

Esto crea una deficiencia en la legitimidad del proceso de integración andino. A esto se suma la falta de sometimiento y compromiso de los países miembros, pese a que el artículo 119 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone que si un país miembro no acatare las obligaciones dictadas dentro de una sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá, previa opinión de la Secretaría General, determinar los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, ya sea total o parcialmente, las ventajas adquiridas bajo el Acuerdo de Cartagena que le otorgan beneficios al país miembro infractor.

Por último, es necesario tomar en cuenta que otra de las deficiencias se encuentra en la contradicción que existe en las sanciones pre establecidas, ya que por un lado el Programa de Liberación prohíbe las restricciones de todo orden y la aplicación de gravámenes, y al mismo tiempo estas medidas son

permitidas cuando en forma de sanción se restringen las ventajas otorgadas por el Acuerdo de Cartagena, por lo que sería razonable que se analicen otros tipos de sanciones que resulten más efectivas y menos contradictorias con el ordenamiento jurídico comunitario andino.

4.2 Recomendaciones

Las recomendaciones en este trabajo de titulación están dirigidas a mejorar el sistema sancionatorio de la CAN y su efectividad, a que se haga obligatoria la continuación de las fases prejudiciales y judiciales frente a un incumplimiento de la normativa que conforma el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para así poder lograr los objetivos que la misma persigue.

Para ello, en primer lugar, es importante que las personas que formamos parte de esta comunidad de naciones, conozcamos los procedimientos que tenemos, y cómo podemos aplicarlos cuando se evidencia un incumplimiento o cuando somos perjudicados por ello; así como el reforzamiento del sistema sancionatorio con el fin de hacer más efectivo el derecho andino.

En segundo lugar, en lo que respecta a mejorar la eficacia del sistema sancionatorio de la CAN, se recomienda abrir la posibilidad de reformar ciertos cuerpos normativos del ordenamiento jurídico comunitario, especialmente el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el fin de introducir sanciones de tipo pecuniario, tal como en la Unión Europea, que cuando un país incurre en incumplimiento se le impone una multa, y en caso de mantenerse en incumplimiento, la multa se incrementa de manera progresiva. Esto inclusive ayudaría a dotar de autonomía financiera a la CAN, pues el fruto de las sanciones estaría destinado al mismo Tribunal de Justicia.

La introducción de estas sanciones, debería ir de la mano de las sanciones existentes dentro del marco jurídico de la Comunidad Andina, como un complemento reforzador del sistema sancionatorio y a su vez para lograr un mejor control del cumplimiento de las sentencias.

Otra opción de sanción podría ser la restricción de un derecho del que gocen los países miembros por ser parte de la Comunidad Andina, como por ejemplo, la suspensión de asistencia financiera que brinda la CAF a los países miembros, lo que tendría un efecto disuasivo mucho más efectivo que el que tiene el sistema sancionatorio actual.

REFERENCIAS

- Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena". (1996). Quito, Ecuador.
- Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio. (1979). Ginebra, Suiza
- Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica, (s.f.). *Ecuador cuestiona fallo de la CAN y apuesta por nuevos acuerdos con Colombia y Perú para facilitar comercio*. Quito, Ecuador. Recuperado el 12 de Octubre de 2015 de <http://www.andes.info.ec/es/noticias/ecuador-cuestiona-fallo-can-apuesta-nuevos-acuerdos-colombia-peru-facilitar-comercio.htm>
- Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Suplemento Registro Oficial N° 351 del 29 de Diciembre de 2010.
- Comité de Comercio Exterior. (2013). *Resolución 116*. Registro Oficial No. 140, Segundo Suplemento. Quito, Ecuador.
- Comunicación MCEVNIDC-2014-0084-O del Gobierno de Ecuador, 14 de abril de 2014.
- Decisión 425 *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*. (1997). Montevideo, Uruguay.
- Decisión 472 *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. (1996). Trujillo, Perú.
- Decisión 500 *Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. (2001). Valencia, Venezuela.
- Decisión 506 *Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina*. (2001). Valencia, Venezuela.
- Decisión 562 *Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a Nivel Comunitario*. (2003). Antioquia, Colombia.
- Decisión 615 *Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT)*. (2005). Lima, Perú.
- Decisión 623 *Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento*. (2005). Lima, Perú.

- Garrón, R. (2004). Derecho Comunitario. La Paz: Producciones CIMA.
- Guatibonza, E. (2002). *Tesis: Influencia de la Adopción de Medidas Paraarancelarias en el Comercio de los Países de la Comunidad Andina*. Quito, Ecuador.
- Maris, S. (2001). Claves político-jurídicas para la integración Latinoamericana. Buenos Aires: Zavalía.
- Montaño, C. (2007). Derecho de la Integración. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Moya, M. (2006). Derecho de la Integración. Buenos Aires: EDIAR.
- OMC. (1994). Acta Final en que se Incorporan los Resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales., (pág. 9). Marrakech.
- Organización Mundial del Comercio. (2007). *Informe sobre el Comercio Mundial 2007*. Ginebra, Suiza: Publicaciones de la OMC.
- Organización Mundial del Comercio. (s.f.). *Temas Comerciales*. Recuperado el 22 de Septiembre 2015 de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm
- Organización Mundial del Comercio. (s.f.). *Los años del GATT: de La Habana a Marrakech*. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015 de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm
- Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Materia de Política Comercial, sus órganos de control e instrumentos. (2011). Decreto 733 Registro Oficial N° 435. Quito, Ecuador.
- Reina, M., Gamboa, C. y Guerra, M. (2004). *La Cultura en las Negociaciones Comerciales Regionales*. FEDESARROLLO
- Sáchica, L. (1990). Derecho Comunitario Andino. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Salgado, O. (2010). El ABC del derecho para la Integración. Cuenca: EDISLAT Ediciones y Distribuciones Latinoamericanas.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, (2014). *Resolución No. 1695: Calificación como restricción al comercio de las medidas aplicadas por*

el Gobierno de Ecuador mediante la Resolución 116 del COMEX. Lima, Perú.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2008). Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias. Lima: Realidades S.A.

Sobrino, J. (2001). Integración y Supranacionalidad. Derecho de Integración, Marco Conceptual y Experiencia de la Unión Europea (pág. 41). Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina.

Tangarife, M. (s.f.). *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina. El papel de la Secretaría General de la Comunidad Andina.* Ginebra, Suiza: Editorial Themis.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1997). *Proceso 3-AI-97 acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, en la cual se alega tratamiento discriminatorio por parte de los Departamentos de dicho país contra los alcoholes y licores originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, incumpliendo la obligación de trato nacional establecida en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.* Gaceta Oficial 261. Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1998). *Proceso 5-AN-97 Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela contra la Resolución Nº 430 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Dictamen Motivado Nº 15-96.* Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 361. Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1998). *Proceso No. 2-AI-97 Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador.* Gaceta Oficial 391. Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1999). *Proceso 12-AN-99 Acción de Nulidad interpuesta por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) contra las Resoluciones Nos. 139 del 14 de octubre de 1998 y 179 del 14 de enero de 1999,*

expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial 520. Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2000). *Proceso 02-AN-98 Acción de Nulidad interpuesta por la República de Colombia contra las Resoluciones 019 del 29 de octubre de 1997 y 047 del 23 de enero de 1998 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad Andina.* Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2000). *Proceso 27-AI-00 Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, por no eliminar un arancel variable y otro específico a las importaciones de derivados de combustibles provenientes de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina, adoptados mediante el Decreto Ejecutivo 3303 del 30 de noviembre de 1995.* Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2002). *Proceso 34-AI-01 Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.* Quito, Ecuador.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2003). *Proceso 137-IP-2003 Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 4 de la Ley 822.*

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2004). *Proceso 134-AI-2003 Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, por no aplicar el Principio de Trato Nacional en lo relativo a la exoneración del impuesto al valor agregado (IVA) a las importaciones originarias de la Subregión, contraviniendo el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563) y artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.* Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1133. Quito, Ecuador.