GACETA OFICIAL del Acuerdo de Cartagena

Año XVIII - Número 750

Lima, 15 de enero de 2002

SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Pág.

Proceso 51-AI-2000.- Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela, por la no expedición oportuna de permisos fitosanitarios para la importación de papa proveniente de Colombia 1

Proceso 60-IP-2001.- Solicitud de Interpretación Prejudicial de los artículos 83, literales a), d) y e), y 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia; e interpretación de oficio del artículo 81 ibidem. Caso: marca "FINESS". (Proceso interno No. 6278) 16

Proceso 70-IP-2001.- Interpretación Prejudicial de los artículos 56, 58, 65 y 74 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, República del Ecuador. Interpretación de oficio de los literales a), b), f) y g) del artículo 58 de la misma Decisión. Actora: Manufacture des Montres Rolex S.A. Marca: "ROLEX". Expediente Interno Nº 86-00 24

Sumario 17-AI-2000.- Procedimiento por incumplimiento de sentencias 32

ACCION DE INCUMPLIMIENTO
51-AI-2000

Interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela, por la no expedición oportuna de permisos fitosanitarios para la importación de papa proveniente de Colombia

Quito, 16 de noviembre del año 2001

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la acción interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela, por supuesto incumplimiento del artículo 4º del Tratado de Creación del Tribunal, de la Decisión 328 y de las Resoluciones 240 y 297 de la Secretaría General, al no haber expedido oportunamente el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA) del Ministerio de la Producción y Comercio de Venezuela, los permisos fitosanitarios para importación de papa procedente de Colombia.

V I S T O S:

El escrito SG-C-/2.1/0971-2000 recibido en el Tribunal el 5 de julio del año 2000, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone acción de incumplimiento contra la República de Venezuela por supuesta inobservancia del artículo 4º del Tratado de

Creación del Tribunal, de la Decisión 328 y de las Resoluciones 240 y 297 de la Secretaría General;

La contestación de la demanda presentada el 21 de agosto del año 2000, en la cual se solicita que el Tribunal "declare la presente acción inadmisible por extemporánea y ordene el archivo del expediente, o en su defecto, que así lo declare en su sentencia definitiva, y se condene en costas a la parte demandante";

Las pruebas aportadas por las partes y las ordenadas de oficio por el Tribunal; el acta correspondiente a la audiencia pública celebrada el 25 de enero del año 2001; los escritos de conclusiones; y los demás documentos que cursan en el expediente.

Con vista de todo lo cual pasa este Tribunal a realizar un resumen, con arreglo a lo que aparece de autos, tanto de los hechos y de las argumentaciones de las partes, como de los pedimentos formulados por las mismas en el libelo de demanda y en las conclusiones de la audiencia pública aportadas por ellas al proceso.

1. Antecedentes

El 28 de julio de 1999 el Ministerio de Comercio Exterior de la República de Colombia se dirigió a la Secretaría General de la Comunidad Andina a los fines de poner en conocimiento de dicho Organo comunitario el retardo en que habría incurrido el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA) del Ministerio de la Producción y Comercio de Venezuela, en el otorgamiento de permisos fitosanitarios para la importación de papa colombiana solicitados por la empresa Makro Comercializadora S.A. y por la Corporación Golden Eagle, situación que, a juicio del denunciante, constituye un incumplimiento de la Resolución 240 de la Secretaría General –que contiene el Reglamento Andino relativo a los Permisos Fitosanitarios de Importación–, la cual establece un plazo máximo de 10 días hábiles para la concesión de este tipo de permisos.

En atención a la solicitud presentada por el Gobierno de Colombia, el 2 de septiembre de 1999 la Secretaría General emitió la Nota de Observaciones SG-F/2.1/2142/1999 en la cual estimó que "de acuerdo con la documentación suministrada por el Gobierno de Colombia [...] las solicitudes de permiso fitosanitario para la importación de papa hacia Venezuela presentadas por las empresas Makro Comercializadora S.A. y la Corporación Golden Eagle no fueron resueltas por parte del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria –SASA– dentro del plazo de 10 días hábiles señalado por la Resolución 240 de la Secretaría General". "En tal virtud –continúa la Nota de Observaciones–, la situación descrita podría estar generando un incumplimiento por parte de su Gobierno, de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino [...], por lo cual se formula la presente Nota de Observaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Protocolo de Cochabamba [...], a fin de que se sirva darle respuesta en un plazo que no exceda de veinte (20) días calendario luego de su recepción" (f. 26).

Por no haber presentado la República de Venezuela respuesta alguna a la Nota de Observaciones –expresa la demandante–, la Secretaría General procedió a emitir con fecha 1 de octubre de 1999 el Dictamen de Incumplimiento Nº 42-99 plasmado en Resolución a la cual se le ha asignado el N° 297, en el cual consideró "que el Gobierno de Venezuela a través del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria, al no resolver las solicitudes de permisos fitosanitarios presentadas por la empresa Makro Comercializadora S.A. y la Corporación Golden Eagle de Colombia dentro del plazo establecido en el artículo 3 de la Resolución 240, ha incurrido en un incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, especialmente del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Resolución 240 de la Secretaría General".

Mediante oficio No. 000125 fechado en Caracas el 10 de enero del 2000 (f.30), el Ministro de la Producción y el Comercio de la República de Venezuela informó a la Secretaría General "que los permisos fitosanitarios para la importación de papas correspondientes a las empresas Makro Comercializadora, S.A. y Corporación Golden Eagle, fueron otorgados por el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA) de este Ministerio, en fecha 05 de noviembre de 1999, (permisos Nros. 99115538, 9915342, 9914343, 9915344, 9915345 y

9915346)". En consecuencia, el Gobierno de Venezuela solicitó de la Secretaría General la emisión del Dictamen de Cumplimiento respectivo, "ya que ha cesado la situación que dio origen al Dictamen de Incumplimiento Nº 42-99, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General".

El 26 de enero de 2000 la Secretaría General informó de este particular al Gobierno de Colombia, el cual mediante comunicación fechada 9 de febrero de 2000 (f.42) señaló que "si bien es cierto que se han expedido los permisos de importación de papa a las empresas mencionadas, éstos se están otorgando con vigencia inferior a noventa días, contrario a lo dispuesto en la Resolución 240". Además, indicó que la oficina de Proexport Caracas ha informado que la solicitud de permiso fitosanitario de importación se está demorando más de los diez días hábiles que establece la Resolución 240, y finalmente que consideran "preocupante el hecho de que estos permisos requieren del visto bueno del área comercial del Ministerio de la Producción y Comercio, lo que se constituye en una licencia previa, restringiendo el comercio".

Finalmente, el 6 de marzo de 2000 el Gobierno de Colombia denunció a la Secretaría General (f. 47) supuestas "restricciones que enfrenta la empresa venezolana Centro Manpote Acopio Agroindustrial C.A. para la importación de papa procedente de Colombia debido a la manipulación en el otorgamiento de los permisos sanitarios". Estas restricciones consistían en que dicha empresa "desde hace 5 meses presentó una solicitud para la importación de 2000 toneladas de papa fresca. De la mencionada cantidad ya fueron aprobadas 670 toneladas; sin embargo, la cantidad restante sigue en trámite y no han sido objetadas por razones sanitarias". Con fundamento en lo anterior, el Gobierno colombiano solicitó a la Secretaría General continuar adelantando las acciones necesarias con el fin de eliminar las referidas restricciones.

2. La demanda

Con la presente acción, la Secretaría General pretende que este Tribunal emita su pronunciamiento "conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 23 de su Tratado de Creación, con respecto al incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela de las normas del ordenamiento jurídico andino, en particular del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y de las Resoluciones 240 y 297 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, con expresa condena en costas a la demandada".

Afirma la actora que "el incumplimiento se ha realizado pues no se han resuelto las peticiones de permisos fitosanitarios correspondientes dentro de los diez (10) días hábiles establecidos en la misma Resolución [Nº 240], contados a partir de la presentación de la correspondiente solicitud, tal como se dictaminó en la Resolución 297 de la Secretaría General, y lo confirma la información recientemente suministrada por el Gobierno de Colombia y por FEDEPAPA".

Considera que en el presente caso han transcurrido más de cinco meses desde que la empresa venezolana Centro Manpote de Acopio Agroindustrial C.A. solicitó la importación de 2000 toneladas de papa colombiana, siendo aprobadas actualmente sólo 670 sin que la diferencia haya sido observada por razones justificadas. Asimismo, sostiene que tanto el Gobierno colombiano como FEDEPAPA han informado a la Secretaría General sobre el hecho de que la demora en la expedición de permisos fitosanitarios para el ingreso de papa colombiana continúa presentándose. Por último, destaca que los permisos de importación procedentes de Colombia emitidos a las empresas Makro Comercializadora S.A. y la Corporación Golden Eagle han sido expedidos con una vigencia de sólo 60 días calendario para los fines de importación, es decir, 30 días menos que el plazo mínimo establecido en la norma comunitaria.

Respecto del incumplimiento de la Resolución 297 –que contiene el Dictamen de incumplimiento 42-99–, argumenta que el Tribunal en la sentencia dictada dentro del proceso 3-AI-97 fue enfático en señalar que las Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena al constituir actos administrativos, se encuentran revestidos o amparados de las características de la presunción de legalidad y ejecutoriedad. Por consiguiente, sostiene que el Gobierno venezolano quedó obligado, conforme lo dispone el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, a cumplir con dicha norma comunitaria, sin que

exista precepto jurídico que lo exima de su observancia inmediata.

3. La contestación de la demanda

La República Bolivariana de Venezuela destaca, en primer término, que la Secretaría General ha solicitado la declaratoria de incumplimiento de la Resolución 297, que contiene el Dictamen 42-99, lo cual –en su opinión– resulta improcedente a la luz de reciente jurisprudencia del Tribunal Andino (caso: acción de incumplimiento 46-AI-99; transportes Venezuela).

Respecto de las demás pretensiones de la actora, señala que en el caso que nos ocupa, la Secretaría General, según lo reconoce en su escrito de demanda, inició sus actuaciones a solicitud de parte, concretamente, a petición del Gobierno de Colombia, por lo que la disposición aplicable era la contenida en el artículo 24 del Protocolo de Cochabamba y no el 23, como "en el encabezado de su demanda intenta fundamentar su acción [...], es decir, pretende estar actuando de oficio y no a solicitud de parte, a los fines de eludir el lapso preclusivo de sesenta (60) días, dentro del cual debió intentar la acción".

Adicionalmente argumenta que "a todo evento, el Dictamen de Incumplimiento 42-99 estaba referido específica y concretamente a los permisos fitosanitarios números 9915538 al 9915346, correspondiente a solicitudes de las empresas Makro Comercializadora S.A. y 9915538 y 9915549, correspondientes a la empresa Corporación Golden Eagle, los cuales, como reconoce la propia Secretaría General, fueron emitidos por las autoridades venezolanas". "No obstante –continúa–, este órgano comunitario se refiere en sus fundamentos de hecho de la demanda, a quejas posteriores al Dictamen de Incumplimiento 42-99 y a la emisión de los permisos especificados en ese Dictamen, por parte del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, de la Federación Colombiana de Exportadores de Papas (FEDEPAPA) y [del] Centro Manpote de Acopio Agroindustrial C.A. (ver puntos 6, 7 y 8 de la Fundamentos de Hecho del escrito de demanda), de tal manera que si la Secretaría General consideraba que estaba violentando nuevamente el ordenamiento jurídico andino, ha debido emitir un nuevo Dictamen de Incumplimiento pronunciándose sobre este particular, ya que si bien se trata del mismo producto (papa), son situaciones distintas y posteriores, que en todo caso debieron ser objeto de un nuevo pronunciamiento por parte de la Secretaría".

Finalmente, se pregunta si en el supuesto negado de que el Tribunal considere que la Secretaría General está actuando de oficio, al haberse presentado la demanda 8 meses y 27 días después de la emisión del Dictamen de Incumplimiento, aquella intentó la acción "a la brevedad posible", conforme lo exige el artículo 23 del Protocolo de Cochabamba.

4. Conclusiones de la actora

En su escrito de conclusiones la actora señala que es evidente que el simple hecho de que las solicitudes de permisos fitosanitarios no se resuelvan dentro del plazo de diez días hábiles, constituye un incumplimiento objetivo del ordenamiento jurídico andino –particularmente del artículo 3 de la Resolución 240–, situación sobre la cual solicita al Tribunal pronunciarse, a efectos de evitar que la expedición de dichos permisos sanitarios se convierta en una restricción encubierta al comercio subregional.

Expresa además que los argumentos de Venezuela corresponden a aspectos formales que no excusan el incumplimiento material del ordenamiento jurídico andino.

Respecto del argumento de la demandada relativo a que la acción se interpuso una vez que venció el plazo establecido en el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal, la actora afirma que ningún artículo del Tratado establece término de caducidad de la acción de incumplimiento, por lo que la Secretaría General no deja de ser competente para acudir ante el Tribunal por el simple transcurso del plazo para presentar la demanda conforme al artículo 24. La consecuencia jurídica de este evento –sostiene–, consiste en que vencido el plazo, el País Miembro denunciante puede ejercer la acción de incumplimiento, esto es, queda legitimado para actuar en lugar de la Secretaría General.

Considera que "en el supuesto negado que se admitiera la tesis venezolana, se estaría ante la grave situación de que cada conducta de un País Miembro, así se trate del mismo incum-

plimiento, obliga a la Secretaría General a iniciar tantos procedimientos administrativos como conductas; es decir, para cada solicitud de permiso fitosanitario desatendida, debería iniciarse un procedimiento y posteriormente ejercer una acción". Califica a este supuesto como un absurdo que llevaría a una actuación inútil de trabajo para los órganos comunitarios, además de atentar contra los principios de eficacia, celeridad y economía procesales.

Por otro lado, alega que "si bien la Secretaría General incurrió en un posible error al citar el artículo 23 en el escrito de demanda, dicha situación no genera nulidad del proceso, pues en el supuesto negado [de] que este hecho ocasionara una nulidad, la misma sería relativa y por lo tanto subsanable, lo cual ocurrió con la contestación de la demanda, pues en ningún momento se afectó el debido proceso ni el derecho de defensa de la demandada".

Por último, reitera el petitorio de la demanda, y solicita el pronunciamiento de este Tribunal, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 24 de su Tratado de Creación.

5. Conclusiones de la demandada

La demandada en su escrito de conclusiones ratifica los argumentos esgrimidos en su contestación de la demanda, y con fundamento en ellos solicita que el Tribunal "declare la presente acción inadmisible por extemporánea y ordene el archivo del expediente, o en su defecto, que así la declare en su sentencia definitiva, y se condene en costas a la parte demandante".

6. Pruebas solicitadas

Llevada a cabo la audiencia pública antes aludida, el Tribunal decidió mediante auto de 7 de febrero del presente año, "dirigir atento oficio a la Señora Ministra de Comercio Exterior de la República de Colombia, a los fines de que tenga a bien remitir a este Tribunal, información estadística oficial referente los volúmenes de papa fresca producida en territorio colombiano, que en los años 1998, 1999 y primer semestre del 2000, han sido exportados a la República de Venezuela, al amparo de permisos fitosanitarios aprobados por este último país". A dicho efecto, el 09 de marzo de 2001, se recibió en este Tribunal un escrito y sus anexos remitidos por el Señor Viceministro de Comercio Exterior encargado de las funciones del Despacho de la Ministra de Comercio Exterior de la República de Colombia, contentivo de las pruebas solicitadas.

Con vista de lo anterior, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

C O N S I D E R A N D O:

Que es competente para conocer de la presente controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las normas del Capítulo II, Título III, de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) y del Título II de su Reglamento Interno, en las que se regula lo pertinente a la Acción de Incumplimiento.

Que el estado de la causa es el de dictar sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse en primer término al:

I. ALCANCE Y DEBIDA APLICACION DE LOS ARTICULOS 23 Y 24 DEL TRATADO DE CREACION DEL TRIBUNAL

Conforme a lo dispuesto por los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación de este Tribunal, el procedimiento previo a la acción judicial de incumplimiento puede entablarse a iniciativa de la Secretaría General, por reclamo de un País Miembro o a instancia de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos, cuando cualquiera de ellos considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El supuesto previsto en el artículo 23 del Tratado se encuentra condicionado a que la Secretaría General "**considere**" que un País Miembro haya incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico comunitario, con lo cual se evidencia la amplia facultad de que dispone el Organo ejecutivo de la Comunidad para apreciar si ha existido un incumplimiento y para estimar la conveniencia y oportunidad de emprender el procedimiento, independientemente de que la contravención haya sido detectada de oficio, o por informaciones o denuncias provenientes de otros Países Miembros o de parti-

culares, sean o no perjudicados por la medida o la conducta acusada.

Sin embargo, las actuaciones a lo largo del trámite prejudicial adoptan un matiz distinto según se trate de un País Miembro –en defensa de sus intereses nacionales o incluso de un simple interés en la observancia de la legalidad comunitaria– o de una «persona natural o jurídica afectada en sus derechos» los que, unos y otros –ajustándose a las previsiones de los artículos 24 y 25 del Tratado respectivamente, y a las condiciones de admisibilidad, por remisión de éste, establecidas en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General– presenten el reclamo. En efecto, en este evento la Secretaría General de manera prioritaria debe dirigir sus esfuerzos a realizar "**las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento**", desempeñando un papel de componedora o conciliadora de los derechos e intereses de los Países Miembros y de los particulares involucrados.

Evidentemente que el inicio del procedimiento *ex officio*, en aplicación del artículo 23 del Tratado, puede encontrarse precedido de una etapa previa informal en la que la Secretaría General detecte la eventual infracción y agote las vías extraprocesales que considere apropiadas para eliminar el posible incumplimiento. Empero, cuando el camino seguido es el previsto en el artículo 24 *ibidem*, las gestiones que realice la Secretaría General para subsanar el incumplimiento deberán efectuarse dentro de un plazo que no exceda de sesenta días, vencido el cual "sin que se hubieren obtenido resultados positivos [...] emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento, el cual deberá ser motivado".

Asimismo y respecto a la aplicación de los artículos 23 y 24 –ahora en debate– el Tribunal Andino manifestó dentro del proceso 91-AI-2000 de fecha 24 de agosto del presente año (Arancel Externo Común, Ecuador) que: "...cuando la acción es incoada por la Secretaría General por su propia iniciativa, el pronunciamiento que el Tribunal Andino debe emitir se encuentra circunscrito en definitiva a '**la conducta que ha sido objeto de observaciones**', en los términos del segundo párrafo del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal. Cuando también es la Secretaría General la que interpone la demanda judicial, pero el procedimiento se ha seguido como consecuencia de reclamo interpuesto por los Países Miembros o a instancia de las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento, el pronunciamiento del Tribunal se encuentra delimitado por '**la conducta que ha sido objeto del reclamo**', conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 24 *ejusdem*".

En el caso de autos, al ser un País Miembro el que inició el procedimiento administrativo que antecede la presente acción, y al haber decidido la Secretaría General dar curso a la denuncia inicial presentada por la República de Colombia conforme al procedimiento establecido en el artículo 24 del Tratado –según se desprende de la nota de observaciones y del dictamen de incumplimiento respectivo–, era ésta la disposición que debió invocar en su demanda, y no la contenida en el artículo 23, indebida invocación que sin embargo, a juicio del Tribunal, no origina vicio alguno que invalide lo actuado, y así lo declara expresamente este órgano judicial comunitario.

En cuanto al argumento de la demandada referido a que, por ser aplicable el artículo 24 del Tratado, la demanda judicial presentada resultaría extemporánea, en razón de que, en opinión de aquélla, dicha disposición limita la interposición de la acción por la Secretaría General a los 60 días siguientes a la emisión del dictamen de incumplimiento, este Tribunal, reiterando los precedentes sentados en las sentencias emitidas dentro de los procesos 2-AI-96 (República de Venezuela contra la República del Ecuador, caso "BELMONT") y 3-AI-97 (Secretaría General contra la República del Ecuador, caso "LICORES"), considera que el artículo 24 párrafo 2º del Tratado no establece plazo de caducidad alguno para que la Secretaría General entable la acción judicial de incumplimiento. En efecto, el de dos meses allí previsto a los fines de que aquélla solicite el pronunciamiento del Tribunal –transcurrido el cual los Países Miembros quedan habilitados para acudir directamente ante éste–, no acarrea la caducidad de dicha acción, lo que se ratifica en el presente proceso.

Se desestima, por tanto, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad alegada, la excepción de inadmisibilidad de la acción opuesta por la demandada.

A lo largo del proceso las partes han disentido sobre la naturaleza del dictamen motivado y sobre la posibilidad de demandar su incumplimiento ante el Tribunal, motivo por el cual se pasa a analizar la

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DICTAMEN DE INCUMPLIMIENTO

En efecto, la actora argumenta que este Organo judicial en la ya citada sentencia dictada dentro del proceso 3-AI-97 fue enfático en señalar que las Resoluciones al constituir actos administrativos, se encuentran revestidos o amparados de las características de la presunción de legalidad y ejecutoriedad, razón por la cual el Gobierno venezolano habría quedado obligado, conforme lo dispone el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, a cumplir con dicha "norma comunitaria", sin que exista precepto jurídico que lo exima de su observancia inmediata.

Al respecto observa el Tribunal:

Que luego de un detenido análisis de la problemática suscitada con ocasión de la naturaleza, efectos e impugnabilidad de los dictámenes de incumplimiento, la jurisprudencia andina, en la sentencia de fecha 02 de febrero del año 2000 y pronunciada en el proceso 24-AN-99 (caso New Yorker), aplicando un criterio *material* ha venido diferenciando dos formas a través de las cuales puede expresarse la Secretaría General: las Resoluciones y los Dictámenes.

Esta jurisprudencia, modificando a partir de entonces anteriores posiciones que llevaron a admitir demandas en acciones de nulidad contra dictámenes emitidos por la Junta del Acuerdo de Cartagena y por la Secretaría General –como ocurrió en las sentencias proferidas en las acciones de nulidad 1-AN-97 (*República de Venezuela contra la Junta del Acuerdo de Cartagena*; caso: restricciones a la importación de café tostado procedente de Colombia) y 5-AN-97– (*República de Venezuela contra la Junta del Acuerdo de Cartagena; caso: restricciones a la importación de ajo proveniente del Perú*)–, desvirtuó la calidad de "actos administrativos" o de "normas que forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" que se les atribuía erróneamente –incluso por este Organo judicial– a los dictámenes de incumplimiento.

Se reserva por tanto el carácter de Resolución, única y exclusivamente a los actos que contengan una manifestación de voluntad de la Secretaría General con efectos resolutorios o decisorios –a la que se refiere el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal– y como tal, susceptible de impugnación a través de la acción de nulidad.

Este criterio, que no es más que la aplicación de la concepción material del acto administrativo mantenida por esta jurisdicción comunitaria andina en el pronunciamiento de fecha 16 de abril de 1999, efectuado dentro del proceso 1-AN-96 (Junta del Acuerdo de Cartagena contra el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión) –en el cual se sostuvo que el "Acuerdo" emitido por la Junta, "caso omiso del nombre con el cual fue adoptado" constituye "especialmente por su contenido una manifestación de voluntad del órgano Colegiado emitente, con efectos resolutorios o decisorios, equivalente a las Resoluciones de la Junta"– tiene su fundamento además en la propia naturaleza y procedimiento de la acción de incumplimiento. En efecto, el "dictamen" que debe emitir la Secretaría General no conlleva efectos decisorios o resolutorios respecto de las actuaciones desplegadas en el procedimiento prejudicial; tampoco tiene por objeto «declarar» un incumplimiento, pues ésta es una atribución que le corresponde de manera exclusiva al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Se descarta de este modo, la admisibilidad de un criterio puramente «nominal» al momento de definir los efectos obligatorios –y consecuentemente su carácter de impugnable– de un acto o norma comunitaria.

A través del dictamen motivado, la Secretaría General debe pronunciarse sobre cuál es, a su juicio, «el estado de cumplimiento de las obligaciones» por el País Miembro, cuya inobservancia le es imputada en las observaciones por ella misma formuladas cuando el procedimiento se inicia *ex officio*; o en el respectivo reclamo, cuando la iniciativa proviene de un País Miembro o de un particular afectado en sus derechos.

El dictamen, en consecuencia, constituye el acto que pone fin, normalmente, a la fase precontenciosa de la acción de incumplimiento, pero no mediante la decisión o resolución de la posible controversia, sino con un pronunciamien-

to que fija la posición del Organo representante del interés comunitario acerca de si se ha producido un incumplimiento.

No obstante, debe precisarse que la obligación de los Países Miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino o de abstenerse de emplear aquellas que obstaculicen su aplicación, tiene su fuente primaria en la naturaleza de «Comunidad de Derecho» que caracteriza al proceso de integración andino y, particularmente, reposa esa obligación en los principios de aplicación preeminente, directa e inmediata de las normas comunitarias en el territorio de los Países Miembros. Al respecto, señalaba el Tribunal en la sentencia de 22 de marzo del año 2000, dentro del proceso 16-AI-99 (Secretaría General contra la República de Venezuela; caso: aplicación de aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común), lo siguiente:

> "Los compromisos, positivos o negativos, adquiridos por los Países integrantes de esta «Comunidad de Derecho» y plasmados en los Tratados Constitutivos y demás normas derivadas, imponen no sólo un deber genérico de respeto en consideración a los intereses generales de la Subregión, sino, propiamente, una «obligación» revestida de la característica de exigibilidad del efectivo cumplimiento de la conducta prevista, bajo pena de la restricción o suspensión de los beneficios derivados de la integración. En este sentido, los Países Miembros, la Secretaría General e incluso los particulares afectados en sus derechos tienen el poder de exigir, por conducto de este Tribunal y previo el agotamiento de los respectivos procedimientos, el acatamiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico".

Por tanto, la obligatoriedad de cumplir la normativa comunitaria no surge como consecuencia de la emisión de un dictamen de incumplimiento o incluso de una sentencia que declare el incumplimiento por un País Miembro; es el **principio de legalidad** –más que el principio *pacta sunt servanda*, como ocurre en el Derecho Internacional–, el que exige que las relaciones entre los distintos sujetos del Derecho Comunitario –órganos e instituciones comunitarias, Países Miembros y ciudadanos de la Comunidad–, se rijan conforme al ordenamiento jurídico andino.

Como se observa, si bien la sentencia de incumplimiento no reviste un carácter constitutivo ni tampoco –conforme a las consideraciones del fallo de fecha 24 de septiembre de 1998 (proceso 2-AI-97; Secretaría General contra la República del Ecuador, por aplicar unilateralmente medidas restrictivas a los licores originarios y procedentes de la República de Colombia)– puede anular el derecho interno, sí puede, en cambio, paralizar la aplicación del mismo. De manera que: "*El efecto del derecho comunitario, declarado con autoridad de cosa juzgada, implica para las autoridades nacionales competentes, la prohibición de pleno derecho de aplicar una disposición nacional reconocida como incompatible con el Ordenamiento Jurídico Comunitario y en el caso la obligación de adoptar todas las medidas para facilitar el pleno efecto del derecho comunitario*".

Por su parte, la nota de observaciones y posteriormente el dictamen de incumplimiento, como lo indica la citada sentencia emitida dentro del proceso 16-AI-99, debe poner en alerta al país contraventor, para que proceda a corregir su conducta sin necesidad de que se someta a la jurisdicción del Tribunal. Ello pone en evidencia la importancia de la fase precontenciosa en la acción de incumplimiento, y especialmente del dictamen motivado, el cual, desde el punto de vista procesal, tiene por finalidad fijar **definitivamente** la conducta que ha sido objeto de observaciones por la Secretaría General, **delimitando** de esta manera, y a su vez, el objeto de la demanda ante el Tribunal.

En definitiva y por lo que toca a las alegaciones de las partes sobre la naturaleza del dictamen de incumplimiento, este Tribunal, ratificando las consideraciones realizadas a partir de la sentencia emitida en el proceso 24-AN-98, leída el 24 de febrero de 2000, y posteriormente en las proferidas dentro de las acciones 16-AI-99 (Secretaría General contra la República de Venezuela, caso: aplicación de aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común); 19-AI-99 (Secretaría General contra República del Ecuador, caso: CORPEI); 43-AI-99 (Secretaría General contra República del Ecuador, caso restricciones a las importaciones de azúcar); 46 AI-99 (Secretaría General contra República de Venezuela, caso transporte internacional); y

más recientemente en la sentencia, citada *supra*, correspondiente al proceso 91-AI-2000 (Secretaría General contra República del Ecuador, caso Arancel Externo Común), considera consecuentemente que los dictámenes de la Secretaría General, aun cuando se encuentren contenidos en una Resolución, no forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que además de ser insusceptibles de impugnación mediante acción de nulidad, tampoco pueden ser objeto ellos mismos de una adicional declaratoria de incumplimiento.

Por lo expuesto, se declara improcedente la pretensión de la actora –controvertida por la demanda– de que el Tribunal se pronuncie sobre el incumplimiento de la Resolución 297 de la Secretaría General, que contiene el Dictamen 42-99.

III. PARÁMETROS DEL INCUMPLIMIENTO FIJADOS POR EL DICTAMEN 42-99

A) Las prescripciones del ordenamiento jurídico comunitario andino

La República Bolivariana de Venezuela, en su contestación de demanda expresa que "a todo evento, el Dictamen de Incumplimiento 42-99 estaba referido específica y concretamente a los permisos fitosanitarios números 9915538 al 9915346, correspondiente a solicitudes de las empresas Makro Comercializadora S.A. y 9915538 y 9915549 (sic), correspondientes a la empresa Corporación Golden Eagle, los cuales, como reconoce la propia Secretaría General, fueron emitidos por las autoridades venezolanas". "No obstante –continúa–, este órgano comunitario se refiere en sus fundamentos de hecho de la demanda, a quejas posteriores al Dictamen de Incumplimiento 42-99 y a la emisión de los permisos especificados en ese Dictamen, por parte del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, de la Federación Colombiana de Exportadores de Papas (FEDEPAPA) y [del] Centro Manpote de Acopio Agroindustrial C.A. (ver puntos 6, 7 y 8 de los fundamentos de hecho del escrito de demanda), de tal manera que si la Secretaría General consideraba que estaba violentando nuevamente el ordenamiento jurídico andino, ha debido emitir un nuevo Dictamen de Incumplimiento pronunciándose sobre este particular, ya que si bien se trata del mismo producto (papa), son situaciones distintas y posteriores, que en todo caso debieron ser objeto de un nuevo pronunciamiento por parte de la Secretaría".

La jurisprudencia comunitaria andina, reiteradamente y a partir de la primera sentencia de incumplimiento, se ha referido a las dos fases que comporta una acción de esta naturaleza –la prejudicial y la judicial–, previstas en el Tratado de Creación, habiendo dejado establecido:

Respecto de la primera, que:

> "El procedimiento en la acción de incumplimiento está precedido de tres pasos previos a la interposición de la demanda ante el Tribunal, por la Junta o por un País Miembro: **en primer lugar**, la formulación de observaciones por escrito que le haga la Junta (hoy Secretaría General) al supuesto país incumplidor, o el reclamo que ante aquella realice el país afectado; **segundo**, la respuesta del país cuya conducta **se reclama**, la cual deberá producirse dentro de un plazo que no excederá de dos meses, y **tercero**, la elaboración y emisión del dictamen por la [Secretaría General], a partir del recibo de la respuesta, sin que exista plazo perentorio para su expedición. Sinembargo entiende este Tribunal que en aras del principio de agilidad y economía procesal, el dictamen debe rendirse en un breve plazo".

Y en lo relativo a la segunda –fase judicial– agrega:

> "Con el objeto de garantizar al supuesto país incumplidor el derecho de defensa, tanto en la etapa previa ante la [Secretaría General] como en el proceso ante el Tribunal, la doctrina señala que los motivos del incumplimiento que se imputen en las observaciones y en el dictamen, **deben ser los mismos** y a su vez deben **estar reflejados** en la demanda judicial. 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 de la controversia". (sentencia del 30 de octubre de 1996, emitida dentro del proceso 1-AI-96, caso "Pipeline"; destacados del presente fallo).

En más reciente sentencia de fecha 13 de octubre del 2000 (emitida dentro del proceso 43-AI-99; Secretaría General Vs. República del Ecuador; caso: restricciones a la importación de azúcar originaria de Colombia), este Tribunal –al referirse al dictamen de incumplimiento que debe emitir la Secretaría General cuando considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina– enfatizó que este acto jurídico "*ha de ser el resultado congruente de las actuaciones desplegadas a lo largo del procedimiento, en particular de la nota de observaciones*"; declarando además que "*los motivos que contenga el «dictamen» también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda*".

Y en esta última sentencia, el Tribunal precisó incluso que con la contestación de la demanda:

> "Quedarán **fijados los términos concretos** de la controversia"; y coherente con ello puntualizó además que el objeto de la etapa oral, ya en la instancia ante el Tribunal, "no es el de presentar nuevos argumentos –salvo que hayan acaecido con posterioridad a la demanda o a la contestación–, ni de ampliar las cuestiones litigiosas concretadas en las referidas piezas procesales, ni tampoco de ofrecer nuevas pruebas". Advirtió asimismo, que el escrito de conclusiones "tampoco podrá aportar nuevos elementos de juicio que debieron haber sido propuestos al interponer la demanda o al contestarla".

De la misma manera, en la sentencia del pasado 22 de agosto emitida dentro del proceso 72-AI-2000 (Secretaría General Vs. República de Venezuela, por restricciones a la importación de huevos para consumo) el Tribunal destacó que el dictamen de incumplimiento había sido "...formulado en congruencia tanto con la señalada declaración de restricciones, así como con las posteriores observaciones y también con la demanda judicial...".

También ha precisado el Tribunal Andino los límites naturales que apareja la exigencia de "suficiente congruencia" entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y el escrito contentivo de la demanda: "No se trata de que los tres instrumentos a que se ha hecho referencia (nota de observaciones, dictamen y demanda), estén redactados con absoluta identidad en cuanto a los hechos constitutivos de la conducta objeto del reproche de incumplimiento y por supuesto, mucho menos que las apreciaciones jurídicas referentes a la valoración de los mismos y de sus consecuencias, realizadas por la demandante (que puede ser distinta a la Secretaría General) coincidan con exactitud matemática en los citados tres momentos procesales. No, a lo que la jurisprudencia se refiere con la expresión "congruencia", es al hecho de que la conducta endilgada en la demanda al País Miembro como constitutiva del incumplimiento, sea la misma, en términos generales, a la que se le atribuyó en la nota de observaciones y sobre la cual se produjo el dictamen de incumplimiento o de cumplimiento, en su caso". Así, el Tribunal consideró, respecto a las actuaciones prejudiciales ante la Secretaría General, que "en cuanto al requisito jurisprudencialmente establecido, de la congruencia, también se cumple en el presente caso, en la medida en que como se observa en lo documentos contentivos de la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda, la conducta constitutiva del pretendido incumplimiento es siempre la misma: la expedición por parte del INDECOPI de la Resolución 0050 de 29 de enero de 1999 por medio de la cual se otorgó patente...", lo que llevó al Tribunal a concluir que "no son de recibo, ni con aptitud para descalificar o invalidar la actuación prejudicial cumplida en este proceso, las alegaciones de la demandada y sus coadyuvantes que tienden a plantear la falta de congruencia entre dichas actuaciones y la demanda, toda vez que la conducta endilgada a la República del Perú como constitutiva del incumplimiento ha sido siempre la misma". (Proceso 89-AI-2000; Secretaría General Vs. República del Perú; sentencia de 28 de septiembre de 2001, caso "Otorgamiento de una patente de segundo uso").

En una aún más reciente sentencia, emitida el pasado 26 de octubre del presente año, correspondiente al Proceso 26-AI-2001 (Secretaría General Vs. República de Colombia, caso: Arancel externo común), respecto a las etapas procesales de la acción de incumplimiento, el Tribunal manifestó que: "De conformidad con lo establecido en el proceso 1-AI-97, este Tribunal considera tres requisitos que deben preceder a la acción de incumplimiento: (i) Fase previa administrativa, en la que se abre el diálogo entre el órgano comunitario y el país Miembro

supuestamente incumplidor con la finalidad de llegar a una solución del asunto controvertido. (ii) La oportunidad procesal que se le otorga al País Miembro para presentar su defensa o enmendar su conducta. (iii) La suficiente motivación y congruencia entre las razones del incumplimiento contenidas en las Notas de Observaciones y las del Dictamen de Incumplimiento de la Secretaría General, en el cual se concreta la posición de ésta sobre el desacato de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico. La interposición de esta acción de incumplimiento debe ir precedida de una fase, en la cual la Secretaría General le ha dado la oportunidad al país incumplidor de presentar la argumentación que considere adecuada, exigiéndole así mismo el cumplimiento de sus obligaciones, y que culmina en un dictamen motivado. El Tribunal indica que entre las notas de observaciones, los dictámenes de incumplimiento y la demanda planteada existe la debida congruencia exigida por la jurisprudencia comunitaria andina, de conformidad con lo previsto en el Tratado de Creación".

Similar ha sido tradicionalmente la posición del Tribunal de Luxemburgo, por lo cual, este Organo judicial andino considera de la mayor importancia destacarla, lo que hace a continuación en los siguientes términos:

B) Los aportes jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Como es conocido, el ordenamiento jurídico comunitario andino encuentra sus bases y deriva principios del Derecho Comunitario europeo, por lo que el procedimiento prejudicial que instaura la Comisión de las Comunidades Europeas –como Organo ejecutivo de la Unión, equivalente en nuestra Subregión a la Secretaría General de la Comunidad Andina– previo aquel al proceso judicial de incumplimiento que se plantea ante su Tribunal, contiene similares lineamientos y parámetros que los acogidos por el Tratado de creación del Organo Judicial Andino para el trámite que se sigue en la sede de la Secretaría General, como mecanismo creado a los fines de la solución del supuesto incumplimiento, trámite no sólo anterior sino también indispensable para acudir al Tribunal Andino de Justicia. No sin antes aclarar que en el ordenamiento jurídico europeo –por lo que toca a la acción de incumplimiento que nos ocupa– se denominan: escrito de requerimiento a lo que en el nuestro se conoce como Nota de Observaciones, y dictamen motivado a nuestro dictamen de incumplimiento.

En efecto, la jurisprudencia europea se ha pronunciado en el sentido de desestimar la demanda por no haber sido fundamentada ésta en las mismas imputaciones expuestas en el trámite administrativo previo. Tal el caso del fallo de 11 de julio de 1984 pronunciado en el Asunto 51/83 (Comisión Vs. República de Italia), el cual deja establecido que "el dictamen motivado hacía referencia a la limitación del empleo de gelatina alimentaria para la fabricación y comercialización de productos de confitería, mientras que el recurso interpuesto ante el Tribunal se refiere, además, a la limitación del empleo de la gelatina alimentaria a la fabricación y comercialización de las carnes de conserva y de los helados"; por lo cual el Tribunal Europeo reiteró su opinión respecto a que: "El dictamen motivado circunscribe el objeto del litigio e indica al Estado miembro que ha sido llamado a presentar sus observaciones, **los elementos necesarios para la preparación de su defensa**". Todo lo cual llevó asimismo al Tribunal a establecer que la Comisión "ha **ampliado** los motivos imputados a la República italiana, desconociendo su **obligación de garantizar el respeto al derecho de defensa**, irregularidad que inclusive no puede ser considerada como subsanada a pesar del hecho de que la demandada formuló una serie de alegaciones sobre este punto", concluyendo que "...el asunto **no parece haber sido plenamente estudiado por la Comisión** antes de la introducción del recurso, por lo que se lo desestima en lo referente a las carnes de conserva y los helados, **condenando en costas a la Comisión**". (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, 1984-7, Luxemburgo, pp. 2803 y ss.)

En la sentencia pronunciada dentro del Asunto C-198/90 (Comisión Vs. Reino de los Países Bajos) de 28 de noviembre de 1991, el Tribunal estableció que "...el objeto de **un recurso interpuesto está circunscrito por el procedimiento administrativo previo así como por las pretensiones del recurso;** y **el dictamen motivado** de la Comisión, y **el recurso deben basarse en los mismos motivos y alegaciones**", llevando al Tribunal asimismo a "desesti-

mar el recurso y **condenar en costas a la Comisión**". (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, 1991-9, Luxemburgo, pp.5821 y ss.).

De la misma manera, en la sentencia emitida dentro del Asunto C-52/90 (Comisión Vs. Reino de Dinamarca) de 31 de marzo de 1992, el Tribunal estableció que "La Comisión, en efecto, no planteó, ni siquiera hizo una mera alusión a tal cargo, en el escrito de requerimiento ni en el dictamen motivado. ...el escrito de requerimiento debe delimitar el objeto del litigio. **El dictamen motivado y el recurso deben basarse en los mismos fundamentos de Derecho y motivos**, de manera que, en la fase del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, **no puede admitirse un cargo que no haya sido formulado en el dictamen motivado**"; todo lo cual llevó a "Declarar la **inadmisibilidad del recurso** y condenar en costas a la demandante". (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, 1992-3/I, Luxemburgo, pp. 2214 y ss.)

Igualmente, en la sentencia de 16 de diciembre de 1992, pronunciada en el Asunto C-210/91 (Comisión Vs. República Helénica), se expresa que si bien "la Comisión inició el procedimiento de incumplimiento debido a que la sanción impuesta por las autoridades aduaneras helénicas constituye una **práctica administrativa**", la demandada "alega que **esta imputación no consta en el escrito de requerimiento ni en el dictamen motivado** y que, procede acordar su **inadmisión**", lo que llevó al Tribunal a recordar que, según su "**reiterada jurisprudencia**, los recursos interpuestos con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE sólo pueden basarse en motivos y alegaciones que figuren ya en el dictamen motivado", decidiendo por tanto "desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión". (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, 1992-10, Luxemburgo, pp. 6751 y ss.)

Asimismo, en la sentencia de 01 de diciembre de 1993, correspondiente al Asunto C-234/91 (Comisión Vs. Reino de Dinamarca), el Tribunal indicó: "según **reiterada jurisprudencia**, ilustrada especialmente por la sentencia de 07 de febrero de 1984, Comisión/Italia (166/82, Rec. p. 459), apartado 16, **el objeto de un recurso** interpuesto con arreglo al artículo 169 del Tratado está **delimitado por el procedimiento administrativo previo** al que se refiere dicha disposición, así como por las pretensiones del recurso y, por otra parte el **dictamen motivado** de la Comisión y el **recurso deben fundarse en los mismos medios y motivos**". (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, 1993-12, Luxemburgo, pp. 6292).

Finalmente cabe hacer referencia a la sentencia de 11 de julio de 1995 referente al Asunto C-266/94 (Comisión Vs. Reino de España), en la cual el Tribunal señaló que "El procedimiento precontencioso previsto en el artículo 169 del Tratado comprende **dos fases** consecutivas, a saber, una fase **precontenciosa o administrativa** y una fase **contenciosa** ante el Tribunal de Justicia. La finalidad del procedimiento precontencioso es dar al Estado miembro interesado ocasión de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario o de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión. **La regularidad de dicho procedimiento previo constituye una garantía esencial querida por el Tratado**, no sólo para la protección de los derechos del Estado miembro de que se trate, sino también para garantizar que el posible procedimiento contencioso tenga por objeto **un litigio claramente definido**. En efecto, sólo a partir de un procedimiento precontencioso regular puede el contradictorio ante el Tribunal de Justicia permitir a éste juzgar si el Estado miembro ha incumplido efectivamente las obligaciones precisas cuya infracción alega la Comisión". Por lo cual, el Tribunal decidió la no concurrencia del desarrollo regular del procedimiento precontencioso, procediendo a declarar la inadmisibilidad manifiesta del recurso y condenando en costas a la Comisión. (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, 1995-7, Luxemburgo, pp. 1981 y ss.)

Pero esa congruencia tiene sus límites, y así lo dejó también reiteradamente aclarado la jurisprudencia europea:

En el Asunto C-191/95 (Comisión Vs. República Federal de Alemania), en las conclusiones

del abogado general Sr. Georges Cosmas de 05 de junio de 1997, a pesar de que se ratifica la posición en análisis de que en el dictamen motivado "...**se delimita el objeto del litigio** ante el Tribunal de Justicia, **en la medida en que tanto el dictamen motivado como el recurso deben fundarse en los mismos medios y motivos, no cabe admitir ni la formulación de nuevas imputaciones** por parte de la Comisión **ni tan siquiera la ampliación de sus alegaciones mediante la invocación de motivos nuevos, en el marco de las mismas imputaciones**", y más adelante se refiere al dictamen motivado en el sentido de que "...debe ser perfecto desde el punto de vista formal y de procedimiento, puesto que 'pone fin al procedimiento administrativo previo'; ....constituyendo la más importante contribución de la Comisión desde la perspectiva del peso político y de los efectos jurídicos", todo lo cual lo lleva a concluir en la desestimación de la demanda y la condena en costas a la demandante.

Pero bien distinto es el caso, cuando se trata de restricción, en el cual el Tribunal en la sentencia del 29 de septiembre de 1998 después de haber señalado que el Gobierno alemán "considera que **se modificó el objeto del litigio durante el procedimiento administrativo previo**" debido a que la Comisión manifestó en su escrito de requerimiento que se había incumplido lo dispuesto por el artículo 47 en relación con el 3 (de ciertas Directivas), mientras que en el dictamen y en el recurso afirmó que se habían infringido el párrafo f) del apartado 1 del artículo 2 y los artículo 3 y 6, sostuvo finalmente que si bien "el **dictamen motivado** y el **recurso de la Comisión deben basarse en las mismas imputaciones** que el escrito de requerimiento que inicia el procedimiento administrativo previo, no obstante, **esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los supuestos una coincidencia perfecta** entre imputaciones del escrito de requerimiento, la parte dispositiva del dictamen motivado y las pretensiones del recurso cuando dicho objeto no se ha ampliado ni se ha modificado sino que, por el contrario, **solamente se ha restringido**" (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, Parte I, 1998-8/9, Luxemburgo, pp. 5460, 5465, 5500 y ss.)

Asimismo, en la sentencia emitida dentro del Asunto C-3/96 de 19 de mayo de 1998 (Comisión de las Comunidades Europeas Vs. Reino de los Países Bajos), el Tribunal Europeo expresó que si bien "en el caso de autos **no se discute la regularidad del dictamen motivado ni del procedimiento que lo precedió**", sobre los "elementos nuevos" respecto de los cuales el Gobierno neerlandés argumentó que "la Comisión ha invocado en la demanda por primera vez el motivo relativo a la insuficiencia de superficie total y de la calidad de las zonas clasificadas..., lo que impidió al Estado demandado reaccionar en el procedimiento administrativo previo" y provocó la réplica de la Comisión referente a que "los supuestos motivos nuevos son sólo ejemplos o explicaciones de **un único y mismo motivo constantemente invocado desde el inicio del procedimiento**", llevó al Tribunal a "...desestimar el motivo de inadmisibilidad **en la medida en que se refiere al motivo invocado**". (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, Parte I, 1998-5, Luxemburgo, pp. 3061 y ss.).

Igualmente, en el Asunto C-365/97 (Comisión de las Comunidades Europeas Vs. República de Italia) el abogado general, Sr. Jean Mischo, en las conclusiones presentadas el 20 de abril de 1999, indicó que "...según reiterada jurisprudencia, el escrito de requerimiento debe indicar al Estado miembro los elementos necesarios para la preparación de su defensa y puede consistir únicamente en un primer resumen sucinto de las imputaciones", por lo cual cita dicho abogado los argumentos de la Comisión, según la cual, "el hecho de que durante el procedimiento, la normativa aplicable haya sufrido modificaciones, no puede permitir llegar a la conclusión de que la Comisión ha modificado sus imputaciones contra el Gobierno italiano"; todo lo cual lleva al abogado a indicar que "...aunque la jurisprudencia del Tribunal sobre la exigencia de identidad entre los motivos alegados en el dictamen motivado y los alegados en el recurso es rigurosa, sin embargo, no es estrictamente formalista". Consecuentemente, en la sentencia de 09 de noviembre de 1999, el Tribunal señaló que "el dictamen motivado y el recurso de la Comisión deben basarse en las mismas imputaciones que el escrito de requerimiento que inicia el procedimiento administrativo previo....No obstante, esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los supuestos una coincidencia perfecta entre las imputaciones del escrito de requerimiento, la parte dispositiva

del dictamen motivado y las pretensiones del recurso **cuando el objeto del litigio no se hayan ampliado ni modificado, sino que, por el contrario, solamente se haya restringido**", manifestando más adelante que "Sólo a partir de un procedimiento administrativo previo regular el procedimiento contradictorio ante el Tribunal de Justicia permite a éste apreciar si el Estado miembro ha incumplido efectivamente las obligaciones precisas cuya infracción alega la Comisión", por lo que concluye la sentencia declarando parcialmente el incumplimiento de Italia y desestimando la demanda en lo demás. (*TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*, Recopilación de la Jurisprudencia, Parte I, 1999-11, Luxemburgo, pp. 7784, 7788, 7814 y ss.)

C) Caso de autos

En relación con el caso ahora en estudio, observa el Tribunal:

La Secretaría General, al emitir la Nota de Observaciones SG-F/2.1/2142/1999 circunscribió exclusivamente el objeto del incumplimiento a la siguiente conducta (f. 26):

> "De acuerdo con la documentación suministrada por el Gobierno de Colombia, en el caso que nos ocupa las solicitudes de permiso fitosanitario para la importación de papa hacia Venezuela presentadas por las empresas Makro Comercializadora S.A. y la Corporación Golden Eagle no fueron resueltas por parte del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria –SASA– dentro del plazo de 10 días hábiles señalado por la Resolución 240 de la Secretaría General.
>
> "En tal virtud, la situación descrita podría estar generando un incumplimiento por parte de su Gobierno de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino [...]".

A su vez, el Dictamen 42-99 del 01 de octubre de 1999 concretó definitivamente el objeto específico del litigio, en términos (f. 29) absolutamente congruentes con la Nota de Observaciones:

> "...el Gobierno de Venezuela a través del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria, al no resolver las solicitudes de permisos fitosanitarios presentadas por la empresa Makro Comercializadora S.A. y la Corporación Golden Eagle de Colombia dentro del plazo establecido en el artículo 3 de la Resolución 240, ha incurrido en un incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

Por último, en su demanda, la Secretaría General solicita así mismo el pronunciamiento del Tribunal Andino en torno al incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela, incumplimiento que según sus propias palabras "consiste en que el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria de Venezuela no ha cumplido con resolver en el plazo señalado por el artículo 3 de la Resolución 240, las solicitudes de permisos fitosanitarios presentadas por la empresa Makro Comercializadora S.A. y la Corporación Golden Eagle de Colombia, con lo cual se ha incurrido en incumplimiento de la Resolución 240 de la Secretaría General" (conclusión contenida en el folio 6).

De lo anterior trasunta que tanto entre la nota de observaciones y el dictamen de incumplimiento, así como entre éste y la demanda judicial, existe la suficiente congruencia exigida por la jurisprudencia comunitaria andina –desarrollada de conformidad con lo previsto en el Tratado de Creación– encontrándose asegurada de esta manera la unidad del objeto de la acción y, sobre todo, garantizado el derecho de defensa del país involucrado en el caso concreto.

Pero observa El Tribunal, cómo a pesar de que los parámetros del incumplimiento se encuentran delimitados por la materia identificada en los párrafos precedentes, la actora en la demanda plantea en cambio un hecho adicional, ajeno a la conducta que había sido objeto del reclamo inicial y, por tanto, de la nota de observaciones, como del Dictamen de Incumplimiento, referido a que "han transcurrido más de cinco (5) meses desde que la empresa venezolana Centro Manpote de Acopio Agroindustrial C.A. solicitó la importación de 2000 toneladas de papa colombiana, siendo aprobadas actualmente sólo 670 sin que la diferencia haya sido observada por razones justificadas".

Evidentemente este nuevo hecho excede de los motivos consignados en el Dictamen de

Incumplimiento 42-99, ni encuentra sustento en la correspondiente nota de observaciones, razón por la cual tampoco podrá ser objeto de pronunciamiento en la presente sentencia.

Y por idénticas razones, no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por el Gobierno de la República de Colombia en el escrito y anexos recibidos en la Secretaría de este Tribunal el 13 de diciembre del año 2000 (folios 353 al 424) –intervención que fue realizada por la vía prevista en el artículo 77 del Estatuto del Tribunal–, relativos a supuestas "restricciones a la importación de papa motivadas en la falta de expedición de los respectivos permisos fitosanitarios" y a un incidente que consistió en la quema de gandolas que transportaban papa proveniente de Colombia.

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal en el presente caso tendrá necesariamente que versar sobre la procedencia o no de la acción interpuesta por la Secretaría General respecto de la conducta específicamente circunscrita por ésta, como adoptada por la República de Venezuela: "al no resolver las solicitudes de permisos fitosanitarios presentadas por la empresa Makro Comercialiadora S.A. y la Corporación Golden Eagle de Colombia, dentro del plazo establecido en la Resolución 240".

IV. PRUEBAS DIRIGIDAS A DEMOSTRAR EL INCUMPLIMIENTO ACUSADO

Observa el Tribunal que aparecen en el expediente las siguientes pruebas, destinadas a acreditar los hechos que configuran el incumplimiento del que se acusa a la República de Venezuela:

1. Copia de las "constancias de las *solicitudes*" de los permisos fitosanitarios presentadas por las empresas particulares Makro Comercializadora S.A. y Corporación Golden Eagle de Colombia (folios 17 al 23), fechadas 16 y 17 de junio de 1999; y,

2. Además copia de los correlativos permisos fitosanitarios concedidos, pero con fecha 05 de noviembre de 1999, correspondientes a los números 9915538, 9915540, 9915342, 9915343, 9915344, 9915345 y 9915346 (folios 32 al 38).

De la confrontación de estas pruebas se evidencia que dichos permisos –objeto específico del reclamo inicial proveniente de Colombia así como de las observaciones formuladas por la Secretaría General y del correspondiente dictamen de incumplimiento– fueron efectivamente concedidos por la autoridad competente de la República de Venezuela, pero no sólo con posterioridad a la emisión del referido dictamen sino, sobretodo, largamente después de los 10 días hábiles siguientes a la presentación de las respectivas solicitudes de importación, y, además, otorgados únicamente por 60 días, plazo obviamente inferior al de la vigencia mínima de tales permisos (90 días), impuesta por el artículo 4 de la Resolución 240.

Por tanto, el cargo de incumplimiento fundamentado en la concesión extemporánea de los ya identificados permisos fitosanitarios a las empresas Makro Comercializadora S.A. y Corporación Golden Eagle, y en el otorgamiento de los mismos por plazo inferior al legalmente establecido, cabe declararlo en el presente fallo definitivo, en tanto en cuanto ocurrió en efecto y fue formulado y así declarado en las tantas veces mencionados nota de observaciones y correlativo dictamen de incumplimiento.

Con base en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, administrando justicia en nombre y por autoridad de la Comunidad Andina y en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación

D E C I D E:

PRIMERO: Declarar parcialmente con lugar el incumplimiento demandado en que incurrió la República de Venezuela respecto de la concesión, extemporánea y en condiciones distintas a las legalmente previstas, de los permisos fitosanitarios ya identificados, a las referidas empresas Makro Comercializadora S.A. y Corporación Golden Eagle de Colombia.

SEGUNDO: Dado el carácter parcial de la declaratoria con lugar de la presente demanda, el Tribunal se abstiene de condenar en costas a la demandada, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 81 de su Reglamento Interno.

Notifíquese este fallo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 98 del Estatuto del Tribunal, y remítase a la Secretaría General de la Comunidad Andina copia certificada del mismo para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, según lo previsto en el artículo 34 del Tratado del Tribunal.

Guillermo Chahín Lizcano
PRESIDENTE

Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
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.-*

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

INTERPRETACION PREJUDICIAL No. 60-IP-2001

Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 83 literales a), d) y e), y 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia; e interpretación de oficio del artículo 81 ibidem. Caso: marca "FINESS". (Proceso interno No. 6278)

Magistrado Ponente: Luis Henrique Farías Mata

Quito,16 de noviembre de 2001

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

V I S T O S:

Que el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, por intermedio de su Consejero Dr. Camilo Arciniegas Andrade ha requerido la interpretación prejudicial de las normas arriba específicamente identificadas;

Que este Tribunal comunitario es competente para interpretar en vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional actuando en función de juez comunitario, como lo es en el caso la Alta Jurisdicción requirente, y en la medida en que dichas normas resulten pertinentes —a juicio del Tribunal Andino— para la resolución del litigio interno;

Que dicha solicitud responde a las exigencias de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal, y 125 del respectivo Estatuto; y,

Que la interpretación se plantea en razón de que la sociedad ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A solicita al consultante la nulidad de las siguientes resoluciones:

La N° 12165 de 30 de junio de 1999, expedida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual concedió el registro de la marca nominativa "FINESS";

La N° 16923 de 25 de agosto de 1999, proferida por la Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio. A través de ella se confirma la anterior; y,

De la N° 29161 de 28 de diciembre de 1999, emanada del Superintendente de Industria y