

LA RELACIÓN ENTRE LOS ACUERDOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: ¿LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN CASO DE CONFLICTO?

*Yovana Reyes Tagle**

INTRODUCCIÓN

La negociación de los Tratados de Libre Comercio (TLCs) entre los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ha incrementado en las últimas décadas.¹ Se observa con frecuencia que estos TLCs están incorporando una disposición titulada “relación con otros acuerdos internacionales”. El objetivo de esta clase de normas es especificar el estatus legal del TLC en relación con otros acuerdos internacionales, entre ellos, la OMC. En dichos acuerdos internacionales las partes han adquirido derechos y asumido obligaciones que eventualmente podrían entrar en conflicto con las disposiciones de un TLC u otro acuerdo comercial del cual también dichos países participan.

* Doctora en Derecho (LL.D.) y Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Helsinki, Finlandia.

¹ Desde el establecimiento de la OMC en 1995, más de 400 acuerdos comerciales preferenciales han sido notificados a la OMC. La mayoría de ellos han sido TLCs. OMC. Acuerdos comerciales regionales: hechos y cifras. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/regfac_s.htm. (21.09.2016).

La pluralidad de acuerdos comerciales internacionales abre la puerta a un potencial conflicto de normas que, en algunos casos, no se puede resolver a través de una interpretación consistente.

La participación simultánea de los países en acuerdos comerciales bilaterales, regionales y multilaterales hace que puedan observarse situaciones en las cuales los países miembros de un acuerdo comercial se inclinan a invocar sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC para dejar de cumplir con las obligaciones que mantienen en acuerdos comerciales bilaterales o regionales. Un ejemplo de este potencial conflicto de normas alegado por los países miembros de un acuerdo comercial es el caso del *Viagra* que involucró al Perú en la Comunidad Andina (CAN) frente a sus derechos en la OMC.

Por otro lado, puede presentarse el caso en el cual los países que son parte de un TLC aleguen la existencia de un derecho otorgado por su socio comercial en dicho acuerdo bilateral para dejar de cumplir una obligación contraída en el marco de la OMC. Un caso de esta naturaleza se presentó en el marco de la OMC cuando el Perú defendió un derecho adquirido en el TLC Perú-Guatemala para dejar de aplicar una obligación multilateral alegando, en este caso, la primacía del TLC.

Este trabajo analiza de qué manera se ha regulado e invocado el principio de primacía de los TLCs sobre las normas de la OMC consagrado por algunos TLCs, y busca explorar los posibles límites en su aplicación. Asimismo, se busca contrastar la declaración de prevalencia de los TLCs sobre otros acuerdos comerciales internacionales con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) que adopta una posición de defensa del ordenamiento jurídico andino. Se toma como modelo el caso del Perú quien no solo ha negociado TLCs que incorporan el referido principio sino que ha participado en uno de los casos en el marco de la OMC y de la Comunidad Andina (CAN) donde se ha analizado la relación del Acuerdo sobre la OMC con los acuerdos comerciales regionales.

I. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS DE LA OMC

1. La relación entre los TLCs y las normas de la OMC: el modelo adoptado por el Perú en sus negociaciones

La coexistencia de los TLCs y uniones aduaneras y el Acuerdo sobre la OMC está permitida por las propias normas multilaterales. Esta coexistencia dentro de la OMC es regulada en el artículo XXIV.5 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) el cual señala que:

“... las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio...”.

Sin embargo, la OMC no aborda el tema de su relación con los acuerdos comerciales regionales creados al amparo del artículo XXIV del GATT o de la cláusula de habilitación que permite la creación de acuerdos comerciales regionales entre países en desarrollo.² Por su parte, los TLCs han venido tratando el tema de su relación con las normas de la OMC y otros acuerdos internacionales. Es así que una revisión de los TLCs vigentes y los que han sido suscritos por el Perú pero todavía no entran en vigencia demuestra que el Perú ha seguido un modelo que puede dividirse en varias categorías.

² Véase el apartado c) del párrafo 2 de la Decisión sobre el Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo adoptada por las Partes Contratantes del GATT, de 28 de noviembre de 1979. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/enabling1979_s.htm.

a) La coexistencia de acuerdos internacionales y la celebración de consultas

El Perú ha negociado acuerdos comerciales en los cuales expresamente se reconoce la intención de las partes de que dichos acuerdos y otros acuerdos internacionales existentes en los cuales también ellos son parte coexistan. En esta categoría se encuentra, por ejemplo, la Alianza del Pacífico³. Además, en estos acuerdos se prevé la posibilidad de que surja un conflicto entre dicho acuerdo y las normas de la OMC. Ante este supuesto, se opta por la celebración de consultas con la finalidad de lograr una solución mutuamente satisfactoria. Resulta interesante destacar que en el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico se introduce un ejemplo de un caso en el cual no debe considerarse que exista incompatibilidad de tratados⁴. Un enfoque similar a la Alianza del Pacífico respecto a la coexistencia de acuerdos internacionales y la celebración de consultas en caso de presentarse un conflicto entre el TLC y las normas de la OMC ha sido plasmado en el **Tratado de Asociación Transpacífico (TPP)**.⁵

b) La celebración de consultas y la aplicación de los principios generales de derecho internacional

El Perú ha negociado algunos TLCs en los cuales también se trata el tema de la relación de dichos acuerdos con otros acuerdos

³ Véase el artículo 1.2 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

⁴ En este sentido, la nota de pie de página 1 del artículo 1.2 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico señala que: “Para los efectos de la aplicación del presente Protocolo Adicional, las Partes reconocen que el hecho de que un acuerdo otorgue un trato más favorable a las mercancías, servicios, inversiones o personas que el otorgado de conformidad con el presente Protocolo Adicional, no constituye un caso de incompatibilidad en el sentido del párrafo 2”.

⁵ Véase el artículo 1.2 del TPP. El TPP fue suscrito el 4 de febrero de 2016. A la fecha, no ha entrado en vigencia. Ver más información en: SICE, *Foreign Trade Information System*, disponible en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERAgreements_s.asp. (26.08.2016).

internacionales, y donde, además, se precisa qué normas serán aplicadas en caso de conflicto. Como en el caso anterior, en estos acuerdos se prevé la celebración de consultas en caso de presentarse un conflicto entre el TLC y las normas de la OMC. A su vez, estos acuerdos no reconocen la prevalencia del TLC sobre las normas de la OMC. En su lugar, estos acuerdos han optado por recurrir a la aplicación de los principios generales de derecho internacional para resolver el potencial conflicto de normas. En esta categoría encontramos al TLC Perú-Corea⁶. Este mismo enfoque ha sido seguido por el TLC Perú-Japón⁷ y el *Acuerdo de Profundización Económico Comercial* entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil.⁸ Por su parte, el TLC Perú-China adopta una posición similar precisando que la solución mutuamente satisfactoria se realizará de acuerdo con las reglas de interpretación del derecho internacional público.⁹

c) El silencio respecto a la posible inconsistencia entre el TLC y las normas de la OMC

Algunos TLCs optan por solamente declarar el reconocimiento de las obligaciones y derechos existentes en el marco de la OMC. Sin embargo, no abordan el tema de la posible inconsistencia que pueda presentarse entre el TLC y las normas multilaterales. El artículo 1.2 del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos es más escueto y se limita a afirmar que “[l]as Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC

⁶ Véase el artículo 1.2 expresa lo siguiente:

“1. Las Partes afirman sus derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC.

2. En el caso de cualquier incompatibilidad entre este Acuerdo y otros acuerdos del que ambas Partes sean parte, las Partes deberán consultarse entre sí de inmediato para buscar una solución mutuamente satisfactoria, tomando en consideración los principios generales de derecho internacional...”.

⁷ Véase el artículo 2.2 del TLC Perú-Japón.

⁸ Véase el artículo 1.2.3 del *Acuerdo de Profundización Económico Comercial* entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil.

⁹ Véase el artículo 3.2 del TLC Perú-China.

y otros acuerdos de los que sean parte”. De esta manera, Estados Unidos adopta un enfoque diferente al que plasmó el artículo 103 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) que reconoce el principio de prevalencia del NAFTA sobre las normas multilaterales en caso de conflicto. Asimismo, el Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y los Estados de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio) al abordar el tema de la relación de dicho acuerdo con otros acuerdos internacionales no trata el tema de la posible incompatibilidad de normas.¹⁰

El TLC Perú-Singapur¹¹ tampoco aborda el tema de la inconsistencia entre dicho acuerdo comercial y la OMC. Sin embargo, este TLC realiza una clara afirmación respecto a la invariabilidad de las normas de otros acuerdos internacionales que contengan un tratamiento más favorable en bienes y servicios. Así, este acuerdo precisa que dichas normas no serán derogadas. Esta formulación se acerca al enfoque de la Alianza del Pacífico y el TPP, los cuales aunque no señalan expresamente la no derogación de normas internacionales, sí se inclinan por la coexistencia de tratados. La coexistencia de tratados afirmada por estos dos acuerdos puede entenderse como un reconocimiento de que ninguna de las disposiciones de otros acuerdos queda derogada, salvo mención expresa en contrario. En sentido estricto, el TLC Perú-Singapur permite también dicha coexistencia.

En esta misma línea puede ubicarse el TLC Perú-Tailandia que al tratar el tema de la relación con otros acuerdos internacionales opta por declarar que el Acuerdo Marco firmado entre ambos países “no podrá afectar ni anular derechos u obligaciones de una Parte según acuerdos existentes en los que ella sea parte...”¹². Con el uso de esta terminología

¹⁰ Véase el artículo 1.4 del TLC Perú- AELC (Asociación Europea de Libre Comercio) el cual estipula que: “[l]as disposiciones de este Acuerdo serán aplicables sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes bajo el Acuerdo de la OMC y los otros acuerdos negociados con arreglo al mismo de los cuales sean parte y cualquier otro acuerdo internacional de los cuales sean parte”.

¹¹ Véase el artículo 1.2 del TLC Perú-Singapur. Un enfoque similar ha sido adoptado en el artículo 1.2.2 del TLC Corea-Estados Unidos.

se deja en claro que no hay modificación de las normas contenidas en otros acuerdos internacionales de las cuales ambas son partes contratantes sino que dichos acuerdos coexisten.

El Acuerdo Comercial Multipartes entre el Perú, Colombia y la Unión Europea específicamente contiene una norma que trata sobre la relación de dicho acuerdo con la OMC, el cual, a diferencia del artículo 1.2 del TLC Perú-Estados Unidos, no se refiere a otros acuerdos internacionales del que ambas partes participen sino que se confirma los derechos y obligaciones que las partes mantienen en el marco de la OMC¹³. Un factor que resulta destacable en este acuerdo comercial con la Unión Europea es el reconocimiento de la obligación que tiene el Perú como Miembro de la CAN de respetar el ordenamiento jurídico andino¹⁴. De conformidad con lo establecido en la Decisión 598 de la CAN, a los países andinos se les permite negociar TLCs con terceros países¹⁵. No obstante, esta norma andina impone a los Países Miembros de la CAN la obligación de preservar el ordenamiento jurídico andino en sus relaciones comerciales¹⁶. Esta obligación establecida en la Decisión 598 de la CAN ha sido reconocida en el preámbulo y en el artículo 10.4 del acuerdo comercial con la Unión Europea. Por su parte, el TJCAN también ha enfatizado la obligación que tienen los Países Miembros de la CAN de preservar el ordenamiento jurídico andino cuando dichos países asuman otros compromisos internacionales.¹⁷

Este tipo de cláusulas expresan la voluntad de las partes de evitar la incompatibilidad entre el TLC y las normas andinas. En el contexto andino, este reconocimiento expreso resulta relevante¹⁸. Además, como

¹² Véase el artículo 10.1 del TLC Perú-Tailandia.

¹³ Véase el artículo 5 del Acuerdo Comercial Multipartes entre el Perú, Colombia y la Unión Europea.

¹⁴ Véase también el preámbulo del TLC Perú-Estados Unidos de América donde ambos países realizan también el mismo reconocimiento.

¹⁵ Véase el artículo 1 de la Decisión 598 de la CAN.

¹⁶ Véase el artículo 2 de la Decisión 598 de la CAN.

¹⁷ TJCAN Proceso 81-IP-2009.p.7.

se analizará más adelante, el TJCAN en reiterada jurisprudencia ha sostenido que las normas andinas priman sobre las normas de la OMC y cualquier otro acuerdo comercial internacional en caso de conflicto. Por lo cual, es de interés para los países andinos como el Perú que los TLCs que negocian guarden la consistencia con las normas andinas a fin de evitar posibles controversias ante el TJCAN.¹⁹

d) La cláusula de prevalencia de los TLCs sobre las normas de la OMC

Los TLCs entre, por una parte, el Perú y, por otra parte, Canadá, Chile, Costa Rica, Guatemala²⁰, Honduras²¹, México²² y Panamá contienen una cláusula similar la cual consagra el principio de primacía de los TLCs sobre las normas de la OMC y otros acuerdos internacionales. La fórmula adoptada por estos TLCs es la siguiente:

“1. Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al *Acuerdo sobre la OMC* y otros acuerdos de los cuales las Partes sean parte.

2. En el caso de cualquier incompatibilidad entre este Tratado y los acuerdos a los que hace referencia el párrafo 1, este Tratado prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo disposición en contrario en este Tratado”²³

viene de la pág. 111

¹⁸ Hay que tener en cuenta que en 2006, Venezuela renunció a la CAN. Una de las razones que alegó para su retiro era que el TLC entre Perú y Colombia con Estados Unidos no respetaba el ordenamiento jurídico comunitario andino al cambiar su naturaleza y principios. Carta de Renuncia de Venezuela a la CAN, de fecha 22 de abril de 2006. Disponible en: <http://www.elmundo.com/portal/pagina.general.impression.php?idx=17388>. (26.08.2016).

¹⁹ Cabe mencionar que el Acuerdo de Complementación Económica entre Perú y Cuba (ACE N° 50), en la sección titulada “Compatibilización con Acuerdos Regionales y Convergencia” muestra su preocupación por la aplicación compatible que debe existir entre las obligaciones contraídas en el marco del referido acuerdo

Se observa una preferencia por la incorporación de este principio de primacía especialmente en el caso de los TLCs que el Perú ha negociado con los países latinoamericanos. Hasta el momento, ninguno de los TLCs negociados con los países del Asia o Europa incorpora este principio. Para los fines del presente trabajo, el análisis se enfoca en este principio de primacía de los TLCs sobre las normas de la OMC consagrado en los textos de los TLCs.

II. El principio de primacía de los TLCs sobre las normas de la OMC contenidas en los TLCs del Perú

2.1. El reconocimiento de los derechos y obligaciones de la OMC frente al principio de primacía consagrado en los TLCs

Como hemos observado, las disposiciones que consagran el principio de primacía de los TLCs sobre las normas de la OMC adoptan un enfoque doble: primero, estos TLCs confirman los derechos y obligaciones en el marco de la OMC e inmediatamente después, en un

viene de la pág. 112

y otros acuerdos regionales del cual ambos o uno de estos países son partes. Tal es el caso del Tratado de Montevideo 1980, y en el caso peruano, el Acuerdo de Cartagena.

²⁰ El TLC Perú-Guatemala fue suscrito el 6 de diciembre del 2011. A la fecha, no ha entrado en vigencia. Ver más información en: SICE, *Foreign Trade Information System*, disponible en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PE_Ragreements_.asp. (26.08.2016).

²¹ El TLC Perú-Honduras fue suscrito el 29 de mayo del 2015. A la fecha, no ha entrado en vigencia. Ver más información en: SICE, *Foreign Trade Information System*, disponible en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PER_agreements_.asp. (26.08.2016).

²² Véase el Acuerdo de integración comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos.

²³ Véase el artículo 102 del TLC Perú-Canadá; el artículo 19.2 del TLC Perú-Chile; el artículo 1.3 del TLC Perú-Costa Rica; el artículo 1.3 del TLC Perú-Guatemala; el artículo 1.3 del TLC Perú-Honduras; el artículo 1.3 del TLC Perú-México y el artículo 1.3 del TLC Perú-Panamá.

segundo párrafo, afirman que en caso de conflicto entre el TLC y la OMC, prevalece el primero. Este tipo de normas se apartan del concepto de que todos los tratados internacionales son legalmente iguales y no están jerárquicamente ordenados en el derecho internacional. En su lugar, estas normas optan por una relación de jerarquía entre tratados en caso de presentarse un conflicto entre estos y colocan al TLC en posición de privilegio por encima de las normas de la OMC, e incluso de otros acuerdos internacionales.

Estas disposiciones de los TLC que afirman la prevalencia del TLC sobre la OMC, no declaran que en caso de conflicto entre ambos, las normas de la OMC quedarán modificadas o suspendidas. Puede sostenerse incluso que, en principio, el propósito del TLC no es afectar los derechos y obligaciones de las partes en la OMC. Esto se evidencia al observar el reconocimiento de los derechos y obligaciones de la OMC que hacen este tipo de disposiciones y, a su vez, también se ve reflejado en el preámbulo de los TLCs. Por ejemplo, en el preámbulo del TLC Perú-Chile, ambos países manifestaron su decisión de desarrollar sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC, así como de otros tratados de los cuales sean parte.²⁴

En realidad, estas normas no abordan el tema de la modificación de tratados ni puede entenderse que el efecto del principio de primacía que consagra tenga tal efecto. Reyes Tagle y Claros diferencian entre la modificación de tratados y la aplicación del principio de primacía y sostienen que la aplicación del principio de primacía del TLC sobre la OMC no requiere o presupone la modificación de las normas de la OMC. En ese sentido, la consecuencia de la aplicación del principio de primacía no es la modificación de las normas de la OMC, sino que la norma multilateral que se considere incompatible con el TLC deviene en

²⁴ Este mismo enfoque en otros TLCs del Perú. Véase, por ejemplo, el preámbulo del TLC Perú-Canadá; el preámbulo del TLC Perú-Costa Rica; el preámbulo del TLC Perú-Honduras; el preámbulo del TLC Perú-Guatemala; el preámbulo del Acuerdo de integración comercial entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos.

inaplicable.²⁵ Este entendimiento del concepto de prevalencia es congruente con el análisis desarrollado por el Grupo de Estudio *sobre la fragmentación del derecho internacional*.

En relación al concepto de prevalencia de una norma internacional sobre otra, resulta ilustrativo mencionar que el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Con respecto a la aplicación y efecto de la citada norma, el Grupo de Estudio *sobre la fragmentación del derecho internacional concluyó que una norma en conflicto con el artículo 103 deviene en inaplicable como resultado de y en la medida de tal conflicto*²⁶. Es decir, el efecto de la prevalencia se centra en la no aplicación de la norma en conflicto y no en la modificación de normas. Siguiendo este análisis, la prevalencia del TLC implica que al ser aplicables a las partes tanto las normas de la OMC como las del TLC, una de ellas deberá ser dejada de lado. En el ámbito del TLC, el país que asumió una obligación, deberá abstenerse, por lo tanto, de prohibir al otro país el ejercicio de un derecho otorgado en el TLC.

En este sentido, si bien estas normas de los TLC confirman los derechos y las obligaciones del Acuerdo sobre la OMC, dicha confirmación no va a impedir la inaplicabilidad de dicho Acuerdo en caso de producirse

²⁵ REYES TAGLE, Yovana y CLAROS, Roberto. “The law of regional trade agreements in the WTO dispute settlement system: lessons from the Peru-Agricultural Products case”. SECO *Working Paper* 4/2016. Disponible en: http://seco.wti.org/media/filer_public/2b/db/2bdb81cf-8364-49bf-9c09-4393f1beb940/working_paper_no_4_2016_reyes_and_claros.pdf.p.25-26.

²⁶ Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, para.41. Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its Fifty-eighth session. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2006_v2_p2.pdf. (21.09.2016).

un conflicto de normas en la esfera de funcionamiento del TLC. Sin embargo, la responsabilidad por un posible incumplimiento del Acuerdo sobre la OMC se mantiene frente a la OMC.

2.2. Los límites del principio de primacía frente a las normas de la OMC: el caso Perú-Productos agropecuarios

La declaración de prevalencia de los TLCs incorporada en estos acuerdos comerciales va dirigida a facilitar la solución de controversias que puedan suscitarse ante un eventual conflicto entre el TLC y la OMC. A primera vista, parecería ser una norma clara en el sentido de que al constatarse la incompatibilidad entre una norma del TLC y otra de la OMC, debe de aplicarse la primera en el marco de las obligaciones bilaterales contraídas por las parte del TLC. Sin embargo, el caso Perú-Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios (en adelante, Perú-Productos agropecuarios)²⁷ evidencia que lejos de encontrar una solución entre las partes ante un eventual conflicto, la existencia de otros derechos y obligaciones multilaterales existentes puede limitar el alcance de aplicación de dicho principio de prevalencia entre los países que son partes del TLC.

El caso Perú-Productos agropecuarios se enmarca dentro del amplio debate en torno a la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos comerciales regionales, entre ellos los TLCs. La aplicación de las normas de la OMC por parte de los Miembros de esta organización internacional ha sido una preocupación de los órganos de solución de controversias. Una revisión de la reciente jurisprudencia de la OMC sobre este tema, concretamente la posición adoptada por el Órgano de Apelación de la OMC en el caso Perú- Productos agropecuarios permite observar las diferentes dimensiones que puede alcanzar esta forma de regulación en los TLCs.

²⁷ OMC, Informe del Órgano de Apelación. Perú - Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios, AB-2015-3. Documento WT/DS457/AB/R, 20 de julio del 2015.

En las negociaciones con Guatemala, este país aceptó que el Perú podía mantener su Sistema de Franja de Precios (SFP) aplicable a la importación de determinados productos. De esta manera, el párrafo 9 del Anexo 2.3 del TLC Perú-Guatemala establece que:

“Perú podrá mantener su Sistema de Franja de Precios, establecido en el D.S. N° 1152001EF y sus modificaciones, respecto a los productos sujetos a la aplicación del sistema indicados con un asterisco (*) en la columna 4 en la Lista de Perú establecida en este Anexo”.

No obstante, Guatemala cambió de opinión respecto a la concesión otorgada al Perú y decidió presentar un reclamo ante la OMC. Ante la OMC, Guatemala alegó que el SFP que aplicaba el Perú a la importación de determinados productos agropecuarios era inconsistente con sus obligaciones en la OMC, entre ellos, el Acuerdo de Agricultura. En este proceso, el Perú invocó el principio de primacía del referido TLC (todavía no vigente) consagrado en el artículo 1.3.2 que reconocía la prevalencia del TLC sobre las normas de la OMC en caso de conflicto. Sobre esta base, la defensa peruana argumentó ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelaciones que en caso de considerarse que existiese una incompatibilidad entre sus obligaciones en el marco de la OMC y el mantenimiento del SFP, debía aplicarse el TLC que reconocía el derecho del Perú a mantener el SFP. En ambas instancias, se concluyó que dicho SFP era incompatible con el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura. Además, se consideró que el Perú al imponer esos derechos a la importación había incumplido con el párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994.

Si bien el Perú tendría el derecho a mantener el SFP en las relaciones bilaterales con Guatemala tal como lo permite el TLC, exigir que se respete ese derecho en la esfera de competencia de la OMC nos lleva a un resultado diferente. Los TLCs no son parte del ordenamiento jurídico de la OMC que los órganos de solución de controversias estén obligados a hacer cumplir por encima de las normas de la OMC. De conformidad con el

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) “[l]as recomendaciones y resoluciones del OSD [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. El artículo 19.2 del ESD reitera esta obligación al estipular que “[d]e conformidad con el párrafo 2 del artículo 3, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. Resulta claro que este es el marco legal bajo el cual deben operar los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación independientemente de que existan otros acuerdos comerciales internacionales exigibles entre los Miembros de la OMC.

Estas normas, como bien lo sostiene Marceau, limitan el accionar de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en el sentido de no poder declarar que una norma que no forma parte del marco legal de la OMC ha sustituido una norma de la OMC²⁸. Por su parte, Bartels coincide al señalar que el artículo 19.2 del ESD impide que se pueda producir una aplicación directa en un procedimiento de solución de controversias de la OMC de una disposición que conlleve como resultado la no aplicación de una norma de la OMC²⁹. Por otro lado, algunos consideran que la OMC no puede ignorar los derechos adquiridos y las obligaciones derivadas de los acuerdos comerciales regionales, y en consecuencia, proponen que la interpretación de los derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos

²⁸ MARCEAU, Gabrielle. “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, (2001) 35 [6] *Journal of World Trade*, p. 1082.

²⁹ Bartels, Lorand. “Jurisdiction and Applicable Law in the WTO” (2014). *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper* No. 59/2014. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2500684>.p.10.

³⁰ WU, Chien-Huei, In Search of Coherence: Navigating the WTO in the Universe of International Law (2016). In J. Chaisse and Tsai-Yu Lin (Eds.), A “Liber Amicorum”: Mitsuo Matsushita, A Critical Assessment of the International Economic Law and Governance. Oxford: Oxford University Press. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2683341>.p.24.

de la OMC se adapte en ese sentido³⁰. Sin embargo, tal como lo expone *Van den Bossche*³¹, estas normas del ESD bajo estudio, buscan evitar el activismo judicial en el sistema de solución de controversias de la OMC, es decir, que se asuma el rol de legislador. En tal sentido, no se podrían agregar derechos no contemplados en los acuerdos abarcados de la OMC. Con lo cual, al considerarse el SFP como una violación a las disposiciones de la OMC, el Perú no podría dejar de lado sus obligaciones en la OMC en aplicación del principio de primacía del TLC sobre la OMC acordado de manera bilateral. Lo contrario sería aceptar que en virtud del TLC, se agrega el derecho del Perú a mantener el SFP en la OMC.

En este mismo orden de ideas, tomando como base las normas antes mencionadas del ESD, Matsushita, Mavroidis, y Schoenbaum³², coinciden en indicar que ante un eventual conflicto entre una disposición en el Acuerdo sobre la OMC y los acuerdos abarcados, frente a otro tratado o el derecho internacional consuetudinario, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelaciones deben aplicar las normas de la OMC y rechazar cualquier norma que esté en conflicto. Estos autores postulan, además, que mientras los derechos y las obligaciones de los Miembros de la OMC previstos en los acuerdos abarcados no sean afectados, no hay nada en dichos acuerdos ni en el ESD que impida a los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación aplicar normas incorporadas en otros tratados o el derecho internacional consuetudinario. No obstante, hay que tener en cuenta que aun cuando no exista dicho impedimento de manera expresa, en el caso Estados Unidos-Determinados productos procedentes de las CE³³, el Órgano de Apelación precisó que “no corresponde a los grupos

³¹ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 185.

³² MATSUSHITA, MITSUO, MAVROIDIS, PETROS C. and SCHOENBAUM, Thomas. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 110.

³³ OMC, Informe del Órgano de Apelaciones. Estados Unidos — Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas, AB-2000-9. Documento WT/DS165/AB/R, 11 de diciembre del 2000, para. 92.

especiales ni al Órgano de Apelación la enmienda del ESD”. El Órgano de Apelación aclaró que su función sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC de conformidad con lo que se contempla en los acuerdos abarcados. En este sentido, hay que considerar que no es función de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación velar por el cumplimiento o la aplicación de otros tratados fuera del marco de la OMC.

Asimismo, en el caso Estados Unidos-Gasolina³⁴, el Órgano de Apelaciones reconoció que “no debe leerse el *Acuerdo General* [GATT] aisándolo clínicamente del derecho internacional público”. Por su parte, como sostiene Pauwelyn³⁵, la jurisprudencia de la OMC evidencia que la aplicación e interpretación del Acuerdo sobre la OMC debe realizarse en el amplio contexto del derecho internacional. Sin embargo, como también expresa Pauwelyn³⁶, todavía no podemos saber si un Grupo Especial en la OMC estaría dispuesto a justificar una violación del Acuerdo sobre la OMC tomando como base el consentimiento, la renuncia de un Miembro de la OMC o una norma de otro tratado que no forma parte de la OMC y que contradiga las normas multilaterales.

Más allá de la pregunta sobre si es posible la modificación de los derechos y obligaciones derivados de la OMC a través de un TLC, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelaciones en la OMC no pueden dejar de lado una norma de la OMC para dar efecto a una obligación o

³⁴ OMC, Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, AB-1996-1. Documento WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996.p.20.

³⁵ PAUWELYN, Joost. *Interplay between the WTO Treaty and Other International Legal Instruments and Tribunals: Evolution after 20 Years of WTO Jurisprudence* (10 de febrero del 2016). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2731144> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2731144>.p.6.

³⁶ PAUWELYN, Joost. *Waiving WTO Rights in an FTA? Panel Report on Peru – Agricultural Products, International Economic Law and Policy Blog*, 3 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2014/12/waiving-wto-rights-in-an-fta-panel-report-on-peru-agricultural-products.html>. (21.09.2016).

derecho de los Miembros de la OMC en virtud de otros acuerdos internacionales si ello implica disminuir o agregar derechos u obligaciones a los Miembros de la OMC. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la prevalencia del TLC reconocida a nivel bilateral se ve limitado por las obligaciones multilaterales que han contraído los Miembros de la OMC.³⁷

III. LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL RECONOCIMIENTO DE LAS NORMAS DE LA OMC Y LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LOS TLCS

Frente a esta forma de regulación en los acuerdos comerciales internacionales, cabe preguntarse cuál es la relación entre el primer y el segundo párrafo de dichas disposiciones que regulan la relación entre los TLCs y las normas de la OMC que se viene analizando. ¿Existe una contradicción entre, por un lado, el reconocimiento de los derechos y obligaciones multilaterales, y por otro lado, la declaración de la prevalencia de los TLCs sobre la OMC?; para algunos la respuesta es afirmativa. El artículo 1.3 del TLC Perú-Guatemala contiene este doble enfoque antes mencionado. En el caso Perú-Productos agropecuarios, esta disposición

³⁷ En general, pueden presentarse otros límites respecto a la posibilidad de invocar derechos y obligaciones que surgen en el contexto de los TLCs ante el foro de la OMC. La preservación de los derechos y obligaciones en el marco de la OMC por parte de los órganos de solución de controversias ha sido una preocupación de dichos órganos y va ligada también al tema de su jurisdicción y la elección del foro que algunos TLCs contemplan. En este aspecto, Henckels ha planteado que la jurisprudencia de la OMC muestra los límites que tienen los Miembros de la OMC para invocar las disposiciones de un TLC como defensa jurisdiccional cuando la controversia implica una medida comercial cubierta tanto por los acuerdos abarcados de la OMC como por el TLC. Como bien se indica, los órganos de solución de controversias se han mostrado renuentes a suspender el procedimiento en la OMC o declinar el ejercicio de jurisdicción debido a la existencia de una controversia relacionada al tema materia de análisis ante otro tribunal. Henckels, Caroline. Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO –FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO. *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 3, 2008.p.571 y 576.

fue materia de debate al ser invocada por el Perú. En este caso, la Unión Europea al referirse al artículo 1.3 de este TLC sostuvo que:

“existe una aparente contradicción entre los artículos 1.3.1 y 1.3.2 del TLC, en la medida en que la primera disposición señala que las partes consideran que sus derechos y obligaciones son compatibles con sus obligaciones en la OMC, y la segunda que, en caso de incompatibilidad, prevalecerán las reglas del TLC...”.³⁸

En esencia, el TLC Perú-Guatemala así como los otros TLCs que contienen disposiciones similares no señalan que el TLC debe considerarse compatible con otros acuerdos internacionales tales como la OMC, como sostuvo la Unión Europea. Confirmar los derechos y obligaciones existentes en el marco de la OMC no equivale a declarar que tales derechos y obligaciones son compatibles con las disposiciones del TLC. La preservación de derechos y obligaciones existentes en el marco de la OMC no presupone un previo análisis de la compatibilidad total del TLC con la OMC.

El reconocimiento explícito de la prevalencia de las normas del TLC sobre las de la OMC refleja la intención de las partes de seguir un camino diferente al señalado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Hay que tener en cuenta que el artículo 30 numeral 2 de la Convención de Viena contempla que “[c]uando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”. Nada en la redacción de estas disposiciones de los TLC que incorporan el principio de primacía de los TLC sugiere que se quiera privilegiar la aplicación de las normas de la OMC que son anteriores al TLC en caso de presentarse un conflicto.

³⁸ OMC, Informe del Grupo Especial. Perú - Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios. Documento WT/DS457/R, 27 de noviembre del 2014. p. 133.

Sin embargo, aun si aceptáramos la interpretación de la Unión Europea de que las partes reconocieron la compatibilidad de sus obligaciones y derechos en el marco del TLC con las normas de la OMC; tal reconocimiento no conllevaría a una contradicción ante el subsecuente reconocimiento de la prevalencia del TLC en caso de conflicto. Podría, en ese caso, entenderse que el TLC incluyó una presunción de compatibilidad, pero que las partes entendían que dicha presunción no excluía la posibilidad del conflicto de normas. Por tal motivo, estas normas declaran que “*en caso de cualquier incompatibilidad*”, prevalece el TLC. En este sentido, incluso en este supuesto, no se produciría una contradicción en la formulación de la norma. Es ilustrativo mencionar que, por ejemplo, la coexistencia de algunos principios generales en el marco del NAFTA, entre ellos, a) el de la compatibilidad del NAFTA con los acuerdos abarcados de la OMC, y b) la prevalencia del NAFTA en caso de conflicto con el GATT/OMC ha sido considerada posible por los tribunales arbitrales en el contexto del NAFTA.³⁹

Consideramos que este tipo de cláusulas lo que hacen es aceptar la coexistencia de acuerdos internacionales (el TLC y la OMC), aunque no lo formulan en los términos utilizados por la Alianza del Pacífico y el TPP antes citados, sin pronunciarse sobre la compatibilidad o no entre dichos acuerdos. En sentido estricto, al declararse la prevalencia del TLC sobre las normas de la OMC, se presume la coexistencia de los acuerdos comerciales internacionales. Como han sostenido Reyes Tagle y Claros, el mantenimiento de los derechos y las obligaciones en el marco de la OMC, tal como se reconoce en el TLC Perú-Guatemala, está sujeto a la compatibilidad de tales derechos y obligaciones con el TLC y no viceversa. De esta manera, de no existir compatibilidad, el objetivo explícito de la mencionada norma es que prevalezca el TLC⁴⁰. Como puede observarse en la redacción de este tipo de normas en los TLCs, no se condiciona la

³⁹ Canfor Corp. and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America, NAFTA Arb. UNCITRAL Arb. Rules, Decision on Preliminary Questions, 6 Jun. 2006. para. 183.

⁴⁰ REYES TAGLE, Yovana y CLAROS, Roberto. *Ob. cit.*, p. 29.

aplicación del TLC a su compatibilidad con las normas de la OMC. Al confirmarse los derechos y obligaciones existentes de la OMC, las partes del TLC aceptan que los derechos y obligaciones contenidos en ambos acuerdos comerciales internacionales son exigibles al igual que los derechos y obligaciones derivados del TLC. Precisamente por esa coexistencia es que puede presentarse un conflicto entre ambos acuerdos.

Por otro lado, desde la perspectiva del Órgano de Apelación de la OMC, existe una aparente falta de claridad de este tipo de normas de los TLCs que contienen el doble enfoque al tratar la relación del TLC con las normas de la OMC. Al referirse al primer y segundo párrafo del artículo 1.3 del TLC Perú-Guatemala, el Órgano de Apelación ha manifestado que:

“Una lectura del texto de estas disposiciones pone de manifiesto que no está claro si el párrafo 9 del Anexo 2.3, que dice que el Perú podrá mantener su SFP, debe interpretarse necesariamente en el sentido de que permite al Perú mantener un SFP incompatible con las normas de la OMC, cuando se lee con otras disposiciones del TLC”.⁴¹

Si bien el Órgano de Apelación no señaló expresamente que existiera una contradicción entre el primer y segundo párrafo del artículo 1.3 del TLC Perú-Guatemala; la manera cómo el Órgano de Apelación abordó esta norma sugiere que, aparentemente, desde su perspectiva, existiría tal contradicción. El Órgano de Apelación comparó, por un lado, el párrafo 9 del Anexo 2.3 con el primer párrafo del artículo 1.3 del TLC que confirma los derechos y obligaciones de la OMC, y por otro lado, el párrafo 9 del Anexo 2.3 con el segundo párrafo de la referida norma que consagra la prevalencia del TLC. Al llevar a cabo esta forma de interpretación, el Órgano de Apelación sugiere que se puede arribar a dos conclusiones diferentes. En efecto, el Órgano de Apelación ha señalado que:

⁴¹ OMC, Informe del Órgano de Apelación. *Ob. cit.*, para. 5.109.

“Por una parte, el párrafo 9 del Anexo 2.3 del TLC, cuando se interpreta junto con el párrafo 2 del artículo 1.3 del TLC, parece dar a entender que el TLC prevalecería sobre las normas de la OMC en la medida en que estas disposiciones permiten un SFP incompatible con la normativa de la OMC; por otra parte, cuando el párrafo 9 del Anexo 2.3 se interpreta junto con el párrafo 1 del artículo 1.3, que confirma los derechos y obligaciones de las partes en la OMC, parece indicar que el TLC solamente permitiría un SFP compatible con las normas de la OMC”.

Este enfoque en la interpretación de las normas del TLC que propone el Órgano de Apelación no resulta conforme con los TLCs que como el TLC Perú-Guatemala reconocen los derechos y las obligaciones de la OMC, y el principio de prevalencia. Primero, nada en el primer párrafo de este tipo de normas en los TLC sugiere que las obligaciones o derechos consagrados en el TLC tengan que ser compatibles con las normas de la OMC para ser exigibles. Segundo, la propia consagración clara y expresa de la prevalencia del TLC sobre las normas de la OMC descarta la posibilidad de que una norma de la OMC que sea incompatible con el TLC pueda ser aplicada, dejando de lado el TLC.

Tercero, el orden de análisis en la aplicación de las normas que abordan la relación de los TLCs con otros acuerdos comerciales internacionales resulta relevante. En este sentido, como ha sido propuesto por Reyes Tagle y Claros, ante una eventual inconsistencia entre el TLC y la OMC, la norma específica a aplicar ya no es el primer párrafo que confirma los derechos y obligaciones de la OMC, sino el segundo párrafo de dicha norma que resuelve concretamente dicho conflicto. Es este segundo párrafo el que define el derecho aplicable en caso de presentarse el conflicto. Por lo cual, al constatare que el SFP del Perú es inconsistente con las normas de la OMC, ya no debería analizarse dicho SFP a la luz del primer párrafo de la referida norma. Además, el párrafo 9 del Anexo 2.3 del TLC no condiciona de manera explícita el mantenimiento del SFP

del Perú a su compatibilidad con las normas de la OMC.⁴² Otros TLC firmados por el Perú que han reconocido el derecho del Perú a mantener el SFP tampoco hacen tal condicionamiento. Por ejemplo, el TLC Perú-Canadá, que como antes mencionamos también consagra la prevalencia del TLC sobre las normas de la OMC, contempla que:

“Salvo que se disponga algo distinto en este Tratado, Perú podrá mantener su Sistema de Franja de Precios, establecido en el D.S. N° 115-2001-EF y sus modificatorias, respecto a los productos sujetos a la aplicación del Sistema establecido en el Anexo 218”.⁴³

Por tal motivo, la fórmula de interpretación que propone el Órgano de Apelación no responde al objetivo de este tipo de disposiciones que buscan resolver el potencial conflicto de normas dando preferencia a la aplicación de una de ellas.

VI. LA PRIMACÍA DE LAS NORMAS ANDINAS SOBRE LAS NORMAS DE LA OMC: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

1. La aplicación de las normas andinas frente a otros compromisos internacionales de los Países Miembros de la Comunidad Andina

La OMC regula temas comerciales que se encuentran también en la esfera de competencia de la CAN. Sin embargo, el ordenamiento jurídico andino no regula su relación con los acuerdos internacionales suscritos por los Países Miembros de la CAN tales como la OMC en caso de conflicto. En este caso, ha sido el TJCAN quien a través de su

⁴² *Ibidem*, p. 28-29.

⁴³ Véase el artículo 218 del TLC Perú-Canadá. Este mismo reconocimiento del SFP del Perú se encuentra en el Anexo 2.3 (Programa de Eliminación Arancelaria) párrafo 9 del TLC Perú-Costa Rica.

jurisprudencia ha respondido a la pregunta de la relación entre las normas andinas y el Acuerdo sobre la OMC.

La primacía de las normas andinas sobre toda otra norma nacional de los Países Miembros ha sido defendida por el TJCAN en reiterada jurisprudencia. Este principio ha sido considerado fundamental⁴⁴, una característica esencial⁴⁵ y un requisito para el desarrollo de la integración andina⁴⁶. De acuerdo a este principio, en caso de conflicto entre el derecho andino y las normas nacionales de los Países Miembros, debe primar el derecho andino. La consecuencia inmediata de la aplicación de este principio es la no aplicación de la norma nacional en conflicto⁴⁷. No existe una derogación formal de la norma nacional dado que conforme lo ha sostenido el TJCAN, ambos ordenamientos jurídicos son diferentes, separados y autónomos.

El TJCAN ha destacado la obligación de los Países Miembros de la CAN de preservar el ordenamiento jurídico comunitario, aun cuando dichos países hayan asumido otros compromisos internacionales. Concretamente, este tribunal ha afirmado que el ordenamiento interno de los Países Miembros, el cual incluye normas internacionales, no puede contradecir las normas andinas⁴⁸. Desde el primer caso de incumplimiento de las normas andinas que revisó el tribunal andino, el Proceso 1-AI-96, éste órgano jurisdiccional ha rechazado la justificación de los Países Miembros en el sentido de que sus compromisos internacionales puedan ser considerados como una razón aceptable para dejar de cumplir las normas andinas.⁴⁹

El TJCAN ha declarado que el derecho internacional no puede superponerse al derecho andino, y para ello se ha basado en la transferencia

⁴⁴ TJCAN Proceso 1-AI-97.

⁴⁵ TJCAN Proceso 1-IP-87.p. 2.

⁴⁶ TJCAN Proceso 3-AI-96.

⁴⁷ TJCAN Proceso 80-IP-2009.p.6; Proceso 12-IP-2008.p.18; Proceso 10-IP-94.p. 17; Proceso 7-IP-99. p. 16.

⁴⁸ TJCAN Proceso 81-IP-2009. p. 7.

⁴⁹ TJCAN Proceso 1-AI-96. p. 30.

de poderes de los Países Miembros a la CAN.⁵⁰ En el análisis de la relación entre el derecho andino y otras normas internacionales, el TJCAN no ha dudado en afirmar de manera explícita que en caso de conflicto entre las normas andinas y el derecho internacional, deben prevalecer las primeras. La consecuencia inmediata de esta declaración de primacía del derecho andino es que la norma internacional en conflicto deviene en inaplicable.⁵¹

Concretamente, el TJCAN ha tratado el tema del potencial conflicto entre las normas andinas y el Acuerdo sobre la OMC y ha adoptado un enfoque de jerarquía en la relación entre ambos ordenamientos jurídicos. El TJCAN ha respondido a los casos que se le ha presentado involucrando el Acuerdo sobre la OMC aplicando el principio de primacía del ordenamiento jurídico andino. Esta posición podría explicarse teniendo en cuenta que desde el punto de vista del TJCAN, la existencia del ordenamiento jurídico andino depende de la existencia de los principios de efecto directo, aplicación directa y el principio de primacía de las normas andinas⁵². Cabe mencionar que otros tribunales comunitarios no han declarado explícitamente que el derecho comunitario prime sobre las normas de la OMC. Este es el caso, por ejemplo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁵³

El TJCAN acepta que los Países Miembros de la CAN tienen responsabilidad por el incumplimiento de los acuerdos internacionales que han suscrito. No obstante, el tribunal no ha aceptado que el cumplimiento de las normas andinas esté condicionado a su compatibilidad con dichos acuerdos.

⁵⁰ TJCAN Proceso 1-IP-96; Proceso 07-AI-98; Proceso 46-AI-99.

⁵¹ TJCAN Proceso 11-IP-2010.p.7; Proceso 6-IP-2009.p.18; Proceso 65-IP-2009.p.12; Proceso 217-IP-2005.p.7; Proceso 6-IP-94. p. 24.

⁵² TJCAN Proceso 118-AI-2003. p. 44.

⁵³ Laurence R. Helfer & Karen J. Alter. Legal Integration in the Andes: Law-Making by the Andean Tribunal of Justice, 17 European Law Journal, 2011, p. 714.

2. El cumplimiento del Acuerdo sobre la OMC por parte de los Países Miembros de la Comunidad Andina frente a sus obligaciones comunitarias: ¿una excepción en el derecho andino?

Algunos Países Miembros de la CAN han intentado implementar normas nacionales incompatibles con las normas andinas. No obstante, dicha implementación se buscaba justificar basándose en el cumplimiento de obligaciones contraídas en el marco de la OMC. En estos casos, no se ha discutido la posible incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico andino y las normas de la OMC. Por el contrario, ante el cuestionamiento por la incompatibilidad de las normas nacionales con las normas andinas, los Países Miembros de la CAN usaron como defensa la aplicación de las normas multilaterales. Ante este hecho, el TJCAN no ha aceptado que las obligaciones que los Países Miembros de la CAN han contraído individualmente como Miembros de la OMC constituyan una excepción al cumplimiento del ordenamiento jurídico andino⁵⁴. Ante el alegato de los Países Miembros de la CAN de que ellos están obligados a adoptar las normas de la OMC, el TJCAN ha respondido con su jurisprudencia sobre la posición jerárquica de las normas andinas.⁵⁵

En esta línea, por ejemplo, Ecuador sostuvo que su Resolución 183 del COMEXI se basaba en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación de la OMC y que sus procedimientos no podían ser considerados como una restricción al comercio al ser consistentes con el derecho nacional y las normas andinas. El TJCAN respondió a este argumento haciendo una declaración de principio respecto a la relación entre los países andinos con el ordenamiento jurídico andino y el Acuerdo sobre la OMC. Desde la perspectiva del TJCAN, la participación de los países andinos en la OMC no los exime de la obligación de cumplir el derecho andino. Así, el cumplimiento de las

⁵⁴ TJCAN Proceso 10-AN-200 and 61-AN-2000 (conjunto). p. 25-26.

⁵⁵ TJCAN Proceso 43-AI-2000. p. 24-25.

normas de la OMC no puede ser una excusa para violar el derecho andino. De acuerdo al TJCAN, permitir tal violación equivale a una negación de la primacía del ordenamiento jurídico andino. El TJCAN no solo rechazó el argumento de Ecuador sino que afirmó que era importante que las normas internas de los Países Miembros de la CAN no sean contrarias al ordenamiento jurídico andino y sus principios para garantizar el normal desarrollo y evolución del proceso andino de integración.⁵⁶

La necesidad de promover o proteger el proceso andino de integración aparece como decisiva en el análisis del TJCAN. El enfoque adoptado en este caso muestra un tribunal preocupado por la integración andina cuando los Países Miembros firman otros acuerdos internacionales. En particular, la afirmación de la primacía de las normas andinas sobre las normas multilaterales representadas por la OMC es un instrumento para asegurar que esta integración no se vea afectada.

En un caso similar, el TJCAN observó que Colombia había invocado las normas de la OMC como defensa para utilizar medidas de salvaguardia. El TJCAN respondió al alegato de Colombia con la afirmación de la primacía del derecho andino⁵⁷. Resulta interesante observar que el TJCAN no declaró la existencia de ninguna inconsistencia entre el derecho andino y las normas de la OMC. De hecho, tal posible incompatibilidad no fue determinada. Sin embargo, el TJCAN no aceptó el argumento de Colombia en el sentido de que las normas de OMC fueran el derecho aplicable. Asimismo, este tribunal sostuvo que de presentarse algún vacío en las normas andinas, los principios generales del derecho comunitario, entre otros, pueden ser utilizados.⁵⁸

El hecho que los Países Miembros de la CAN invoquen sus derechos adquiridos en el Acuerdo sobre la OMC ante el TJCAN indica que estos

⁵⁶ TJCAN Proceso 117-AI-2003.p.18. Véase también el Proceso 217-IP-2005. p. 7-8; el Proceso 10-AN-2000.p.26; el Proceso 43-AI-2000.p.24-25; y el Proceso 136-AI-2004.

⁵⁷ TJCAN Proceso 118-AI-2003. p. 43-46.

⁵⁸ TJCAN Proceso AI-2003. p. 47.

países no han entendido claramente la posición de dicho Acuerdo en el ordenamiento jurídico andino. Cualquier compromiso asumido en sus relaciones externas no puede menoscabar las normas andinas. Si bien los Países Miembros de la CAN incorporan cláusulas de prevalencia de los TLCs sobre otros acuerdos internacionales, dicha cláusula no podría invocarse ante el TJCAN. Es decir, si por cumplir una obligación contraída en el marco de un TLC, un país andino emitiera una norma o implementara una medida contraria al ordenamiento jurídico andino, el TLC no podría ser usado como justificación para el incumplimiento de las obligaciones contraídas en la CAN. De conformidad con la jurisprudencia del TJCAN, las normas andinas primarían también sobre cualquier TLC que hayan suscrito los Países Miembros de la CAN.

A pesar de esta declaración de primacía del derecho andino, el TJCAN ha mostrado interés en tener en cuenta los acuerdos comerciales internacionales en los que participan los Países Miembros de la CAN a través de dos vías. Por un lado, el TJCAN ha considerado algunas normas de la OMC como una “valiosa fuente supletoria del derecho”⁵⁹, y por otro lado, este tribunal ha mostrado cierta apertura al afirmar la necesidad de realizar una interpretación consistente de las normas andinas a la luz de estos acuerdos comerciales⁶⁰. Este reconocimiento se enmarca dentro de la conceptualización de fuentes del derecho comunitario desarrollada por el TJCAN. Todos los Países Miembros de la CAN son Miembros de la OMC y el TJCAN ha considerado que los acuerdos internacionales en los que participan los países andinos son fuente del derecho comunitario. Es en este contexto en que se hace referencia al GATT/OMC.⁶¹

⁵⁹ TJCAN Proceso 3-AI-96, p. 17.

⁶⁰ REYES TAGLE, Yovana. The Law of Regional and Multilateral Agreements: How does Andean Community law relate to WTO rules? SECO Working Paper 15/2014. Disponible en: http://seco.wti.org/media/file_public/33/bd/33bd4046-6aac-47c3-98fa-286e911a88d4/wti_seco_wp_15_2014.pdf. p. 7.

⁶¹ REYES TAGLE, Yovana. “Free Movement of Goods in the Andean Community: How far can Dassonville go?”. SECO/ WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 8/2012. Disponible en: http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/wti.org/7_SECO-WTI_Project/Publications/Reyes%20Tagle%20FMG%20dic%202012.pdf. p. 20.

3. El caso del Viagra: ¿una violación de las normas de la OMC por parte de la Comunidad Andina?

Teniendo en cuenta que un acuerdo comercial internacional es vinculante solo para los Estados que son parte del mismo y que la CAN no es miembro de la OMC, el Acuerdo sobre la OMC no crea ningún derecho ni obligación para la CAN⁶². No obstante, algunos Países Miembros de la CAN han intentado utilizar las normas de la OMC como defensa para la aplicación de sus normas nacionales, y para estos fines, han cuestionado la legalidad de las normas andinas frente a las multilaterales.

El Perú adoptó el Decreto Supremo No. 010-97-ITINCI para interpretar la Decisión 344 que establecía el Régimen Común de Propiedad Intelectual en la CAN (actualmente, la Decisión 486). A pesar que la entonces Decisión 344 no permitía las patentes de segundo uso; la nueva legislación peruana lo aceptaba. Como resultado, la Secretaría General de la CAN emitió las Resoluciones 358 y 406 mediante las cuales consideró que las patentes de segundo uso no estaban permitidas al amparo de la entonces Decisión 344. De esta manera, la Secretaría General sostenía que existía una violación del ordenamiento jurídico comunitario por parte del Perú. El caso, que también se conoció como el caso del Viagra, fue revisado por el TJCAN.

Ante el TJCAN, tanto el Perú como la empresa Pfizer (el solicitante de la patente) invocaron el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC para sostener que las patentes de segundo uso que eran permitidas por la legislación peruana eran compatibles con el referido Acuerdo.

⁶² Es pertinente notar que como acuerdo regional, la CAN realizó su notificación como unión aduanera en la época del GATT en 1990 al amparo de la Cláusula de Habilitación. Por lo tanto, la CAN necesita cumplir los requisitos en el marco de la OMC, en particular, las disposiciones de esta cláusula. Mayor información sobre la notificación de la CAN a la OMC se encuentra disponible en: <http://rtais.wto.org/UI/PublicAllIRTAList.aspx>. (7.9.2016).

Sorprendentemente, el Perú alegó ante el TJCAN que la CAN estaba violando el ADPIC de la OMC en lo relativo a las patentes de segundo uso. El Perú y la empresa Pfizer solicitaron al TJCAN que declare la incompatibilidad de la norma andina con las normas de la OMC⁶³. En sentido estricto, no puede declararse que la CAN ha infringido el ADPIC dado que la CAN no ha asumido obligaciones de este tipo en la OMC. Es decir, la CAN no está obligada a aplicar el ADPIC.

El TJCAN rechazó los argumentos del Perú por varias razones. Primero, el TJCAN no aceptó la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos internacionales diferentes entre los cuales los Países Miembros de la CAN puedan elegir convenientemente, dejando de lado el menos favorable. Segundo, el TJCAN observó que los Países Miembros de la CAN no pueden adoptar normas nacionales a fin de hacer que el ordenamiento jurídico andino sea compatible con otros acuerdos internacionales, cuando, desde su punto de vista, exista una incompatibilidad entre ambos. Tercero, el TJCAN señaló que los argumentos del demandado contradecían el principio de autonomía y primacía del derecho comunitario andino.⁶⁴

Es de destacar que el TJCAN no discutió la posible compatibilidad o incompatibilidad entre las normas andinas y el ADPIC. El TJCAN decidió sobre la base de la relación entre derecho andino y el nacional para sostener que el Perú incumplió el primero. La defensa de la autonomía del ordenamiento jurídico andino fue el centro de atención del TJCAN, y sobre esta base, el TJCAN concluyó que era inapropiado comparar las normas andinas con el ADPIC. Asimismo, el TJCAN agregó que tal comparación era incluso más inapropiada al considerar que el Perú buscaba que se declarase la supremacía del ADPIC sobre la entonces Decisión 344, y por lo tanto, la no aplicación de la norma andina. El TJCAN no aceptó esta posibilidad.⁶⁵

⁶³ TJCAN Proceso 89-AI-2000.

⁶⁴ TJCAN. *Ob. cit.*

⁶⁵ *Ibíd.*

Esta decisión del TJCAN implica que las normas de la OMC no serán usadas como un estándar para una revisión de la legalidad de las normas andinas cuando se cuestione el ordenamiento jurídico andino⁶⁶. Este caso evidencia que el TJCAN no permite a los Países Miembros que tengan la libertad de definir y escoger cuándo y bajo qué condiciones serán aplicadas las normas andinas frente al Acuerdo sobre la OMC. Consecuentemente, el TJCAN reafirma la primacía de las normas andinas sobre dicho Acuerdo. En casos similares que involucraron a Ecuador⁶⁷ y Venezuela⁶⁸, el TJCAN adoptó la misma posición.

Debe notarse que no es el mandato del TJCAN velar por el cumplimiento del Acuerdo sobre la OMC por parte de los Países Miembros de la CAN. Por su parte, la revisión de los casos resueltos por el TJCAN demuestra que existe una jurisprudencia establecida en el sentido de que los Países Miembros de la CAN no pueden justificar un incumplimiento de las normas andinas utilizando como justificación las normas multilaterales ni ningún otro acuerdo comercial internacional. Tampoco pueden dejar de cumplir una norma andina por considerarla que es contraria al Acuerdo sobre la OMC. Asimismo, no es de esperar que el TJCAN revise la legalidad de las normas andinas a la luz de las normas de la OMC para declarar su incompatibilidad⁶⁹. Como evidencia el caso del Viagra, el TJCAN tiene una tendencia a declarar la primacía de las normas andinas frente a la OMC, aun cuando no determine que exista un conflicto de normas. Si la primacía de las normas andinas sobre la OMC se da en caso de conflicto, la pregunta es por qué el TJCAN declara dicha primacía

⁶⁶ REYES TAGLE, Yovana. *Ob. cit.*, p. 8.

⁶⁷ TJCAN Proceso 34-AI-2001.

⁶⁸ TJCAN Proceso 1-AI-2001.

⁶⁹ El TJCAN adoptó un enfoque diferente al caso del Viagra con respecto al análisis de compatibilidad de un acuerdo internacional con las normas andinas. Después de revisar el Convenio de París y la Decisión 344, el TJCAN concluyó que no había incompatibilidad entre los artículos 6 y 7 de la Decisión 344 y el Convenio de París. Véase el Proceso 1-IP-96. Asimismo, en el Proceso 114-AI-2004, el TJCAN trató el tema de la relación entre la Decisión 486 y el ADPIC y sostuvo que la Decisión andina estaba en armonía con el ADPIC.

sin establecer la existencia de tal conflicto. Cabe recordar que el propio TJCAN ha negado el efecto directo a las normas de la OMC. Esta jurisprudencia implica que una medida adoptada por una institución andina en el marco de sus competencias no puede ser revisada tomando como base las normas de la OMC. En realidad, es esta la razón para no realizar el examen de compatibilidad entre las normas andinas y el Acuerdo sobre la OMC y no la aplicación del principio de primacía.

El TJCAN se ha valido de todas las oportunidades que ha tenido para declarar la primacía del ordenamiento jurídico andino sobre las normas de la OMC. Por ejemplo, ante un tribunal del Ecuador, entre otras alegaciones, un particular alegaba que la legislación nacional de dicho país (el Decreto Supremo 1038-A) violaba el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Asimismo, este particular sostenía que el acuerdo internacional debía prevalecer sobre las normas nacionales. El tribunal ecuatoriano solicitó una interpretación prejudicial ante el TJCAN. El tribunal andino respondió repitiendo su jurisprudencia sobre la primacía de las normas andinas sobre la OMC. Sin embargo, en el caso ante el tribunal ecuatoriano no se cuestionaba la legalidad de las normas andinas frente a las normas del AGCS⁷⁰. Este caso evidencia que el TJCAN ha adoptado una posición en defensa de la aplicación del ordenamiento jurídico andino. El funcionamiento del proceso de integración ha sido central para el enfoque seguido por el TJCAN.

4. La comunitarización de las normas de la OMC y la defensa de la primacía del ordenamiento jurídico andino

Desde el establecimiento de la OMC, las instituciones andinas han mostrado interés en desarrollar y mantener la consistencia entre el ordenamiento jurídico andino y las normas multilaterales. En 1995, el Consejo Presidencial Andino solicitó a la Comisión de la CAN tomar en

⁷⁰ TJCAN Proceso 158-IP-2006, p. 5.

cuenta los acuerdos en el marco de la OMC para reconciliar el ordenamiento jurídico andino con dichos acuerdos en diferentes materias. El Consejo Presidencial Andino destacó, además, la necesidad de considerar las normas del GATT/OMC para el desarrollo de políticas a fin de lograr el desarrollo de los sectores productivos.⁷¹ Desde entonces, se ha producido la implementación de algunas obligaciones de la OMC de los Países Miembros de la CAN a través del sistema legislativo desarrollado dentro de la CAN.⁷²

Asimismo, en la CAN se ha realizado una incorporación de algunos de los acuerdos abarcados de la OMC. Por ejemplo, en diciembre del 2003, la Comisión de la CAN aprobó la Decisión 571 la cual adoptó el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante, el *Acuerdo sobre Valoración en Aduana*). *De esta manera, este Acuerdo, conjuntamente con la Decisión 571 y las Resoluciones de la Secretaría General sobre la materia, son los que regulan la valoración de bienes en la CAN. Por consiguiente, el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC se convirtió en el estándar legal que los Países Miembros de la CAN deben cumplir como parte de las obligaciones contraídas en el ordenamiento jurídico andino.*

El TJCAN ha tenido la oportunidad de analizar la aplicación del *Acuerdo sobre Valoración en Aduana* en 2009. En el Proceso 44-IP-99, el TJCAN interpretó este Acuerdo, señalando que tenía que ser aplicado en virtud de la Decisión 571. Aun cuando el TJCAN citó su conocida jurisprudencia sobre el principio de primacía; no elaboró más sobre el tema de la relación entre este Acuerdo y el ordenamiento jurídico andino como sí lo hizo en 2014. En el Proceso 03-IP-2014, el TJCAN consideró que el *Acuerdo sobre Valoración en Aduana* constituía una “normativa

⁷¹ Acta de Quito. VII Reunión del Consejo Presidencial Andino, Quito, Ecuador, 5 de septiembre de 1995. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/act5-9-95.htm>. (7.09.2016).

⁷² Véase el artículo 1 Sección VI numeral 2 literal i); y el artículo 1 Sección II numeral 2 literal f) de la Decisión 458.

OMC comunitarizada, es decir, incluida por la propia normativa andina como integrante del ordenamiento jurídico comunitario⁷³. El TJCAN, además, acuñó el término *comunitarización* para referirse a las normas de la OMC que habían sido incorporadas en el derecho andino.

En torno a la relación entre acuerdos comerciales internacionales, el TJCAN observó que existía una relación entre las normas de la OMC y el ordenamiento jurídico andino e inició el análisis de tal relación afirmando la prevalencia del segundo. Sin embargo, el TJCAN simplemente recitó su jurisprudencia anterior sobre el tema⁷⁴. Este fue el primer punto tratado por el TJCAN cuando, resulta interesante destacar, no se alegaba ningún conflicto entre ambos sistemas legales. En este caso, a pesar de haberse producido una comunitarización de las normas de la OMC, como lo indicaba el propio TJCAN, el TJCAN puso un énfasis considerable en la supremacía del derecho andino.

Solo después de enfatizar las tres observaciones antes desarrolladas en su jurisprudencia, es decir, la autonomía y primacía del ordenamiento jurídico andino, y la falta de efecto directo de las normas de la OMC, el TJCAN concluyó que se había producido la comunitarización del *Acuerdo sobre Valoración en Aduana*. *La consecuencia de esta comunitarización es que dicho Acuerdo forma parte del ordenamiento jurídico andino*⁷⁵. Sin embargo, el TJCAN pudo ir más allá y haber usado esta oportunidad para especificar que, al ser parte del ordenamiento jurídico andino, el *Acuerdo sobre Valoración en Aduana tiene efecto directo y prevalece sobre las normas nacionales de los Países Miembros. Ninguno de estos aspectos fue declarado por el tribunal*.

La preocupación del TJCAN por la aplicación incondicional y preferente del ordenamiento jurídico andino se ve demostrada claramente incluso en casos como este que involucran normas de la OMC que han sido incorporadas en el ordenamiento jurídico andino. En particular, el

⁷³ TJCAN Proceso 03-IP-2014, p. 10.

⁷⁴ TJCAN. *Ob. cit.* para. 34.

⁷⁵ *Ibid.*, para. 40-41.

tribunal confirmó su jurisprudencia sobre la primacía del derecho andino sobre las normas de la OMC⁷⁶. ¿Por qué el TJCAN enfatiza la aplicación del principio de primacía del derecho andino en este tipo de casos? El orden de análisis del TJCAN es ilustrativo. El TJCAN no quiso dejar ninguna duda de que a pesar de existir la comunitarización de las normas de la OMC, los Países Miembros de la CAN deben aplicar siempre el derecho andino. En tal sentido, la aplicación de las normas de la OMC tendrá lugar solo si las normas andinas las han incorporado.

Al observar los casos en los cuales el TJCAN ha tenido la oportunidad de tratar el tema de la relación entre las normas andinas y la OMC, y considerando el enfoque adoptado por el TJCAN en el caso de la comunitarización de las normas de la OMC, es posible considerar que el TJCAN ha intentado evitar cualquier confusión respecto a la jerarquía de las normas andinas. La razón para este constante énfasis del tribunal, en particular cuando surge la pregunta de la aplicación de las normas de la OMC, puede tener que ver con su perspectiva sobre la necesidad de proteger la identidad e integridad del ordenamiento jurídico andino frente a la OMC.

CONCLUSIÓN

El reconocimiento de los derechos y obligaciones multilaterales en los TLCs nos lleva a la coexistencia de acuerdos internacionales. Conscientes de que dicha coexistencia puede dar lugar a un conflicto de normas, algunos TLC han optado por declarar su prevalencia sobre los otros acuerdos internacionales como la OMC. El Perú ha negociado TLCs con disposiciones que declaran la primacía de dichos acuerdos sobre las normas de la OMC o cualquier otro acuerdo internacional. Este tipo de cláusulas puede no dar el resultado esperado cuando se quiere defender un derecho adquirido en el TLC frente a las normas de la OMC. No resulta fácil para un país que es parte de un TLC buscar la inaplicación de una

⁷⁶ TJCAN Proceso 03-IP-2014, para. 35-36.

norma de la OMC invocando el principio de primacía contenido en su TLC ante un procedimiento de solución de controversias en la OMC. Como se evidenció en el caso Perú –Productos agropecuarios–, para el propio Órgano de Apelación de la OMC no queda claro el alcance de este tipo de cláusulas incorporadas en un TLC.

Por otro lado, los TLCs y las normas de la OMC no forman parte del ordenamiento jurídico andino. Tampoco tienen efecto directo en la Comunidad Andina. El TJCAN constantemente ha defendido la autonomía del ordenamiento jurídico andino. La reiterada declaración de la primacía de este ordenamiento puede ser el resultado de una preocupación por el fortalecimiento del proceso de integración hasta el punto que los Países Miembros de la CAN están obligados a asegurar la aplicación de las normas andinas por encima de cualquier TLC o acuerdo multilateral del cual sean partes.

En ese sentido, los países que negocian TLCs y que están incorporando este tipo de cláusulas de primacía deben tener en cuenta los límites de tal declaración. Además, dichas cláusulas no los exonera de la responsabilidad que puede acarrear el incumplimiento de las normas de la OMC o de cualquier otro acuerdo internacional. ¿En qué foro internacional se puede invocar este principio de primacía? La aplicación preferente del TLC frente a las normas de la OMC en caso de conflicto, por ejemplo, en la OMC, no está garantizada. Dicha aplicación podría operar en las relaciones bilaterales de las partes del TLC que no involucren otro foro.

* * *