



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

	Pág.
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	1
Proceso 4-AI-98.- Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República del Perú	17
Proceso 1-AN-96.- Acción de Nulidad interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena	25
Proceso 7-AI- 99.- Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los artículos 5o. del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión, y de las Resoluciones 79 y 106 de la Secretaría General	39

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

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los veinticuatro días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, en la 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.

VISTOS:

El escrito de demanda presentado ante El Tribunal el 25 de marzo de 1999, mediante el cual

la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) solicita la nulidad de 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, solicitando expresamente la condena en costas para la parte demandada.

El escrito de contestación; el acta de audiencia pública celebrada el día 22 de junio de 1999; las conclusiones de las partes; las pruebas aportadas por las partes y demás documentos obrantes en el expediente;

Y que todo lo anterior se efectuó de conformidad con las disposiciones establecidas por



el Tratado de Creación del Tribunal, su Estatuto y su Reglamento Interno.

1. ACTUACION PROCESAL.

La acción de nulidad que debe ser resuelta por El Tribunal se configura con los elementos procesales y las circunstancias de hecho y de derecho que las partes y el Juez Comunitario han actuado dentro del juicio y que se relacionan a continuación:

1.1. La demanda.

El Presidente Ejecutivo y representante legal de CORPEI deduce la acción de nulidad de las Resoluciones N° 139 de 14 de octubre de 1998 y 179 de 14 de enero de 1999, invocando el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena en su primer inciso, segunda parte, que habría sido *"expresamente violado por la Secretaría General de la Comunidad Andina en consideración a que la cuota redimible en favor de la CORPEI es un recargo análogo a una tasa y por tanto no puede ser considerado ni gravamen ni restricción a las importaciones"*; además, que en el trámite administrativo se violó lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento pertinente (Decisión 425) al negarse al Gobierno del Ecuador y a la Corporación actora, *"la designación de un Director General para que intervenga en calidad de experto especial"*; con la sola razón, para justificar la negativa, de haberse iniciado el trámite de oficio y no a instancia de un País Miembro y también, por no haber atendido favorablemente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución 139 de la Secretaría General impugnada, una vez interpuesto el recurso de reconsideración. Por último, que en la notificación de la Resolución 139 no se hicieron constar, cual manda el artículo 17 de la Decisión 425, los recursos que tenían el Gobierno del Ecuador y la CORPEI sobre dicha Resolución.

En el objeto de la demanda se expresa el planteamiento de que se declare la nulidad de las Resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General, las cuales, según se afirma expresamente, son aplicables y causan perjuicio a la CORPEI como se ofrece demostrarlo con las pruebas pertinentes.

1.1.1. Hechos de la demanda.

Como hechos de la demanda se afirma que la CORPEI es una corporación de derecho priva-

do creada por la Ley de Comercio Exterior e Inversiones LEXI, en su artículo 18, sin fines de lucro, con patrimonio y fondos propios, que se rige por lo dispuesto en el Título XXIX del Código Civil y por su Estatuto. Se señala que el artículo 22 literal c), de la referida ley, establece como parte de su financiamiento, entre otras, *"una cuota redimible del 1.5 por mil por sobre el valor FOB de las exportaciones del petróleo y sus derivados; y, del 1.25 (sic) por mil del valor FOB de toda importación"*. Se destaca que otros recursos son los aportes y fondos no reembolsables que le destinan los organismos internacionales y los legados, donaciones y recursos provenientes de contratos celebrados para la ejecución de programas de promoción de exportaciones.

Sobre la cuota redimible señalada, objeto de la demanda, se refiere que la Secretaría General de la Comunidad Andina, de oficio abrió investigación *"que culminó en la Resolución 139 que determina que el cobro de tal cuota redimible constituye un gravamen a los efectos del Capítulo V sobre el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena"*, Resolución ésta que es confirmada por la mencionada 179.

1.1.2. Fundamentos de derecho de la demanda.

La acción se funda en los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena; artículos 17 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal; artículos 35 y siguientes de su Estatuto; 26 y siguientes de su Reglamento y artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

1.2. La contestación de la demanda.

El Secretario General de la Comunidad Andina procede a contestar la demanda de nulidad interpuesta contra las Resoluciones 139 y 179, a fin de que se declare infundada la misma y *"se confirme la total validez de ambas normas comunitarias impugnadas, con expresa condena de costas a la parte demandante"*.

Al efecto contesta a los hechos ampliándolos en forma detallada con inclusión de supuestas omisiones en que incurrió el actor sobre otros recursos destinados al financiamiento de la CORPEI y sus fuentes; analizando la naturaleza de la cuota redimible sobre las importaciones, conforme al artículo 22 de la Ley de Co-



mercio Exterior e Inversiones LEXI, reformada por la Ley 24, e indicando su forma de entrega, características y funciones, señaladas por el artículo 21 de la Ley de Comercio Exterior, todo lo cual, según expone, no se menciona en la demanda.

Asimismo en cuanto a la investigación de oficio para emitir en su oportunidad las Resoluciones impugnadas, efectúa un recuento breve de los hechos, también omitidos, hasta dar inicio al procedimiento administrativo de incumplimiento.

Entre los fundamentos jurídicos de la contestación de la demanda, se invoca el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre Programa de Liberación que tiene por objeto eliminar los "gravámenes" de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro, señalando que este procedimiento administrativo para calificar como "gravamen", la cuota redimible referida se origina en la Ley 12 de 1997, reformada por la Ley 24 de 1997, citando como aplicables los artículos 71 y 72 del Acuerdo de Cartagena lo que obligó al análisis expuesto en la Resolución 139; desarrolla la descripción de la medida impuesta por el Ecuador, y define las características de las medidas de orden tributario y sus beneficios.

Concluye este punto mencionando que reconoce una excepción a la prohibición general de aplicación de gravámenes, cual es la tasa por servicios prestados, siempre que su cuantía corresponda al monto equivalente a dichos servicios.

Se expresa que las Resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General, gozan de presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada por la demandante, citando al efecto el artículo 1º literal d) del Tratado del Tribunal y el artículo 15 del Reglamento de la Secretaría General (Decisión 425); así como lo señalado en la sentencia dentro del proceso 3-AI-96, además de otras consideraciones reconocidas por la doctrina sobre los actos administrativos que "disfrutan de presunción de legalidad, mientras no sean válidamente impugnados".

Contesta uno a uno los tres cargos presentados en la demanda. Con respecto al primero, o sea, el de que de las Resoluciones 139 y 179

fueron expedidas con supuesta violación del primer inciso del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, dice que carece de sustento jurídico porque se "pretende disimular bajo el argumento que no es un tributo sino un recaudo por servicios prestados, sin indicar los servicios que en efecto disfrutarían los importadores de los Países Miembros que se encuentran obligados a cancelarlo".

Igualmente le niega todo sustento jurídico al segundo cargo sobre violación del artículo 68 del Reglamento de procedimientos administrativos al negarse la designación de un Director General que intervenga en calidad de experto especial y por no accederse a la suspensión de los efectos de la Resolución 139. Luego de mencionar el contenido del citado artículo 68 de la Decisión 425, que es una norma de carácter procesal que no admite interpretación analógica, sostiene que ha de tener carácter restrictivo; por lo tanto solamente puede ser invocada en el evento en el que "se controviertan los intereses de dos o más Países Miembros".

Afirma que en cuanto a la designación de un Director General distinto a quien compete la sustanciación del procedimiento, para que participe en calidad de experto especial, ello obedece al interés de preservar los principios de legalidad, economía procesal, claridad, eficacia, igualdad de trato a las partes (artículo 5 de la Decisión 425) y que sólo cabría en un procedimiento en el que se controviertan intereses de dos o más Países Miembros. Con referencia al tercer cargo sobre falta de indicación del recurso procedente contra la Resolución 139, razona que carece de fundamento al haberse ejercido dicho recurso por la parte demandante que usó el mismo, lo cual dio lugar a la Resolución 179 que resolvió el recurso interpuesto.

Por lo expuesto solicita al Tribunal declarar infundada la demanda e improcedente en todos sus extremos.

1.3. La audiencia pública y los alegatos de conclusión de las partes.

El Tribunal convocó la Audiencia Pública estatutaria con el fin de oír a las partes, habiéndose cumplido ésta el 22 de julio de 1999 con la asistencia de la demandante y de la demandada.



1.3.1. Alegatos de conclusiones de la parte actora.

Luego de la audiencia, la parte demandante, por escrito y de manera ordenada, en varios puntos formula las siguientes conclusiones:

La cuota redimible en favor de la CORPEI no es un impuesto y no se trata de aquéllos que tienen efectos equivalentes a los derechos aduaneros de carácter fiscal, monetario o cambiario.

En interpretación extensiva del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, *“más cerca estaría de ser una **tasa** o **“recargo análogo” que corresponde al costo aproximado de los servicios prestados**”* que los enumera en 10 incisos y concluye afirmando que *“los costos se estiman de manera aproximada para el funcionamiento del órgano, como ocurre con la CORPEI”*.

Los servicios prestados por la CORPEI, claramente enumerados, de ninguna manera pueden ser confundidos con los deberes del Estado ecuatoriano, que aparecen relacionados en la Constitución vigente, los cuales enumera en cinco puntos.

La cuota *“no afecta solamente a los importadores sino también a los exportadores; no tiene el carácter parafiscal y peor fiscal; y, no tenía como no tiene que serlo, destinada de manera específica a los usuarios de toda el área andina, aunque en la práctica a ellos también ha dirigido la Corpei sus esfuerzos”*.

La tasa en favor de CORPEI, según afirmación de la demandante, no sólo afecta a las importaciones de la Comunidad Andina, sino a las provenientes de todos los países del mundo y también a las exportaciones hacia todos los países del mundo.

Afirma que la Secretaría General negó sistemáticamente los pedidos del Gobierno del Ecuador, como la suspensión de los efectos de la Resolución 139, mientras se tramitaba la reconsideración. Negó también la designación de un experto especial que hubiere dado imparcialidad y sustento a dicha Resolución. Finalmente no hizo constar, como lo manda el Reglamento, en ambas Resoluciones los recursos que se podrían interponer.

La cuota redimible no es un impuesto, ni una tasa ni un gravamen del tipo fiscal, monetario

o cambiario, ya que ella se registra como una inversión o cuenta por cobrar a CORPEI, en dólares por el valor nominal de la cuota y no se registra como gasto.

Remarca la obligatoriedad de la cuota a cargo de los sectores exportador e importador enfatizando que ella no es de carácter fiscal, *“ni monetario y peor aún cambiario”*.

Acompaña documentos que *“no dejan de contener reflexiones jurídicas en parte apreciables al caso”* y solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

1.3.2. Alegato de conclusiones de la parte demandada.

La Secretaría General, en su memorial de conclusiones, presenta sus razones de oposición a la prosperidad de las pretensiones de la CORPEI, expresando que solicita al Tribunal pronunciamiento *“acerca de la procedencia de la demanda de nulidad en este caso, a efectos de evitar que su utilización se convierta en un mecanismo dilatorio que pueda ser utilizado por los Países Miembros para sustraerse del cumplimiento de las resoluciones de la Secretaría General, las mismas que de conformidad con el artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal forman parte del ordenamiento jurídico comunitario”*.

Luego de comentar varias disposiciones legales que estima pertinentes, efectúa un breve recuento de hechos previos a la expedición de la resolución 139 y posterior presentación de la demanda que, a su juicio, resulta infundada.

Seguidamente se contesta en forma precisa, amplia y ordenada a los hechos presentados en la demanda, señalando que tuvo omisiones que resultan determinantes para el Tribunal. Concluye este capítulo señalando que el Ecuador no ha adoptado las medidas correspondientes para dar cumplimiento a las Resoluciones impugnadas, en abierto incumplimiento a lo establecido en el artículo 5 del Tratado de Creación, por lo que se presentó demanda de incumplimiento prevista en el artículo 23 del mismo Tratado (Proceso 19-AI-99).

Recuerda que en los fundamentos jurídicos de la contestación de la demanda de nulidad, se



hizo referencia al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena que tiene por objeto eliminar los "gravámenes" de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro; en cuya conclusión expresa que la medida impuesta contraviene los artículos 71 y 75 del mencionado Acuerdo.

Con referencia a las Resoluciones 139 y 179, afirma que gozan de presunción de legalidad, que no ha sido desvirtuada por la demandante, fundamentando sus alcances para ratificar dicha presunción.

Contestando al cargo presentado en la demanda, relativo a que las Resoluciones citadas fueron expedidas con supuesta violación del primer inciso del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, dice que carece de sustento jurídico y lejos de poner siquiera en duda su legalidad al analizar el contenido de dicho artículo 72, concluye que tiene pleno fundamento material al haberse establecido un "gravamen".

En cuanto al cargo sobre violación del artículo 68 del Reglamento de procedimientos administrativos al negarse la designación de un Director General como experto especial y por negarse a la suspensión de los efectos de la Resolución 139, previos los fundamentos que estima valederos y las precisiones que expone detalladamente, dice que no están llamados a prosperar.

Con referencia al cargo sobre falta de indicación del recurso procedente contra la Resolución 139, igualmente expresa que carece de fundamento al haberse ejercido dicho recurso por la parte demandante, dando lugar a la Resolución 179 que resolvió el recurso interpuesto.

Finalmente se reitera la petición para que el Tribunal declare sin fundamento la demanda "instaurada por el Gobierno del Ecuador (sic)", con expresa condena en costas para la demandante.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia del Tribunal.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la acción de nulidad planteada en virtud de lo que dispo-

nen los artículos 17 a 22 del Tratado que rige su funcionamiento, en concordancia con las normas del capítulo 1 del Título Segundo del Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y en su Reglamento Interno.

Como se observa que durante el trámite del presente juicio no ha ocurrido ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede El Tribunal a proferir la sentencia de mérito, previas las consideraciones que a continuación se efectúan y aclarando que la presente acción fue iniciada en vigencia del Tratado de Creación del Tribunal suscrito en 1979 y que al momento de proferirse la presente sentencia se encuentra en vigor dicho Tratado con la modificaciones introducidas por el Protocolo de Cochabamba, modificaciones que se aplicarán en lo que sea procedente.

2.2. Personería para ocurrir ante El Tribunal en acción de nulidad.

Dado que la persona que establece la demanda se presenta al juicio alegando su condición de sujeto de derecho privado, es decir, de particular, conviene definir previamente si ella cumple con las previsiones señaladas en el Tratado de Creación del Tribunal para que pueda comparecer como accionante dentro de un proceso en el que se pretende la nulidad de unas resoluciones expedidas por la Secretaría General. Para dicho efecto, El Tribunal realiza el siguiente análisis, siguiendo las disposiciones legales correspondientes contenidas en el Tratado mencionado y en su Estatuto, tanto como los lineamientos jurisprudenciales por él elaborados, que constan en providencias adoptadas en casos en los que se presentó situación análoga a la que ahora ocupa la atención de este órgano judicial.¹

2.2.1. Los particulares y su legitimación para actuar en acción de nulidad

El Tratado Fundacional del Tribunal aplicable en el punto, establece en sus artículos 17, 18 y

¹ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por el Tribunal: La del Proceso 1-AN-92. Sentencia del 28-V-92. En G.O.A.C. N° 110 de 11-VI-92. La del Proceso 3-AN-92; demandante Luis Carlos Sáchica, Sentencia de 15-VI-92. En G.O.A.C. N° 112 de 24-VI-92. La del Proceso 4-AN-97. Sentencia de 17-VIII-98. Actor CONTRACHAPADOS DE ESMERALDAS S.A. CODESA Y OTROS. En G.O.A.C. N° 373 de 21-IX-98.



19 que la Acción de Nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión y las Resoluciones de la Junta corresponden, en primer lugar, a los Países Miembros, a los citados organismos y, en segundo lugar y excepcionalmente, a las personas naturales o jurídicas de carácter particular, pero en este evento, sólo cuando la norma que se demanda les sea aplicable y les cause perjuicio. Disponen las citadas normas:

“Artículo 17. *Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado.*

“Artículo 18.- *Los Países Miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.*

“Artículo 19.- *Las personas naturales y jurídicas podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”.*

Esta titularidad condicionada respecto de los particulares ha hecho pensar que la acción de nulidad prevista en el Ordenamiento Jurídico Andino no corresponde verdaderamente al concepto de acción pública en defensa de la legalidad que puede ser ejercida por cualquier persona, consagrada en los ordenamientos internos de muchos países, sobre todo, en materia de control constitucional.

Se trata de una acción que, si bien tiene como objetivo principal y último la defensa de la ley superior y la materialización del principio de jerarquía normativa, su titularidad se encuentra restringida a los Países Miembros, a la Comisión, a la Junta (hoy Secretaría General) y a los particulares que demuestren estar legitimados para actuar porque cumplen los requisitos señalados en el artículo 19 arriba transcrito.

Por lo demás, no todos los Países Miembros están habilitados para interponer acciones de nulidad contra todas las Decisiones de la Comisión, ya que su titularidad se restringe a aquellas que no hubieren sido aprobadas con su voto favorable, al tenor de lo que regula el artículo 18, copiado.

Es por lo anterior que cuando los particulares intentan la acción de nulidad consagrada por el Derecho Andino, deben, para que ésta pueda adelantarse, demostrar a cabalidad que tienen interés para actuar, de lo cual ha de depender lógicamente su “legitimatío ad causam”. Se trata del cumplimiento de un presupuesto procesal para la acción, establecido legalmente, cuya no satisfacción enerva la iniciación y el desarrollo del proceso judicial correspondiente.

Al desarrollar el precepto del Tratado Fundamental que permite que la acción de nulidad se radique en cabeza de un particular, pero a condición de que la norma demandada le sea aplicable y le cause perjuicio, la norma reglamentaria contenida en el artículo 37 literal c) del Estatuto de Tribunal (Decisión 184 de la Comisión), establece que la correspondiente demanda deberá llevar anexa, **necesariamente**, el ofrecimiento de prueba de que en efecto, la norma cuya nulidad demanda, le es aplicable y le causa perjuicio. Para mayor claridad, se transcribe a continuación el precepto citado:

“La demanda de nulidad deberá llevar anexa:

(...)

“c) Necesariamente, si el actor es una persona natural o jurídica, el ofrecimiento de prueba de que la Decisión o la Resolución impugnada le es aplicable y le causa perjuicio”.

En anteriores providencias El Tribunal ha hecho claros pronunciamientos acerca del sig-



nificado de los vocablos **“ofrecimiento de prueba”** y **“le es aplicable y le causa perjuicio”** que se utilizan en la norma que regula lo concerniente a la titularidad de los particulares en cuanto a la acción de nulidad se refiere, por lo que, dada la trascendencia que su cabal entendimiento tiene para su correcta aplicación, se estima conveniente recordarlos y ratificarlos ahora.

En efecto, tiene definido de antaño el órgano judicial de la Comunidad que el ofrecimiento de la prueba respecto de la aplicación de la norma demandada y el perjuicio que irroga al demandante debe entenderse en su acepción de presentación, de aportación material y concreta de la misma, so pena de que, si al momento de admitirse la demanda el Juez Comunitario advierte que la prueba de dichas circunstancias no está presente o es insuficiente, no se le dé curso al proceso. Ha expresado sobre el particular esta Jurisdicción:

“Entiende el Tribunal que el término ‘ofrecer’, en el contexto de esta norma, quiere decir ‘presentar’. En efecto, según los dos primeros significados que propone el Diccionario de la Real Academia Española, ‘ofrecer’, si bien significa prometer, también quiere decir presentar. Para este Tribunal no cabe duda de que la persona natural o jurídica que intenta una acción de nulidad está en la perentoria obligación de demostrar su interés jurídico, del cual depende su legitimación para actuar, PRESENTANDO, anexa a su demanda, la prueba de que la norma que considera nula ‘le es aplicable y le causa perjuicio’. En ausencia de esta comprobación, el Tribunal no estaría autorizado procesalmente para dar inicio al correspondiente proceso.

*“La anterior interpretación concuerda con las demás normas reglamentarias que establecen para estos casos, como requisitos de la demanda, que el demandante compruebe desde un inicio el cabal cumplimiento de los requisitos procesales correspondientes, así se trate de un País Miembro (artículo 37-a del Estatuto)”.*²

Sin embargo, en sentencia posterior se morigeró un tanto esta posición al establecerse que el análisis acerca de la legitimación activa, en el caso de demandas de nulidad interpuestas por particulares, podía realizarse como una cuestión previa en el momento de la expedición de la sentencia.³

Igualmente en cuanto a la condición normativa de que el acto acusado le sea aplicable a quien comparece como demandante o actor y le cause perjuicio, es decir, la comprobación del interés legítimo para actuar, ha señalado El Tribunal:

“La exigencia del artículo 19 del Tratado del Tribunal, junto con las precisiones del Estatuto -interpretadas según una lógica jurídica elemental y de conformidad además con la Doctrina General del Derecho- indican que no es posible confundir la aplicabilidad concreta, actual y de hecho, a la cual se refiere sin duda el artículo 19 del Tratado del Tribunal, con su posible aplicación futura, incierta o hipotética.

“Resulta axiomático que todas las normas del derecho comunitario andino gozan, por definición, de este tipo de aplicabilidad potencial en relación con todos los habitantes de la Subregión, en virtud de la ley (artículo 5 del Tratado del Tribunal). Este tipo de ‘aplicabilidad’ no requeriría, por supuesto, de prueba alguna, ya que se cumpliría siempre, automáticamente. Es evidente entonces que el artículo 19 del Tratado del Tribunal se refiere a una ‘aplicabilidad’ en concreto y en cada caso, cuando se cumplen en la realidad o en la práctica los supuestos de hecho o ‘hipótesis fácticas’ contemplados por la norma en cuestión.

“Debe tenerse en cuenta, de acuerdo con la teoría de la subsunción, universalmente aceptada, que la norma jurídica contiene una serie de proposiciones condicionales hipotéticas en virtud de las cuales tan sólo resulta realmente aplicable, en sentido estricto, cuando la correspondiente hipótesis se cumple específicamente y en la práctica, en el caso

² Cfr. Auto 3-N-92, de 15 de junio de 1992. Actor Luis Carlos SÁCHICA. Publicado en G.O.A.C. No. 112 de 24-VI-92.

³ Véase sobre esta variante jurisprudencial la Sentencia de 17-VII-98. Actor CONTRACHAPADOS DE EMERALDAS S.A. CODESA Y OTROS. En G.O.A.C. Nº 373 de 21-IX-98, anteriormente referenciada.



concreto. No es lo mismo, en consecuencia, la 'aplicabilidad' potencial, futura e incierta de una norma, que su condición concreta de aplicable en un momento determinado (el de la demanda, en este caso) y en relación con una persona en particular (el actor).

"Además de la aplicabilidad propiamente dicha de la norma, a la persona natural o jurídica que pretenda ejercitar la acción de nulidad, el artículo 19 del Tratado del Tribunal exige que de tal aplicación se siga un perjuicio. Este ha de ser, en consecuencia, el efecto directo y específico de la aplicación de la norma, y no un perjuicio indeterminado de orden general, por importante que sea"^{4, 5}.

2.2.2. La prueba presentada por el actor para demostrar su legitimidad para accionar en nulidad en el presente caso.

El actor, para cumplir con lo dispuesto por la letra c) del artículo 37 del Estatuto del Tribunal, aunque no es muy explícito en el planteamiento de la forma como las resoluciones demandadas le son aplicables ni tampoco en la deducción del perjuicio que ellas le causan, dice que adjunta "Copia de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones Lexi, que crea la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones CORPEI; copia auténtica de los Estatutos de la CORPEI; y, copia auténtica de la Reforma a la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, que establece una cuota redimible en favor de la CORPEI; así como copia de la Resolución N° 2 del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones que contiene las normas y procedimientos para la recaudación de la cuota redimible, antes señalada". Y más adelante, en el mismo escrito introductorio de la demanda agrega que: "El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución N° 139 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de la Resolución confirmatoria N° 179 de la misma

Secretaría, que es aplicable y causa perjuicio a la CORPEI, como se demostrará fehacientemente en la estación probatoria, que desde ahora solicito, por ser necesario producir pruebas".

El Tribunal, interpretando la demanda y con apoyo en el texto de los documentos oficiales que se acompañaron a la misma, particularmente, la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI) y su reforma; los Estatutos de la CORPEI; la Resolución No. 2 del Consejo de Comercio Exterior y las Resoluciones de la Secretaría General que se demandan, advierte que con ellos se demuestra que la CORPEI es una entidad sometida al Derecho Privado ecuatoriano, que entre sus funciones tiene asignada por la ley y por sus estatutos la de promover las exportaciones, para lo cual cuenta con unos recursos que en tales normas se le destinan, entre los que se destaca la cuota redimible que deben pagar los importadores de bienes al Ecuador y que ha sido calificada por la Resolución No 139 de la Secretaría General, acusada, como gravamen y, en tal virtud, contraria al Programa de Liberación del Comercio de la Comunidad Andina. Como esta última providencia señala en su artículo 2 que se "otorga un plazo no mayor de 20 días útiles para que se deje sin efecto el gravamen existente para los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena", no queda duda de que la nombrada CORPEI vería afectados sus ingresos en la medida en que el acto administrativo comunitario se ejecutara. De donde se concluye que está demostrado documentalmente el presupuesto procesal de que los actos acusados se aplican y le causan perjuicio a la persona jurídica de carácter particular que instauró la demanda.

2.2.3. Anulabilidad de las Resoluciones que califican una medida interna como gravamen o restricción.

Otra cuestión que requiere un pronunciamiento previo del Tribunal es la relacionada con determinar si una Resolución como la que se demanda y su confirmatoria, que han sido expedidas por la Secretaría General en desarrollo de lo previsto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, esto es, para concluir un procedimiento tendiente a calificar como gravamen o restricción una medida de derecho interno adoptada por el Gobierno del Ecuador, son susceptibles de ser demandadas en acción de nulidad.

⁴ Ibidem

⁵ Sobre el tema de la legitimación activa pueden consultarse también los fallos producidos por El Tribunal en los procesos de interpretación prejudicial Nos. 4-IP-95, de 15-XII-96, publicado en G.O.A.C. N° 253 DE 7-III-97. Caso: **GRANOLAJET**. 28-IP-95 de 13-II-98, publicado en G.O.A.C. N° 332, de 30-III-98, marca de productos **CANALI**; 32-IP-96, de 21-V-97, publicado en G.O.A.C. N° 279 de 25-VII-97, marca: **DC'OS (mixta) vs. DESEO'S (nominativa)**; y 10-IP-97, de 24-IX-97, publicado en G.O.A.C. N° 308, de 28-XI-97. marca: **COLSUBSIDIO**.



dad. El planteamiento de la cuestión y la solución que deba darle El Tribunal tienen relevancia por cuanto es sobre tales actos jurídicos que pudiera edificarse después una acción de incumplimiento, en el caso de que el país afectado con la calificación persistiere en mantener vigente la medida señalada como gravamen o restricción y la Secretaría General llegare a iniciar el procedimiento correspondiente a aquélla.

En efecto, debe distinguirse, en los procedimientos que cumple la Secretaría General, entre los llamados previos a la acción de incumplimiento, regulados por los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tendientes a calificar como gravamen o restricción una medida adoptada unilateralmente por algún País Miembro, a que se refieren los artículos 71, 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. Lo primero que se puntualiza al hacer esta distinción, a la luz de las disposiciones mencionadas, es que la calificación de una medida como gravamen o restricción no puede considerarse, en ningún caso, como la emisión del Dictamen de incumplimiento, ni que éste pudiera ser producido por la Secretaría General, en los casos relativos a gravámenes o restricciones, sin que antes se hubiere expedido el correspondiente acto de calificación de la medida como restricción o gravamen.

En otras palabras, armonizando los dos Tratados, 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. A este propósito responden los recursos establecidos ante la Secretaría General y, por supuesto, la acción de nulidad ante El Tribunal, respectivamente.

Los dictámenes de incumplimiento, en cambio, obedecen a otra filosofía, persiguen otros obje-

tivos y cumplen una función específica dentro del procedimiento jurisdiccional que tiende a definir si un País Miembro ha incurrido en un incumplimiento que deba ser judicialmente sancionado.

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.

El aludido Tratado regula la acción de incumplimiento en sus artículos 23 a 31, normas que en lo pertinente destacan el carácter de etapa procedimental prejudicial del dictamen que debe ser emitido por la Secretaría General con respecto a la conducta asumida por el País Miembro afectado. Vale decir, entonces, que el dictamen es o constituye una actuación necesaria e indispensable dentro del proceso a que da origen el incumplimiento.

Como en el caso que ahora resuelve El Tribunal se juzga la legalidad de unas Resoluciones, expedidas por dicha Secretaría para calificar como gravamen una medida adoptada por el Gobierno ecuatoriano, acusada mediante la acción de nulidad, es este el ámbito procesal propio en que debe resolverse la controversia planteada, sin que tengan aceptación las objeciones que sobre la condición de demandables en acción de nulidad pueda tener este tipo de Resoluciones, formuladas por la Secretaría General.

2.3. Sobre el concepto de gravamen o restricción.

Una vez que se ha definido lo relativo a la legitimidad de la parte demandante para incoar la acción de nulidad, así como la procedencia de ésta con respecto a los actos acusados, conviene precisar también, a la luz de las normas jurídicas pertinentes, el concepto de gravamen o restricción, puesto que la controversia que debe definir El Tribunal, para determinar si las resoluciones acusadas son nulas o se ajustan al ordenamiento superior, se centra,



fundamentalmente, en saber si la Secretaría General al proferirlas, calificando la llamada cuota redimible del 0.25 por mil a las importaciones, aplicada por el Gobierno ecuatoriano en favor de la CORPEI, como gravamen violatorio de las prescripciones del Programa de Liberación, actuó conforme a derecho o aplicó mal las disposiciones legales en que basó su actuación.

Al suscribir el Acuerdo de Cartagena, Tratado por el cual se da vida al proceso de integración andina, los Países Miembros se comprometieron a adelantar un programa de liberación del comercio tendiente a eliminar las barreras de todo orden respecto del comercio intraregional, dando lugar con ello a la construcción del mercado común andino. Es así como en el artículo 71 del referido Acuerdo se dispuso que *“el programa de liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”*. A su turno, en el artículo 72 se definió qué debería entenderse, a los efectos del Acuerdo, por *“gravámenes”* y por *“restricciones de todo orden”*.

Con respecto al primero de los conceptos, que es el que interesa a los propósitos de este fallo, dijo la referida norma comunitaria que *“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”*.

Finalmente en el artículo 73 del Tratado se dispuso que sería la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, el organismo comunitario encargado de determinar si una medida, adoptada unilateralmente por un País Miembro, debía considerarse como gravamen o restricción o si podía inscribirse dentro de las precisas excepciones contempladas en el ya citado artículo 72.

Lo primero que debe destacar El Tribunal, en cuanto a la definición del concepto de gravamen que hace la norma comunitaria, es que ella no corresponde al criterio técnico tributario que lo restringe al campo de los impuestos,

sino que cubre una generalidad de situaciones y dominios que trascienden el ámbito de la tributación, para cobijar bajo su manto todas aquellas situaciones con las cuales se pretenda recargar el valor de las importaciones que, por estar realizándose dentro de una zona de libre comercio, no deben gravarse con suma alguna derivada del hecho mismo de la importación, a no ser que se trate del cobro de los servicios que, directamente relacionados con tal hecho, deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios, generalmente constituidos por operaciones de descarga, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes, trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio internacional de bienes.

Nótese cómo la definición legal no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros sino que lo amplía, de una manera bien generosa, a *“cualquier otros recargos de efectos equivalentes”*, sin importar que tales recargos tengan tal o cual denominación, ni tampoco su naturaleza, que bien puede ser de carácter fiscal, de carácter monetario o de carácter cambiario y cuyo único condicionante es que incidan sobre las importaciones, encareciéndolas o dificultándolas.

No encuentra, por ende, El Tribunal, ajustada a la realidad jurídica, la pretensión de asimilar el concepto de *“gravamen”*, utilizado por el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, al de *“impuesto aduanero”*, tal como se define en el campo meramente tributario. Y ello no es correcto por cuanto el legislador andino hizo una definición especial, de carácter legal, que, en consecuencia y con seguimiento de las reglas que dicta la hermeneútica, no puede ser interpretada con un sentido o con un alcance distinto al de la definición dada por el Tratado.

Así las cosas, entiende El Tribunal, en términos generales, que cualquier suma que cobre unilateralmente un País Miembro, por el hecho de importaciones que se efectúen a su territorio, provenientes y originarias de otro País Miembro, sin que se pueda amparar bajo el concepto de *“tasas”* o de *“recargos análogos”*, que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados, muy probablemente sería calificado como gravamen en los términos del artículo 72.



Es perfectamente entendible para El Tribunal el empeño del legislador andino en prevenir cualquier intento de desviación, que utilizando la vía de los recargos monetarios, cualquiera fuere su naturaleza, su propósito y su destinación, pudieran realizar los Países Miembros, desnaturalizando con ello el programa de liberación que es, por cierto, la esencia del mercado común y uno de los fines propios del Acuerdo de Integración Subregional.

También es entendible para El Tribunal comunitario que el concepto de gravamen, tal como lo considera el Acuerdo de Cartagena, sólo tenga en la práctica, una excepción, cual es la referente a las tasas y recargos análogos, los cuales no quedan comprendidos dentro de dicho concepto pero con la condición ineluctable de que tales tasas o recargos correspondan al costo aproximado de los servicios que se le prestan al importador, en relación con el hecho mismo de la importación. Se trata, de que los Países Miembros puedan razonablemente recuperar a través de este mecanismo los costos que asumen al facilitar las operaciones de importación mediante el concurso de su infraestructura física y administrativa. Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, las tasas son generalmente establecidas para ser pagadas por los usuarios de un servicio determinado y sus tarifas se fijan en proporción o en correspondencia con el costo de tales servicios.

En efecto, los impuestos se cobran indiscriminadamente a todo ciudadano y no a un grupo social, profesional o económico determinado. Se trata de una imposición obligatoria y definitiva que no guarda relación directa e inmediata con la prestación de un bien o un servicio por parte del Estado al ciudadano. En otros términos, los impuestos no incorporan una contraprestación directa a favor del contribuyente. Por ello, en principio, los ingresos recaudados mediante impuestos no tienen destinación específica, pues el Estado dispone de ellos para atender las cargas públicas, de acuerdo a criterios y prioridades políticas que no necesariamente coinciden con los de cada contribuyente.

Las tasas, en cambio son un gravamen que tiende a la recuperación del costo de un bien o un servicio ofrecido por el Estado, ya sea directamente o a través de empresas o personas

particulares. Su cuantía, es decir la tarifa, debe guardar una relación directa y proporcional con el costo del bien o servicio prestado, ya que su objeto es, por lo general, el de financiar servicios públicos divisibles. En principio, puede afirmarse, también, que la tasa no es una imposición obligatoria, toda vez que el particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio. En el establecimiento de la tarifa de este gravamen sólo ocasionalmente caben criterios distributivos a través del establecimiento de tarifas diferenciales como ocurre, por ejemplo, con los precios de los servicios públicos domiciliarios.

Son éstos, las "tasas" o "recargos análogos", los que considera no comprendidos dentro del concepto de gravámenes, el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y por tanto, los únicos permitidos a los Países Miembros sin que constituyan violación al programa de liberación.

La Secretaría General, como ya se dijo está facultada por el artículo 73 del Acuerdo para calificar una medida adoptada por un País Miembro, como gravamen o restricción o, por supuesto, para considerarla como permitida dentro de las excepciones a los "gravámenes" (sólo tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados), o a las "restricciones de todo orden" (sólo las taxativamente contempladas en la lista contenida en los literales a), b), c), d), e), f) y g) del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena). Como quiera que la Resolución que profiera la Secretaría General para emitir la calificación correspondiente es susceptible, como ya se dijo, de discusión judicial respecto de su legalidad, la cual se cumple ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es este organismo, en último término, el llamado a definir cuándo la medida unilateralmente adoptada constituye gravamen o restricción.

2.4. Procedimiento para determinar si una medida, adoptada unilateralmente por un País Miembro de la Comunidad Andina de Naciones, constituye gravamen o restricción.

Por medio de la Decisión 425, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, al establecer el reglamento de los procedimientos administrativos que se surten ante la Secretaría General, dispuso en los artículos 46 a 55 que para efectos del procedimiento tendiente a



determinar si una medida adoptada por un País Miembro, que pudiera gravar o restringir las importaciones originarias de los demás Países Miembros a su territorio, constituye gravamen o restricción, deberán cumplirse las reglas que allí se señalan. Así, se prevé: **a)** que la investigación podrá iniciarse por queja o noticia proveniente de cualquiera de los Países Miembros, de algún particular interesado o de oficio por la Secretaría General, la cual debe solicitar explicación al País Miembro respectivo acerca de la naturaleza y contenido de la medida acusada de constituir gravamen o restricción; **b)** que debe pedirse a los demás Países Miembros su opinión acerca de la referida medida; y **c)** que, la definición que se adopte debe constar en resolución debidamente motivada en la que se haga alusión expresa a las razones por las cuales la medida constituye un gravamen o restricción al comercio, se determine un plazo compatible con la urgencia del caso para que el País Miembro señalado retire el gravamen o restricción y se identifiquen las normas del ordenamiento jurídico comunitario que se estarían incumpliendo, de no retirarse el gravamen o restricción.

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.

2.5. Análisis de legalidad de las Resoluciones demandadas.

Hechas las precisiones y puntualizaciones que constan en los acápites precedentes, están dadas las circunstancias fácticas y los supuestos jurídicos que, aplicados al caso en estudio, permitirán resolverlo, definiendo si la Secretaría General, al calificar de gravamen la llamada cuota redimible del 0.25 por mil, aplicable a todas las importaciones, incluidas las originarias y provenientes de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina, actuó o no, conforme al derecho comunitario al expedir las resoluciones en que tal determinación consta, y si para ello siguió o no, el procedimiento legalmente establecido.

A este análisis se procede a continuación, tomando como base las acusaciones o cargos

de ilegalidad contenidos en la demanda y agrupándolos para su estudio en los que se refieren a violaciones al procedimiento y en los que dicen relación con la cuestión de fondo:

2.5.1. En cuanto al cumplimiento de requisitos formales.

En el escrito de demanda el actor ataca la legalidad de las resoluciones cuya nulidad impetra, con base en tres supuestas violaciones a normas del reglamento de procedimientos administrativos contenidos en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Dice al efecto que se violó *“lo dispuesto en el artículo 68 ...(...)... cuando se negó al Gobierno del Ecuador y a esta corporación la designación de un Director General para que intervenga en calidad de experto especial...”*; que se violó el artículo 41 de la citada Decisión *“negándose así mismo la suspensión de los efectos de la Resolución 139, supuestamente por no haberse demostrado la necesidad de hacerlo...”* y que, por último, *“en la notificación de la Resolución 139 no se hizo constar como lo manda el artículo 17 de la Decisión 425, los recursos que tenía el Gobierno del Ecuador y la CORPEI sobre tal Resolución 139”*.

Con respecto a tales cargos El Tribunal considera:

2.5.1.1. Violación del artículo 68 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina. (Decisión 425)

El artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, Codificado, determina que en la ejecución de los procedimientos en los cuales se controviertan 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. El Reglamento aplicable corresponde al de Procedimientos Administrativos de aquella, aprobado por la Comisión de la Comunidad Andina mediante Decisión 425, de 14 de diciembre de 1997, publicada en la Gaceta Oficial N° 314 de 18 de esos mismos meses y año.

El artículo 68 de la referida Decisión 524 prevé, que el Secretario General, a los efectos de los



dispuesto en el artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, *"a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia designará a un Director General distinto a aquel a quien compete la sustanciación del procedimiento, para que participe junto a este último, en calidad de experto especial"*, esto, en las dos situaciones contempladas en dicha norma, una de las cuales corresponde a las investigaciones tendientes a determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por los Países Miembros al comercio intrasubregional.

Observa al respecto El Tribunal, que la investigación para determinar si las medidas adoptadas por el Gobierno ecuatoriano, relacionadas con las importaciones, constituían o no gravamen o restricción, fue iniciada de oficio y que, por ende, no obedeció a la iniciativa de ningún País Miembro que hubiera actuado en tal sentido. Así mismo, que el artículo 36 del Acuerdo de Cartagena establece que la participación de técnicos o de expertos especiales en la ejecución de los procedimientos ante la Secretaría General está limitada a aquellos casos *"en los que se controviertan los intereses de dos o más Países Miembros"*. Finalmente, que la Decisión 425 al desarrollar la forma como debe verificarse la designación de los expertos a que se refiere el Acuerdo, dispone que *"el Secretario General a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia..."*, por lo que debe entenderse, categóricamente, que esta designación sólo tiene lugar en aquellos casos en los cuales se ha trabado una litis, esto es, una controversia entre dos o más Países Miembros, respecto a la cual la Secretaría General deba adelantar un procedimiento administrativo determinado.

Siendo ello así, la negativa a designar al Director adjunto se considera ajustada a derecho toda vez que las circunstancias de hecho en que se planteaba la solicitud no correspondía a la hipótesis normativa prevista en la disposición que el actor considera violada.

En efecto no estándose frente al caso de controversia o litigio de intereses entre dos o más Países Miembros previsto en el artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, las disposiciones y procedimiento determinados por el artículo 68 de la Decisión 425 no podían y no pueden ser, en ese contexto, aplicables.

En consecuencia, El Tribunal concluye en este ámbito específico que el pedido formulado por el Gobierno de la República del Ecuador en ocasión del recurso de reconsideración interpuesto respecto de la Resolución 139 de la Secretaría General, fue improcedente en derecho y, en congruencia con esto, aprecia que el cargo formulado por la parte actora acerca de la violación del artículo 68 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina es jurídicamente inviable y, en consecuencia, de no recibo por este Tribunal.

La justificación a la que ha recurrido la Secretaría General entre los fundamentos en que apoya su contestación a la demanda, relativa en este específico contexto, a la supuesta innecesaria demora que hubiese producido en el procedimiento administrativo, la atención de la solicitud del Gobierno de la República del Ecuador, al tenor de las consideraciones anteriores este Tribunal la califica como no pertinente.

2.5.1.2 Violación del artículo 41 de la Decisión 425.

El artículo 41 del Reglamento de Procedimientos Administrativos contempla las consecuencias que genera sobre la ejecución de las resoluciones emitidas por la Secretaría General, la interposición de un recurso que sea procedente, diciendo que no las suspende; vale decir, que el recurso se concede, como regla general, en el *"efecto devolutivo"*. No obstante, y por vía de excepción, consagra que el Secretario General podrá disponer la suspensión de los efectos del acto recurrido mientras dure el procedimiento, cuando su ejecución pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la resolución definitiva o cuando el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto.

Es evidente que esta facultad, que equivale a la de conceder el recurso en el *"efecto suspensivo"*, es potestativa del Secretario General quien deberá decidir sobre la petición correspondiente habida cuenta de las circunstancias de hecho que deberá demostrar el impugnante del acto por la vía del recurso y que la norma en comento destaca claramente: a) que la ejecución del acto de la Secretaría General objeto del recurso, puede causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable



por la resolución definitiva; o, b) que el recurso esté fundamentado en la nulidad de pleno derecho del acto.

Adicionalmente se le otorga al Secretario General la facultad para que determine si impone a la parte solicitante la obligación de presentar una caución como condición para la suspensión del acto recurrido.

No existe constancia en el expediente de que el actor hubiera, al momento de solicitar la suspensión de los efectos de la Resolución sobre la cual interponía el recurso de reconsideración, demostrado fehacientemente ante el Secretario General que su petición estaba respaldada en alguna de las dos hipótesis normativas expuestas y por lo tanto considera el Tribunal que el cargo resulta infundado.

2.5.1.3. Violación del artículo 17 de la Decisión 425.

Este cargo tampoco se declarará próspero en razón de que, como lo manifiesta la parte demandada al contestar la demanda, si bien es cierto que en las Resoluciones acusadas se omitió dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 citado y no se indicó a las personas a quienes debían notificárseles, los recursos que procedían contra ellas, dicha omisión resulta intrascendente con respecto a la validez de los actos administrativos objeto de la irregular notificación, que sólo se verían afectados en cuanto a su ejecución. Empero, como quiera que, no obstante la señalada omisión, el impugnante utilizó en tiempo los recursos procedentes y éstos le fueron resueltos por la Secretaría General, cualquier efecto negativo sobre el derecho de defensa y sobre la aplicación del debido procedimiento en que se hubiere incurrido por la omisión comentada, debe entenderse subsanado.

2.5.2. En cuanto a los aspectos de fondo.

La cuestión de fondo radica en saber si la calificación como gravamen que se le dio por parte de la Secretaría General a la medida unilateralmente adoptada por el Gobierno ecuatoriano en la Ley de Comercio Exterior, consistente en imponerle a todas las importaciones una cuota redimible del 0.25 por mil de su valor FOB, en cuanto no se excluyeron las provenientes y originarias de los demás Países Miem-

bros de la Comunidad Andina, consulta los criterios que para el ejercicio de tal competencia tiene establecidos el Acuerdo de Cartagena.

Ya en exposición anterior en esta sentencia el Tribunal discurre sobre lo que debe entenderse a la luz de las normas del Acuerdo de Cartagena como gravamen o restricción y acerca de las excepciones que a dichos conceptos, legalmente definidos para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico comunitario, pueden acudir los Países Miembros.

Se alega, frente a la calificación de gravamen que a la referida cuota redimible dio la Secretaría General que ella no lo es tal, en la medida en que no es definitiva sino redimible al cabo de un tiempo de 10 años, que no se percibe por el Estado o por un organismo suyo, sino por una corporación de derecho privado y que no se destina al cumplimiento de funciones estatales sino al desarrollo de actividades estatutarias propias de una entidad particular. Se dice también, que erróneamente la Secretaría General calificó de gravamen el referido recargo sin considerar que más se asemeja a una tasa o recargo análogo de los que se cobran a los importadores por los servicios prestados y como contraprestación aproximada del valor de los mismos, argumentándose que los importadores reciben de CORPEI beneficios que son equivalentes a la cuota que deben pagar.

Precisa el Tribunal que como punto de partida en este análisis debe tomarse el hecho de que la cuota redimible que grava las importaciones en una cuantía del 0.25 por mil de su valor FOB es evidentemente un recargo que ha sido determinado por una Ley de la República del Ecuador, que dicha medida se adoptó en forma unilateral y que como se aplica a todos los importadores, sin excluir a quienes importan bienes provenientes y originarios de los otros países miembros de la Comunidad Andina, debe ser analizada en cuanto a éstos se refiere, a la luz de las normas comunitarias.

Por ello, se hace necesario examinar si la razón está de parte de la Secretaría General que califica la medida como gravamen y por lo tanto, en cuanto se aplica a quienes importan al Ecuador bienes procedentes y originarios de los demás Países Miembros, violatoria del ordenamiento jurídico comunitario, o si, por el contrario, la razón la tiene el demandante cuan-



do expone que la medida es compatible con dicho ordenamiento ya que, en su aplicación a los importadores de productos de la subregión debe asimilarse a una tasa o recargo análogo, equivalente al monto aproximado de los servicios prestados.

De los documentos que obran en el expediente y de las apreciaciones directas que ha podido formarse el Tribunal a lo largo del juicio se desprende que no tiene razón el demandante en cuestionar la conducta administrativa de la Secretaría General toda vez que, sus argumentos no logran demostrar que la calificación dada a la medida es errónea o estuvo equivocada. Se desprende también que el intento del demandante por demostrar que la cuota redimible del 0.25 por mil que grava las importaciones en beneficio de la CORPEI, cabe dentro de las excepciones contempladas en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena por asimilarse a una tasa o recargo análogo que se cobra como contraprestación por el valor aproximado de los servicios prestados a éstos, es insuficiente y carece de los elementos de convicción indispensables para generar un pronunciamiento de ilegalidad sobre los actos acusados.

En efecto, el actor se limita, por una parte, a argumentar en el sentido de que la referida cuota no es un impuesto, no tiene carácter tributario y por tanto no puede caber dentro del concepto de gravamen y por otra, a asimilarla a una tasa o recargo análogo, pero sin demostrar que los importadores de productos de la subregión reciben de la CORPEI o del Estado ecuatoriano, en forma directa y por el hecho mismo de la importación, unos servicios por valor aproximado al monto del recargo que deben pagar obligatoriamente.

No es de recibo para el Tribunal la simple afirmación de la parte interesada, en que expresa que la cuota redimible *“más cerca estaría de ser una tasa o recargo análogo que corresponde al costo aproximado de los servicios prestados ...”*, los cuales hace consistir en el cumplimiento de las funciones de CORPEI, dirigidas todas a la promoción de las exportaciones y de las inversiones.

Tampoco es válido, para quitarle a la cuota en favor de la CORPEI el carácter de gravamen atribuido por la Secretaría General, el argumento, según el cual, está demostrado *“que la*

tasa en favor de la CORPEI no sólo afecta a las importaciones de la comunidad andina sino a las exportaciones provenientes de todos los países del mundo y también, insisto, a las exportaciones hacia todos los países del mundo”.

Y mucho menos, es relevante al mismo propósito, el decir que la cuota en mención *“no afecta solamente a los importadores sino también a los exportadores; no tiene el carácter parafiscal y peor fiscal; y, no tenía, como no tiene que serlo, destinada de manera específica a los usuarios de **toda** el área andina, aunque en la práctica a ellos también ha dirigido la CORPEI sus esfuerzos”*.

En cuanto a los argumentos relativos a los hechos, que no se discuten por El Tribunal, de que la CORPEI es una Corporación de derecho privado y de que la cuota objeto de la controversia es redimible y está llamada a ser devuelta a los importadores que la han pagado, al cabo de diez años, estima El Tribunal que tampoco son relevantes para quitarle a la misma el carácter de gravamen, toda vez que ellos no demuestran de ninguna manera que la llamada cuota redimible no sea un recargo que grava a las importaciones provenientes de los países de la subregión, impuesta o determinada por una medida unilateral del Estado ecuatoriano y que no significa un costo (financiero en este caso) para los importadores. El hecho de que el dinero depositado obligatoriamente por los importadores sea devuelto transcurrido cierto tiempo no implica que el recargo no les signifique ningún costo, toda vez que a simple vista y con evidencia que no es del caso entrar a cuantificar ahora, se aprecia que ello sí repercute en los costos de la importación, haciéndolos más onerosos que si la referida cuota no debiera pagarse. Y, es indiferente el destino de la misma, toda vez que la discutida cuota puede ser destinada a una institución pública o privada, para cumplir fines estatales o no, sin que ello, una vez demostrado que no se trata de una tasa por los servicios prestados al importador, tenga para los efectos de la calificación incidencia alguna.

No encuentra el Juez comunitario en los argumentos de la demandante elementos que lo lleven a considerar que se ha destruido la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos emitidos por la Secretaría General y objeto de la demanda en acción de



nulidad. El actor, luego de discurrir en el sentido de que la cuota tantas veces mencionada no es un tributo termina reconociendo que es una tasa y como tal la califica en varios apartes de sus escritos e intervenciones en este juicio; pero no logra demostrar los supuestos normativos que determinan que las tasas o recargos análogos impuestos unilateralmente por un país miembro a las importaciones originarias de los otros países miembros de la comunidad andina, no puedan considerarse como constitutivos de gravamen, que son, como se dejó ampliamente expuesto, de una parte, que correspondan a retribución por servicios prestados al importador y por otra, que su tarifa se haya determinado como equivalente al valor de tales servicios.

De todo lo anterior se concluye que la calificación de gravamen dada por la Secretaría General mediante las Resoluciones acusadas a la medida unilateralmente adoptada por el Estado ecuatoriano a través de su órgano legislativo, por la que se dispuso cobrar a los importadores una cuota redimible del 0.25 por mil del valor FOB, en cuanto se exige a las importaciones provenientes de la subregión, está ceñida a la legalidad y por lo tanto, al no haberse demostrado por el demandante que se hubiera incurrido ni formal ni materialmente en violación de norma alguna del ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal emite sentencia negando las súplicas de la demanda y condenando en costas a la parte actora.

Como resultado de las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

En ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 23 y 24 de su Tratado y luego de haber cumplido el proceso que señala el Estatuto

DECIDE:

Primero: Niéganse las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condénase a la demandante al pago de las costas causadas.

Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria de las partes según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto de Tribunal.

Por la Secretaría remítase a la Secretaría General copia certificada de esta sentencia para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 del Tratado del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
Secretario

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. **CERTIFICO.-**

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO



PROCESO 4-AI-98

Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República del Perú.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los veintisiete días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República del Perú.

VISTOS:

El escrito SG/AJ/C 114-98 de 6 de agosto de 1998, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina presenta demanda en acción de incumplimiento contra la República del Perú, por supuesta contravención del artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, a los artículos 71 y 72 del Acuerdo de Cartagena, a la Decisión 328 de la Comisión, sobre sanidad vegetal, y a las Resoluciones 431 y 432 de la Secretaría General, solicitando expresamente la condena en costas para la parte demandada;

La Resolución N° 494, de fecha 07 de julio de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 275, del 11 de julio de 1997, que contiene el Dictamen de Incumplimiento N° 013-97, por el cual la Secretaría General determinó que el Gobierno del Perú, al continuar restringiendo las importaciones de bananos originarios y procedentes del Ecuador, y al no acatar la Resolución 432 de la Junta, ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y específicamente del Artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo, del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre el Programa de Liberación, de la Decisión 328 sobre Sanidad Agropecuaria Andina y de la propia Resolución 432.

El escrito de demanda; las conclusiones presentadas por la Secretaría General con motivo de la Audiencia Pública celebrada el día 24 de junio de 1999; las pruebas por ella aportadas; y, los demás documentos que obran en autos.

Que se ha dado cumplimiento a las disposiciones procedimentales establecidas por el Tratado de Creación del Tribunal, de su Estatuto y del Reglamento Interno, en este caso con la formulación de observaciones por escrito realizada por la Secretaría General a la demandada y la emisión por la Secretaría General de la Comunidad Andina del referido Dictamen de Incumplimiento.

En razón de lo cual este Tribunal pasa a realizar un resumen de los hechos, de las argumentaciones de las partes y de los pedimentos formulados por las mismas tal como aparecen de autos:

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda.

Como se dijo, en escrito de 6 de agosto de 1998, en uso de la acción de incumplimiento, la Secretaría General de la Comunidad Andina presentó demanda contra la República del Perú, por supuesta contravención al artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, a los artículos 71 y 72 del Acuerdo de Cartagena, a la Decisión 328 de la Comisión, sobre sanidad vegetal, y a las Resoluciones 431 y 432 de la Secretaría General, solicitando expresamente la condena en costas para la parte demandada.

1.1.1. Los hechos de la demanda.

1.1.1.1. En fechas 10 y 11 de marzo de 1994, se llevó a cabo la Reunión Técnica Binacional Ecuador/Perú en la ciudad de Machala, Ecuador, y en el curso de la misma la Delegación del Perú manifestó que existe prohibición de ingreso de banano ecuatoriano a territorio peruano al amparo de la mencionada Resolución 782-87-AG/DGAG, la cual en uno de sus considerandos señala que *“la presencia de Sigatoka negra del banano en plantaciones bananeras de la República de Ecuador, pone en peligro la sanidad de las plantaciones bananeras peruanas, especialmente de la zona norte del país limítrofe con Ecuador, lo que*



hace necesario adoptar medidas urgentes de carácter cuarentenario que impidan el ingreso de dichos frutos por nuestra frontera norte”;

1.1.1.2. En fecha 16 de mayo de 1994, y como consecuencia de lo acordado en la Reunión Técnica Binacional mencionada en el numeral anterior, el Ministerio de Agricultura y Ganadería de Ecuador se dirigió a la Junta mediante oficio 261 PNSV del 16 de mayo de 1994.

En el citado oficio, el Gobierno del Ecuador solicita, en relación con el problema referente a la sigatoka negra, *“...la intervención de la JUNAC a efecto de que la Resolución 782-87-AG-DGAG del 22 de septiembre/87, registrada en la Junta con el número de orden 070, sea derogada por el Servicio de Sanidad Agropecuaria (SENASA), en razón de que no existe ningún riesgo fitosanitario en el banano ecuatoriano que se comercializa hacia el Perú y cuya prohibición ha ocasionado graves problemas en el comercio de la fruta de dicho país.”*

Esta información fue puesta en conocimiento del Gobierno del Perú, mediante nota J/DA/431 del 08 de junio de 1994. Por solicitud de la Junta, el Gobierno de Ecuador amplió la información técnica presentada mediante el oficio DINT-GRAN 945020 del 26 de octubre de 1994. Esta nueva información fue puesta en conocimiento del Perú, con nota J/DA/363 del 11 de noviembre de 1994;

1.1.1.3. En fecha 12 de junio de 1995, el Ministerio de Agricultura del Perú expidió la Resolución 264-95, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de junio de 1995, en la que se establece que la Sigatoka negra del banano ha sido detectada en el Perú en la localidad de Pucallpa (km 15 de la carretera Federico Basadre) y en parcelas de la Universidad Nacional de Ucayali, y que a pesar del control cuarentenario adoptado, se han detectado otros focos de infección en localidades distintas a las señaladas, evidenciando la diseminación progresiva hacia zonas libres;

1.1.1.4. De conformidad con la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial N° 226 del 20 de septiembre de 1996, que adopta la Norma Andina sobre requisitos fitosanitarios de aplicación al comercio de productos agrícolas, recomendada por el Comité Técnico Andino de Sanidad

Agropecuaria -COTASA-, Grupo Sanidad Vegetal, en su Decimotercera Reunión, los requisitos para la importación de frutos frescos de banano destinados al consumo o uso industrial, en lo que se refiere al caso específico de la sigatoka negra (*Mycosphaerella fijiensis* var. *difformis*), son los siguientes: a) que los frutos deben ser sometidos a tratamientos fitosanitarios aplicados en el lugar de producción, b) obtención del permiso y certificado fitosanitario, y, c) que el producto sea sometido a inspección sanitaria al arribo;

1.1.1.5. En fecha 20 de setiembre de 1996, la Junta emitió la Resolución 432, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 118 del 27 de setiembre de 1996, por medio de la cual determinó que la prohibición por parte del Perú del ingreso de banano proveniente de Ecuador constituye una restricción al comercio, a los efectos de lo dispuesto en el Artículo 43 (hoy 73) del Acuerdo de Cartagena. Asimismo, la citada resolución canceló la inscripción de la Resolución 782/87-AG/DGAG del Ministerio de Agricultura del Perú en el registro de Normas Sanitarias Subregionales, de acuerdo con la solicitud formulada por el Gobierno del Ecuador a través de su oficio 261 PNSV;

1.1.1.6. En fecha 22 de noviembre de 1996 la Junta remitió al Gobierno del Perú la Nota de Observaciones J/AJ/F 607-96, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, concediéndole un plazo de veinte días calendario, contados a partir de su recepción, para que informara si efectivamente había suspendido la medida de prohibición de ingreso del banano procedente del Ecuador, con el fin de dar cumplimiento a la Resolución 432. A dicha nota de Observaciones, el Gobierno del Perú no dio respuesta; y,

1.1.1.7. En fecha 07 de julio de 1997 la Junta mediante Resolución N° 494 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 275 del 11 de julio de ese año, emitió el Dictamen de Incumplimiento N° 013-97 por parte del Perú, al considerar que se continuaba restringiendo las importaciones de bananos originarios y procedentes del Ecuador.

1.1.2. Fundamentos de Derecho.

Los argumentos expuestos por la actora, son, en resumen del Tribunal, los siguientes:



La norma sanitaria adoptada por la República del Perú a través de la Resolución del Ministerio de Agricultura N° 782-87-AG/DGAG, por la que prohíbe absolutamente la importación de plátano y otras especies vegetales relacionadas taxonómicamente, procedentes de la República del Ecuador, no tiene la justificación necesaria para que ésta sea de tal impacto y eficacia sobre el propósito sanitario perseguido, pues en la actualidad existe la sigatoka negra en varias zonas del Perú; así lo confirma el Ministerio de Agricultura de dicho País Miembro mediante resolución N° 264-95, al decir que la sigatoka negra del banano fue detectada en el Perú en la localidad de Pucallpa (Km 15 de la carretera Federico Basadre) y en parcelas de la Universidad Nacional de Ucayali, y que a pesar del control cuarentenario adoptado se han detectado otros focos de infección en localidades distintas a las señaladas.

Por otro lado, la Junta, en relación con el argumento de la República del Perú relativo al hecho de que la sigatoka negra es una enfermedad que se transmite por el fruto, solicitó información técnica a la División de Protección Vegetal de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación (FAO), entidad que mediante fax N° 3836 de fecha 30 de noviembre de 1994, manifestó que la posibilidad de contaminación de banano de sigatoka negra a través de sus frutos es "extremadamente improbable", en razón de los tratamientos de desinfección a los que se les somete desde el proceso de corte de racimos, selección y empaque de los mismos. De ello, concluye la Secretaría General que el argumento sostenido por la República del Perú carece de fundamento jurídico y técnico, pues dicha enfermedad, como ya se dijo, no se transmite a través del fruto.

De lo anterior concluye la Secretaría General que el Gobierno del Perú está incumpliendo la obligación de derogar la resolución 782-87-AG/DGAG, y en consecuencia, de permitir el ingreso de banano procedente del Ecuador, pues no existe en el ordenamiento jurídico andino ninguna disposición que admita la posibilidad de continuar prohibiendo dicho ingreso, razón por la cual la Junta canceló la inscripción de la mencionada resolución a través de la Resolución 432 de 1996, teniendo en cuenta que está técnicamente demostrado por la FAO que es "extremadamente improbable" que la sigatoka

negra se transmita a través de los frutos del banano, situación corroborada por los informes de la República del Ecuador y de la Secretaría General.

Por tanto, en el petitorio de la demanda se solicita que este Tribunal Comunitario Andino, en su pronunciamiento declare expresamente que por razón de la falta de derogatoria por parte del Perú de la resolución 782-87/AG/DGAG, se permita el ingreso de banano proveniente del Ecuador, por haber desaparecido las razones fácticas y jurídicas de dicha resolución a la luz de las Resoluciones 431 y 432, en razón de la inexistencia del riesgo de contagio por frutos del Ecuador, y por la presencia actual de la enfermedad en el País demandado. Además, se solicita en forma expresa la condena en costas a la demandada.

1.2. Contestación de la demanda.

La República del Perú, no obstante que fue debida y oportunamente notificada de la interposición de la demanda en su contra por parte de la Secretaría General, no dio contestación a aquélla en la etapa procesal correspondiente.

1.3. La audiencia pública y los alegatos de las partes.

El Tribunal convocó la Audiencia Pública estatutaria con el fin de oír a las partes, cumpliéndose ésta el 24 de junio de 1999 con la asistencia de la Secretaría General y sin la presencia de la demandada.

1.3.1. Conclusiones aportadas por la parte actora.

Las presentadas mediante escrito SG/2.3/C- de fecha 25 de junio de 1999, ingresado a este Tribunal en el día 28 del mismo mes y año, en lo fundamental fueron ratificadoras de los argumentos expuestos en la demanda y ratificados en la Audiencia Pública celebrada el 24 de junio de 1999, y se las resume en la siguiente forma:

Manifiesta la demandante su preocupación por la inasistencia del Gobierno del Perú a la referida Audiencia. Al respecto considera que el éxito del logro de los objetivos propuestos en el marco del Acuerdo de Cartagena no solamente está centrado en el trabajo de los órganos y



entidades del Sistema Andino de Integración, sino que depende fundamentalmente del acatamiento por parte de los Países Miembros de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. También resalta que para los nacionales de los Países Miembros, la señal más importante acerca de la viabilidad y éxito del intercambio comercial subregional es la seriedad y el grado de compromiso que muestren las autoridades de cada País en el cumplimiento de sus obligaciones. Por tanto, solicita el pronunciamiento expreso del Tribunal al respecto, a efectos de evitar que en el futuro este tipo de circunstancias vuelvan a presentarse.

Menciona las inspecciones realizadas por la propia Secretaría General a plantaciones bananeras ecuatorianas, en las que se verificó el manejo tecnológico y sanitario que las autoridades de ese País exigen y hacen cumplir a las empresas bananeras, tales como las medidas de inspección sanitaria en lugares de ingreso, los procesos de desinfección durante la cosecha y fumigación adecuada, todos ellos establecidos a fin de mantener altos niveles de calidad en el producto y controlar la extensión de la sigatoka negra.

Por ello -argumenta la Secretaría- resulta evidente que la falta de derogatoria por parte del Perú de la Resolución 782-87-AG/DGAG, a fin de permitir el ingreso de banano proveniente del Ecuador, constituye un incumplimiento al no acatar la Decisión 328 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que en su artículo 12 establece en relación con el Registro de Normas Subregionales que: *“El País Miembro que considere que una o varias normas comunitarias, por haber desaparecido el motivo que las originó, representan obstáculos al comercio de productos agropecuarios, podrá solicitar que la Junta estudie el caso, acompañando la documentación técnica sustentatoria.”*

Culmina ratificando el petitorio de declaratoria de incumplimiento que debe ser emitida por el Tribunal, formulado en el escrito de demanda.

1.3.2. Alegatos de la demandada.

Como se dijo, la República del Perú no asistió a la Audiencia ni presentó alegato de conclusión, habiéndose limitado a remitir al Presidente del Tribunal un escrito firmado por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y

Negociaciones Comerciales en el que informa que *“...no será posible la asistencia de un representante del Gobierno Peruano a la referida audiencia por lo que reiteramos nuestra posición de contradecir la demanda presentada por la Secretaría General en todos sus extremos”*.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pasa a realizar las siguientes,

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia del Tribunal.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la acción planteada en virtud de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, en concordancia con las normas del capítulo 1 del Título Segundo del Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y con las del Capítulo V de su Reglamento Interno.

Como se observa que no ha ocurrido ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede El Tribunal a proferir la sentencia de mérito.

2.2. Naturaleza, fines y trámites de la acción de incumplimiento.

El logro cabal de las finalidades del proceso de integración subregional originado en el Acuerdo de Cartagena mediante el cumplimiento de los derechos y obligaciones que dentro del mismo adquirieron los Países Miembros, sólo estará garantizado si opera el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguardia ha sido encomendada a este Tribunal desde el preámbulo mismo de su Tratado Fundacional, en donde se lo crea como el órgano jurisdiccional exclusivo, del más alto nivel, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. Le corresponde, por tanto, velar por la recta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario conformado en el mismo Tratado que le da origen, garantizando, a su vez, que los Países Miembros cumplan las normas que lo integran, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen.

La acción de incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de



Creación, constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Según lo que disponen las normas constitutivas citadas, El Tribunal puede conocer de la acción de incumplimiento a instancia de la Secretaría General o por iniciativa de los Países Miembros, mediante demanda que ante él propongan sus correspondientes titulares.

Acerca de la naturaleza de la misma dijo el Tribunal en la primera sentencia de este tipo por él dictada:

“En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación”.¹

De las normas citadas y de lo que ha sentado la jurisprudencia del Tribunal, se desprende que antes de acudir al procedimiento judicial es necesario que se adelante ante la Secretaría General de la Comunidad un procedimiento precontencioso que viene a constituir una especie de presupuesto procesal para la acción y que se caracteriza por el cumplimiento de una fase previa administrativa en la que debe abrirse el diálogo entre el órgano comunitario y el País Miembro para buscar la solución del asunto controvertido en la etapa administrativa; que se otorgue además al País Miembro la oportu-

nidad procesal para corregir o enmendar su conducta, a partir de la formulación de un pliego de cargos o nota de observaciones que puede ser objeto de explicaciones justificatorias de la conducta asumida por el referido País Miembro; y, finalmente resulta así mismo indispensable la emisión de un dictamen de incumplimiento en el cual se determine si la conducta asumida por el País Miembro es contraria al ordenamiento jurídico comunitario. Se observa que la jurisprudencia del Tribunal exige que debe existir correspondencia y necesaria congruencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento con las alegadas posteriormente en la demanda que llegare a intentarse.

Estas características se cumplen a cabalidad en el presente caso, según se desprende de la narración de los hechos y circunstancias del proceso descritos en esta misma sentencia, siendo de destacar que el País Miembro llamado a dar explicaciones se abstuvo también de dar respuesta a la nota de observaciones.

2.3. La Decisión No. 328 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre Sanidad Agropecuaria Andina.

La Decisión 328 citada establece en su artículo 13, que la importación de productos agropecuarios originarios de la subregión, sólo podrá ser objeto de la aplicación de Normas Sanitarias Registradas. Y el artículo 12 de la misma Decisión dispone, así mismo, que las normas sanitarias únicamente pueden ser invocadas frente a otro País Miembro si están inscritas en el registro subregional.

Ambas disposiciones se basan en el Capítulo VII del Acuerdo de Cartagena, particularmente en los artículos 99 y 100, en donde se señalan los objetivos del programa de desarrollo agroindustrial y se destaca la necesidad de lograr la complementación y la especialización subregional de la producción con miras al incremento del intercambio de productos agropecuarios y agroindustriales, estableciéndose entre las medidas que podrá expedir la Junta para dicho propósito, las correspondientes a las normas y programas comunes sobre sanidad vegetal y animal.

El concepto de sanidad agropecuaria se enmarca dentro de la necesidad de hacer frente a

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 30-IX-96. Proceso No. 1-AI-96. En G.O.A.C. No. 234 de 21-IV-97.



los riesgos de enfermedades y plagas para la agricultura y la ganadería en la subregión pero compatibilizándola con el criterio de agilizar los procedimientos de control. En efecto, los objetivos del sistema andino de sanidad agropecuaria señalados en el artículo 2º de la Decisión 328 citada, se orientan hacia la necesidad de mantener vigilancia frente al riesgo de plagas y enfermedades exóticas para la agricultura y la ganadería a fin de prevenirlas, mas cuidando al mismo tiempo que se constituya en "una restricción encubierta al comercio agropecuario intra-subregional", tal como lo señalan los literales c) y d) de ese artículo.

Entre los mecanismos diseñados por el sistema andino de sanidad agropecuaria para su desarrollo, está el del registro obligatorio de las normas sanitarias subregionales de aplicación al comercio agropecuario intra-subregional y con terceros países, tal como lo señala el literal e) del artículo 3º de la Decisión 328. A su turno, el artículo 10 *ibídem* define el objetivo del registro como el de contribuir a un manejo seguro y ágil del comercio de productos agropecuarios de la subregión, haciendo hincapié en que el registro busca la prevención de plagas y enfermedades exóticas, pero sin que ello signifique "que las normas sanitarias sean utilizadas como restricciones encubiertas al comercio intra-subregional". De lo anterior se desprende que las restricciones a la introducción de productos agropecuarios originarios de la subregión a un País Miembro sólo pueden ser justificadas en la aplicación de normas sanitarias registradas, tal como lo señalan varias disposiciones de la Decisión 328 comentada.

Lo expuesto permite colegir que el sistema andino de sanidad agropecuaria se corresponde totalmente con el principio de libre circulación de mercancías, que es principio esencial del proceso de integración, por cuanto la obligación del registro de las normas sanitarias, además de su finalidad propia de atender a la prevención de plagas y enfermedades de especies vegetales, está dirigida, también a garantizar que los países no adopten medidas unilaterales que puedan constituir restricciones simuladas o encubiertas al intercambio de mercancías de dicho sector. De donde también es pertinente afirmar que, en materia de medidas fitosanitarias, todos los esfuerzos están encaminados a evitar que se menoscabe el principio de la libertad de comercio.

2.4. El Registro de Normas Sanitarias Subregionales según la Resolución No. 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Es claro, entonces, que para que un País Miembro pueda aplicar una medida fitosanitaria no contemplada en el registro que administra y controla la Junta, debe, según lo dispone el artículo 14 de la Decisión 328, solicitar y obtener su previa incorporación en el citado registro, tal como lo previene el artículo 30 de esta Decisión, el cual también regula el procedimiento que a tal efecto deberá seguirse.

La Junta, en cumplimiento de su función de armonización de medidas fitosanitarias, expidió la Resolución No. 431 por medio de la cual se adopta la Norma Andina sobre requisitos fitosanitarios de aplicación al comercio de productos agrícolas, estableciendo en su artículo 1º que los Países Miembros aplicarán los requisitos fitosanitarios fijados en el anexo 1 de dicha Resolución y disponiendo en su artículo 4º que ningún país exigirá requisitos fitosanitarios distintos a los del anexo citado.

2.5. El cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros respecto del Ordenamiento Jurídico Comunitario.

Claramente el artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal permite deducir que son dos los principios fundamentales del derecho comunitario que por él se tutelan: El de su preeminencia y el de su aplicación directa. Por el primero se entiende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de privar sobre la de derecho interno. Por el de aplicación directa se comprende tanto la posibilidad de que ella pase a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en los Países Miembros sin instancias nacionales intermedias, como su efecto directo, es decir, la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que sus ciudadanos puedan exigir directamente ante los tribunales nacionales.

Estos principios o características del derecho comunitario se materializan, además, en el artículo 5º del Tratado Fundacional cuando impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas frente a él: una, la "de hacer", consistente en adoptar



las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento; y, otra, la “**de no hacer**” o prescripción consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculicen de cualquier manera su aplicación.

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, de la misma índole o naturaleza, que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

Finalmente, debe precisarse que las obligaciones previstas en el artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1º del mismo Tratado. Trátese de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, por igual deben ser respetadas y acatadas tanto por los organismos y funcionarios de la Comunidad como, y ante todo, por los Países Miembros.²

2.6. La conducta de la parte demandada en el caso concreto a los fines de la configuración del incumplimiento.

Precisados los anteriores conceptos, que corresponden en esencia a la normatividad comunitaria que debe ser aplicada, es del caso, a la luz de los hechos que se desprenden del expediente, según la presentación que de ellos se ha hecho en la parte narrativa de esta providencia, pasar a examinar la conducta asumida por la República del Perú, a los fines de que El Tribunal pueda determinar si ella es configurativa de un incumplimiento de las normas de derecho comunitario, tal cual lo asevera la demandante.

² En términos similares se ha pronunciado este Tribunal según Sentencia de 26-X-89. Proceso N° 5-IP-89. En G.O.A.C. N° 50, de 17-XI-89.

Debe ante todo destacarse que la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, dictada en desarrollo tanto de las normas del Tratado como de las contenidas en la Decisión 328 de la Comisión, estableció que como requisitos fitosanitarios para la importación de frutos frescos de banano destinados al consumo o uso industrial, en lo que se refiere al caso específico de la sigatoka negra (*Mycosphaerella fijiensis* var. *difformis*), los Países Miembros sólo podían exigir los siguientes: a) que los frutos deben ser sometidos a tratamientos fitosanitarios aplicados en el lugar de producción, b) la obtención de un permiso y certificado fitosanitario, y, c) que el producto sea sometido a inspección sanitaria al arribo. El expediente da cuenta de que las autoridades sanitarias del Perú solicitaron a la Junta incorporar al registro de normas sanitarias subregionales llevado por ésta, una Resolución del Ministerio de Agricultura prohibiendo absolutamente la importación de plátano procedente de la República del Ecuador por estar afectado de sigatoka negra y que, registrada ésta como fue, la suspensión de las importaciones al territorio peruano quedaba amparada por una norma comunitaria y en consecuencia, tal situación, aunque contraria al principio de la libre circulación de bienes, no comportaba, sin embargo, violación alguna del ordenamiento comunitario.

Empero, por las diferentes razones de orden técnico que se consignaron en la demanda, la Junta expidió posteriormente una Resolución, la 432, cancelando la inscripción en el registro de normas sanitarias subregionales, de la Resolución interna por medio de la cual el Perú podía impedir la importación a su territorio de banano originario del Ecuador. Esta decisión trajo como consecuencia que la prohibición dejara de estar amparada en la normatividad comunitaria y pasara a convertirse en una restricción al comercio, tal como se calificó por la Junta en desarrollo de lo previsto en el artículo 43 (hoy 73) del Acuerdo de Cartagena.

La República del Perú, según se afirma en el escrito contentivo de la demanda hizo caso omiso de las decisiones adoptadas por la Junta e ignoró, además, la nota de observaciones en que se le concedía un plazo de 20 días calendario contados a partir de su recepción para que informara si efectivamente había suspendido la medida de prohibición de ingreso del banano procedente del Ecuador.



Se evidencia, además, de los autos que al momento de redactarse este fallo la situación continúa invariable, no obstante haberse producido el Dictamen de Incumplimiento No. 013-97 y haberse elevado ante la autoridad judicial comunitaria la correspondiente demanda de incumplimiento.

Para el Tribunal resulta claro, en consecuencia, que la conducta asumida por las autoridades peruanas, consistentes en impedir las importaciones de banano procedentes del Ecuador, si bien, inicialmente estuvo ajustada a derecho, pasó a configurar un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, desde el momento mismo en que la medida de prohibición dejó de estar inscrita en el Registro de Normas Sanitarias Subregionales. Ha debido dicho País Miembro proceder entonces a derogar las medidas prohibitivas, que por efecto de la cancelación de su registro quedaron sin amparo legal, y permitir tales importaciones, exigiendo el cumplimiento de los requisitos fitosanitarios pertinentes a los cuales se hizo referencia anteriormente. Al proceder de manera contraria, dicha conducta constituye un obstáculo injustificado al comercio subregional de productos agropecuarios, que debe ser calificado como incumplimiento por parte del País Miembro demandado, tal como se hará en la parte decisoria de este fallo.

2.7. Valoración de las pruebas y de los argumentos esgrimidos por las partes.

La decisión que habrá de tomarse está fundada en el amplio acervo probatorio que ha sido recaudado dentro del proceso, siendo de destacar que el país demandado no aportó en defensa o justificación de su actitud prueba alguna, además de que se abstuvo de contestar la demanda y de concurrir a la audiencia pública convocada dentro del juicio. Adicionalmente, tampoco se hizo presente en el término probatorio abierto extraordinariamente por el Tribunal a fin de recabar la mayor cantidad de elementos de juicio para poder resolver la contención planteada.

Las pruebas debidamente aportadas por la Secretaría General con el memorial de demanda, permiten al Tribunal formarse la convicción de que se configura el incumplimiento, razón por la cual y ante la ausencia de otras pruebas que justifiquen la conducta asumida por las autori-

dades peruanas, la sentencia de mérito deberá acoger, sin más, los planteamientos de la actora.

Se advierte en los documentos aportados que la actuación de la Junta cuando decidió cancelar la inscripción de la medida peruana de restricción a las importaciones de banano procedentes del Ecuador, estuvo respaldada en conceptos técnicos demostrativos de que, por una parte, la sigatoka negra no era para entonces una enfermedad exótica en el Perú y, por la otra, de que resulta muy improbable que la transmisión de dicha enfermedad vegetal se realice por medio de los frutos.

Como resultado de las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

en ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 23 y 24 del Tratado de su Creación y luego de haber cumplido el proceso que señala el Estatuto

D E C I D E:

1. Declarar el incumplimiento por la República del Perú de los artículos 4º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (codificado por la Decisión 472 de la Comisión), 71 y 72 del Acuerdo de Cartagena, de la Decisión 328 de la Comisión, y de las Resoluciones 431 y 432 de la Secretaría General,
2. Exhortar a la República del Perú a que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, disponga las medidas necesarias con el fin de adaptarse en forma inmediata a las normas fitosanitarias para las importaciones de plátano procedente del Ecuador, de acuerdo con las disposiciones comunitarias vigentes, de manera que se restablezca el equilibrio y armonía de la normativa nacional con la andina.
3. Condenar en costas a la parte demandada, tal como ha sido solicitado por la actora.



Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria de las partes según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto de Tribunal.

Remítase a la Secretaría General copia certificada de esta sentencia para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 del Tratado del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
Secretario

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

PROCESO 1-AN-96

Acción de nulidad interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los cinco días del mes de noviembre de 1999, en la acción de nulidad interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

VISTOS:

El escrito J/AJ/C 156-96 presentado el 28 de noviembre de 1996, por el cual la Junta del Acuerdo de Cartagena solicita que este Tribunal, conforme a lo previsto con el artículo 17 de su Tratado de Creación, declare la nulidad del artículo 2° de la Decisión 387 emanada de la Comisión el 13 de diciembre de 1995, por considerarlo violatorio de las normas contenidas en éste, así como de haber incurrido el órgano comunitario emisor en el vicio de incompetencia; en razón de lo cual solicita igualmente que el Tribunal realice los pronunciamientos, complementarios a su juicio, que más adelante se enuncian.

Los escritos presentados en fechas 29 de enero de 1996 y 13 de febrero de 1997, respectiva-

mente, por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca del Ecuador y por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales del Perú, diciendo ambos actuar en su sucesiva condición de Presidentes de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y por vía de contestación a la demanda;

Las pruebas aportadas en el proceso, las conclusiones presentadas, que corresponden a la audiencia pública celebrada el día 25 de septiembre de 1997, así como los demás documentos que obran en el expediente;

Que se ha dado cumplimiento a las disposiciones procedimentales establecidas por el Tratado de Creación del Tribunal, por su Estatuto (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y por el Reglamento Interno;

Pasa El Tribunal a realizar un resumen de los elementos que sirven de fundamento a la presente controversia anulatoria, con fundamento en los presentados tanto por la actora como por la parte demandada.



1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

Como se dijo, en escrito de 28 de noviembre de 1996, en uso de la acción de nulidad, la Junta del Acuerdo de Cartagena presentó demanda para que se declare la nulidad del artículo 2° de la Decisión 387 emanada de la Comisión, por considerarlo violatorio de las normas del Ordenamiento Jurídico Andino, así como por haber incurrido la Comisión del Acuerdo de Cartagena en el vicio de incompetencia.

Además de la declaratoria de nulidad del impugnado artículo 2 de la Decisión 387, solicita también la demandante que, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Tratado del Tribunal, éste *“declare a la Comisión del Acuerdo de Cartagena: (i) la obligación de mantener una congelación respecto de lo que ya hubiera sido liberado en el comercio intrasubregional, incluso mediante los acuerdos bilaterales suscritos entre Perú y los demás Países Miembros, de multilateralizar las concesiones otorgadas en el seno del Grupo Andino y de extender a los demás Países Miembros las concesiones otorgadas a terceros países; (ii) la obligación de abstenerse de dictar nuevas medidas que contravengan las disposiciones del Acuerdo, en relación con el status de cada uno de los Países Miembros en cuanto a sus obligaciones en el Grupo Andino, incluyendo la posible emisión de nuevas Decisiones al respecto o la celebración de nuevos convenios bilaterales; (iii) la obligación de que se produzca una reincorporación plena de Perú a sus derechos y obligaciones como País Miembro del Acuerdo de Cartagena, y particularmente, como integrante de la Zona de Libre Comercio, en una forma que sea consistente con el Acuerdo de Cartagena, de manera tal que se produzca una efectiva liberación del universo arancelario entre los cinco Países Miembros. En este último particular, solicito que el Tribunal establezca unos plazos para que la Comisión dicte las normas correspondientes y para que se produzca el restablecimiento de la situación infringida, con la reincorporación efectiva del Perú.”*

1.1.1. Los Hechos de la demanda.

Los expuestos en el escrito contentivo de la demanda son:

1.1.1.1. El 25 de agosto de 1992 la Comisión del Acuerdo de Cartagena dictó la Decisión 321 por la cual se estableció que el Perú suspendiera sus obligaciones respecto al Programa de Liberación y al Arancel Externo Mínimo Común y que no participara en la adopción de Decisiones relativas a la armonización de políticas macroeconómicas, a la definición del Arancel Externo Común, al perfeccionamiento de la zona andina de libre comercio, ni a las negociaciones comerciales que los restantes Países Miembros adelantarán con terceros. La vigencia de esta Decisión fue fijada hasta el 31 de diciembre de 1993. (G.O. 114 del 27 de agosto de 1992);

1.1.1.2. El 17 de diciembre de 1993, mediante Decisión 347, la Comisión extendió la vigencia de la Decisión 321, hasta el 30 de abril de 1994. (G.O. 145 del 21 de diciembre de 1993);

1.1.1.3. El 04 de abril de 1994, la Comisión emitió la Decisión 353 por la cual el Perú reasumió su participación en cuanto a Decisiones sobre armonización de políticas macroeconómicas y sobre negociaciones comerciales con terceros. *“Mediante esta misma Decisión, un número de productos fue incorporado en la zona andina de libre comercio”*. (G.O. 151 del 11 de abril de 1994);

1.1.1.4. El 19 de junio de 1995 la Comisión emitió la Decisión 377 mediante la cual derogó la anterior 353 y dispuso que para el 31 de enero de 1996 el Perú debía decidir definitivamente sobre su incorporación plena a la zona andina de libre comercio, debiendo comunicar su decisión a los demás Países Miembros y ponerla inmediatamente en ejecución. (G.O. 182 del 22 de junio de 1995);

1.1.1.5. El 13 de diciembre de 1995 la Comisión dictó la Decisión 387, objeto de la presente acción de nulidad. Por ella eliminó los señalamientos de plazos a que se habían referido las anteriores. Derogada por esta última la 377, la nueva 387 señaló que el Perú podría mantener su propia estructura arancelaria y su condición de observador dentro del Pacto Andino en materia de Arancel Externo Común. (G.O. 197 del 15 de diciembre de 1995);

1.1.1.6. El 02 de febrero de 1996, mediante Acuerdo 13200, la Junta autorizó a su Coordinador para que, en representación de ésta, se



dirigiera a los Países Miembros con el fin de exhortarlos a corregir la situación jurídica derivada de la especial posición del Perú en el Pacto Andino. Mediante el mismo Acuerdo resolvió que si tales gestiones resultaren infructuosas, el Coordinador quedaba autorizado para demandar “la nulidad de la Decisión 387” ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Tratado de Creación de éste;

1.1.1.7. En la misma fecha, el Coordinador de la Junta se dirigió a los gobiernos de los cinco Países Miembros, mediante comunicaciones en las cuales les señaló que, en su opinión, “la Decisión 387” no se ajusta a los principios y disposiciones contenidos en el Acuerdo de Cartagena. Al respecto, indicó que tal Decisión representa una vulneración del Programa de Liberación y de la obligación del trato de nación más favorecida. Finalmente expresó que, si bien esta situación obliga a la Junta a tener que impugnar la Decisión ante el Tribunal Andino, consideraba conveniente conocer primero las sugerencias de los Países Miembros para procurar la mejor solución posible dentro del marco del ordenamiento jurídico aplicable;

1.1.1.8. El 22 de noviembre de 1996, mediante Acuerdo 13303, y toda vez que las gestiones realizadas frente a los Países Miembros destinadas a obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida habían resultado infructuosas hasta ese momento, “la Junta autorizó a su Coordinador para que en nombre y representación de ésta presentara ante el Tribunal de Justicia, la demanda de nulidad contra el artículo 2 de la Decisión 385 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Tratado del Tribunal”;

1.1.1.9. El 30 de julio de 1997 la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 414 sobre “Perfeccionamiento de la Integración Andina”, Decisión mediante la cual estableció el Programa de Liberación Comercial entre el Perú y los demás Países Miembros y derogó la Decisión 387 objeto de la presente acción de nulidad.

1.1.2. Fundamentos de derecho de la demanda.

Considera la actora que el “artículo 2 de la Decisión 387 viola diversas disposiciones del

Acuerdo de Cartagena, incurriendo en el vicio -denominado por la doctrina- de ‘violación del tratado’...”.

Destaca la Junta entre las normas infringidas, la preeminente consagrada en el “Artículo 45, referido al carácter automático, irrevocable y universal del Programa de Liberación”, afirmando que la disposición específicamente demandada en nulidad, artículo 2º de la 387, “constituye un retroceso en los compromisos del Programa de Liberación y por lo tanto es violatorio del Artículo 45 del Acuerdo. Este artículo 2 puede representar un avance en la liberación arancelaria con respecto a lo previsto en las Decisiones 377, 353, 347 y 321. Sin embargo, en comparación con la situación vigente al 22 de agosto de 1992, un grupo importante de productos que antes estaban liberados dejan de estarlo, constituyéndose así un retroceso al Programa de Liberación, el cual -a tenor de lo dispuesto en el Acuerdo- es irreversible. Dicho retroceso no involucra únicamente al Perú, ya que la misma situación se presenta en relación con los compromisos comunitarios derivados del Acuerdo para Colombia, Ecuador y Venezuela.”

En relación a la suscripción de convenios bilaterales, estima que mediante el impugnado artículo 2 “se concede a los Países la facultad de manejar bilateralmente la liberación arancelaria, creando regímenes paralelos al Programa de Liberación, el cual -según manda el Acuerdo- debe ser general e irreversible para todos los Países Miembros”. En el mismo sentido resalta, basándose en jurisprudencia comunitaria andina, el carácter instrumental del Programa de Liberación para la formación del mercado común, destacando, según la misma jurisprudencia, “la importancia del Programa de Liberación, sosteniendo [el Tribunal Andino] que éste únicamente puede suspenderse mediante mecanismos expresamente previstos en el Acuerdo de Cartagena”, y expresa seguidamente que “tales mecanismos en este momento -así como para 1992, fecha en que se adoptó la primera Decisión sobre el régimen especial aplicable al Perú- se reducen a las salvaguardias y a las medidas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión.”

Refiriéndose al que denomina “principio básico de interpretación del lenguaje de los tratados,” concluye en que “la lectura de cualquier dispo-



sición del Acuerdo de Cartagena debe hacerse en el contexto del texto íntegro del tratado, y a la luz de sus objetivos y propósitos”, los que se encuentran consagrados en el Capítulo I del Acuerdo “e incluyen en forma pertinente, ‘la promoción del desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social...’...”.

Por otro lado, considera la actora que el artículo 2 de la Decisión 387, también representa una violación del principio de *no discriminación* consagrado en el artículo 114 del Acuerdo, “resultado del manejo de la política comercial entre Países Miembros por la vía de acuerdos bilaterales”, por cuanto: “En primer lugar, las concesiones contenidas en estos acuerdos bilaterales no han sido automáticamente multilateralizadas en el seno del Grupo Andino. En segundo lugar, en los referidos acuerdos bilaterales no han sido automáticamente recogidas todas las concesiones que los Países Andinos han otorgado a terceros países”. En otras palabras “para un grupo importante de productos, las condiciones de acceso al mercado de un País Miembro, no se manejan bajo un criterio de ‘nación más favorecida’, sino que unos Países Miembros disfrutaban de mejores condiciones de acceso que otros, y que, al propio tiempo, importaciones de terceros países disfrutaban de mejores condiciones de acceso a un País Miembro, de las que disfrutaban otros Países Miembros.”

Cuestiona la competencia de la Comisión al haber “establecido un régimen de excepción a las normas, no previsto en el Acuerdo... Efectivamente, las atribuciones de la Comisión como ‘órgano máximo del Acuerdo... capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia’, están previstas en los Artículos 6 y 7 del Acuerdo. Tales atribuciones no incluyen las de modificar el Acuerdo, ni las de crear excepciones a su aplicación, allí no previstas.”

Al respecto concluye: “Al dictar la Decisión 387... la Comisión ha sustituido al constituyente andino y ha pretendido crear disposiciones de excepción al Programa de Liberación, incurriendo entonces en el vicio de incompetencia.”

En relación con el artículo 22 del Tratado del Tribunal sostiene la demandante: “el hecho de que el Programa de Liberación haya sido igual-

mente vulnerado en las Decisiones 377, 353, 347 y 321 (anteriores a la 387), no legitima la nueva violación. Adicionalmente, tales Decisiones anteriores han agotado ya sus efectos, por lo cual una declaratoria de nulidad pronunciada por el Tribunal no podría implicar su nueva puesta en vigencia.” Pero, “los vicios que afectan al artículo 2 de la Decisión 387 -así como los que afectaban a las Decisiones anteriores- son de gravedad tal, que los mismos no pueden ser convalidados por el simple transcurso del tiempo. Así sucede cuando se trata de actos que violan normas de rango constitucional.”

La Junta excluye la posibilidad de que se plante la puesta en vigencia de las anteriores Decisiones, y considera que la situación del Perú en el Grupo Andino, en caso de que el Tribunal declare la nulidad de la Decisión 387, “debería retrotraerse a la existente en agosto de 1992, fecha en que la Comisión aprobó la Decisión 321”. “Tal situación no significa que se deban anular los adelantos en la liberación del comercio entre Países Miembros, producto de convenios bilaterales suscritos, entre Perú y los demás Países Miembros, al amparo de las Decisiones 387, 377, 353, 347 y 321”, concluye.

1.2. La contestación de la demanda.

Por la circunstancia de que al tiempo en que se notificaba la demanda se produjo un relevo en la Presidencia de la Comisión, que pasó de estar en manos del Ecuador a radicarse en cabeza del Perú, se presentaron sendos memoriales de contestación, uno por el Presidente saliente y otro por el Presidente entrante, los cuales resume el Tribunal de la siguiente manera:

1.2.1. Por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca del Ecuador, actuando con el carácter de Presidente saliente de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

En su escrito de contestación a la demanda presentado en este Tribunal el día 29 de enero de 1997, expresa:

1.2.1.1. Que opone la excepción de caducidad del derecho de accionar y de prescripción de la acción de nulidad, por cuanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Tratado de Creación del Tribunal, dicha acción “debió ser propuesta por la Junta dentro del año siguiente a



la fecha de entrada en vigencia de la Decisión 387.”;

1.2.1.2. Que el artículo 2 de la Decisión 387 “se ajusta a los principios y normas contenidos en el Acuerdo de Cartagena, por lo que es del todo legal y válido”.

1.2.1.3. Que niega “pura, simple, llana y absolutamente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta, por no guardar conformidad con el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”.

1.2.2. Por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú como Presidente entrante de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Por su parte el nuevo Presidente de la Comisión, presentó ante el Tribunal, con fecha trece de febrero de 1997, otro escrito de contestación a la demanda, en el cual realiza un resumen de los hechos, considerando que de ellos se desprende “que la suspensión temporal del Perú con respecto al Programa de Liberación y el Arancel Externo Mínimo Común se adoptó por decisión soberana y unánime de los Países Miembros, desde el 25 de agosto de 1992, fecha de expedición de la Decisión 321.”, y que para “adoptar esta Decisión, la Comisión analizó ampliamente la situación económica por la que atravesaba el Perú y sus denodados esfuerzos para llevar adelante el programa económico diseñado para superar los problemas que afectaban la economía de este país.” Al respecto concluye: “Por tales razones, el Grupo Andino comprendió la situación especial del Perú frente a los compromisos derivados del Programa de Liberación y del Arancel Externo y atendiendo a los claros principios de equidad y desarrollo equilibrado y armónico que informan el Acuerdo de Cartagena, resolvió por el acuerdo unánime de sus Miembros, la suspensión temporal del Perú de estos compromisos.”

En cuanto al argumento de la Junta según el cual el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión, viola normas del Acuerdo de Cartagena, precisa que las medidas adoptadas por la Comisión tuvieron efectos benéficos para la Integración y que son perfectamente legales en cuanto que:

1.2.2.1. La Comisión y los Países Miembros “encontraron en 1992, la fórmula jurídica [incisos a), b) y p) del artículo 7 del Acuerdo de Cartagena] para la suspensión temporal del Perú, la cual obedece a claros principios de derecho internacional público, precisamente para contemplar esta clase de situaciones que pueden ser superadas en el tiempo, sin necesidad de recurrir a situaciones no deseables o más graves, como por ejemplo, el retiro o la denuncia del tratado por parte de un país que temporalmente no le sea posible cumplir determinados compromisos.”

1.2.2.2. Con la aprobación de la Decisión 353 “se produjo un paso muy importante hacia la normalización de la participación del Perú en el Grupo Andino...” reasumiendo “su plena participación en la adopción de decisiones sobre armonización de políticas macroeconómicas y sobre negociaciones comerciales conjuntas con terceros países.”

1.2.2.3. Ninguna de las Decisiones, 347, 353 y 377, fue impugnada ante el Tribunal Andino por la Junta, dado que: “Como es obvio, ningún País Miembro podría hacerlo por cuanto todas estas Decisiones fueron aprobadas con el voto afirmativo de los cinco países. Por tal razón, estas normas quedaron vigentes, en virtud del principio de seguridad jurídica que plantea el Artículo 20 del mencionado Tratado...”. En consecuencia, concluye la demandada: “Resulta... extemporáneo e impertinente que en esta oportunidad la Junta haya solicitado la nulidad del Artículo 2 de la Decisión 387, después de haber transcurrido más de cuatro años de vigencia de la Decisión 321, mediante la cual se aprobó la suspensión temporal del Perú para determinados mecanismos del Acuerdo de Cartagena.”

1.2.2.4. El argumento de la Junta de que el artículo 2 de la Decisión 387 viola diversas disposiciones del Acuerdo entre ellas la del artículo 45, “es errónea. Si bien es cierto que el artículo 45... señala que el Programa de Liberación es irrevocable, existe, por una parte el principio de carácter general consagrado en la Convención de Viena que permite suspender este compromiso respecto a un País Miembro por acuerdo de todas las partes involucradas y, por la otra, el mencionado Artículo no establece la suspensión sino que es el desarrollo de una Decisión aprobada cuatro años antes.”



1.2.2.5. Por el hecho de suscribir el Perú convenios bilaterales con los demás Países Miembros, que ayudaban a preservar las corrientes de comercio existentes, *“no se puede hablar... de un retroceso de los compromisos derivados del Programa de Liberación ni mucho menos de una violación de las normas comunitarias.”*

1.2.2.6. El Gobierno del Perú *“siempre estuvo dispuesto a buscar fórmulas adecuadas en el seno de la Comisión para superar la situación transitoria de la participación peruana en el Programa de Liberación y el Arancel Externo Común”. Razón por la cual, “desconocer estos acuerdos asumidos al más alto nivel político traería funestas consecuencias para el proceso de integración andino, dado que lo que se pretende con estas acciones es ir superando progresivamente situaciones transitorias.” Además:*

1.2.2.7. Por cuanto la Junta, entre sus argumentos, sostiene que el artículo 2 de la Decisión 387 también viola el principio de *no discriminación* contenido en el artículo 114 del Acuerdo, se afirma al respecto en la contestación de la demanda que: *“no es procedente como lo hace la Junta, sostener que se está violando la cláusula de más favor, al interior del Grupo Andino, cuando los Países Miembros aceptaron unánimemente esta situación por razones de equidad, tal como lo dispone el Artículo 1º del Acuerdo de Cartagena. La cláusula de la nación más favorecida está dirigida a extender cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que un País Miembro aplique a terceros países, a los demás Países Miembros. Los mecanismos del Programa de Liberación se aplican internamente en el mercado andino a las relaciones intrasubregionales, de conformidad con la normativa comunitaria que para el caso del Perú contempla una situación especial por voluntad de todos los Países Miembros.”*

1.2.2.8. En relación al alegado *“vicio de incompetencia”* en que habría incurrido la Comisión al crear disposiciones de excepción al Programa de Liberación del Acuerdo, estima que *“es totalmente infundada”* la denuncia, por cuanto, en virtud de lo establecido en el literal y) del artículo 7 del Acuerdo, le corresponde a la Comisión, *“evaluar el proceso de integración y, cuando fuere necesario, modificar los plazos previstos en los distintos mecanismos del*

Acuerdo”. En consecuencia, concluye la demandada: *“no se puede sostener, sin caer en una equivocación, que la Comisión no tiene las facultades para adoptar decisiones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de Cartagena o para aprobar medidas temporales que conduzcan al perfeccionamiento de la integración andina, tal como ocurrió con la Decisión 387...”*.

1.2.2.9. Por otro lado, en la contestación de la demanda se considera que es *“a todas luces improcedente”* el argumento de la actora según el cual la situación jurídica del Perú en el Grupo Andino debería retrotraerse a la existente en agosto de 1992, fecha en que la Comisión aprobó la Decisión 321, así como la solicitud por ella misma formulada de que el Tribunal declare un *stand still* a fin de que los avances en la liberación entre los Países Miembros no retrocedan, por cuanto: *“Corresponde a ese Honorable Tribunal declarar o no la nulidad total o parcial de las Decisiones impugnadas y señalar los efectos de la sentencia en el tiempo, pero corresponde al órgano del Acuerdo, en este caso la Comisión, adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia”*. Concluyendo: *“No corresponde, en consecuencia, que la Junta le pida al Tribunal que establezca un Programa de Liberación para el Perú, ni mucho menos que se adopte un stand still. Estos son aspectos que caen bajo la competencia de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.”*

Por todo lo anterior solicita finalmente la demandada que el Tribunal *“en sentencia definitiva declare infundadas y desestime las pretensiones de la Junta del Acuerdo de Cartagena respecto a la supuesta nulidad del Artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión...”*.

1.3. Pronunciamiento previo del Tribunal sobre legitimación activa para adelantar la acción de nulidad por parte de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

El Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú, actuando en la condición de Presidente de la Comisión del Acuerdo de Cartagena al dar contestación a la demanda instaurada por la Junta, desconoció la personería del Dr. Jaime Córdoba Zuloaga para suscribir, en nombre de la actora la demanda de nulidad intentada, solicitando que así lo declarara el Tribunal y,



que como consecuencia de ello, decretara “la nulidad de lo actuado, por ilegitimidad de la personería activa.”

Con vista del pedimento formulado, el Tribunal, actuando conforme a las prescripciones de los artículos 33 y 36 de su Reglamento Interno, decidió admitir el pedimento, para resolverlo por auto previo a la definitiva, abriendo al respecto una articulación probatoria de diez días más diez adicionales en razón de la distancia, y ordenando la notificación a las partes.

Mediante auto del 16 de abril de 1997 se pronunció al respecto, declarando sin lugar el ya referido pedimento formulado por el Presidente de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Este, mediante escrito de fecha mayo 26 de 1997 introdujo recurso de reconsideración del auto resolutorio, que el 3 de julio de 1997, fue denegado por improcedente.

1.4. La actuación de las partes con motivo de la Audiencia Pública.

Fue convocada por El Tribunal con el fin de oír a las partes, habiéndose realizado el 25 de septiembre de 1997 con asistencia del representante de la Secretaría General y la ausencia de la parte demandada, Países Miembros.

1.4.1. De la actora.

Mediante escrito J/AJ/C 096-97 del 25 de septiembre de 1997, la Secretaría General previene al Tribunal en su escrito de conclusiones de: “que mediante la aprobación de la Decisión 414 de la Comisión, del 30 de julio de 1997 -adoptada al amparo del Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena, el llamado ‘Protocolo de Sucre’, suscrito el 25 de junio de 1997 en Quito-, la acción interpuesta por la Junta, en fecha 27 de noviembre de 1996, ha quedado sin objeto. Por tal razón, la Secretaría General solicita formalmente de ese ilustre Tribunal que declare expresamente en su pronunciamiento definitivo, la falta de materia sobre la cual decidir. Dicha declaratoria, en nuestra opinión, y conforme a la práctica usual, haría innecesario un pronunciamiento del Tribunal respecto del fondo de la materia originalmente debatida.”

1.4.2. De la demandada.

El Tribunal observa que en el expediente consta un escrito, recibido en este Tribunal el 22 de septiembre de 1997, suscrito por el Dr. Gusta-

vo Caillaux Zazzali, diciendo actuar “de conformidad con las atribuciones que... [le] asigna el artículo 77 del Estatuto”, y lo presenta en calidad de Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales del Perú, documento en el cual expresa: “...me permito reiterar, en esta oportunidad, los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda que realicé en mi condición de Presidente de la Comisión”.

Considera, en suma que, con “la adopción de la Decisión 414, vigente a partir del 31 de julio de 1997, se puede afirmar que el Perú se ha incorporado plenamente a la Zona de Libre Comercio Andina, superándose en esta forma la suspensión temporal que se había acordado en la Decisión 321 de la Comisión”. Y que: “Al dejarse sin efecto la Decisión 387 no es exacto afirmar que la violación de las normas del Acuerdo ha sido ‘subsanaada por la Comisión de la Comunidad Andina, mediante la adopción de la Decisión 414’ por cuanto la Decisión 387 nunca constituyó una transgresión al ordenamiento jurídico comunitario. Lo que dispone la nueva Decisión 414 es un nuevo régimen de liberación del comercio entre el Perú y los demás Países Miembros, consagrándose en esta forma, el perfeccionamiento de la integración andina”.

Destaca asimismo “que en este caso no se trata de un problema jurídico relacionado con la vigencia de la norma legal en el tiempo... La jurisprudencia andina muy acertadamente se ha venido perfeccionando en el tiempo y en el Proceso 1-AI-96, del 23 de noviembre de 1996, El Tribunal se pronunció sobre la vigencia de una transitoria del Decreto 1344-A del Ecuador, teniendo en cuenta que esta norma continuaba teniendo efectos jurídicos y que ciertas situaciones seguían siendo objeto de tramitación por parte de las autoridades de ese país, más allá de la fecha en que formalmente dejó de regir el mencionado Decreto”. Continúa: “En el caso de la Decisión 387, ésta dejó de tener efectos a partir de su derogación el 31 de julio pasado y ha sido sustituida integralmente por la Decisión 414, que se ajusta a lo dispuesto por los Países Miembros en el Protocolo de Sucre”.

Coincide por tanto con lo manifestado por el Coordinador de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en el escrito fechado el 31 de julio de 1997, en el sentido de “afirmar que con la ex-



pedición de la Decisión 414, se ha perdido el objeto de la acción de nulidad interpuesta por ese organismo mediante escrito del 27 de noviembre de 1996. En consecuencia, solicitamos que ese H. Tribunal se pronuncie en este sentido, en la resolución final que ponga término al Proceso 1-AN-96”.

Con vista de todo lo anteriormente expuesto El Tribunal pasa a decidir el caso planteado, con fundamento en las siguientes:

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia.

Conforme con las disposiciones contenidas en los artículos 23 y siguientes de su Tratado de Creación, desarrolladas en el capítulo I, Título Segundo del Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y en el Título Segundo de su Reglamento Interno, este órgano jurisdiccional andino es competente para conocer y decidir acerca de la acción de nulidad propuesta; y como no se observa irregularidad procedimental alguna en lo actuado, que pudiere acarrear reposición, pasa a dictar sentencia, previas las reflexiones y consideraciones que enseguida se consignan.

2.2. Naturaleza y Características de la Acción de Nulidad.

Dadas las especiales características del caso que atiende ahora el Tribunal y ante solicitudes coincidentes que pueden estimarse, bien como manifestación de desistimiento de la acción o bien como solicitudes para la aplicación de la teoría de la “sustracción de materia”, en virtud de que el acto acusado fue derogado por otro de su misma naturaleza expedido con posterioridad a la presentación de la demanda, conviene que previamente se examine la acción de nulidad, tal como se encuentra regulada por las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y como ha venido siendo perfilada por la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia y la doctrina jurídica universal.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las

Resoluciones de la Junta dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnadas por algún País Miembro, la Comisión, la Junta o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el artículo 19 de este Tratado”.

Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho; sin que a ese respecto la norma transcrita precise otras condiciones restrictivas para el pronunciamiento del Tribunal acerca de la decisión de la acción de nulidad interpuesta en tiempo hábil.

Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico.

Dentro de las notas más sobresalientes que en el Derecho Occidental se le atribuyen generalmente a la acción de nulidad, se encuentran, entre otras, la de que es una acción pública; que en vía de jurisdicción constitucional carece por lo regular al menos en América Hispana, de un término de caducidad para su ejercicio; que se ejerce exclusivamente en defensa e interés de la pura legalidad; y que la sentencia que pone fin al proceso produce excepcionalmente, efectos retroactivos, aunque siempre erga omnes y con autoridad de cosa juzgada.¹

Por medio de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo

¹ Ver en el sentido indicado la Sentencia de 17-VIII-98. Proceso 4-AN-97. Actor CONTRACHAPADOS DE EMERALDAS S.A. CODESA Y OTROS. En G.O.A.C. N° 373 de 21-IX-98.



régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base está constituida en las organizaciones estatales por la Constitución y en los ordenamientos comunitarios por los Tratados Fundacionales, se integra, además, con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales o comunitarias, en ejercicio de las competencias de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.

En el contencioso comunitario andino de anulación el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de disconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.

Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta -la intangibilidad de dicho ordenamiento- no resulte pasible de desistimiento o de transacción.

En el Ordenamiento Jurídico Andino, la acción de nulidad ha sido diseñada, en efecto, con apego a la mayoría de las características anteriormente descritas, pero desde luego, señalándole algunas particularidades que aunque la singularizan, no llegan a desnaturalizarla en su esencia. Encuentra además y como corresponde a su naturaleza un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, los cuales regulan

cuanto concierne a la definición, conformación, caracterización y jerarquización del ordenamiento jurídico comunitario; y también le proporcionan ese apoyo, las normas que en el mismo Tratado han institucionalizado y regulado, como competencia de esta jurisdicción comunitaria, la función de darle trámite a las demandas en ellas sustentadas, ejercitadas por quienes han sido señalados como sus titulares, en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22.

Las aludidas especificidades pueden identificarse como la establecida caducidad de un año para su ejercicio y la limitación, en cuanto a los titulares de la acción, consistente en que si su ejercicio corre a cargo de personas particulares, a voces del artículo 19 del Tratado, deberán ellas demostrar para que la acción sea procedente, que las normas objeto de demanda *"les sean aplicables y les causen perjuicio"*.

También es del caso anotar como circunstancia diferenciadora la imposibilidad en que se encuentran de incoar esta acción los Países Miembros contra aquellas Decisiones de la Comisión que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo.

Empero, como se dijo enantes, estas particularidades de la acción de nulidad en el ordenamiento comunitario andino no desnaturalizan la esencia objetiva de tal institución, por lo que no es impropio afirmar que las características fundamentales que se le atribuyen a tal acción en los regímenes jurídicos latinoamericanos y especialmente andinos, son válidas al definir su perfil en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones.

Por ello, aspecto que no puede eludir El Tribunal, ante la coincidente petición, tanto del demandante como del demandado, para que se produzca una cesación del procedimiento en razón de que, según ellos, la acción de nulidad ha quedado sin objeto, es el de la aplicación o no, en el presente juicio, de la teoría de la "sustracción de materia", por cuanto como se ha dejado expresado en párrafos anteriores, el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión, norma objeto de demanda por considerársela violatoria de otras con jerarquía superior, contenidas en el Acuerdo de Cartagena, fue derogada expresamente por la Decisión 414.

Por esas circunstancias y en atención, también, a la naturaleza y características de la



acción judicial que se adelanta y que se dejaron expuestas, El Tribunal se ocupará a renglón seguido de analizar el punto en cuestión.

Ante la evidencia de que el acto infractor demandado ha desaparecido, por razón de la derogatoria recaída sobre él, de la normatividad jurídica antes de la decisión jurisdiccional sobre su legalidad, nos encontramos en el campo de la sustracción de materia; campo en el cual la jurisprudencia de la Corporación ya ha sostenido que, en tratándose de acciones de nulidad y tomando en consideración que el acto jurídico demandado pudo haber producido efectos jurídicos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad.²

² Véase la Sentencia del 16.VIII.98 pronunciada en el Proceso N° 04-AN-97, publicada en la G.O.A.C. N° 373 de 21-IX-98, en la que se dijo: "No acoge por tanto este Tribunal el razonamiento contrario aportado por la demandada, en el cual fundamenta su solicitud de inadmisibilidad del recurso por una supuesta inimpugnabilidad en la vía judicial de los actos de efectos temporales cuando ya el plazo que tenían fijado para su vigencia se hubiere agotado. Tanto menos cuanto que la demandada lo respalda con la argumentación de que: "Generalmente, los ordenamientos jurídicos nacionales no admiten la impugnación de actos derogados. En tal sentido -expresa- las cortes y tribunales de los Países Miembros usualmente consideran que, desaparecida la norma jurídica que haya sido impugnada, desaparece automáticamente todo interés de presentar o mantener una acción de nulidad, por lo que en esos casos, tienden a declarar la inutilidad de cualquier pronunciamiento, por cuanto el recurso carecería de objeto. En estas circunstancias, carece de interés práctico proceder a un análisis y posterior pronunciamiento acerca de los supuestos vicios denunciados por las empresas demandantes."

"Y, muy por el contrario, considera el Tribunal que explícita o implícitamente los sistemas de Derecho positivo andino muestran proclividad a la impugnación de dichos actos. Así, aunque con limitaciones de tiempo, se encuentra instituida en el ordenamiento jurídico venezolano (artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), pero reduciendo el plazo de caducidad de seis meses -aplicable al recurso ordinario de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares- a sólo treinta días "cuando el acto impugnado sea de efectos temporales"; tesis de la posibilidad de recurrir contra estos actos también admitida jurisprudencialmente en Colombia.

(.....)

"En razón de lo precedentemente expuesto, el Tribunal considera justificada y viable la posibilidad de impugnar "actos de efectos temporales" aun después de haberse cumplido el término de su vigencia, porque puede suceder "que los efectos de dicho acto se hayan prolongado más allá del vencimiento de su plazo de vigencia"; razonamiento que es en el fondo la justificación de la recurribilidad de los mismos. Así se declara, finalmente."

De otra parte, estima El Tribunal que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas extingue la vigencia de la norma en cuestión, en razón de que los efectos de una disposición jurídica, así ésta hubiere sido derogada, pudieron haberse producido y continuar vigentes, amparada como se encontraba dicha norma por la protección del principio de legalidad, que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio de juez competente. De donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la sola derogatoria del acto, sino la efectiva decisión del juez que lo anula, la cual, a pesar de contener esa declaratoria de anulación, podría incluso optar porque se conserven todos o algunos de los efectos producidos por el mismo con anterioridad a la fecha del fallo, que es lo que sucede en el caso de las declaratorias de "nulidad relativa" ("anulabilidad"), con exclusivos efectos hacia el futuro, es decir, a partir del momento en que la sentencia respectiva adquiera firmeza.

En sentir del Tribunal, los anteriores criterios son aplicables en la presente oportunidad porque, a pesar de que la norma acusada perdió su vigencia, ha sido cuestionada su legalidad, y es posible que durante el lapso en que ella rigió, hubiera producido efectos jurídicos, que podrían resultar de una u otra manera, afectados por el pronunciamiento que aquí se profiera, bien que éste sea declaratorio de la legalidad del acto acusado, o de la nulidad del mismo.

Por tanto no debe abstenerse El Tribunal de conocer del fondo de la demanda que cuestiona la legalidad del acto acusado, ni mucho menos negar las súplicas contenidas en la misma, o producir un fallo inhibitorio respaldado en el razonamiento de que el acto acusado desapareció del ordenamiento jurídico antes del pronunciamiento jurisdiccional sobre su conformidad o disconformidad con dicho ordenamiento. Bastaría con que una norma jurídica de carácter general que forme parte de éste haya tenido vigencia, así sea por un pequeño lapso, para que la jurisdicción comunitaria deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presente contra aquélla, si el recurso se encuentra regularmente planteado.

Ello, como se ha expuesto, se ve confirmado por los señalados efectos que se producen en



cada uno de los eventos considerados: La derogatoria, con efectos de "anulabilidad", los surte hacia el futuro, sin afectar lo que hubiere ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el ordenamiento jurídico violado; la "nulidad", en cambio, lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad desde el momento mismo del nacimiento de la actuación impugnada.

Es la causa por la cual El Tribunal considera necesario el pronunciamiento sobre las normas comunitarias impugnadas en ejercicio de la acción anulatoria, aún cuando ellas hayan sido previamente derogadas, pues su derogatoria, expresa o tácita, no impide la proyección en el tiempo y en el espacio de los efectos que hayan generado, ni de la presunción de legalidad que las hubiere cubierto, la cual pudo extenderse también a los actos concretos expedidos, realizados o ejecutados bajo su amparo y durante su vigencia

2.3. Integración de la Proposición Jurídica Completa.

Asunto respecto del cual se ha solicitado la atención del Tribunal en este proceso, es el de indagar las razones por las cuales la Secretaría General no planteó su demanda de nulidad contra las Decisiones de la Comisión que con anterioridad a la expedición de la Decisión 387, acusada, otorgaron a la República del Perú un régimen especial que le permitía marginarse de los mecanismos fundamentales del Acuerdo de Cartagena, supuestamente en violación de las disposiciones del propio Tratado Fundamental. Como se ha narrado en los antecedentes de este proceso, el referido régimen especial fue establecido mediante la Decisión 321, y prorrogado por otras de vigencia posterior, entre ellas, la que es objeto de la demanda de nulidad.

La pasividad de la Junta en accionar contra las Decisiones que precedieron a la 387 después demandada, ésta sólo limitada a extender los plazos de vigencia del régimen especial inicialmente concedido por la 321, es destacada a los fines de argumentar contra la posibilidad para aquélla de intentar el presente recurso.

Pero, lo primero que observa El Tribunal es que si llegare a ser declarada exclusivamente la nulidad de la Decisión 387, la cual se limitó a

extender los plazos de vigencia del régimen especial en favor de la República del Perú, podría permanecer subsistente este régimen, si no se lo declarare expresamente anulado, pues nada se estaría diciendo respecto de la validez y eficacia de las Decisiones objeto de la prórroga.

Por tanto la situación podría remediarse acciéndolo, tal como lo ha venido postulando El Tribunal en su jurisprudencia, a los principios generales del derecho y, particularmente, al de los poderes del juez en cuanto a la integración de la proposición jurídica objeto de la demanda, la cual debe ser completa en los términos de la acusación a fin de que el fallador pueda cumplir su cometido de restablecer plenamente el orden jurídico vulnerado.³

En consecuencia se plantea El Tribunal la posibilidad de integrar una proposición jurídica completa de la normatividad demandada, abarcando todas las Decisiones emitidas por la Comisión a los fines de regular el otorgamiento del régimen especial a que se ha hecho alusión y determinar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico superior. Desde un plano eminentemente teórico y con apoyo en los principios antes enunciados, no cabe duda de que ello sería posible y conveniente. Mas en el caso presente encuentra El Tribunal una barrera que toca con su competencia, toda vez que, como es sabido y lo ha puesto de relieve la demandada, en el ordenamiento jurídico andino la acción de nulidad se concibió con una caducidad para su ejercicio de un año; transcurrido el cual, los titulares de la acción pierden su derecho de ejercitarla y El Tribunal carece de cualquier competencia para pronunciarse sobre la legalidad de tales disposiciones.

De esta manera, supuestamente la Junta del Acuerdo de Cartagena no impugnó en el presente juicio la Decisión 321 por cuanto si lo hubiere hecho con ocasión de la demanda contra la 387 que ahora se decide, ya su derecho de acción frente a la primera habría caducado. Como esa caducidad afecta también la competencia del Tribunal, no le es dable a éste incluir dichas Decisiones dentro de la normatividad objeto de su pronunciamiento mediante la inte-

³ Véase sentencia emitida en el Proceso 2-AI-96, caso BELMONT, de 20-VI-97, publicada en G.O.A.C. N° 289 del 27-VIII-97.



gración de una proposición jurídica completa referente al tema del régimen especial establecido con respecto a la participación del Perú en el Acuerdo de Cartagena.

2.4. Validez de la Norma Demandada.

El Tribunal encuentra que la expedición de la Decisión 387, acusada, comporta una violación del Tratado Fundacional, en cuanto que a través de ella se le introducen sustanciales modificaciones a éste, por parte de un organismo, la Comisión, que no tiene la facultad de modificar un Tratado. Esta facultad, siguiendo el principio jurídico universal de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, compete exclusivamente a una reunión de plenipotenciarios, debidamente designados por los Países Miembros para tal efecto. La Comisión ejerce unas competencias taxativamente establecidas en el Tratado Fundacional, entre las que obviamente no aparecen las de modificarlo, y aunque nada impide que por voluntad de los Países Miembros dicha Comisión, o mejor, sus integrantes, como representantes de los países, reciban expresamente la plenipotencia para decidir en algún caso concreto sobre modificaciones a los Tratados, de ordinario sus facultades le impiden adoptar determinaciones que impliquen modificaciones a las normas de ese carácter. Si lo hace, como ocurrió en el presente caso, debe inferirse que se trata de una violación de la norma superior y la sanción para corregirla no es otra que la anulación de la disposición ilegalmente expedida.

Empero, habida consideración de que, por otras circunstancias y en aplicación de otros principios jurídicos, la ilegalidad advertida ha desaparecido por voluntad del constituyente andino, el que mediante modificaciones al propio Tratado ha subsanado las fallas analizadas, según las apreciaciones que a continuación realiza El Tribunal, colocan a éste en la necesidad de abordar el siguiente tema relativo a la purga de ilegalidad.

2.5. Purga de Ilegalidad.

El fenómeno jurídico denominado "Purga de Ilegalidad", emparentado con el tema de la convalidación, según el cual se considera no viciada de nulidad una norma jurídica ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica

por derogatoria, subrogación o declaración de inexecutable o nulidad, producidas antes de que el juez hubiere proferido el fallo. También si ha recibido sustento legal posterior a su expedición.

La "Purga de Ilegalidad" produce efectos hacia el pasado, en cuanto atribuye validez a la disposición convalidada desde su origen, es decir, con efectos "ex tunc".

La convalidación es, según lo dicho, un fenómeno jurídico universalmente aceptado, en virtud del cual, cumplidas ciertas pautas, el legislador, o quien tenga la competencia para ello dentro del respectivo ordenamiento jurídico, que sería en principio y salvo excepciones, el autor de la actuación viciada, enmienda ciertos errores de forma o de fondo cometidos al expedir actos genéricos, mediante la confirmación, ratificación o revalidación de éstos, o confiriéndoles el sustento legal de que carecían al momento de su expedición.

En el sub examine se ha dicho que, por una parte, la Decisión 387 materia de la demanda fue objeto de derogación expresa por parte de otra Decisión de la Comisión, la 414, la cual en la práctica sustituye a la primera. También, que ésta dice tener apoyo en las modificaciones que al Acuerdo de Cartagena fueron introducidas por el Tratado Público denominado "Protocolo de Sucre", con lo que todo lo que hubiera podido tener de irregular la expedición de la Decisión 387 habría quedado saneado o convalidado, en aplicación de la teoría anteriormente expuesta de la "purga de ilegalidad", que este Tribunal Comunitario no tiene reparo en considerar susceptible de aplicación al caso concreto.

2.6. La Vigencia del Protocolo de Sucre.

Queda, no obstante, un delicado problema por resolver, que no es otro que el relacionado con la entrada en vigor del Protocolo de Sucre, el cual según noticia obrante en el expediente, a la fecha de hoy no ha entrado formalmente en vigor al no haberse producido aún su ratificación por todos los Países Miembros, requisito en principio indispensable para que aquella se produzca.

Una lectura atenta de las diferentes piezas procesales que cursan en el expediente, y sobre



todo del Protocolo Modificador en el que se fundamenta la Decisión 414 de la Comisión, permite advertir:

- ∞ Que, en efecto, la Decisión 414 dice apoyarse en la Disposición Transitoria Primera del mencionado Protocolo de Sucre;
- ∞ Que la referida Disposición Transitoria Primera es del siguiente tenor:

“No obstante lo previsto en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, la Comisión de la Comunidad Andina definirá los términos del Programa de Liberación que será aplicado al comercio entre el Perú y los demás Países Miembros, a fin de lograr el pleno funcionamiento de la zona andina de libre comercio a más tardar el 31 de diciembre del año 2.005. El Perú no estará obligado a aplicar el Arancel Externo Común, hasta tanto la Comisión no decida los plazos y modalidades para la incorporación del Perú a este mecanismo.”; y

- ∞ Que la disposición Transitoria Segunda, cuyo texto se transcribe a continuación, establece la aplicación provisional de algunas partes del Tratado, entre ellas la Disposición Transitoria Primera, también previamente transcrita:

“El capítulo sobre Miembros Asociados y la Disposición Transitoria Primera serán aplicados en forma provisional por los Países Miembros, mientras se llevan a cabo los trámites de ratificación requeridos por los ordenamientos nacionales respectivos.” (Transitoria segunda).

De donde resulta pertinente colegir que la Comisión de la Comunidad Andina recibió autorización de este Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena para, de manera inmediata, entrar a regularizar lo concerniente a la situación del Perú con respecto a su participación dentro de los mecanismos fundamentales del Acuerdo de Cartagena, quedando entonces por dilucidar si a la luz del Derecho Internacional, la práctica de la ejecución anticipada de las cláusulas de un Tratado (antes de su ratificación) tiene asidero y si, además, sería de recibo en el Derecho Comunitario. En ayuda, para la resolución de los interrogantes planteados, debe el Tribunal examinar:

2.7. La teoría de la aplicación provisional de los Tratados.

Es sabido que si bien el principio general de la aplicación, vigencia y validez de los tratados, está determinado por la aprobación que de ellos se haga conforme a la legislación interna de cada Estado, se admite asimismo que un tratado o parte de él, pueda ponerse en ejecución antes de agotar el referido trámite. El fundamento de la aplicación provisional de un tratado descansa en la importancia del asunto regulado o en la urgencia que para los Estados contratantes represente su puesta en práctica.

Esta aplicación provisional no implica, sin embargo, que se haga caso omiso del trámite constitucional que cada Estado debe agotar para la aprobación de los tratados -aprobación que como tal debe entenderse en el sentido de actuación posterior- ya que aquéllos no renuncian al derecho y al deber de someterlos al conocimiento del órgano competente, pues dicho trámite, a pesar de la aplicación provisional, debe siempre ser agotado. Además, cuando se pacta la cláusula de la aplicación provisional, ésta queda sujeta, generalmente de manera expresa, también a otra condición adicional que es la de su final ratificación.

Es así como en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados se consagró la posibilidad de pactar la cláusula de aplicación provisional de los mismos y al efecto el artículo 25 de dicha Convención prevé:

“1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

“a) Si el propio tratado así lo dispone; o

“b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

“2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.”



A su turno, algunos de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros contemplan de manera expresa esta posibilidad de aplicación provisional de los tratados, especialmente los de cierto tipo, como los de carácter económico, que en ocasiones requieren empezar a ejecutarse de inmediato una vez hayan sido suscritos, y por razón de su naturaleza o de otras circunstancias específicas no pueden dilatar su entrada en vigor hasta que se surta el procedimiento ordinario para que ello ocurra.

Aplicando los anteriores elementos teóricos y normativos a la situación examinada, se observa que la Decisión 414 fue expedida con apoyo en un tratado que se aplica de manera provisional en relación con la materia por ella regulada por voluntad expresa de quienes lo suscribieron y que, por tanto, como una consecuencia necesaria de la aplicación de la teoría de purga de la ilegalidad, antes expuesta, las previsiones que ella contiene, en cuanto subrogan disposiciones contenidas en los instrumentos irregularmente expedidos y contenidos en Decisiones anteriores a la que es objeto de la demanda, en virtud de la convalidación producida por quien tenía la facultad para hacerlo, deben merecer la calificación en esta sentencia, de encontrarse ajustadas a la legalidad.

Como consecuencia de haberse presentado el fenómeno de la legalidad sobrevenida, el cual sana los vicios de las normas demandadas desde el momento en que entraron en vigencia, según enseña dicha teoría, debe declarar El Tribunal que la norma acusada, durante el tiempo en que estuvo vigente se considera ajustada al ordenamiento jurídico andino.

2.8. Solicitudes complementarias de la demandante.

Además de la declaratoria de nulidad del impugnado artículo 2 de la Decisión 387, solicita también la demandante que, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Tratado del Tribunal, éste *“declare a la Comisión del Acuerdo de Cartagena: (i) la obligación de mantener una congelación respecto de lo que ya hubiera sido liberado en el comercio intrasubregional, ...; (ii) la obligación de abstenerse de dictar nuevas medidas que contravengan las disposiciones del Acuerdo, en relación con el status de cada uno de los Países Miembros en cuanto a sus obligaciones como País Miembro del*

Acuerdo de Cartagena, ...; estima El Tribunal que, conforme a lo previamente considerado, no podría en cambio el juez andino acceder a semejantes pedimentos, porque una declaratoria en tal sentido se encuentra reñida con la naturaleza eminentemente objetiva que el legislador comunitario le ha conferido a la acción de nulidad por él regulada en el Tratado creador del Tribunal. En efecto, decidir al respecto constituiría un restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas, que a este Organismo jurisdiccional le ha sido vedado por su propia normativa.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

DECIDE:

Primero: Que no hay lugar a la declaratoria por este Tribunal de la nulidad de la Decisión 387 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por cuanto los vicios en que se incurriera al ser ella expedida, quedaron saneados por virtud de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias, concordadas, Primera y Segunda del Protocolo de Sucre.

Segundo: Que no resulta del caso emitir pronunciamiento en materia de costas.

Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria de las partes, según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto del Tribunal.

Por Secretaría remítase a la Secretaría General copia certificada de esta sentencia para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 del Tratado del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO



Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
Secretario

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

PROCESO 07-AI-99

Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los artículos 5o. del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión, y de las Resoluciones 79 y 106 de la Secretaría General

San Francisco de Quito, 12 de noviembre de 1999

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los artículos 5o. del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión, y de las Resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General.

VISTOS:

El escrito SG/AJ/C 010-99 de fecha 25 de enero de 1999, recibido en este Tribunal el 28 del mismo mes, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone demanda de incumplimiento contra la República del Perú por supuesta contravención del artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, del artículo 38 de la Decisión 344 de la Comisión y de las Resoluciones 079 y 106 emanadas de la Secretaría General, en el cual solicita además expresamente la actora que se condene en costas a la República demandada;

La señalada Resolución N° 079 del 12 de mayo de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del

Acuerdo de Cartagena N° 339 de fecha 12 de mayo de 1998, que contiene el Dictamen de Incumplimiento N° 06-98 por el cual la Secretaría General determinó que, a su juicio, las disposiciones contenidas en el artículo 5º del Decreto Supremo 010-97-ITINCI contravienen lo dispuesto por el artículo 38 de la Decisión 344, configurándose en consecuencia un incumplimiento por parte del Gobierno del Perú, de obligaciones derivadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, lo que justifica la acción intentada en los términos de los artículos 5o. y 23 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y de las Resoluciones 079 y 106 emitidas por la Secretaría General;

El escrito de contestación a la demanda presentado por la República del Perú; las conclusiones allegadas por las partes con motivo de la Audiencia Pública celebrada el día 17 de junio de 1999; las pruebas por ellas aportadas, y los demás documentos que cursan en autos.

Que se ha dado cumplimiento a las disposiciones procedimentales establecidas por el Tratado de Creación del Tribunal, de su Estatuto y del Reglamento Interno, en este caso mediante la formulación de observaciones realizada por la Secretaría General a la República demandada a través de la ya reseñada Resolución 106 y la subsiguiente emisión del dictamen de incumplimiento (Resolución 079);



El Tribunal pasa a realizar un resumen de los hechos, de las argumentaciones de las partes y de los pedimentos formulados por las mismas tal como aparecen de autos:

1. ANTECEDENTES:

1.1. *Los hechos*

El 21 de octubre de 1993 la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó la Decisión 344 relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 142 del 29 de octubre de 1993, aquella sustitutiva de la Decisión 313;

El 20 de diciembre de 1993, mediante resolución N° 8821-93-INDECOPI/OSD, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI), dispuso que a partir del primero de enero de 1994 se aplicaran las normas contenidas en la Decisión 344;

El 23 de abril de 1997 el Gobierno peruano promulgó el Decreto Legislativo N° 823 (Ley de Propiedad Industrial) sustitutivo del Decreto Ley 26017 (antigua Ley de Propiedad Industrial);

El 5 de junio de 1997 El Perú promulgó el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI, que contiene normas para la aplicación del Decreto Legislativo N° 823;

El 28 de enero de 1998 la Secretaría General de la Comunidad Andina remitió al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales del Perú la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98, manifestándole que el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI "pudiera" estar modificando sustancialmente artículos de la Decisión 344;

En la mencionada Nota de Observaciones, y conforme a lo establecido en el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se concedió al Perú el correspondiente plazo de 30 días para su contestación;

El 24 de marzo de 1998 habiendo vencido "en exceso", según la Secretaría General, el plazo concedido, el Gobierno del Perú remitió el fax N° 057-97-MITINCI/VMTINCI, al que anexó el informe N° 001-1998/TPI, y mediante el cual

dio respuesta a la reseñada Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98;

El 12 de mayo de 1998 la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante Resolución N° 079, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 339 del mismo día, emitió Dictamen de Incumplimiento N° 06-98 contra la República del Perú;

El 25 de junio de 1998 mediante facsímil N° 137-98-MITINCI/VMTINCI, el Gobierno del Perú presentó recurso de reconsideración contra dicha Resolución; y,

Finalmente, en fecha 24 de julio de 1998, la Secretaría General, por Resolución N° 106 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 358 del 31 de julio de 1998, declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto, confirmando en todas sus partes la anterior Resolución 079.

1.2. *La demanda*

Los argumentos expuestos por la actora son, en resumen, los siguientes:

El incumplimiento del Gobierno del Perú se origina en la expedición del Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI que en su artículo 5º, contraviene lo establecido por el 38 de la Decisión 344. Afirma que esa contravención se desprende claramente de la confrontación de la norma nacional con la andina. Sostiene, en resumen, que:

- Cuando se trata de **productos** patentados que vayan a ser importados, el artículo 38 de la Decisión 344 exige el cumplimiento de actos sucesivos de importación, distribución y comercialización, distinguiendo por tanto la norma entre cada uno de ellos, para concluir que sólo el conjunto de los mismos configura plenamente la explotación del producto patentado, en tanto que mediante el artículo 5o. del cuestionado Decreto Supremo, el Gobierno del Perú establece que la sola importación equivale a la explotación exigida por la norma comunitaria, en desmedro de la distribución y comercialización;
- Asimismo, en cuanto al régimen de **procedimientos** patentados a ser importados, la norma nacional se separa del artículo 38 de la



Decisión 344 porque ésta exige igualmente el cumplimiento de las tres operaciones ya descritas, lo que revela que no las considera idénticas o asimilables, mientras que el Decreto Supremo sí las asimila en tanto considera que es suficiente una sola de ellas, la importación, para que se configure la explotación exigida por la norma comunitaria;

En ambos casos, en opinión de la Secretaría General, ya se trate de productos patentados o de procedimientos patentados, a ser importados, el artículo 38 requiere que, para dar por satisfecho el requisito de "explotación", tanto la importación, como la distribución y la comercialización se efectúen todas y de forma tal que quede satisfecha la demanda del mercado local, lo que podría llevar consigo en determinadas circunstancias, más de una operación de importación y más de un producto a importar; en tanto que el Decreto Supremo cuestionado solamente exige que ocurra **la importación** de un producto, con lo que "presume" que ello es suficiente para los fines de satisfacer la demanda local;

Destaca además, la Secretaría General, que la modificación introducida a la Decisión 344 por el señalado Decreto, no se traduce sólo en una discusión de orden meramente conceptual, sino que acarrea también consecuencias prácticas importantes. En efecto, el tantas veces referido artículo 38 de la 344 no sólo fija los tres actos conformatorios del concepto de explotación (importación, comercialización y distribución), sino que requiere además que aquélla se haga "de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado".

También se pone de relieve en la demanda la función interpretativa que de la Decisión 344 se arroga el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI, y al respecto se argumenta que, a juicio de la Secretaría General, no existe norma jurídica andina que faculte a las autoridades de los Países Miembros para interpretar, en el sentido de dilucidar su contenido y alcance, un dispositivo jurídico comunitario Subregional, ya que dicha competencia le corresponde exclusivamente al Tribunal Andino de Justicia, tal como se señala, sostiene, en el artículo 28 de su Tratado de creación, con el cual concuerda el artículo 61 del Estatuto del Tribunal.

Concluye la Secretaría General argumentando que el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI con-

tradice no sólo lo dispuesto por el artículo 38 de la Decisión 344, sino que su aplicación inmediata conduciría en la práctica a la infracción también del artículo 42 de la mencionada Decisión.

1.3. **La contestación de la demanda**

Mediante ella la República del Perú pone de manifiesto:

Que la explotación de la patente dentro del contexto del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en materia de propiedad industrial, no implica necesariamente la ejecución conjunta de los tres actos (importación, comercialización y distribución);

Que "como es de conocimiento del Tribunal, existe en el mercado una infinidad de productos importados, especialmente bienes intermedios y maquinarias, cuyo modo de intercambio más generalizado se efectúa de manera directa entre el proveedor y el demandante de los mismos."

Que es así como, "al no requerirse de los canales de comercialización y de distribución para su explotación en el mercado, y por ende lograr la satisfacción" de los requerimientos de éste "resulta ilusorio (sin que ello signifique que el Decreto Supremo 010-97-ITINCI, esté modificando, o suprimiendo el artículo 38° de la Decisión 344) tener que exigir, a efectos de cumplir con la obligación de explotación de la patente, **importar - distribuir y comercializar** el producto patentado".

Que de "exigir (como lo pretende la Secretaría General al partir de un error de interpretación), que para efectos de cumplir con la obligación de demostrar la explotación de la patente, se cumplan de manera concurrente la importación - la distribución y comercialización de la misma", ello conduciría inevitablemente a "que las empresas importadoras tengan que encontrarse obligadas a contratar los servicios de comercialización y de distribución" poniéndolos a cargo de terceros.

Por tanto, el referido Decreto Supremo "sólo se ha limitado a precisar algunos términos que garanticen la correcta aplicación de los derechos consagrados en la norma subregional, sin que en ningún momento se agreguen nuevas



exigencias o requisitos a los ya establecidos por el régimen” comunitario andino.

En cuanto a la acusada función interpretativa del Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI, la demandada argumenta que en ningún momento se “ha pretendido por vía de ... interpretación modificar el contenido de una norma superior como la Decisión 344, ... norma supranacional, y mucho menos ... pretendido restringir ... el campo de acción enmarcado en su artículo 38, sino que sólo se ha limitado a precisar los alcances de la terminología en ella empleada.”

Es así, afirma, que se ha tratado de realizar una correcta equiparación entre “el concepto de explotación de la patente con el acto de importación, **pero sin que por ello se limite la facultad del Estado ...** [ni] la de los particulares para conceder y solicitar, respectivamente, licencias obligatorias” (lo resaltado corresponde al original).

Que “uno de los principales y más sólidos argumentos para equiparar, tal como lo hace la Decisión pero de manera poco clara, el concepto de explotación con la sola importación (entendida ésta como todo acto destinado al ingreso al mercado nacional para la satisfacción de una demanda de consumo, y sin necesidad de que concurra con la distribución y comercialización), obedece al hecho de que con la globalización de las economías tanto a nivel de la Subregión como del resto del orbe, las empresas no pueden verse forzadas a tener que realizar un proceso de fabricación en todos y cada uno de los países.”

Que al haber establecido “una correcta equiparación entre explotación de la patente y acto de importación sólo se pretende que los países, a través de sus legislaciones permitan la apertura del comercio, la ... que representa de por sí un medio de **satisfacer la demanda de consumo**” generada en un mercado local, “de lo contrario no cabría llamársele importación.”

Lo anterior explica, según la demandada, cómo la finalidad perseguida por “el gobierno peruano con la expedición del Decreto Supremo ... ha sido [la de] aclarar, dada la ambigüedad del artículo 38 de la Decisión 344, que el acto de importación al que se refiere dicho artículo como forma de explotación de la patente lo constituye el acto de ingreso al país del producto

patentado y que lleva de manera implícita la finalidad de satisfacer la demanda del mercado.” (Resaltado del original.) Y que,

Finalmente, al emitir y aplicar “el gobierno peruano la norma contenida en el artículo 5° Decreto Supremo... no ha incurrido en incumplimiento de las... que integran el ordenamiento subregional Andino”, en razón de que aquél “resulta perfectamente compatible con la normativa comunitaria, en particular, con el artículo 38° de la Decisión 344, dado que [éste]...sólo se limita a aclarar los alcances de la satisfacción de la demanda del mercado para el ordenamiento jurídico peruano, en relación con los requisitos” [destinados a]...determinar la explotación de una patente de un producto importado. En ese sentido” amplio utiliza el término importación, y no en uno “estricto como ha sido interpretado por la Secretaría General”; porque, en efecto, la “importación en el contexto de la normativa comercial implica la introducción en un territorio aduanero de una mercancía proveniente de otro. Así, el concepto de importación podrá abarcar, dependiendo de las circunstancias del mercado o del tipo de producto, cualquiera de las tres fases contempladas en el artículo 38 de la Decisión 344, importación, comercialización y distribución.”

1.4. Conclusiones Aportadas por las Partes

1.4.1. De la actora:

Mediante escrito SG/2.3/C-1208-99, recibido en este Tribunal el 21 de junio de 1999, aporta sus conclusiones que, además, resume en los siguientes términos:

- El artículo 5° del Decreto Supremo N° 010-ITINCI incumple lo dispuesto por el artículo 38 de la Decisión 344 cuando suprime o restringe elementos intrínsecos en la definición legal de “explotación” de la patente, concretamente la distribución y comercialización, los cuales, junto con la importación, resultan indispensables para poder determinar la satisfacción de la demanda del correspondiente producto.
- En efecto, el artículo 38 de la Decisión 344 es una norma clara, que no admite interpretación para “aclarar” su alcance. En todo caso, la interpretación dentro del marco del ordenamiento jurídico andino, corresponde



exclusivamente al Tribunal comunitario y no a un País Miembro de manera unilateral, como única manera de unificar la aplicación del ordenamiento jurídico subregional en el área andina. Por ello carece de sentido el argumento encaminado a fundamentar el incumplimiento de dicha norma, el del artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal, y el de las Resoluciones 079 y 106, en la necesidad de una interpretación realizada a través del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI, indispensable para "aclarar" una norma, el señalado artículo 38, cuyo contenido es claro, tanto más cuanto que ha sido realizada careciendo de competencia para interpretar normas comunitarias.

De aplicarse la norma peruana, cuya puesta en vigencia se encuentra en el origen de la presente acción de incumplimiento, bastaría con que una persona importara una unidad del producto patentado para que se entendiera además que la demanda nacional se encuentra satisfecha. Por lo tanto, si alguna otra persona necesitare de la concesión, por ejemplo, de una licencia obligatoria, no podría solicitarla, pues se entendería, a la luz del Decreto peruano, que dicha patente viene siendo efectivamente explotada; conclusión contraria a la letra y al espíritu de la Decisión 344.

1.4.2. De la demandada:

Mediante escrito presentado ante este Tribunal en la misma fecha de las aportadas por la actora, la República del Perú, presenta las siguientes conclusiones, de las cuales el Tribunal resume las más relevantes:

- El Estado peruano es respetuoso del ordenamiento jurídico comunitario. Se encuentra asimismo consciente -expresa- de que la facultad interpretativa de las normas que rigen el ordenamiento supranacional andino está reservada única y exclusivamente a este Tribunal comunitario;
- "Una interpretación literal del artículo 38 podría llegar al absurdo -dice- de desconocer la explotación de una patente de invención efectuada por su titular en aquellos casos en que se está frente a ciertos productos patentados importados (bienes intermedios, maquinarias) para cuyo consumo efectivo en el país de destino no es necesario que se de-

sarrolle -además de la importación- una distribución y comercialización, toda vez que en esos casos el intercambio se efectúa de manera directa entre el proveedor y el que los requiere;

- Considera por tanto la demandada que, a los fines de asegurar la explotación del producto patentado (en aquellos casos en que para el consumo del producto no es necesario además de la importación la distribución y comercialización), "la Decisión 344 dota al concepto 'importación' de un contenido amplio. Lo expuesto se ve corroborado -arguye- por el hecho de que tanto los convenios internacionales, entre ellos, el... Multilateral sobre Cooperación y Asistencia Mutua entre Direcciones Nacionales de Aduanas, como nuestra legislación interna (Decreto Legislativo 809, Ley General de Aduanas)...", proveen al término "importación" de un contenido amplio "al definirlo como el ingreso legal al territorio nacional de mercancías extranjeras para su consumo en el país". Definición que considera perfectamente compatible con el artículo 38, en la medida en que resulta congruente con el criterio de que "lo más importante es el consumo del producto patentado cuando se está frente a un requisito de explotación de la patente.
- De manera que, concluye:

"Una correcta equiparación entre explotación de la patente y el acto de importación contemplado en el artículo 38 de la Decisión implica no sólo reconocer la tendencia de las economías hacia la apertura del comercio, sino también la heterogeneidad de los mercados";
- Por otra parte, considera la demandada que, en cuanto "al requisito de 'satisfacción de la demanda' al que hace referencia el artículo 38 de la Decisión, el artículo 5º del Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI ha precisado que no es necesario probar a través de un estudio de la oferta y la demanda si se ha [cumplido]... con el requisito de satisfacer la demanda del mercado, toda vez que la puesta en el mercado del bien a través de la importación, refleja de por sí estar cumpliéndose con los requerimientos de la demanda,... como también revela el esfuerzo desplegado por el titular de la patente de invención de



poner sus productos en el mercado.” Argumenta que, en efecto, cuando en éste no aparecen “restricciones para acceder a los productos y tecnología, el hecho de que no existan más bienes en [ese] mercado no significa que el titular de la patente no esté cumpliendo con el requisito de la explotación..., sino más bien revela la inexistencia de demanda. Al respecto, debe tenerse en consideración que es el titular de la patente el principal interesado en que los productos protegidos por” ella sean puestos en el mercado.

Reafirma la demandada que el criterio por ella expuesto no colide ni contraviene de manera alguna el régimen comunitario otorgado a la licencia obligatoria (artículos 42 y siguientes de la 344), puesto que, según expresa, “al no haber alterado el artículo 5º del Decreto Supremo... el espíritu de la Decisión”, que va encaminado hacia la explotación de la patente de invención, “tampoco se han transgredido los presupuestos sobre los que descansa dicha figura jurídica”. Agrega que, incluso, a los fines de evitar abusos por parte “del titular de la patente, la Decisión contempla otras causales para el otorgamiento de licencias obligatorias tales como la prevista en el artículo 47 de la Decisión, referida a prácticas anticompetitivas, en particular cuando [éstas] constituyen un abuso de la posición dominante en el mercado por parte” de aquél.

Concluye en que, de no ser declarada “infundada la presente acción de incumplimiento..., se estaría recortando la facultad de los países que conforman la Comunidad Andina” para precisar “los alcances de las normas que están obligados a” cumplir, cuando por el contrario muchas de ellas requieren ser precisadas “para su debida aplicación”.

Con base en todo lo anteriormente expuesto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pasa a realizar las siguientes,

2. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia del Tribunal

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la acción planteada en virtud de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, en concordancia con las

normas del capítulo 1 del Título Segundo del Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y en el Capítulo V de su Reglamento Interno.

Como se observa que no ha ocurrido ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede El Tribunal a proferir la sentencia de mérito, previas las consideraciones que a continuación se efectúan.

2.2. Naturaleza y fines de la acción de incumplimiento.

Requisito fundamental para la existencia y el logro de las finalidades del proceso de integración subregional originado en el Acuerdo de Cartagena y para el cumplimiento de los derechos y obligaciones que dentro del mismo adquirieron los Países Miembros, es el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguardia ha sido encomendada a este Tribunal desde el preámbulo mismo de su Tratado Fundacional, en donde se le caracteriza como el órgano jurisdiccional exclusivo, del más alto nivel, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. En tal virtud le corresponde, en primer lugar, velar por la recta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario conformado en el mismo Tratado que le da origen y, en segundo lugar, garantizar que los Países Miembros cumplan las normas que lo integran, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen.

Esta acción, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Según lo que disponen las normas constitutivas citadas, El Tribunal puede conocer de la acción de incumplimiento a instancia de la Secretaría General o por iniciativa de los Países Miembros, mediante demanda que ante él propongan los correspondientes titulares.

Acerca de la naturaleza de esta acción dijo el Tribunal en la primera sentencia de este tipo dictada por él:



*“En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación”.*¹

Como presupuesto procesal de la acción de incumplimiento se establece la necesidad de agotar, ante la Secretaría General y también por parte de ésta, unos actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el “agotamiento de la vía gubernativa” en los ordenamientos jurídicos nacionales. Tres son los pasos previos a la interposición de la demanda ante el Tribunal, bien sea que ésta la proponga la Secretaría General o bien que la formule alguno de los Países Miembros: Primero, la formulación de observaciones por escrito, hecha por la Secretaría General al País Miembro al que se imputa el incumplimiento (observaciones que se formulan de oficio, o por reclamo que presente un País Miembro o personas particulares). Segundo, la respuesta del país cuya conducta es objeto de las observaciones, la cual deberá realizarse dentro de un plazo que no excederá de dos meses. Y, tercero, la elaboración y emisión de un dictamen por la Secretaría General, el cual puede ser de incumplimiento, en el caso de que así resulte cuando el País Miembro inculcado no haya dado respuesta a las observaciones o que éstas no sean satisfactorias; o, correlativamente, de cumplimiento si las explicaciones rendidas así lo ameritan.

En efecto, con el objeto de garantizar al País Miembro inculcado el derecho de defensa, tanto en la etapa prejudicial ante la Secretaría General como en el proceso ante El Tribunal,

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 30-X-96. Proceso 01-AI-96. En G.O.A.C. No. 423 de 31-III-99.

la jurisprudencia de éste ha señalado que las razones fundamentatorias del incumplimiento que se impute al País Miembro tanto en la nota de observaciones como en el respectivo y posterior dictamen, guarden congruencia entre sí y con la demanda que llegare a intentarse ante el Tribunal Andino para iniciar la subsiguiente vía judicial. Ha dicho...:

*“Para este Tribunal Andino basta con que a su juicio exista suficiente congruencia en los tres momentos procesales, para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo a la controversia.”*²

2.3. Del ordenamiento jurídico de la comunidad andina. Naturaleza y características.

El ordenamiento jurídico andino se halla conformado, definido y caracterizado en los artículos 1 a 5 del Tratado de Creación del Tribunal. Allí se establece cuáles son las normas que lo integran, su naturaleza y ámbito de aplicación, su jerarquía y preeminencia, así como las competencias y facultades de los órganos que se encargan de su vigilancia y de su observancia, y, en fin, los sujetos pasivos y los órganos competentes para generar derecho derivado o secundario.

2.3.1. Derecho originario y derecho derivado. Jerarquía normativa.

El ordenamiento comunitario se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas que son “originarias”, “primarias”, o “constitucionales”, las unas, contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, con sus respectivos y ya numerosos protocolos modificatorios; y, “derivadas” o “secundarias”, las otras, que son las contenidas en las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina y en las Resoluciones de la Secretaría General.

El propio Tratado de Creación del Tribunal determina en su artículo 1 la jerarquización de

² Ibídem.



dicho orden jurídico, de tal forma que existe una relación de subordinación del derecho derivado con respecto al derecho originario.

Al analizar las fuentes del Derecho Comunitario, el Tribunal expresó que:

“En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se les denomina “Constitución Comunitaria”, señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes.

“El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad. La función de velar por el cumplimiento de la jerarquía normativa tanto del Acuerdo de Cartagena, como con respecto al ordenamiento legal de los Países Miembros y a las normas del derecho derivado, corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena al tenor del artículo 33 del Tratado del Tribunal.

(...)

“Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos -derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional -derecho derivado- regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una

“competencia de atribución a dichos órganos”.³

2.3.2. Aplicabilidad directa y preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario.

Características de gran trascendencia que también surgen de los cinco primeros artículos del Tratado Constitutivo del Tribunal y que exornan la normatividad comunitaria, son tanto la *aplicabilidad directa* de ésta en todo el territorio que conforma la comunidad, el cual está integrado, como se sabe, por la unión de todos y cada uno de los cinco países que hoy la integran, acompañada aquella de su connotación de efecto directo, como la que se refiere a la preeminencia de las normas comunitarias, sean de derecho originario o de derecho derivado, sobre las normas jurídicas de derecho interno aplicables en todos y cada uno de dichos países.

El Tribunal, con apego a los más autorizados criterios doctrinarios ha destacado la importancia de estas características hasta el punto de considerar que la existencia misma del derecho comunitario andino depende de la presencia de tales atributos. Así se expresó en relación con el tema en una de sus sentencias:

“La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

“El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria “como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno”.

“Para el derecho europeo, dice, Muñoz Machado, una regla o norma “goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorpora-

³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 9-XII-96. Proceso 1-IP-96. En G.O.A.C. No. 257 del 14-IV-97.



ción, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio”.

“El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, define el principio manifestando que “La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla”.

“El mismo, tratadista al referirse al principio de la aplicación directa del derecho comunitario ha dicho: “El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía”.

*“En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocido a partir de la sentencia Van Gend & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal, 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa “... significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...”.*⁴

Pues bien, en la Comunidad Andina de Naciones la aplicabilidad directa del derecho comu-

⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 24-III-97. Proceso 03-AI-96. En G.O.A.C. No. 261 de 29-IV-97.

nitario deriva de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario. El Tratado de Creación del Tribunal establece en el artículo 2 que “las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión”; en su artículo 3 que “Las Decisiones de la Comisión 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” y que sólo “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; y en su artículo 4 que “Las Resoluciones de la Junta entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento”⁵. Estas características se reafirman y profundizan con la expedición del Protocolo de Cochabamba, instrumento por el cual se introducen al Tratado de Creación del Tribunal Andino importantes modificaciones. Es así como hoy, los artículos 2º y 3º, del Tratado, codificado por la Decisión 472 de la Comisión, respectivamente establecen:

“Artículo 2.- 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.

“Artículo 3.- 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 dere-

⁵ En sentencia de 10 de junio de 1987, El Tribunal expresó que “ha de tenerse en cuenta además, que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Organos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino”, (Proceso 2-N-86. En G.O.A.C. N° 21, de 15-VII-87).



cho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.”

Y la misma sentencia de la cual se toman los apartes que se dejaron transcritos, hace una amplia exposición sobre lo que en la doctrina se conoce como “principio del efecto directo” del derecho comunitario o supranacional, diciendo:

“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

“Dámaso Ruiz-Jarabo, al tratar este punto dice que: “con la denominación de eficacia directa del derecho comunitario se hace referencia a su aptitud para originar, por sí mismo, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares”.

*“R. Lecourt, Ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió este principio, diciendo que “es el derecho de cualquier persona de pedir al Juez la aplicación de los Tratados, los Reglamentos, las Directivas o las Decisiones comunitarias, es la obligación del Juez de hacer uso de esa norma cualquiera que sea la legislación del País al que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en las relaciones entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos” (Dámaso Ruiz-Jarabo, Obra “El Juez Nacional como Juez Comunitario”, pág. 53).”*⁶

En conclusión, las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos,

Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares.

Un tercer elemento que debe considerarse para caracterizar al Derecho Comunitario es el que dice relación con su preeminencia, esto es, aquella virtualidad que tienen sus normas de prevalecer sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas.⁷

Ahora bien, en aplicación y como corolario de los principios y características anteriormente descritos, en el artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal, en el que se tutelan tanto la aplicabilidad directa e inmediata y el consecuente efecto directo, ambos derivados de la indispensable preeminencia de su ordenamiento jurídico, se le imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo: una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y, otra, de no hacer, conducente 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.⁸

2.4. El trámite prejudicial surtido por la Secretaría General y el dictamen de incumplimiento en el presente caso.

Anteriormente se ha expresado que para que se pueda incoar válidamente la acción de incumplimiento, deben satisfacerse previamente algunas exigencias legales, como son las que derivan de lo dispuesto por los artículos 23 y 24

⁷ “La base jurisprudencial de la doctrina (ha dicho esta Corporación) está dada por la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1964 en el caso Costa/Enel, según el cual “...al derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad”. (Proceso 03-AI-96)

⁸ Véanse al respecto las sentencias dictadas en los Procesos 2-IP-88, 5-IP-89 y 6-IP-93, publicados en las Gacetas Oficiales Nº 33 de 26-VII-88, 50 de 17-XI-89 y 150 de 25-III-94, respectivamente.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 24-III-97. Proceso 03-AI-96. En G.O.A.C. No. 261 de 29-IV-97.



del Tratado de Creación del Tribunal, y que nuevamente se resumen, con el objeto de precisar si ellas fueron observadas en este Proceso: a) La nota de observaciones o pliego de cargos dirigido por la Secretaría General al País Miembro inculpado de incumplimiento en la que se le hacen saber las circunstancias de hecho y de derecho que configuran la conducta objeto de censura; b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para rendir explicaciones o para corregir o enmendar su conducta; y, c) el dictamen de incumplimiento, de ser el caso.

Jurisprudencialmente se ha establecido, además, que debe existir correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento y, por supuesto, entre éstas y las que sirven de fundamento a la demanda.

Al aplicar estos criterios al caso sub examine, se tiene:

- a) La Secretaría General en desarrollo del artículo 23 del Tratado Constitutivo del Tribunal remitió al gobierno del Perú, con fecha 28 de enero de 1998, la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98 para que en un plazo de 30 días respondiera a la imputación de que con la expedición del Decreto Supremo No. 010-97-ITINCI se pudiera estar modificando sustancialmente varios artículos de la Decisión 344, en los términos que atrás se han dejado expuestos.
- b) El gobierno peruano no dio respuesta oportuna a la nota de observaciones, puesto que el documento mediante el cual pretendió hacerlo se presentó fuera del término concedido. En él se aduce que el Decreto Supremo aludido no entra en conflicto en ninguna de sus disposiciones con el Régimen Común Andino pues se limita a "interpretar" ciertas normas de la Decisión 344 sin modificar, agregar o suprimir criterios contenidos en ella.
- c) La Secretaría General procedió a emitir el Dictamen de Incumplimiento 06-98, contenido en la Resolución No. 079 del 12 de mayo de 1998. Esta resolución fue objeto de recurso de reconsideración pero terminó siendo confirmada mediante la 106 del 24 de julio de 1998.

De lo brevemente resumido y del análisis de la documentación anteriormente reseñada, que obra en el expediente, el Tribunal concluye que se cumplen a cabalidad los requisitos que exige la ley para que se hubiera podido incoar esta acción de incumplimiento y para que el Tribunal le haya dado el trámite que debe finalizar con esta sentencia. Adicionalmente se observa que en todas las etapas o fases del trámite prejudicial la conducta configurativa del incumplimiento atribuida al País Miembro se mantiene invariable, con lo cual se satisface el requisito de la congruencia entre la nota de observaciones, el dictamen y la demanda. Por lo demás, también se deja en claro que al País Miembro inculpado se la ha respetado el derecho de defensa en la medida en que tuvo la oportunidad de responder la nota de observaciones y luego la de impugnar el dictamen de incumplimiento mediante recurso de reconsideración formulado contra la Resolución en la que el dictamen de incumplimiento fue incorporado por la Secretaría General.

Corresponde, en consecuencia al Tribunal, determinar si el País demandado ha violado el ordenamiento jurídico comunitario, concretamente el artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el artículo 38 de la Decisión 344 de la Comisión, así como las resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General.

2.5. La conducta de la parte demandada en el caso concreto. Configuración del incumplimiento.

El punto central de la controversia radica en la expedición del Decreto Supremo N° 010-97 ITINCI, del 5 de junio de 1997 mediante el cual se modifica sustancialmente, según opinión de la demandante, el artículo 38 de la Decisión 344, haciendo menos exigente el cumplimiento del requisito de explotación de la patente previsto en la citada norma comunitaria.

La demandante considera que la modificación es irregular y violatoria del ordenamiento jurídico andino, toda vez que ninguno de los Países Miembros tiene capacidad para alterar las disposiciones supranacionales, menos aún las que, como las que contiene la Decisión 344, conforman un régimen común, integral y general, respecto de una materia determinada.



A su turno la demandada estima que el artículo 5° del Decreto Supremo mencionado sólo se limita a desentrañar, mediante un proceso de interpretación teleológica el verdadero sentido del artículo 38 de la Decisión 344 y que en manera alguna ello comporta modificación o alteración de la norma comunitaria. Expone que la finalidad de la norma de derecho interno no es otra que la de “aclarar o precisar (mas no interpretar) los alcances de satisfacción de la demanda del mercado para el ordenamiento jurídico peruano”. Anteriormente, en el memorial de contestación de la demanda se había afirmado que “el Decreto Supremo que se cuestiona, sólo se ha limitado a precisar el alcance de algunos términos (actos de explotación e importación), que de manera poco clara y ambigua se desarrollan en la Decisión 344, con el fin de garantizar la correcta aplicación de los derechos allí consagrados y que por su poca o escasa claridad estaban creando desconcierto en el mercado peruano”.

2.5.1. Valoración de los argumentos esgrimidos por las partes.

Para El Tribunal no son de recibo los argumentos que en defensa de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario plantea la parte demandada acerca del Decreto cuestionado, motivo por el cual habrá de considerar que la razón está de parte de la actora y que la norma de derecho interno, en efecto, comporta una violación del ordenamiento jurídico andino al introducirle irregularmente, so pretexto de que sus normas son oscuras o confusas, modificaciones que evidentemente alteran su sentido haciendo menos gravoso para quienes apliquen en el Perú el artículo 38 de la Decisión 344, el cumplimiento de los requisitos que en él se consagran.

Estima El Tribunal que el camino escogido por el Gobierno peruano para despejar las dudas y aclarar las que a su juicio son confusiones e imprecisiones de la norma comunitaria, es erróneo puesto que en manera alguna, le es dable, ni a ningún otro de los Países Miembros, interpretar por vía de autoridad, es decir expidiendo una norma interpretativa, las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Es también evidente el hecho de que la expedición de la norma cuestionada representa una desarticulación del régimen común de propie-

dad industrial consagrado en la Decisión 344, toda vez que mientras que en los demás países el artículo 38 de la Decisión citada se aplica en su texto original, en el territorio del Perú tal disposición cobra un sentido y un alcance diferentes derivados de la particular apreciación de su texto, que se plasma en el artículo 5° del Decreto 010-97 ITINCI.

No es cierto, como se afirma en el memorial de conclusiones de la parte demandada, que los Países Miembros estén dotados de una facultad de precisar (de manera general) los alcances de las normas que están obligados a cumplir y que de no declararse infundada la presente acción El Tribunal estaría limitando dicha facultad. Los principios de aplicación directa y preeminente, a los que antes se hizo referencia, no dejan espacio para que cada uno de los países emita disposiciones de derecho interno, so pretexto de que éstas viabilizan la aplicación en su territorio de las normas comunitarias. Si tal facultad llegara a existir y cada País Miembro pudiera, de manera general y obligatoria plasmar en normas jurídicas de derecho interno sus criterios y particulares concepciones sobre la forma de aplicar las normas comunitarias y sobre el entendimiento que debe dársele a su contenido, no podríamos hablar de un ordenamiento jurídico común, sino de tantos ordenamientos cuantos Países Miembros existieran. El punto ha sido prolijamente tratado por El Tribunal en su jurisprudencia al abordar el tema del complemento mínimo indispensable para el desarrollo interno de la norma comunitaria. A continuación se transcriben apartes de reciente providencia en la que se resume por El Tribunal su posición frente a este tema:

“Adicionalmente, estima el Tribunal necesario desarrollar la relación existente entre las normas internas y las comunitarias, en materias cedidas a estas últimas:

“La doctrina jurisprudencial del Tribunal ha sido constante y reiterada al establecer, a partir de la vigencia de la Decisión 85 y concretamente en la interpretación prejudicial 02-IP-88 a la que puso fin la sentencia del 25 de mayo de 1988 (G.O.A.C. No. 33 del 26 de julio de 1988, también recogida en Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I, 1984-88, pág.139), refiriéndose en esa ocasión al desarrollo nor-



mativo interno de la ley comunitaria, que esta última, así como la doctrina y la propia jurisprudencia interpretatoria recomiendan aplicar criterios restrictivos, con arreglo al principio del **"complemento indispensable"**, para medir hasta dónde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, prescribiendo que sólo serían legítimas aquellas **complementarias** que resulten ser "estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y...de ningún modo la entrapen o desvirtúen".

"Luego de sentada la referida jurisprudencia, el Tribunal previno acerca de la **inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario**, debiendo quedar substraídos de la competencia interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, "la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista". Esta jurisprudencia aplicable también al presente caso, ha sido reiterada por el Tribunal. Así, en la sentencia que puso fin al caso 10-IP-94, el pronunciamiento del Tribunal fue contundente:

"...El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del 'complemento indispensable', según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la Comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión 'régimen común sobre tratamiento' que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena." (Sentencia de fecha 17 de marzo de 1995, caso "Nombres de publicaciones periódicas, progra-

mas de radio y televisión y estaciones de radio difusión", publicada en la G.O.A.C. No. 177 del 20 de abril de 1995 y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tomo IV, 1994-95, pág. 54)."

"Con lo cual reiteraba el Tribunal lo expresado en la sentencia correspondiente al caso 02-IP-88, en la cual expresó:

"No se puede admitir en consecuencia que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos..." regulados por la legislación comunitaria "o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella...", debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión supranacional. (Sentencia de fecha 25 de mayo de 1988, publicada en la G.O.A.C. No. 33 del 26 de julio de 1988 y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, pág. 139)."⁹

2.5.2. De la interpretación dentro del proceso de aplicación de la ley a un caso concreto.

No desconoce El Tribunal que en todo proceso de aplicación de una norma jurídica a un caso concreto, quien la aplica, sea juez, funcionario administrativo, o cualquier persona, realiza un proceso de interpretación, de conocimiento y de entendimiento de la norma, de aproximación a ella, de aprehensión de su sentido y finalidad para efectos de, luego de un raciocinio lógico, determinar si el hecho material y concreto al cual se pretende aplicar, puede ser subsumido dentro de aquélla. Empero esta interpretación sólo es válida y con efectos de cosa juzgada administrativa -en los ordenamientos jurídico positivos pertinentes que así lo admiten- o judicial, según provenga respectivamente del funcionario o del juez, como ya se ha dicho y se recalca, en el proceso de aplicación de la norma a un caso concreto y, por supuesto, sólo tiene relevancia con respecto a ese caso.

⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 16-VI-99. Proceso N° 30-IP-98. En G.O.A.C. N° 475 de 1-IX-99.



No puede el intérprete, sea juez o funcionario, en el proceso de aplicación de la norma jurídica, pretender que su interpretación se convierta en una regla general pues ello equivaldría a convertirse en legislador.

No se cuestiona, por tanto, la actitud del Gobierno peruano por el hecho de que al aplicar el artículo 38 a un caso concreto el funcionario competente decida que el requisito de explotación de una patente se satisface con la importación de determinado número de unidades y que ellas abastecen adecuadamente el mercado, de acuerdo a las particulares circunstancias tanto del producto de que se trate como del mercado al que estén destinadas, en el bien entendido de que esa interpretación no cuestiona el precepto. Lo que se cuestiona es el hecho de que haya pretendido, mediante una norma de carácter general, interpretar con obligatoriedad para todo el territorio peruano y respecto de todos los casos en que deba aplicarse el artículo 38 de la Decisión 344, que el requisito de la explotación se satisface de tal o cual manera.

En suma, la utilización del mecanismo legislativo para realizar la interpretación es lo que constituye el entuerto que genera el incumplimiento del que se acusa al Gobierno peruano.

2.5.3. Acerca de la Interpretación de Autoridad

El incumplimiento resulta tanto más grave cuanto que el procedimiento escogido por el Gobierno peruano para introducir las "aclaraciones" o "precisiones" al artículo 38 de la Decisión 344 de la Comisión, fue el de expedir una norma legal interna, el artículo 5º. Del Decreto Supremo No. 010-97-ITINCI, con lo cual no sólo infligió agravio directo a la norma que pretendía aclarar o precisar o interpretar, al modificarla sin aptitud legal para ello, desconociendo prerrogativas propias y exclusivas de organismos superiores de la Comunidad Andina, como son la Comisión y el propio Tribunal.

En efecto, sólo al órgano jurisdiccional le compete en cada caso concreto, y en el trámite de aplicación de las normas del ordenamiento comunitario, realizar su interpretación, cuando quiera que ella sea necesaria. Es la llamada interpretación judicial. Y, sólo a la Comisión, en su carácter de organismo legislativo del cual ema-

nó la Decisión aclarada, precisada o interpretada, le corresponde, mediante la expedición de otra norma del mismo nivel y jerarquía, realizar la que se conoce doctrinariamente con el nombre de "interpretación auténtica", la cual por quedar consignada en una ley, participa de las características propias de ella, entre otras, la de su generalidad.

Como la conducta asumida por el Gobierno peruano más se asemeja a la expedición de una norma interpretativa que a la de emisión de un acto administrativo en que se plasme un criterio respecto de la aplicación de una norma en un caso concreto, debe concluirse que dicho País Miembro se arrogó funciones que exclusivamente están deferidas por los Tratados Constitutivos de la Comunidad a la Comisión, al intentar realizar una interpretación con autoridad que estaba y está fuera de su competencia.

Conviene para mayor abundamiento en relación con el análisis sobre la conducta asumida por el País Miembro demandado hacer la siguiente breve digresión acerca del instituto de la interpretación auténtica. En oportunidades el legislador, en el marco de sus competencias legislativas, expide normas que, por su carácter posterior, se aplican de preferencia, modifican, derogan o interpretan normas anteriores. En esta última labor legislativa se trata de fijar el contenido material de una ley que, a juicio del legislador, quedó oscura, o durante su vigencia ha sido objeto de interpretaciones que le confieren un contenido diverso, produciendo, en oportunidades, deterioro de la certeza jurídica y de la finalidad perseguida por aquél, entendido éste, el legislador, en sentido permanente, de suerte que en relación con los efectos jurídicos se estima que es uno mismo el titular que expidió la ley anterior y el que luego la interpreta. De este modo se respeta el sustrato de estabilidad propio de la soberanía que expresa el ejercicio de las funciones del órgano legislativo.

En líneas generales, adviértase que una ley interpretativa excluye uno o varios de los diversos sentidos posibles contenidos en otra disposición antecedente y de su misma jerarquía, pero ambas disposiciones conservan su propia existencia formal, sin perjuicio de una diferente redacción textual, más descriptiva en cuanto a sus contenidos materiales a fin de definir su



alcance. En efecto, la ley que interpreta a otra anterior es una orden necesariamente posterior, que está dirigida a todos los operadores del derecho y en especial a los jueces, para que apliquen en los casos concretos a resolver, una lectura u opción interpretativa de un acto normativo de rango formal y material de ley; teniendo además como principio universalmente aceptado el de que las leyes interpretativas se entenderán incorporadas a las interpretadas, y que rigen desde el mismo momento en que éstas, las interpretadas, entraron en vigencia. Todo en el bien entendido de que, en definitiva, es el órgano jurisdiccional el que sigue manteniendo el monopolio de la interpretación con efectos de cosa juzgada judicial, atinente por tanto, siempre a un caso concreto.

Así las cosas, no le era dable al Gobierno peruano bajo ningún respecto dictar una norma de derecho interno para "precisar", "aclarar" o "interpretar" disposiciones contenidas en una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina. Al hacerlo se vulneraron principios y normas del ordenamiento jurídico comunitario y se asumieron irregularmente competencias de naturaleza legislativa propias de Organismos Superiores de la Comunidad, lo cual configura una conducta de incumplimiento que es incompatible con las obligaciones adquiridas por el País Miembro demandado al ingresar y hacer parte de dicha Comunidad.

2.5.4. Sobre la inconveniencia e ilegalidad de publicar en los medios de divulgación oficiales internos las normas comunitarias como requisito para que entren en vigencia en el territorio del País Miembro correspondiente.

Finalmente, estima conveniente El Tribunal, pronunciarse una vez más sobre lo inconveniente que resulta y la amenaza que representa para la intangibilidad del ordenamiento jurídico comunitario, el hábito adoptado por algunos países de reproducir, incorporándolas en instrumentos jurídicos de derecho interno, las normas del ordenamiento comunitario con el fin de darles publicidad en sus respectivos periódicos, boletines o registros oficiales. Se ha dicho hasta la saciedad que las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la comunidad, que es, por supuesto, el de todos y cada uno de los Países Miembros, de manera inmediata y di-

recta, luego de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. No es necesario ni conveniente, y podría representar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno, cuya vigencia está sujeta a la publicación en el correspondiente medio de divulgación oficial. Ello podría, incluso, generar en el proceso de aplicación de las normas el fenómeno conocido como conflicto de la ley en el tiempo, ya que haría suponer que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país correspondiente.

La situación anteriormente descrita adquiere contornos más dramáticos en la medida en que el texto que se publica por el País Miembro difiere del publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Como resultado de las consideraciones anteriores

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

En ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 23 y 24 del Tratado de su Creación y luego de haber cumplido el proceso que señala el Estatuto y su Reglamento Interno,

DECIDE:

Primero. Declarar el incumplimiento por parte de la República del Perú de los artículos 5º del Tratado de Creación del Tribunal (hoy 4º, según la codificación de la Decisión 472) y 38 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como de las Resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, generado por la expedición del artículo 5º del Decreto Supremo del 5 de Junio de 1997, N° 010-97 ITINCI.

Segundo. Exhortar a la República del Perú para que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina adop-



te las medidas necesarias para adecuar la situación legal y administrativa generada por la expedición del mencionado Decreto Supremo, de manera que se restablezca el equilibrio y la armonía de la ley nacional con la normativa andina, contenida en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, especialmente en su artículo 38.

Tercero. Condenar en costas a la parte demandada.

Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria de las partes, según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto del Tribunal y remítase a la Secretaría General de la Comunidad Andina copia certificada para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 el Tratado del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
Secretario

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO



