



SG/di 657
31 de agosto de 2004
2.23

ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES DISCIPLINAS COMERCIALES
QUE SE NEGOCIAN EN EL TLC CON ESTADOS UNIDOS Y SU
POSIBLE IMPACTO EN LA NORMATIVA ANDINA

INDICE

	Página
I. INTRODUCCION	1
II. RESUMEN EJECUTIVO	2
III. POSIBLES IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA.	4
IV. OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO	9
V. MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS.....	16
VI. POLITICAS DE COMPETENCIA	18
VII. DEFENSA COMERCIAL.....	19
VIII. SALVAGUARDIAS.....	20
IX. SALVAGUARDIA AGRICOLA.....	23
X. REGLAS DE ORIGEN	24
XI. SERVICIOS	29
XII. TELECOMUNICACIONES.....	31
XIII. INVERSIONES	34
XIV. CONTRATACION PÚBLICA	37
XV. NORMATIVA AMBIENTAL	40
XVI. PROPIEDAD INTELECTUAL.....	42
ANEXO 1: Decisión 598 – “Relaciones comerciales con terceros países”.....	61
ANEXO 2: Cuadro comparativo - salvaguardias comerciales	63
ANEXO 3: Propiedad intelectual – Suscripción de tratados / plazos.....	69

ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES DISCIPLINAS COMERCIALES QUE SE NEGOCIAN EN EL TLC CON ESTADOS UNIDOS Y SU POSIBLE IMPACTO EN LA NORMATIVA ANDINA

I. INTRODUCCION

El presente documento contiene un análisis comparativo de las disciplinas comerciales que negocian los Estados Unidos en Tratados de Libre Comercio –TLC- y la normativa de la Comunidad Andina. El propósito es identificar los posibles efectos sobre los compromisos vigentes en la Comunidad Andina del TLC que se acordaría entre algunos Países Miembros y los Estados Unidos, a fin de tenerlos en consideración en las negociaciones, prever eventuales ajustes en la normativa comunitaria, su actualización o profundización.

Al estar aún en proceso de negociación las disciplinas comerciales que regirán el TLC entre algunos países andinos y los Estados Unidos, se han tomado como referencia las disciplinas pactadas en el CAFTA, por las características en el formato de negociación y actores de este acuerdo. Es de anotar que el CAFTA ya fue analizado previamente por la Secretaría General para identificar parámetros y espacios de negociación¹.

El análisis parte de revisar escenarios posibles y efectos que sobre el proceso andino tendría una cláusula de aplicación multilateral como la contemplada en el TLC CAFTA² y la consistencia de la normativa comunitaria con el TLC. A este respecto, queremos destacar la trascendencia de la Decisión 598 del Consejo Ampliado de Ministros de Relaciones Exteriores con la Comisión, que se incorpora como Anexo 1, mediante la cual se asegura el ordenamiento jurídico andino en las relaciones recíprocas entre los Países Miembros, así como la transparencia en el desarrollo de las negociaciones comerciales con terceros países.

Posteriormente se presentan los análisis de las diferentes disciplinas que contendría el TLC bajo el supuesto arriba mencionado. De dicho análisis se identifican varios tipos de efectos sobre la normativa comunitaria. En algunos casos el TLC llevaría a una colisión de compromisos que será necesario tener en consideración. En otros, surge la necesidad de hacer ajustes para actualizar la normativa andina, o el TLC complementa y propicia una mejora. También se identifican casos en que las disciplinas TLC suplen vacíos que estimulan la profundización de los compromisos andinos; y en otros, la norma andina es más profunda. Inevitablemente, así no se afecte la normativa andina vigente, también se han identificado algunos casos de efectos adversos sobre desarrollos normativos futuros de interés comunitario.

Es importante anotar que el documento no hace un análisis de las obligaciones que se asumirían en el TLC y su relación con la jurisprudencia comunitaria. En efecto, el Acuerdo de Cartagena y su sistema de solución de controversias otorgan atribuciones a órganos comunitarios, cuyos pronunciamientos e interpretaciones en el ejercicio de las

¹ Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos, documento informativo SG/di 620/ Rev 1)

² Artículo 1.1, párrafo 2: “Para mayor certeza, nada en este Tratado podrá impedir a las partes centroamericanas mantener o adoptar medidas para fortalecer y profundizar sus instrumentos jurídicos existentes de la integración centroamericana, siempre y cuando estas medidas no sean inconsistentes con este Tratado”

facultades otorgadas, ha generado abundante jurisprudencia de carácter supranacional alrededor de principios tales como el de trato nacional y cláusula de la nación más favorecida, así como sobre la calificación de restricciones o la determinación del origen, entre muchos otros.

II. RESUMEN EJECUTIVO

El análisis en su conjunto de las disciplinas muestra, en términos generales, que el TLC no alteraría de manera importante las reglas del juego para las relaciones entre los Países Miembros. La Decisión 598 recientemente adoptada por el Consejo Ampliado de Ministros de Relaciones Exteriores con la Comisión, contribuye significativamente a ello. Más bien se notan indicios que las disciplinas TLC podrían ayudar a mejorar dichas reglas del juego, actualizándolas en algunos casos, y en otros promoviendo mayores compromisos intra andinos.

En **Obstáculos Técnicos al Comercio**, por ejemplo, no se observan colisiones y ambas normativas siguen parámetros similares con la OMC. En varios aspectos la norma andina es más avanzada y evoluciona a compromisos de transparencia y reconocimiento mutuo. En otros, la adopción de algunos estándares del CAFTA mejoraría los compromisos andinos.

Las **medidas sanitarias y fitosanitarias** siguen los parámetros OMC al igual que el CAFTA. La norma andina es más profunda y completa.

En materia de **competencia**, el CAFTA no ofrece una referencia y la norma andina está en revisión, lo que dificulta identificar eventuales efectos de lo que se pacte entre los países andinos con Estados Unidos en el TLC, aunque pudiera adelantarse que los ámbitos de aplicación podrían coincidir cuando empresas de dos o más Países Miembros de la Comunidad Andina sean afectados por conductas anticompetitivas de efecto transfronterizo que involucren a Estados Unidos, o sean el origen de las mismas.

La normativa andina sobre **salvaguardia**, que rige para el comercio intracomunitario, necesita alcanzar estándares similares a los acuerdos negociados en los últimos años en la región, como por ejemplo el CAFTA. Con la actual normativa podrían darse mejores tratamientos a terceros países que a los andinos debido a la mayor flexibilidad de las disposiciones comunitarias para adoptar medidas transitorias de protección. Si el TLC de los andinos con Estados Unidos mantiene compromisos similares a CAFTA en defensa comercial, se hace necesario prever las correcciones a nivel andino para evitar las inconsistencias que se anuncian. De otra parte, respecto a la normativa comunitaria frente a terceros países (Decisión 452), los países andinos que negocian el TLC deben evaluar si un acuerdo similar al CAFTA podría dejarles la posibilidad de aplicar medidas de urgencia para defender sus exportaciones en el mercado del otro socio andino.

En **reglas de origen** las bases de las normas CAFTA y andina son diferentes, mas no excluyentes ni contradictorias. Varios elementos son comunes y algunos compromisos del origen de nueva generación son recomendables para el andino.

En materia de **servicios** no existen normas andinas sectoriales, salvo algunos casos específicos, como las telecomunicaciones y el transporte y por lo tanto el análisis no se aplica a la contradicción con la norma marco sobre servicios, frente a la firma de un Acuerdo del tipo CAFTA, sino a las posibilidades frente a dicho Acuerdo de cumplir con el objetivo del mercado común andino de servicios. En efecto, las características de la

normativa y compromisos andinos, hasta ahora referidos fundamentalmente al acceso a mercados, hacen que no haya elementos en el CAFTA cuya adopción por los Países Miembros eventualmente pudiesen contrariar o vulnerar una norma comunitaria, no obstante que algunos de los principios del CAFTA contienen matices que los diferencian de los mismos principios en el régimen comunitario. El análisis llama la atención sobre que eventuales compromisos en reglamentación nacional pudiesen dificultar la adopción de programas comunitarios de complementación industrial.

En términos generales se puede afirmar que el capítulo referido a **telecomunicaciones**, es compatible con las normas andinas relativas al sector, al no encontrarse disposiciones discrepantes de fondo.

En materia de **inversiones** al momento se cuenta con cuatro fuentes positivas de derecho: la normativa nacional, la normativa comunitaria, los acuerdos bilaterales y el Acuerdo de la OMC. En las disciplinas relativas a garantías de la inversión, los compromisos del TLC con Estados Unidos no son incompatibles con la norma andina para el tratamiento de las inversiones entre los países miembros y más bien podría contribuir a homologar su tratamiento en la subregión. Sin embargo, se registran importantes diferencias en lo relativo al tratamiento de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología. Desde un punto de vista el TLC extendería el alcance y cobertura de la protección de inversiones, pero asimismo restringiría sustantivamente los márgenes de adopción de políticas nacionales en particular en lo relativo a requisitos de desempeño y el concepto de expropiación indirecta.

En **Contratación Pública** no hay por el momento compromisos comunitarios, salvo el trato nacional explícito en servicios por la vía de la Decisión 439. En cualquier caso, las disciplinas que se asuman en acceso en un TLC, extensivas por NMF a los socios andinos, se pueden considerar un avance y dejan espacio para aplicar compromisos más profundos entre los Países Miembros. En materia de procedimientos es recomendable que los países andinos asuman compromisos básicos de transparencia. Sin embargo existen disposiciones en el CAFTA que impedirían a futuro la aplicación de políticas públicas nacionales vigentes.

En materia **ambiental**, el capítulo respectivo del CAFTA no presenta discrepancias con la normativa comunitaria existente, ya que en sustancia insta a las partes a cumplir con las legislaciones ambientales nacionales y somete a solución de controversias el incumplimiento sistemático de dicha legislación. No obstante, es de advertir que debido a que los Países Miembros de la Comunidad Andina han desarrollado compromisos importantes en materia de acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional, existen incompatibilidades con el patentamiento de las plantas y animales previsto en el capítulo sobre Propiedad Intelectual del CAFTA.

Finalmente, en lo que respecta al Capítulo de **Propiedad Intelectual**, debido a que por mandato del Acuerdo de Cartagena, esta materia se encuentra regulada por regímenes comunes, es probablemente el campo sometido al mayor impacto normativo. Los parámetros observados en los TLCs indican que se registrarían importantes diferencias en particular en lo que respecta a patentes, datos de prueba farmacéuticos y agroquímicos, y acceso a recursos genéticos. En lo relativo a los derechos de autor y observancia, si bien el impacto normativo no sería tan sustantivo, sería necesario prestar atención a la sostenibilidad de las obligaciones a asumir y sus costos de implementación y cumplimiento.

III. POSIBLES IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA.

1. Implicaciones en el sistema jurídico-institucional de la Comunidad Andina

En las negociaciones de un TLC con Estados Unidos, pueden presentarse tres posibles escenarios:

- (i) un solo TLC plurilateral que establezca derechos y obligaciones entre todas las partes contratantes;
- (ii) varios TLCs bilaterales;
- (iii) un solo TLC bilateral en el que participen Estados Unidos por una parte y, los países andinos por la otra.

(i) La alternativa de un TLC plurilateral

Esta alternativa consistiría en que el TLC generaría derechos y obligaciones para todas las partes entre sí, es decir, no sólo entre Estados Unidos y los países andinos, sino también entre éstos. Este esquema de negociación fue el empleado en el CAFTA.

En este supuesto, se presentaría una coexistencia de dos regímenes jurídicos paralelos que regularían las relaciones comerciales entre países de la Subregión andina. Además, los países andinos, en teoría, podrían elegir entre acudir al sistema de solución de controversias del TLC o a las previsiones del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En este caso, si el TLC plurilateral no prevé una disposición específica que regule las relaciones entre el TLC y el Derecho Comunitario, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 30.3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados:

“3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, **el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior**”.

Es decir, la suscripción de TLC plurilateral tendría graves inconvenientes en el sistema comunitario andino, en la medida en que coexistirían dos regímenes distintos con la consecuente inseguridad jurídica sobre la normativa aplicable, y más aún, con la posibilidad de dejar sin aplicación el ordenamiento jurídico subregional para las relaciones entre algunos países andinos.

Asimismo, en materia de solución de controversias, se estaría vulnerando el principio de la exclusividad de la jurisdicción del Tribunal Andino establecida en el artículo 42 de su Tratado constitutivo³, que impide a los Países Miembros, en sus relaciones entre sí y sobre las materias reguladas por el Derecho comunitario, a someterse a un sistema de solución de controversias distinto al andino.

³ **Artículo 42.-** Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

(ii) El escenario de varios TLCs bilaterales

Si los países andinos celebran individualmente varios TLCs con Estados Unidos, no se presentarían los problemas del punto anterior en relación con la coexistencia de dos regímenes jurídicos distintos para regular una misma materia entre los países de la región, pero igualmente se presentaría una fractura a los principios del sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina.

Lo anterior, debido a que al acordar normas de diferente alcance en cada uno de los acuerdos bilaterales, sería muy difícil compatibilizar la normativa andina a los resultados de cada negociación, y varios de los regímenes comunes perderían su naturaleza armonizadora o unificadora.

(iii) Un solo TLC bilateral entre los países andinos, por una parte, y Estados Unidos, por la otra

La participación conjunta de los países andinos, o de algunos de ellos, en la negociación con Estados Unidos, no tendría los inconvenientes de un tratado plurilateral, puesto que no afectaría los principios en los que se basa el sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina.

En este escenario, los países andinos que suscriban el TLC, en sus relaciones entre sí y con los demás Miembros de la Comunidad Andina, continuarían aplicando el Derecho Comunitario y los conflictos que se presenten se resolverían de conformidad con el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tal como sucede, por ejemplo, en el “Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay - Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela - Países Miembros de la Comunidad Andina”.

Sin embargo, para evitar inconvenientes similares a los que presenta la firma de varios TLCs bilaterales, sería necesario que los países andinos que negocien el TLC mantengan posiciones coordinadas e incluso conjuntas en la negociación, de manera que la normativa del TLC sea la misma y con obligaciones iguales para todos los Países Miembros. Esto facilitaría la adecuación de las normas andinas a los resultados de la negociación.

Finalmente, podría ser deseable que se incluya la figura de la eventual adhesión de los Países Miembros de la Comunidad Andina que no están negociando el TLC a ese tratado, con la finalidad de asegurar el mayor grado posible de coherencia en las políticas comerciales de los países andinos frente a Estados Unidos.

2. Incidencia en la normativa andina: ámbitos relevantes para el TLC

(i) Relación de subordinación entre los Tratados

Un punto fundamental en la negociaciones del TLC que tendría un gran impacto en la normativa andina, es el relativo a la subordinación o no de la integración andina al TLC.

En el CAFTA se aceptó la subordinación de la normativa centroamericana a los compromisos asumidos en el marco del TLC. El artículo 1.3.2 del CAFTA dice:

“2. Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración Centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, **siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado**”.

La suscripción de un TLC por parte de los andinos con una cláusula de subordinación similar al CAFTA requeriría una profunda modificación del sistema jurídico e institucional de la Comunidad Andina, en particular por lo que respecta a la transferencia del ejercicio de competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales que opera en el sistema comunitario (supranacionalidad); la autonomía del Derecho de Comunitario respecto del Derecho interno y al Derecho internacional convencional de los Países Miembros; la aplicación inmediata, directa y la primacía del ordenamiento comunitario (característica “existencial” de este Derecho); y la exclusividad de jurisdicción prevista en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

De otro lado, no subordinar el Acuerdo de Cartagena al TLC es indispensable para poder avanzar en el proceso de profundización de su integración comercial, sin el riesgo de ser cuestionados en un panel en el TLC, si se considera que esos avances no son compatibles con dicho Acuerdo.

(ii) La normativa andina existente frente a terceros países y el TLC

Con independencia de la estructura jurídica plurilateral o bilateral que adopte el Tratado de Libre Comercio, para que los países andinos puedan cumplir tanto los compromisos que asuman con Estados Unidos y, simultáneamente, las normas comunitarias vigentes en la Subregión para terceros países, será necesario que los órganos competentes de la Comunidad Andina expidan en determinados y específicos casos, actos que permitan armonizar esa normativa a las obligaciones que se deriven del TLC.

En materia arancelaria, el Acuerdo de Cartagena establece que corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina, aprobar el Arancel Externo Común (AEC), y a partir del ejercicio de esta competencia comunitaria sólo la Comisión puede modificar los niveles arancelarios comunes en la medida y en la oportunidad que considere conveniente para adecuarlos a las necesidades de la Subregión.

En relación con las concesiones de carácter arancelario que los países andinos negocien con terceros, debe considerarse que el Acuerdo de Cartagena, en forma expresa, establece que “los Países Miembros se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión. La Comisión, previa propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario”.

Además, como complemento del AEC y de la política agropecuaria comunitaria, la Comisión también adoptó un sistema de estabilización de precios para un grupo

especial de productos agropecuarios caracterizados por su marcada fluctuación internacional (Sistema Andino de Franjas de Precios), que opera a través de un ajuste automático del arancel ad-valorem. En el marco de la política arancelaria andina, se ha adoptado, además, una norma de armonización de franquicias arancelarias.

En el campo de los intercambios comerciales de mercancías, la Comunidad Andina también ha expedido otros instrumentos de regulación del comercio exterior, entre los cuales encontramos el Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria, que establece el marco jurídico comunitario para la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias de aplicación al comercio subregional y con terceros países, de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos.

De igual manera, la Comunidad ha emitido normas dirigidas a regular la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, que por su propia naturaleza se aplican sin distinción entre productos de origen nacional, subregional o de terceros países. Adicionalmente, la comercialización de varios tipos de productos con riesgo sanitario, que exigen controles o registros para su importación, también ha sido regulada por el ordenamiento andino, como es el caso de la norma andina para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola; las normas para el registro, control, comercialización y uso de productos veterinarios; y la normativa sobre armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos.

El ordenamiento comunitario, asimismo, contempla determinados mecanismos de defensa comercial del mercado subregional de bienes, respecto de importaciones provenientes de terceros países, por lo que en el estado actual del proceso de integración es posible aplicar medidas de salvaguardia a importaciones extracomunitarias cuando causen o amenacen causar daño grave a una determinada rama de la producción subregional. Asimismo, existen normas comunitarias dirigidas a prevenir o corregir las distorsiones de la competencia que son el resultado de prácticas de dumping o subsidios originadas en terceros países y que amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro Estado Miembro; o que tales prácticas se refieran a productos cubiertos por el Arancel Externo Común y que las medidas antidumping o compensatorias deban aplicarse en más de un Estado Miembro. No obstante, debe señalarse que la normativa comunitaria andina no regula las prácticas de dumping o subsidios originadas en terceros países que afectan únicamente a la producción nacional, en cuyo caso son de aplicación las normas internas.

Entre los instrumentos aduaneros regulados por el ordenamiento jurídico comunitario y que se aplican tanto a las importaciones andinas así como a las originarias de terceros países, se encuentran: la Nomenclatura Común Andina (NANDINA); las normas comunitarias sobre Valoración Aduanera de las Mercancías Importadas, que incorporan y desarrollan las obligaciones derivadas del Acuerdo del Valor del GATT de 1994; el Régimen Andino sobre Control Aduanero, las normas sobre tránsito aduanero internacional, las normas de cooperación aduanera para prevenir y combatir ilícitos aduaneros.

Otra competencia que los Países Miembros han confiado a la Comunidad Andina y que incide en las relaciones comerciales con terceros Estados es la propiedad intelectual, materia que se encuentra regulada comunitariamente a través de varios regímenes sobre propiedad industrial, derecho de autor y conexos, protección de los obtentores de variedades vegetales y acceso a los recursos genéticos. Esta normativa subregional se

caracteriza por haber unificado y sustituido las legislaciones nacionales que regulaban los aspectos de propiedad intelectual ahora comprendidos en el régimen comunitario.

En el campo de los servicios, las acciones de la Comunidad se han dirigido fundamentalmente a la eliminación de las medidas restrictivas al interior del mercado subregional. No obstante, varias normas comunitarias armonizan las condiciones de prestación de servicios sin distinción del origen de las empresas, como es el caso de las normas comunes sobre interconexión de redes de telecomunicaciones; o diversas normas comunitarias adoptadas en el sector del transporte terrestre, aéreo y marítimo.

Por último, debe tomarse en cuenta que el ordenamiento jurídico andino consagra, en materia de bienes y de servicios, el principio de trato de nación más favorecida, en virtud del cual toda ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que un País Miembro de la Comunidad Andina conceda a los bienes originarios o a los servicios y prestadores de servicios de un tercer país, debe hacerse extensiva, en forma inmediata e incondicional, a los demás Países Miembros (artículo 139 del Acuerdo de Cartagena y 7 de la Decisión 439).

3. Conclusiones

- 3.1. De las tres posibles alternativas de negociación del TLC, aquellas referidas a establecer un acuerdo plurilateral con derechos y obligaciones para todas las partes, incluidos las relaciones entre los propios andinos; y la negociación de varios acuerdos bilaterales, ocasionarían serias fracturas al proceso de integración andino.
- 3.2. La mejor opción sería la suscripción de un solo TLC bilateral en el que participen Estados Unidos por una parte y, los países andinos por la otra. De esta manera se evitarían los problemas ocasionados por la coexistencia de dos tratados internacionales entre los países andinos en el campo comercial, y se minimizaría la atomización de los regímenes comunes andinos que se generaría por la suscripción de varios acuerdos bilaterales.
- 3.3. De todas maneras, sea cual fuere la forma de negociación del TLC, es importante evitar la subordinación del proceso andino al TLC. Si se establece una norma similar a la del CAFTA, que somete la normativa centroamericana a un examen de consistencia con el TLC, los países andinos no podrían avanzar en el proceso de profundización de su integración comercial, sin el riesgo de ser cuestionados en un panel en el TLC, si esos avances no son compatibles con dicho Acuerdo.
- 3.4. Es por ello que la Decisión 598, establece que en la negociación se debe garantizar que el ordenamiento jurídico prevalezcan en las relaciones entre los Países Miembros.

IV. OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO

Objetivos

Los objetivos del Capítulo son aumentar y facilitar el comercio a través de una mejor implementación del Acuerdo OTC, la eliminación de las barreras innecesarias al comercio, y el impulso de la cooperación bilateral.

Similar objetivo contempla la Decisión 419 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 2.

Afirmación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

En CAFTA, las Partes afirman los derechos y obligaciones existentes con respecto a cada una de conformidad con el Acuerdo OTC de la OMC.

La normativa andina en sus Decisiones 376 y modificatoria 419 “Sistema Andino de la Calidad”, Decisión 562 “Buenas Prácticas Regulatorias”, Decisión 506 “Reconocimiento de certificados” postula los mismos principios que establece el Acuerdo OTC-OMC, con diferencias “plus” que serán detalladas en el presente documento.

Ámbito y Cobertura

El Capítulo sobre OTC de CAFTA, con las salvedades expresamente anotadas, aplica a todas las normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, incluyendo aquellos relativos a metrología, que pudiesen afectar directa, o indirectamente, el comercio de productos entre las Partes. El Capítulo aplica sólo a las entidades del gobierno central.

Este objetivo se encuentra incluido en la Decisión 376 y su modificatoria 419 artículo 4. La diferencia con el Acuerdo OTC-OMC como con la normativa andina radica en el ámbito, CAFTA-USA lo restringe a las entidades del gobierno central, mientras que en OMC-OTC se incluye a organismos no gubernamentales; en la normativa andina no hay una restricción explícita por cuanto existe institucionalidad en las áreas de normalización, acreditación, ensayos, certificación, reglamentos técnicos y metrología pertenecientes al sector privado, gubernamental y mixto. Sin embargo, tanto las normativas nacionales como la comunitaria establecen el rol de coordinación, tutela, y promotor que juegan los Estados a través de sus organismos nacionales competentes.

En el CAFTA, las especificaciones técnicas establecidas por las entidades gubernamentales relacionadas con los requerimientos de producción o consumo de dichas entidades no están sujetas a las disposiciones del Capítulo sobre OTC, sino que son reguladas en el Capítulo sobre Contratación Pública, de acuerdo con su cobertura. No existe en la normativa andina una exclusión explícita equivalente. Sin embargo, en el marco de la negociación del MERCOSUR, ALCA, OMC, y en otros frentes de negociación los Países Miembros han manifestado explícitamente su intención que este tema de Compras Públicas se trate en un capítulo ad-hoc tal cual lo plantea CAFTA-USA.

Tampoco se aplica el Capítulo de CAFTA a las medidas sanitarias y fitosanitarias según lo definido en el Anexo A del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.

La normativa andina en su Decisión 419, artículo 4; Decisión 506, artículo 4; y Decisión 562, artículo 3 exceptúa el tratamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias. Adicionalmente, la normativa andina exceptúa también del ámbito y cobertura otras materias que sean normadas en forma específica.

Normas Internacionales

“Para definir si una determinada norma, guía o recomendación internacional existe según la definición dada en los Artículos 2 y 5 y el Anexo 3 del Acuerdo OTC, cada Parte aplicará los principios establecidos en *Decisiones y Recomendaciones adoptadas por el Comité desde el 1 de enero de 1995, G/OTC/1/Rev.7, del 28 de noviembre del 2000, Sección IX (Decisión del Comité sobre Principios para el Desarrollo de Normas Internacionales, Lineamientos y Recomendaciones relacionados con los Artículos 2,5, y el Anexo 3 del Acuerdo)* emitido por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC.”

Los principios a los que aluden estas Decisiones y Recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, cuestionan la categoría de norma internacional según lo define la Organización Internacional de Normalización ISO. Esta decisión del Comité falló a favor de los países que consideran que es el ámbito de aplicación mundial y la competencia técnica de los organismos o entidades que elaboran una norma, así como el nivel de consulta, y la infraestructura utilizada en su elaboración, entre otros aspectos, lo que hace que una norma tenga categoría internacional y no el organismo en sí que la emite, llámese ISO, IEC, ITU, OIML, CODEX Alimentarius, entre otros.

Esta posición es la de Estados Unidos y es compartida por otros países y bloque de países, dentro de ellos la Comunidad Andina. Evidencia de ello es que la redacción del artículo 7.3 de CAFTA-USA es idéntica al texto correspondiente en el Capítulo de ALCA, el mismo que fuera avalado por la Delegación Andina.

La normativa andina en su Decisión 419 contempla una definición de “norma internacional” con un alcance menor, por lo que se sugiere su ampliación.

Facilitación del comercio

CAFTA dispone que las Partes intensificarán su trabajo conjunto en el campo de las normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, incluyendo aquellos relativos a metrología, con miras a facilitar el acceso a mercados. En particular, se habla de identificar las iniciativas que sean apropiadas para ciertos asuntos o sectores en particular. Dichas iniciativas podrían incluir cooperación en asuntos de reglamentación, tales como convergencia o armonización con las normas internacionales, aceptación de la declaración de conformidad de un proveedor y el uso de la acreditación para calificar a las entidades de evaluación de la conformidad.

Lo resaltante en este compromiso es la “aceptación de la declaración de conformidad de un proveedor y el uso de la acreditación para calificar a las entidades de evaluación de la conformidad”.

Sobre el primer aspecto de Declaración del Proveedor, si bien el uso de esta modalidad de certificación está contemplada en la Decisión 506, artículos 5, 6 y 7; su uso implica

por parte de los Países Miembros reforzar sus Sistemas de Control y Vigilancia para poder detectar y sacar del mercado aquellos productos que no cumplan con las especificaciones que los propios fabricantes o importadores manifiestan cumplir.

Siendo el impacto positivo considerable en la facilitación del comercio de aquellos productos regulados⁴, los Países Miembros deberían promover la aplicación de este instrumento como presunción de conformidad y reforzar sus infraestructuras de Control y Vigilancia en el mercado. Cómo alcanzar este objetivo?. Este punto ha formado parte de la agenda del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio en su reunión pasada que culminó a inicios del presente mes en Ginebra.

En cuanto a la acreditación, la normativa andina actual: Resolución 502 “Reglamento de la Red de Organismos Nacionales de Acreditación” de la Junta del Acuerdo de Cartagena, está desactualizada. Sin embargo, la Secretaría General ha iniciado un proceso de adecuación a las prácticas internacionales, el mismo que se espera culminar antes de fin de año.

Evaluación de la Conformidad

Se reconoce en CAFTA que existe una amplia gama de **mecanismos para facilitar la aceptación de los resultados de la evaluación de la conformidad** y se incluye un listado.

El listado corresponde a un acuerdo del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC en su segunda revisión trianual del año 2000⁵, todas y cada una de estas modalidades están contempladas en las Decisiones 419, 506 y 562. Resulta sin embargo necesario que los Países promuevan con mayor énfasis su aplicación por el alto impacto positivo en la facilitación al comercio, para lo cual una opción podría ser la elaboración de guías de utilización de estas Decisiones y de cada una de las modalidades de evaluación de la conformidad listadas en el numeral 1 del artículo 7.5 CAFTA-USA.

En el caso que una de las Partes no acepte los resultados de un proceso de evaluación de la conformidad desarrollado en el territorio de otra Parte, se establece en el CAFTA que esa Parte deberá, a solicitud de la otra Parte, explicar sus razones

Este texto fue incluido en el marco de las negociaciones del ALCA con aprobación de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

La normativa andina en su Decisión 419 artículo 8 establece un procedimiento de consulta con varias instancias para el caso que un País Miembro considere que un reglamento técnico, norma, procedimiento de evaluación de la conformidad, certificación obligatoria o cualquier otra medida equivalente que hubiere adoptado o pretendiera adoptar otro País Miembro, constituya una restricción al comercio.

El Capítulo sobre OTC de CAFTA indica que “cada Parte acreditará, aprobará, otorgará licencias o de otra manera reconocerá las entidades de evaluación de la conformidad en el territorio de la otra Parte bajo términos no menos favorables que aquellos concedidos a las entidades de evaluación de la conformidad en su territorio. Si una

⁴ Se recomienda iniciar por aquellos productos de bajo riesgo hasta incrementar la confianza tanto del consumidor como de las propias Autoridades Nacionales de Control y Vigilancia.

⁵ G/TBT/9, 13 noviembre de 2000. Anexo 5

Parte acredita, aprueba, autoriza o de otra manera reconoce a una entidad evaluadora de la conformidad de una norma o reglamento técnico específico en su territorio y se niega a acreditar, aprobar, otorgar una licencia o de otra manera reconocer a una entidad evaluadora de la conformidad con esa norma o reglamento técnico en el territorio de la otra Parte, deberá, al serle solicitado, rendir una explicación de las razones de su negación.”

La normativa comunitaria en su Decisión 419 artículo 9 contempla en forma general este mismo alcance.

CAFTA dispone que si una Parte rechaza la solicitud de otra Parte de involucrarse en, o concluir las negociaciones para llegar a un acuerdo que facilite el reconocimiento en su territorio de los resultados de los procedimientos de evaluación de la conformidad conducidos por las entidades ubicadas en el territorio de la otra Parte, deberá, previa solicitud, explicar sus razones.

A nivel comunitario la Decisión 506 permite el reconocimiento mutuo de certificados de conformidad con reglamento técnico. Esta Decisión pone a disposición de los empresarios del sector de evaluación de la conformidad, el mercado interior de la Comunidad Andina. Sin embargo, es necesario impulsar su aplicación. No existe hasta la fecha, norma equivalente en otros bloques de países.

Adicionalmente a esta normativa comunitaria existe Acuerdos bilaterales de reconocimiento entre pares de países como el de Ecuador con Perú, Ecuador con Colombia, y Venezuela con Colombia, que postula los mismos objetivos.

Reglamentos Técnicos

Se prescribe en CAFTA: “1. Cuando una Parte acepte un reglamento técnico extranjero como equivalente a un reglamento técnico propio, y la Parte no acepte un reglamento técnico de otra Parte como equivalente a dicho reglamento técnico, deberá, previa solicitud de la otra Parte, explicar las razones por las cuales no acepta la equivalencia del reglamento técnico de la otra Parte”.

“2. En caso de que una Parte no acepte un reglamento técnico extranjero como equivalente a su propio reglamento técnico, esa Parte podrá, previa solicitud de la otra Parte, explicar las razones por la no aceptación de equivalencia de los reglamentos técnicos de la otra Parte”.

El alcance de este principio de equivalencia es el mismo que del Acuerdo OTC-OMC y está recogido en la normativa comunitaria Decisión 562 en su artículo 5. Sin embargo, la redacción del CAFTA-USA puede llevar a confusión, pues la equivalencia es el reconocimiento unilateral de una Parte sobre los requisitos obligatorios de la otra Parte; y tal como está redactado pareciera no invocar este principio sino el de “reconocimiento mutuo”.

Transparencia

En materia de transparencia CAFTA establece: “1. Cada Parte permitirá que personas de las otras Partes participen en el desarrollo por la parte de normas, reglamentos técnicos, y procedimientos de evaluación de la conformidad. Cada Parte deberá permitir que personas de las otras Partes participen en el desarrollo de tales medidas en

términos no menos favorables que aquellos acordados para sus propias personas y aquellos acordados para personas de cualquier otra Parte

2. Cada Parte deberá recomendar que las entidades de normalización no gubernamentales ubicadas en su territorio, observen el párrafo 1.”

El alcance de estos numerales está implícito en toda la normativa comunitaria andina, por cuanto el proceso de elaboración de normas, reglamentos técnicos y evaluación de la conformidad comunitarios están a cargo de Comités Subregionales, en los cuales se da la participación de todos los pares nacionales. Así mismo, es práctica comunitaria el desarrollar pasantías e intercambios de experiencias entre los organismos pares de la Comunidad Andina. Sin embargo, incrementaría valor adoptar esta práctica a la normativa comunitaria en forma explícita.

Agrega, por otro lado el CAFTA: “3. Con el fin de mejorar las oportunidades para que las personas provean comentarios significativos, la Parte, publicando un aviso de conformidad con los Artículos 2.9 o 5.6 del Acuerdo OTC, deberá:

(a) incluir en el aviso una declaración del objetivo de la propuesta y de las razones por las que la Parte propone un determinado enfoque; y

(b) transmitir la propuesta electrónicamente a las otras Partes a través del punto de contacto establecido en el Artículo 10 del Acuerdo OTC al mismo tiempo que notifica la propuesta a los Miembros de la OMC de conformidad con el Acuerdo OTC”.

“Cada Parte deberá permitir por lo menos 60 días desde la transmisión de conformidad con el párrafo 3(b) para que las personas y las otras Partes puedan hacer comentarios por escrito de la propuesta”.

A nivel comunitario existe la Decisión 562 sobre Buenas Prácticas Regulatorias BPR que desarrolla el principio de transparencia. Esta Decisión fue presentada en el Comité de OTC de la OMC en su pasada reunión que culminó el 1 de julio del presente año en Ginebra, por la Representación de Colombia. El objetivo es disponer de BPR a nivel internacional similar al Anexo 3 del Acuerdo OTC-OMC Código de Buenas Prácticas de Normalización.

Actualmente, se viene trabajando en la instrumentación electrónica en plataforma Internet de las notificaciones similar al TRIS de Europa, o al “Alert Export” de Canadá. La intención es dotar al tejido exportador comunitario de un instrumento que les permita conocer en línea los proyectos de reglamentos técnicos que otros países están pretendiendo adoptar, para adecuar sus procesos de producción a los nuevos requisitos y especificaciones técnicas.

Adicionalmente se dispone para transparencia en el Capítulo OTC de CAFTA “4. Cuando una Parte realiza una notificación de conformidad con los artículos 2.10 y 5.7 del Acuerdo OTC, deberá transmitir electrónicamente y al mismo tiempo la notificación a las otras Partes a través del punto de contacto referido en 3(b).”

Esta prescripción está incluida en el Capítulo V de la Decisión 562 “De la Notificación, emisión, registro y revisión de los reglamentos técnicos”. Específicamente, el artículo 12 adopta el mismo formato y procedimiento de la OMC en la práctica andina para evitar acciones duplicadas.

CAFTA establece que: “5. Las Partes acuerdan publicar, en forma impresa o electrónica, o poner a disposición del público de cualquier otra manera, las respuestas a

los comentarios significativos a más tardar en el momento de publicación del reglamento técnico final o del procedimiento de evaluación de la conformidad.”

La Decisión 562 artículo 10 establece la puesta a disponibilidad del público los proyectos de reglamento técnico. Sin embargo, no establece lo mismo para los comentarios recibidos cuando ya se publica el reglamento técnico final. Es necesario que los países evalúen esta medida, que en todo caso incrementa el grado de transparencia.

Agrega este artículo de CAFTA sobre transparencia: “6. Cada Parte deberá, previa petición de la otra Parte, proveer información acerca del objetivo y razonamiento de una norma, reglamento técnico o procedimiento de evaluación de la conformidad que la Parte haya adoptada o se proponga adoptar.”

Este alcance no está incluido en la normativa andina. Se podría incluir incluso de manera permanente en el formato de notificación, como se hace en la Unión Europea en el formato electrónico del sistema TRIS. A nivel andino se optó por el formato de la OMC y éste no contempla este campo.

En el TLC de CAFTA se prescribe que: “7. Cuando una Parte detenga bienes originarios de la otra Parte en el puerto de entrada de su territorio debido a la supuesta falta de cumplimiento con reglamentos técnicos, deberá notificar inmediatamente al importador de las razones de la detención”.

El artículo 8 de la Decisión 506 prohíbe que las autoridades aduaneras correspondientes de los Países Miembros detengan en frontera mercaderías por razones de normas o reglamentos técnicos, amparadas por declaraciones de fabricante o certificados emitidos por organismos de certificación acreditados o reconocidos.

Finalmente el artículo sobre transparencia de CAFTA DICE: “8. Cada Parte deberá implementar este artículo tan pronto como sea posible y en ningún caso después de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”.

El alcance de este artículo si bien está incluido en la normativa andina y en la mayoría de las nacionales, aún no es práctica común por lo que debería apoyarse a los puntos focales y Servicios de Información de los Países Miembros con infraestructura técnica y física, así como programas de sensibilización y difusión de la importancia de la aplicación de este principio de transparencia en el logro del objetivo de facilitación al comercio intracomunitario y con terceros países.

Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio

En el CAFTA establecen un Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio con representantes de cada Parte y se incluye una lista de las funciones del Comité.

La Decisión 419 que crea el Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología; crea a su vez en el artículo 5 el Comité Subregional con el mismo nombre que tendrá a su cargo la gestión del Sistema.

Las funciones y organización del Comité Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología están establecidas en el Anexo I de la Decisión 419. Si bien las funciones no son equivalentes una a una,

debería tomarse en consideración las indicadas en el numeral 2 del artículo 7.8 del CAFTA-USA cuando se actualice la Decisión 419.

El Artículo de CAFTA sobre el Comité agrega: “3. Cuando las Partes hayan recurrido a las consultas de conformidad con el párrafo 2(g), tales consultas deberán, por acuerdo de esas Partes, constituir las consultas de conformidad con el Artículo 20.4 (Consultas)”.

El tratamiento de solución de controversias considera instancias técnicas, como las indicadas en el artículo 8 de la Decisión 419 así como jurídicas que son las contempladas en el Tratado del Acuerdo de Cartagena y en el Tribunal Andino de Justicia.

“4. Una Parte deberá, previa solicitud, considerar de manera favorable las propuestas específicas por sector que la otra Parte plantee para promover la cooperación bajo este Capítulo”.

Compromiso similar al de la normativa comunitaria

“5. El Comité se reunirá por lo menos una vez al año a menos que las Partes acuerden unánimemente lo contrario”.

Compromiso similar al de la normativa comunitaria.

Intercambio de Información

En materia de intercambio de información, el CAFTA establece que: “Cualquier información o explicación que sea proveída por una Parte de conformidad con las disposiciones de este Capítulo deberá ser proporcionada en forma impresa o electrónica dentro de un periodo razonable de tiempo. La Parte deberá hacer el mejor esfuerzo para responder a tal solicitud dentro de 60 días”.

No existe ni el propósito ni el plazo en la normativa comunitaria. Agregaría valor incluirla.

Definiciones

El Capítulo CAFTA remite al Anexo I del Acuerdo OTC, los significados de **reglamento técnico, norma, procedimiento de evaluación de la conformidad y entidad del gobierno central**.

Compromiso similar al de la normativa comunitaria.

Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. Incluye información sobre su conformación.

El Comité Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología está conformado por un representante principal y un suplente de cada País Miembro, ambos acreditados ante la Secretaría General de la Comunidad Andina por los Órganos de Enlace, y su funcionamiento se rige por lo dispuesto en el Anexo I de la Decisión 419.

Considerando el impacto que tiene en el comercio el incumplimiento de lo establecido en el ámbito de la notificación y reglamentación técnica, los Países Andinos deberían evaluar la posibilidad de conformar un Comité Andino específico para el ámbito de Regulación/Notificación. Este Comité estaría conformado por autoridades de comercio exterior y las propias de regulación/notificación; lo cual sin duda daría mayor capacidad de negociación en el seguimiento y monitoreo de un TLC.

V. MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS

Objetivos

Los objetivos de este Capítulo son proteger la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales en el territorio de las Partes, impulsar la implementación del Acuerdo de MSF entre las Partes, proporcionar un foro en el que se discutan asuntos sanitarios y fitosanitarios, se resuelvan asuntos comerciales y por ende se logre expandir las oportunidades comerciales.

Similares objetivos contempla la Decisión 515 de la Comisión en sus artículos 3, 4, 6 y 12.

Afirmación del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

De conformidad con el Artículo 1.3 (Relación con Otros Acuerdos), las Partes afirman los derechos y obligaciones existentes con respecto a cada una de conformidad con el Acuerdo MSF de la OMC.

El “Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria” adoptado por Decisión 515 postula en sus considerandos que en las operaciones comerciales de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos dentro de la Subregión Andina y con terceros países, las medidas sanitarias y fitosanitarias que apliquen los Países Miembros deben ser consistentes con las Normas de la OMC, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria(CIPF), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y la Comisión del Codex Alimentarius. La normativa andina toma como referencia las directrices y normas internacionales y se incorporan al ordenamiento jurídico andino, enmarcando su aplicación a lo que establece dicho marco jurídico.

Alcance y Cobertura.

El Capítulo CAFTA se aplica a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias de una Parte que pudieran, directa o indirectamente, afectar el comercio entre las Partes. De otro lado, se indica que “Ninguna Parte recurrirá al mecanismo de solución de controversias establecido en este Tratado para ningún asunto que surja según lo dispuesto en este Capítulo”.

En el marco comunitario, la Decisión 515 crea el Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria como el conjunto de principios, elementos e instituciones encargado de la armonización de normas sanitarias y fitosanitarias; de la protección y mejoramiento de la sanidad animal y vegetal y de contribuir al mejoramiento de la salud humana; de facilitar el comercio de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos y de velar por el cumplimiento de las normas sanitarias y fitosanitarias.

En su Artículo 1 establece el marco jurídico andino para la adopción de las medidas sanitarias y fitosanitarias de aplicación al comercio intrasubregional y con terceros países.

A diferencia de otros acuerdos, la Comunidad Andina tiene normas de requisitos armonizados, así como normas específicas para aspectos relevantes de lo procedimental.

En cuanto a los mecanismos de solución de controversias surgidas por situaciones sanitarias y fitosanitarias entre los Países Miembros, considera instancias técnicas y jurídicas que son contempladas en el Tratado del Acuerdo de Cartagena y se resuelven en el Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina. Con terceros países, las controversias surgidas por situaciones sanitarias y fitosanitarias se resuelven a través del mecanismo de solución de controversias de la OMC.

Comité de Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios

En el CAFTA el Comité se constituye en el principal foro técnico para efectuar consultas, coordinar programas de cooperación técnica, mejorar el entendimiento bilateral respecto a asuntos de implementación específica, relativos al Acuerdo de MSF de la OMC, promover la comprensión mutua de las MSF de cada Parte, así como de los procedimientos regulatorios que se relacionen con dichas medidas, tratar asuntos sanitarios y fitosanitarios bilaterales o plurilaterales para facilitar el comercio, adoptar posiciones y agendas de las Reuniones del Comité de MSF de la OMC., en los Comités del Codex, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y otros foros internacionales y regionales.

No especifica si en el Comité pueden participar representantes del sector privado y contempla la conformación de Grupos ad hoc para trabajos específicos y para ser presentados al Comité.

En la Normativa Andina está previsto el Comité, artículos 6 y 7 de la Decisión 515 y Anexo III Reglamento del Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria (COTASA), el cual está conformado por las máximas autoridades de los Servicios Oficiales de Sanidad Agropecuaria de los Países Miembros. Realiza reuniones específicas de Sanidad Animal y Sanidad Vegetal, dependiendo del tema a tratar. Pueden asistir a sus reuniones los asesores que cada País Miembro estime conveniente, tanto del sector oficial como del sector privado. Sus recomendaciones se adoptan en lo posible por consenso, en caso de no llegar a esa posición se adoptan con un mínimo de tres votos a favor.

Esta previsto igualmente la conformación de grupos ad hoc para trabajos específicos. Es permanente, siendo un Comité de asesoramiento y consulta, de carácter no vinculante. Se reúne de manera ordinaria hasta tres veces por año y de manera extraordinaria cuando lo solicite la Comisión, un País Miembro o la Secretaría General

VI. POLITICAS DE COMPETENCIA

El TLC CAFTA – Estados Unidos no contiene un Capítulo sobre Políticas de Competencia que sí lo tendría el TLC con los países andinos. Algunos otros Tratados suscritos por los Estados Unidos disponen de capítulos en esta materia, asimismo, en las negociaciones del ALCA se estaba considerando un capítulo en materia de Competencia.

En el borrador de Capítulo de Competencia en negociación en el ALCA se establecía como objetivo, el evitar que las prácticas anticompetitivas menoscaben los beneficios del Acuerdo. En tal sentido, se requería que los países participantes dispusiesen a nivel nacional o subregional, de una norma y una autoridad de competencia que asegurasen los principios de transparencia, debido proceso y no discriminación entre las partes. Adicionalmente, la propuesta andina consideraba la prohibición de los cárteles de exportación que tuvieran efecto en el comercio entre países participantes y aspectos de cooperación entre los países y las agencias de competencia.

En tal sentido es de notar que Colombia, Perú y Venezuela disponen de normas y autoridades nacionales en materia de Competencia, a diferencia de Bolivia y Ecuador que no disponen de una ley general en la materia aunque algunas normas sectoriales otorgan competencia en la materia a las autoridades reguladoras.

A nivel de la Comunidad Andina, se dispone de la Decisión 285 de la Comisión cuyo objeto es prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generada por prácticas restrictivas. Se entiende por dichas prácticas restrictivas a la libre competencia, a los acuerdos horizontales o verticales, actuaciones paralelas o prácticas concertadas anticompetitivas entre competidores y al abuso de la posición de dominio que un agente económico pueda tener en un mercado cuando estas prácticas produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

El ámbito de aplicación de la norma comunitaria está referido a aquellas prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros o en las que intervenga una empresa que desarrolle su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión. La investigación y las determinaciones pertinentes las realizaría la Secretaría General

Se excluyen específicamente a las prácticas llevadas a cabo por una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva.

A la fecha, los expertos gubernamentales de los Países Miembros han elaborado una Propuesta de Decisión para la sustitución de la Decisión 285 cuyo objeto sería la promoción de la competencia en la Comunidad Andina. Considera entre sus aspectos más importantes adicionales a la conceptualización de las prácticas restrictivas de la libre competencia que, en una primera etapa, se realice una investigación conjunta entre la Secretaría General y las agencias nacionales de competencia de los Países Miembros involucrados a efecto de disponer de mejor información para la determinación que debe realizar en forma autónoma la Secretaría General. Asimismo, se constituye el Comité Andino de la Competencia a efecto de realizar la abogacía de la competencia y presentar recomendaciones no vinculantes respecto de las investigaciones que en materia de competencia desarrolle la Secretaría General.

A la fecha, a través de la cooperación técnica prestada por Estados Unidos y la Unión Europea, se están apoyando los esfuerzos de Bolivia y Ecuador para elaborar y aprobar una ley nacional en materia de competencia, y de los Países Miembros para modificar su norma comunitaria. También se están realizando actividades para fortalecer a las agencias nacionales de Colombia, Perú, Venezuela y a los organismos de la CAN, Secretaría General y Tribunal de Justicia; y, para promover la competencia a nivel de la sociedad civil en el territorio de la Comunidad Andina.

VII. DEFENSA COMERCIAL

El CAFTA cuenta con un Capítulo que regula lo referente a medidas antidumping y derechos compensatorios. La información disponible indica que el TLC que se negocia entre los Estados Unidos y algunos países andinos no contendría una sección sobre esta materia, no obstante se hace a continuación el análisis del capítulo CAFTA con la normativa andina.

Remisión a normativa OMC

En materia de medidas antidumping y derechos compensatorios el CAFTA se limita a remitirse a la normativa multilateral de la OMC: “Se ratifica que cada Parte conserva sus derechos y obligaciones de conformidad con el Acuerdo de la OMC con respecto a la aplicación de derechos antidumping y compensatorios”.

Sobre el particular, todos los países andinos tienen normas nacionales con base en el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, de la OMC.

La norma comunitaria, **Decisión 283** (1991), requiere ser perfeccionada para adecuarla a los acuerdos de la OMC siendo que la norma comunitaria fue elaborada con base en lo dispuesto en su momento por el GATT. Los aspectos más importantes estarían referidos a aspectos procedimentales más que sustantivos.

Solución de controversias.

En esta sección, CAFTA circunscribe todo mecanismo de Solución de Controversias al mecanismo establecido en la OMC: “Estados Unidos continuará tratando a cada otra Parte como un “país beneficiario” para los efectos del 19 U.S.C. 1677(7)(G)(ii)(III) y 1677(7)(H) y cualquier disposición sucesoria. Ninguna Parte recurrirá al procedimiento de solución de controversias establecidos en este Tratado para cualquier asunto relacionado con lo dispuesto en este párrafo”.

La anterior prescripción del CAFTA, contenida en el párrafo 1, se refuerza con lo siguiente: “Excepto lo dispuesto en el párrafo 1, ninguna disposición de este Tratado, incluyendo las disposiciones del Capítulo Veinte (Solución de Controversias), se interpretará en el sentido de imponer cualquier derecho u obligación a las Partes con respecto a las medidas sobre derechos antidumping y compensatorios.”

Con estos párrafos se pretende circunscribir todo mecanismo para la imposición de derechos antidumping y compensatorios a las normas pertinentes establecidas en el

presente Capítulo y su mecanismo de solución de controversias sería el establecido por la OMC.

La norma comunitaria, por su parte, establece como mecanismo de solución de controversias para cualquier disposición emanada de la Secretaría General, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

VIII. SALVAGUARDIAS

Es importante señalar la normativa andina sobre salvaguardia se encuentra en el articulado mismo del Acuerdo de Cartagena (Capítulo XI), por lo que de requerirse una modificación o adecuación, necesariamente debería hacerse mediante un protocolo Modificadorio del Acuerdo.

Período de aplicación

En cuanto al periodo en el cual se puede invocar la medida, el CAFTA sólo permite la aplicación de medidas durante el periodo de transición (10 años). Las medidas de salvaguardia intracomunitarias (artículo 97 del Acuerdo de Cartagena), igual que el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, dispone la aplicación de medidas el comercio intracomunitario durante la vigencia del Acuerdo.

De llegarse a un acuerdo con Estados Unidos en los mismos términos del CAFTA, se podrían generar situaciones de un mejor tratamiento a Estados Unidos que a un socio andino, salvo que en razón del avance sustantivo de la zona de libre comercio andina se resolviese eliminar la salvaguardia comunitaria.

Medidas globales

El CAFTA permite la aplicación de medidas globales (artículo XIX del GATT de 1994 y Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC), dispone que podrá excluir importaciones de una parte, si tales importaciones no son una causa sustancial de daño grave o amenaza del mismo. En el caso de la norma andina, sólo se pueden aplicar estas medidas de excepción a los países andinos bajo lo previsto en la norma comunitaria. Para aplicar medidas a terceros países en el mercado comunitario, se dispone de la Decisión 452. Adicionalmente, los Países Miembros disponen de las legislaciones nacionales para aplicar medidas a terceros países en sus respectivos mercados nacionales, excluyendo de esa investigación a las importaciones andinas.

Criterios de mínimos

El CAFTA señala que se exceptúa de la aplicación de estas medidas a las Partes exportadoras que representen menos del 3 por ciento individualmente, o que representen 9 por ciento en conjunto. El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC establece un tratamiento especial a países en desarrollo, exceptuando su aplicación a estos países siempre que las importaciones de cada uno de ellos representen menos del 3 por ciento o en conjunto menos del 9 por ciento. En la normativa andina, relativa al comercio intracomunitario, no se indica este criterio por lo que se estaría dando mejor tratamiento a terceros países al amparo de la normativa multilateral.

Condiciones de activación

En el CAFTA, se recogen 2 condiciones de aplicación: i) por el incremento de las cantidades importadas bajo aranceles preferenciales, y ii) las condiciones en que se realizan tales importaciones que constituyan una causa sustancial del daño grave, o amenaza del mismo. En el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC ambas condiciones deben producirse a la vez. La Decisión 452, Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina, está armonizada con lo dispuesto en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, haciendo más restrictiva la aplicación de la medida a terceros países. Para el comercio intracomunitario el mecanismo de salvaguardias dispone que puede aplicarse ante la ocurrencia de por lo menos una de ellas, haciendo más fácil de aplicar medidas de salvaguardia al comercio intracomunitario.

Plan de Reajuste

En el CAFTA no se indica en forma expresa que se debe presentar un plan de reajuste de la industria nacional, aun cuando se indica que estas medidas son para facilitar el mismo. El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC establece que las medidas son para facilitar el plan de reajuste. En las medidas intracomunitarias no se dispone de esta exigencia.

Tipo de medidas

En el CAFTA se indica que estas son de tipo arancelario, referido al margen de preferencia y el incremento hasta alcanzar el nivel de NMF⁶. El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC contempla medidas de tipo arancelario o restricciones cuantitativas, asegurando en el último caso un comercio igual al promedio de los tres últimos años representativos.

En la normativa andina las medidas intracomunitarias deben de permitir un flujo de comercio libre de gravamen, que deberá ser igual al promedio de los tres últimos años. Las medidas podrían adoptar la forma de medidas cuantitativas asegurando un nivel de comercio, por encima de este volumen se podría aplicar una medida de tipo arancelario (NMF) que no deberá desmejorar las condiciones de acceso en el país andino importador⁷.

Medidas provisionales

En el CAFTA no se indica la aplicación de este tipo de medidas. En el Acuerdo sobre Salvaguardias en la OMC establecen la aplicación de medidas provisionales hasta por 200 días, siempre que se haya determinado las circunstancias críticas que enfrentaría la rama de producción. Por otra parte, en las medidas intracomunitarias la norma andina dispone que un País Miembro podrá aplicar medidas correctivas provisionalmente y luego informará a la Secretaría General el fundamento respecto a la perturbación a la

⁶ El nivel de Nación más Favorecida estaría referido al nivel ad valorem aplicado y no necesariamente al nivel ad valorem descontando la mayor preferencia otorgada a un socio comercial.

⁷ A diferencia de la interpretación del CAFTA, el arancel que se indica para la aplicación por encima del contingente libre de gravamen, promedio de los tres últimos años, será el arancel de NMF considerando las preferencias otorgadas a un socio comercial, guardando las consideraciones dispuestas en el Artículo 139 del Acuerdo de Cartagena.

producción nacional originadas por las importaciones provenientes de otro País Miembro. Esta provisionalidad puede durar un máximo de 120 días.

Se observa una diferencia importante en este aspecto entre la normativa andina y el CAFTA, al existir mayores facilidades para restringir el comercio intracomunitario que las posibilidades de hacerlo en un TLC con los Estados Unidos.

Duración de las medidas

En cuanto al periodo en que pueden estar vigentes las medidas, incluyendo las prórrogas, en el CAFTA las medidas pueden aplicarse hasta por 4 años. En el acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC las medidas se pueden aplicar hasta por 8 años y 10 los países en desarrollo. En la normativa andina, relativa a medidas intracomunitarias, no se indica un periodo máximo, tampoco hacen referencia a una prórroga de las mismas; aún cuando en la práctica las medidas de salvaguardia no se han autorizado por periodos superiores a 1 año.

Periodo de investigación

En el CAFTA no se indica un periodo definido para realizar esta investigación. El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC tampoco establece un plazo definido. Para el comercio intracomunitario tanto el País Miembro como la Secretaría General, disponen de un plazo de 60 días, el primero para remitir el informe a la Secretaría General, esta última, para verificar la perturbación y el origen de las importaciones para que se pronuncie sobre la solicitud.

Compensaciones

En el CAFTA se indica que en las consultas se debe llegar a una compensación mutuamente acordada entre las partes, de lo contrario estas las partes afectas por la medida podrán suspender concesiones sustancialmente equivalentes. En el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC se tiene prevista esta posibilidad si la medida es superior a 4 años. En las medidas intracomunitarias no se dispone la posibilidad de compensar.

En forma general, la aplicación de estas medidas se utiliza para proteger a producciones que no son competitivas en desmedro de exportadores eficientes de un socio comercial. La utilización de la compensación debe ser evaluada por los países miembros para incorporar dicho mecanismo en la normativa andina, de manera de hacer menos discrecional la aplicación de salvaguardias.

Trato preferencial

En lo que se refiere a un tratamiento preferencial, en el CAFTA no se hace referencia a esta posibilidad. El Acuerdo sobre salvaguardias de la OMC, señala un tratamiento preferente a los países en desarrollo en lo que se refiere a la aplicación de medidas y al periodo de duración de las mismas cuando estos países las aplican. El Acuerdo de Cartagena contempla en algunas modalidades de salvaguardia un tratamiento especial para Bolivia y Ecuador, este tratamiento no se da en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena que trata sobre medidas de salvaguardia para productos específicos.

IX. SALVAGUARDIA AGRICOLA

Periodo de aplicación

Respecto al periodo en el cual se puede invocar la medida, el CAFTA permite la aplicación de medias durante el periodo de transición y para la mayoría de productos de este ámbito⁸ sobrepasa los 10 años, alcanzando la aplicación de medidas hasta el año 19, contado a partir de la entrada en vigor del Tratado. Las medidas de salvaguardia intracomunitarias (artículo 90 del Acuerdo de Cartagena), igual que el artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura de OMC, dispone la aplicación de medidas al comercio intracomunitario durante la vigencia del Acuerdo.

Igual que en las medidas de defensa comercial, de llegar los países andinos a un Acuerdo con Estados Unidos en los mismos términos del CAFTA, se daría un mejor tratamiento a Estados Unidos que a un socio andino.

Cobertura

En lo que se refiere a la aplicación por cobertura de países, en el CAFTA este mecanismo no se aplica entre los países centroamericanos. En el caso de la norma andina, las medidas se deben aplicar a las importaciones sin distinguir su origen.

En este aspecto, el CAFTA tiene un mayor avance que la norma andina, debido a que no se prevé la aplicación de medidas entre los socios centroamericanos.

Condiciones de activación

En el CAFTA se aplica una medida de salvaguardia agrícola durante cualquier año calendario si la cantidad de importaciones de una mercancía durante dicho año excede el nivel de activación⁹. En el artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura de OMC, se contempla 2 modalidades de activación, por cantidades o por precios. La normativa andina (artículo 91) señala expresamente que las medias a aplicarse a Bolivia y Ecuador se aplicarán cuando los perjuicios provengan de los productos originarios de estos países.

Tipo de medidas

En el CAFTA se indica que las medidas son de tipo arancelario, derecho de importación más cualquier otro derecho aduanero, que no exceda de la tasa de NMF¹⁰. En el artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura de OMC se dispone la aplicación de derechos adicionales.

En la normativa andina se dispone que las medidas deben i) Limitar las importaciones a lo necesario para cubrir el déficit de producción interna y ii) nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional.

⁸ Cada país tiene su lista indicada en el Anexo 3.15

⁹ Los niveles de activación se definen para cada país en el Anexo 3.15

¹⁰ El nivel de Nación más Favorecida estaría referido al nivel ad valorem aplicado y no necesariamente al nivel ad valorem descontando la mayor preferencia otorgada a un socio comercial.

Períodos de vigencia e investigación

En cuanto al periodo de vigencia de las medidas, en el CAFTA éstas pueden aplicarse hasta un año calendario. Según el artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura de OMC las medidas por volumen se pueden aplicar hasta el final del año en el que se ha impuesto la medida. En la normativa andina, no se indica un periodo máximo, en la práctica estas medidas no se han recomendado por periodos superiores a 1 año.

Respecto al periodo de investigación, en el CAFTA se indica que dentro de los 60 días siguientes a la aplicación de la medida se debe notificar a la otra parte. El artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura de OMC señala que se comunicará al Comité de Agricultura dentro de los 10 días siguientes a la aplicación de la medida. En el caso de la normativa andina (artículo 91) señala que el País Miembro que aplica la medida comunicará inmediatamente a la Secretaría General, y esta se pronunciará en 15 días si la solicitud es para aplicar a medidas a Bolivia y Ecuador.

Tratamiento preferencial

En el CAFTA no se hace referencia a esta posibilidad. En la normativa andina se indica que estas medidas se aplicarán a Bolivia y Ecuador sólo si los perjuicios provienen sustancialmente de los productos originarios de estos países.

X. REGLAS DE ORIGEN

Las reglas de origen en CAFTA han sido establecidas con base en el modelo NAFTA, que es un acuerdo de nueva generación y contiene normas de origen diferentes a las que se tiene en la Comunidad Andina, cuyas normas son de un origen tradicional, con base en la normativa de la ALADI.

Se considera que si bien ambas normativas son distintas, de acordarse el mismo texto de CAFTA o uno similar en las negociaciones de los países de la Comunidad Andina con EEUU, estos no entran en conflicto puesto que en el comercio entre los países andinos continuará rigiendo su normativa, la cual puede considerarse más flexible.

Se debe señalar que en el CAFTA existen algunos temas que en el marco de la normativa andina no son tratados y podrían ser incluidos en la normativa comunitaria a objeto de hacerla más completa, sin que esto implique hacerla más restrictiva o que perjudique el comercio andino.

A continuación se presentan algunos comentarios por temas, dentro del texto del CAFTA, señalando diferencias, similitudes y sugerencias.

Mercancías Originarias

En la normativa andina, uno de los principales criterios es el salto de partida, criterio que se establece en forma general. De igual manera ocurre con el criterio de valor. Por su parte en el CAFTA el criterio a ser utilizado se establece en el Anexo de reglas específicas de origen que fue negociado. Allí se establece si la mercancía deberá cumplir con un salto de capítulo, partida o subpartida, o con un criterio de valor. En la Comunidad Andina se cuenta con la posibilidad de establecer requisitos específicos – REO- por la vía de excepción, que cubren en la actualidad a un grupo limitado de

productos, algunos REOs hacen más flexible la norma general, y otros más exigente. La facultad para fijar y modificar en cualquier momento Requisitos Específicos de Origen corresponde a la Secretaría General “para los productos que así lo requieran”, según establece el Acuerdo de Cartagena. No obstante, la mayor parte del comercio intracomunitario se realiza bajo las Normas Especiales de Origen, que recogen criterios de carácter general: totalmente producidos, salto de partida con proceso productivo, y valor agregado.

El concepto de íntegramente producidos que se tiene en la Comunidad Andina es similar al del CAFTA, aunque con formulaciones diferentes.

Para fines del salto de partida, en la Comunidad Andina se determinan las operaciones que no constituyen procesos de producción o transformación.

Valor de Contenido Regional

Respecto al Valor de Contenido Regional (VCR), en el CAFTA se establece que cuando en el anexo de reglas específicas se solicite este criterio, cada Parte podrá elegir entre dos métodos alternativos de cálculo¹¹. Adicionalmente, en el CAFTA se incluye un método de cálculo¹² para mercancías de la industria automotriz¹³.

En la normativa andina el concepto de valor agregado o contenido regional, es considerado como uno de los criterios generales y se determina por el contenido de materiales no originarios en la mercancía final, fijando un porcentaje máximo de estos. Se calcula considerando el valor CIF de los materiales no originarios respecto del valor FOB de la mercancía.

Valor de los Materiales

En el TLC CAFTA se incluye para el cálculo del VCR y el De Minimis¹⁴, la forma de cómo se tomará en cuenta el valor de los materiales, así como los ajustes que se podrán hacer a este valor señalando los gastos que podrán ser agregados o deducidos en el valor de los materiales tanto originarios como no originarios..

¹¹ Los dos métodos son:

$$\text{Método de reducción, } VCR = \frac{VA - VMN}{VA} \times 100$$

$$\text{Método de aumento, } VCR = \frac{VMO}{VA} \times 100$$

Donde: VCR=valor de contenido regional, VA=valor ajustado, VMN=valor de materiales no originarios y VMO=valor de materiales originarios.

¹² Método de costo neto: $VCR = \frac{CN - VMN}{CN} \times 100$

Donde: VCR=valor de contenido regional, CN=costo neto de la mercancía, VMN=valor materiales no originarios.

En la Comunidad Andina se tiene un requisito específico de origen para el sector automotor que exige el cumplimiento de un porcentaje de integración subregional, cuyos porcentajes mínimos están fijados por categorías y la forma de cálculo es mediante la fórmula: $IS = \frac{MO}{MO + MNO} \times 100$

Donde: IS=integración subregional, MO=materiales originarios incluyendo CKD compuesto exclusivamente por partes o piezas originarias, MNO=materiales y CKD no originarios.

¹³ 8407.31 a 8407.34 (motores), 8408.20 (motores diesel para vehículos), 8409 (partes de motores), 8701 a 8705 (vehículos), 8706 (chasis), 8707 (carrocerías) y 8708 (partes para vehículo).

¹⁴ Porcentaje de materiales no originarios a los que no se exige el cambio de clasificación arancelaria.

La Comunidad Andina no incluye este tema. El valor de los materiales es tratado en la forma señalada en el punto anterior

Acumulación

El criterio de origen acumulativo o acumulación, lo que hace es reconocer como locales o nacionales a todos los materiales originarios de las demás Partes de un acuerdo comercial.

El CAFTA contempla la acumulación total desde el inicio. En la Comunidad Andina también se reconoce plenamente el origen acumulativo.

De Minimis

En el CAFTA se establece para las mercancías que no cambian de clasificación arancelaria conforme el anexo de reglas específicas de origen, un “de minimis” de 10% y se hacen excepciones al capítulo 4 (productos lácteos) y algunas subpartidas de los capítulos 15 (aceites comestibles), 17 (azúcares y sus productos), 19 (preparaciones a base de cereales, harinas), 20 (preparaciones de hortalizas o frutas), 21 (preparaciones alimenticias), 22 (bebidas) y 23 (residuos de las industrias alimenticias).

Este criterio no se contempla en la normativa andina. Podría ser un tema a considerarse para su inclusión

Mercancías y Materiales Fungibles¹⁵

Las prescripciones en este tema, en el CAFTA se refieren a que para determinar si cada mercancía o material fungible es originario se utilizarán ya sea una segregación física de cada uno o métodos reconocidos en principios de contabilidad generalmente aceptados. La Comunidad Andina no tiene el tema en su normativa.

Accesorios, Repuestos y Herramientas

El CAFTA dispone que cuando son entregados con la mercancía como parte de los accesorios, repuestos y herramientas usuales de la mercancía son originarios, si la mercancía es originaria, cumpliendo algunas condiciones.

La Comunidad Andina no contempla este tema en su normativa

Envases y Material de Empaque Para la Venta al por Menor

En el CAFTA se indica que no se tomarán en cuenta para decidir si todos los materiales no originarios utilizados, son objeto de cambio de clasificación arancelaria conforme el anexo de reglas específicas. Cuando la mercancía esté sujeta al valor de contenido regional, para el cálculo estos materiales se considerarán originarios o no, según corresponda.

En la normativa andina, el concepto en general es que los empaques, envases, estuches, embalajes, envoltorios y similares que llegan con la mercancía que contienen,

¹⁵ Se entiende como mercancías fungibles aquellas que son intercambiables para efectos comerciales y cuyas características son esencialmente idénticas.

27
asumen el origen de su contenido. Esta disposición no se aplica si vienen por separado o confieren al producto que contienen, su carácter esencial.

Contenedores y Materiales de Embalaje para Embarque

El CAFTA indica que cada Parte dispondrá que los contenedores y materiales de embalaje para embarque no sean tomados en cuenta para determinar si una mercancía es originaria.

La normativa andina solo contempla lo señalado en el anterior punto.

Materiales Indirectos Empleados en la Producción

En CAFTA se establece que cada Parte dispondrá que un material indirecto se considere como originario independientemente del lugar de su producción.

No se contempla en la normativa andina. Podría ser un tema a considerarse para su inclusión.

Embarque Directo, Tránsito y Transbordo

El concepto en CAFTA y la Comunidad Andina es el mismo, se indica que la mercancía no sufra cambios por el país de tránsito y que debe estar bajo control aduanero de dicho país. La norma andina señala que el tránsito se justifica por razones geográficas o consideraciones relativas del transporte.

Juegos o Surtidos de Mercancías

En la normativa andina, los juegos o surtidos se consideran originarios si cada mercancía del juego cumple con los criterios de la Decisión 416. Es lo mismo que CAFTA, aunque este último incluye un De Minimis, que se podría considerar a nivel andino.

Consultas y Modificaciones

El CAFTA prevé consultas para garantizar la administración del capítulo. Contempla la posibilidad de que una Parte solicite modificaciones en el anexo de reglas específicas en el seno de la Comisión del acuerdo.

En la Comunidad Andina la Secretaría General tiene la facultad, asignada en texto del Acuerdo de Cartagena, de fijar requisitos específicos de origen “para los productos que así lo requieran”, o modificarlos, “a fin de adaptarlos al avance económico y tecnológico de la subregión”. Los Países Miembros pueden solicitar la revisión o modificación de los REOs, y la Comisión puede examinarlos y adoptar decisiones definitivas al respecto.

A fines de administrar la normativa andina, las entidades responsables del tema de origen en los países, las entidades habilitadas para certificar el origen y la Secretaría General, están en contacto permanente.

Procedimientos de Origen

Obligaciones Respecto a las Importaciones

En la normativa andina no se cuenta con una sección de obligaciones respecto de las importaciones, sin embargo sí se recogen en el texto algunas de las que se plantean en el CAFTA, aunque estas últimas son muchas debido al sistema de certificación y control que tiene el acuerdo.

Certificación de Origen

Las principales diferencias en la certificación están en que: En la Comunidad Andina el certificado de origen lo emite la entidad gubernamental competente o una entidad habilitada y en CAFTA cada Parte determina si es el productor, el exportador o el importador, sin embargo, éstos dos últimos lo harán con base en un certificado del productor. A nivel andino se cuenta con un formato establecido (certificado de ALADI), en CAFTA no y puede presentarse en forma electrónica. En la Comunidad Andina el certificado de origen tiene una vigencia de 180 días y la declaración del productor máximo dos años, en CAFTA la validez del certificado es de cuatro años.

Excepciones

La normativa andina no contempla excepciones a la certificación. En CAFTA no se requiere certificado en la importación de mercancías cuyo valor aduanero no exceda un monto de US\$ 1,500, o en la importación de mercancías para las cuales la Parte importadora haya dispensado el requisito de presentación de una certificación de origen.

Se trata de una prescripción cuya incorporación en la normativa andina también debería evaluarse.

Obligaciones Respecto a las Exportaciones

Esto se refiere a las obligaciones resultantes de la certificación por parte del exportador, que no contempla la normativa andina.

Requerimiento de Registros

En CAFTA se dispone la conservación de la documentación por un mínimo de cinco años.

En la normativa andina se establece que la documentación que ampara una certificación se debe mantener un plazo no inferior a tres años.

Verificación de Origen

El CAFTA la Parte importadora podrá verificar el origen, de conformidad con su legislación nacional, mediante los mecanismos que se establecen y se fijan condiciones por las que se puede el trato arancelario preferencial. Establece el uso de resoluciones anticipadas.

La verificación de origen en la normativa andina contiene un sistema que comprende una primera instancia de solución entre los países involucrados y una segunda, cuando no se llega a un acuerdo, las partes quedan sujetas al pronunciamiento de la Secretaría General. No considera Resoluciones Anticipadas.

Definiciones

El CAFTA fija una serie de definiciones que aclaran los conceptos del texto. En la norma andina solo se define mercancía originaria, material e íntegramente producidos.

XI. SERVICIOS

En términos generales los Países Miembros de la Comunidad Andina tienen un nivel de liberalización importante en sus diferentes sectores y subsectores de servicios, ya sea porque nunca estuvieron restringidos o porque de manera unilateral fueron eliminadas varias de las restricciones que afectaban la prestación.

Particularmente en el ámbito intracomunitario, las Decisiones 439 y 510 han permitido la consolidación de un importante nivel de apertura, en términos de eliminación de restricciones de acceso a mercado y trato nacional. Así mismo han consagrado un compromiso de aplicación automática del trato de nación más favorecida, que no admite exenciones.

En materia regulatoria, salvo algunos sectores específicos, como es el caso de las telecomunicaciones y el transporte, no existen normas andinas y por lo tanto el análisis no se aplica sobre la perspectiva de una norma del TLC que eventualmente pudiese contrariar o vulnerar una norma comunitaria. Si bien algunos de los principios del TLC contienen matices que los diferencian de los mismos principios en el régimen comunitario, tales diferencias se traducen en la amplitud y profundidad de los compromisos de acceso al mercado que puedan alcanzarse en los acuerdos bilaterales.

El impacto del TLC podría analizarse desde la perspectiva de las posibilidades de alcanzar el objetivo de mercado común, que se traduce en la liberalización de las restricciones intracomunitarias, la armonización en los sectores que se considere necesario, mediante la adopción de políticas y normas comunes y el desarrollo y promoción de una oferta subregional de servicios.

En tal sentido, la reglamentación nacional se constituye en un tema pertinente para el análisis, en tanto representa la base para la armonización de políticas comunitarias sectoriales.

Al respecto, CAFTA dispone que “con objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, cada Parte procurará asegurar, como sea apropiado para cada sector específico, que cualquiera de tales medidas que adopte o mantenga:

- (a) se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio;
- (b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad de los servicios; y

- (c) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.”

De lo anterior podría inferirse que la aplicación de la prueba de necesidad a que se refiere el literal b), limitada exclusivamente al objetivo de la calidad del servicio, eventualmente excluye otro tipo de objetivos legítimos de desarrollo, como el fortalecimiento de la capacidad nacional o regional en materia de servicios, políticas de base tecnológica u objetivos de carácter social, entre otros. Estas limitaciones sólo serían aplicables a los sectores o subsectores de servicios en los cuales los Países Miembros asuman compromisos y podrían afectar la adopción de programas de complementación productiva para el desarrollo de dichos sectores, sin haber concluido la evaluación de su potencial en el ámbito comunitario.

Sobre el particular, el ordenamiento jurídico andino no contiene una norma específica sobre Reglamentación Nacional, como la transcrita del CAFTA o el Artículo VI del AGCS; sin embargo, los objetivos planteados en el Acuerdo de Cartagena y los elementos del mercado común, descritos en el artículo 1 de la Decisión 439, junto con las normas que ella contiene sobre libre circulación de proveedores de servicios y reconocimiento de títulos, licencias y autorizaciones en cualquier sector de servicios que lo requiera, son directrices necesarias y suficientes para avanzar comunitariamente hacia la adopción de normas y políticas en esa dirección.

En relación con el acceso a mercados, se aprecia en el CAFTA una liberalización significativa de servicios de infraestructura, tales como telecomunicaciones y servicios financieros y la liberalización plena de otros sectores, considerados de importancia económica para países desarrollados y de alta sensibilidad en países en desarrollo, tales como los servicios audiovisuales, sociales y de salud, educación, medioambientales y culturales.

En cuanto al acceso de compañías nacionales al mercado de los Estados Unidos, no es de esperar un incremento sustantivo, en la medida que el ámbito de aplicación de los compromisos de ese país es federal y no estatal, ámbito éste último en el que se presentan la mayoría de las restricciones. Ello obligaría a una renegociación con los diferentes Estados, a efectos de obtener el acceso efectivo en los sectores comprometidos por los Estados Unidos.

La Decisión 439, por su parte, abarca en el proceso de liberalización tanto a las medidas centrales, como regionales o locales. Estas últimas (regionales y locales) fueron objeto de liberalización automática al no haber sido notificadas por los Países Miembros hasta el 31 de diciembre del 2002, como lo dispuso la Decisión 510, lo que en la práctica garantiza a los Estados Unidos acceso al mercado en todo el territorio nacional.

Asimismo, la exclusión del modo 4 como ocurrió en CAFTA y la ausencia de compromisos en servicios profesionales, si adoptados en el TLC con Chile, limitaría el equilibrio en las concesiones y las posibilidades de los países andinos de acceder al mercado de servicios a través de la presencia temporal de personas físicas, identificado como el modo en el que se presenta el mayor potencial exportador de los países andinos.

Finalmente, es importante mencionar que en virtud de lo dispuesto por el Artículo 7º de la Decisión 439, el Trato de Nación Más Favorecida es un principio general de liberalización intracomunitaria y se aplica de manera automática (inmediata e incondicional) respecto

de cualquier trato que un País Miembro otorgue a cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina. En tal sentido, las concesiones que los países suscriptores del TLC otorguen a Estados Unidos más allá de sus compromisos consagrados en la Decisión 510, serán automáticamente extendidos a los Países Miembros no suscriptores del TLC.

XII. TELECOMUNICACIONES

Uno de los tópicos que se aborda en los TLCs, dentro del tema de servicios, es el relacionado con las Telecomunicaciones, en el que se negocian disciplinas regulatorias y régimen a adoptarse.

Normativa Andina

A partir de 1998 y con miras a perfeccionar un mercado ampliado se adoptó la política de establecer la liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina y se han establecieron las siguientes Decisiones:

Decisión 439: Establece el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, adoptada bajo los principios del Acuerdo General de Comercio de Servicios de la OMC.

Esta Decisión consideró la necesidad de realizar un inventario de medidas restrictivas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, las mismas que se deben dismantelar progresivamente hasta el año 2005. En tal sentido, el proceso de liberalización registró un significativo avance con la aprobación de la Decisión 510.

Decisión 510: A través de esta Decisión se adoptan los inventarios de las Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios, o contrarias a los principios de acceso al mercado y/o trato nacional que los países miembros mantienen sobre el comercio de servicios.

Decisión 462: Establece el marco regulatorio del Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Tele-comunicaciones en la Comunidad Andina

Esta norma considera dos fases generales: una, relacionada al objetivo de eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo a un cronograma; y la segunda, como etapa siguiente, propiciar la armonización de normas para la conformación del Mercado Común Andino.

Resolución 432: Normas Comunes de Interconexión

A través de esta Resolución se recogen principios aceptados en la regulación moderna, se establece que la interconexión estará orientada a costos y tendrán en cuenta su viabilidad económica, asimismo, estarán suficientemente desagregados para el proveedor que solicita la interconexión para que no tenga que pagar componentes o instalaciones de la red que no se requiera para el suministro de servicios, lo cual da pie a una desagregación de red.

Repercusión del Capítulo Trece del CAFTA en las Normas de la Comunidad Andina:

El TLC, se enmarca en los principios establecidos por el AGCS y su Anexo sobre Telecomunicaciones. En tal sentido, se basa en las reglas de Nación Mas Favorecida (NMF) y Trato Nacional a los proveedores extranjeros que se encuentran en el alcance del acuerdo. Este acuerdo a la vez profundiza los compromisos del AGCS.

En términos generales se puede afirmar que el capítulo trece del Acuerdo, referido a telecomunicaciones, no discrepa con las normas andinas relativas al sector telecomunicaciones señaladas anteriormente, en razón de las siguientes consideraciones:

El TLC cubre las medidas relacionadas con el acceso y el uso de los servicios públicos de telecomunicaciones, se excluyen los servicios de difusión (radiodifusión, o difusión por cable de programas de radio y televisión), los servicios de información y los servicios comerciales móviles¹⁶.

La Decisión 462, de la Comunidad Andina no excluye la distribución por cable, pero si los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

Tanto en el TLC como en la Decisión 462, no se obliga al organismo regulatorio de telecomunicaciones o autoridad nacional competente de un país o una parte a exigir a empresas operadoras establecer y prestar redes y servicios diferentes a los ofrecidos al público en general.

El TLC establece que una parte podrá prohibir a las personas que operen redes privadas, el uso de sus redes para suministrar redes o servicios públicos de telecomunicaciones a terceras partes. De igual manera, ninguna de las regulaciones nacionales andinas ni la comunitaria permite que las redes privadas brinden servicios a terceros, pues abriría la posibilidad de brindar servicios sin estar afectos a las regulaciones y condiciones a las que están sujetas los proveedores de servicios de telecomunicaciones, creando competidores privilegiados.

En la Decisión 462 se señala que ninguna disposición de la Decisión se interpretará en el sentido de limitar o restringir la libre competencia, establecida en cada uno de los Países Miembros, u otorgar menores beneficios a los que haya concedido la normativa nacional de cada país.

El TLC señala que cada parte garantizará que las empresas de la otra parte tengan acceso a, y puedan hacer uso de cualquier servicio público de telecomunicaciones ofrecidos en su territorio o de manera transfronteriza, inclusive (...). Esto implica que no sería requerida la presencia comercial y por tanto las empresas tendrían un régimen especial, diferente del de las empresas establecidas legalmente en el país, esto propiciaría una desigualdad que podría impedir la libre competencia. Al respecto, la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina no contempla la provisión de servicios en forma transfronteriza.

Según el TLC, que cada parte garantizará que los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones en su territorio proporcionen portabilidad de número, en la medida

¹⁶ Según opinión de algunos analistas el término "comerciales", de servicios comerciales móviles estaría recalcando que dichos servicios no estarían regulados, que están en libre competencia.

técnicamente factible, de manera oportuna, y en términos y condiciones razonables. Al respecto, los analistas han señalado que los países andinos no han desarrollado suficientemente una política de portabilidad para garantizar su aplicación, opinan también que sería preferible que el texto se refiera a lo establecido en la normativa nacional.

El artículo 4 del TLC señala las obligaciones adicionales relativas a los proveedores dominantes de servicios públicos de telecomunicaciones, recalándose que este artículo no se aplica a proveedores de servicios comerciales móviles¹⁷. Este artículo podría generar discrepancias entre los operadores, pues en las normativas nacionales algunas de estas medidas se aplican a todos los operadores, no sólo a los dominantes.

Tanto en el TLC como la normativa andina consideran medidas para prevenir prácticas anticompetitivas de manera de garantizar una competencia leal.

El TLC permite la realización de la reventa, la misma que no está reglamentada ni definida en todos los países andinos, la Decisión 462 tampoco hace referencia sobre el particular. El TLC al igual que la norma andina contempla aspectos relacionados con Interconexión.

En artículo 4, numeral 6 del TLC señala que cada Parte garantizará que los proveedores dominantes en su territorio proporcionen a empresas de la otra Parte, circuitos arrendados, que son servicios públicos de telecomunicaciones, en términos, condiciones y tarifas que sean razonables y no discriminatorias. Agrega que para llevar a cabo esto, cada Parte otorgará a sus organismos regulatorios de telecomunicaciones la facultad de exigir a los proveedores dominantes en su territorio, ofrecer circuitos arrendados que son servicios públicos de telecomunicaciones a empresas de la otra Parte, a una tarifa plana, precios basados en costos. La normativa andina no contempla este tema.

No es recomendable la adopción de esta medida, porque no se puede exigir que se ofrezcan circuitos arrendados a una tarifa plana, dado que primero habría que conocer cual es el esquema tarifario establecido en la normativa nacional de cada Parte.

El TLC en su artículo 4, numeral 7, trata el tema de la Co-localización: "cada Parte garantizará que los proveedores dominantes en su territorio suministren a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones de la otra Parte, co-localización física de los equipos necesaria para interconectarse, en términos, condiciones y tarifas basadas en costos, que sean razonables, no discriminatorias y transparentes...".

Esta medida podría generar discrepancia sobre su aplicación, pues la co-localización no está considerada obligatoria en todos los países, por ello sería mejor referir el artículo a lo que establece la normativa nacional de cada Parte. La Resolución 432.- artículo 21, considera instalaciones esenciales para la Interconexión, entre otras, el acceso a elementos auxiliares y elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, tales como instalaciones físicas en general.

¹⁷ Se señala además que el artículo afecta cualesquiera derechos y obligaciones que una parte pueda tener de conformidad con el AGCS y ninguna disposición en este artículo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte imponga los requisitos establecidos en este artículo a los proveedores de servicios comerciales móviles.

En el numeral 1 del artículo 6 del TLC, sobre condiciones para el suministro de servicios de información, excluye a estos servicios de las medidas regulatorias, salvo en casos de prácticas anticompetitivas de conformidad con la legislación y regulaciones nacionales, o en caso de promover la competencia, o para resguardar los intereses de los consumidores.

Los servicios de información corresponden a los servicios de valor agregado, en la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina la definición de servicios de telecomunicaciones no incluye a los servicios de valor agregado, por lo que al igual que lo establecido por el TLC, en la Decisión 462 también se excluye de su regulación a dichos servicios.

El TLC, en su artículo 7, numeral 1, establece que cada Parte garantizará que su organismo regulatorio de telecomunicaciones esté separado de, y no sea responsable ante, cualquier proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones. Para este fin, cada Parte garantizará que su organismo regulatorio de telecomunicaciones, no tenga interés financiero o mantenga un rol de operador en dicho proveedor. Esta medida no será posible de aplicar inmediatamente en Colombia y Ecuador, debido a que ambos países tienen empresas estatales, tanto operadoras como prestadoras de servicios. La Decisión 462 no establece compromiso para las autoridades nacionales.

En el TLC, las medidas sobre las licencias y otras autorizaciones están establecidas, de manera similar al Capítulo V de la Decisión 462. En esta Decisión se trata este tema con la denominación de “Normas de homologación de Títulos Habilitantes y Autorizaciones”.

XIII. INVERSIONES

En la Comunidad Andina, la Decisión 291 promulgada en el mes de marzo de 1991 estableció el “*Régimen Común para el tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*”, el cual se limita, básicamente, a dar lineamientos generales sobre el tratamiento a la inversión extranjera, dejando que los Países Miembros profundicen, a través de sus legislaciones internas, las disposiciones contenidas en la normativa comunitaria. No obstante dicha libertad, las normas nacionales son bastante similares y, en general, prevén muy pocas limitaciones a la inversión extranjera.

Por otra parte, dado que la norma andina brinda a los países la libertad de celebrar acuerdos bilaterales de inversión con terceros, estos instrumentos se convirtieron en un referente importante a la hora de analizar el tratamiento que los Países Miembros dan a la inversión extranjera.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, bajo el amparo de la normativa andina los países miembros de la Comunidad Andina han suscrito aproximadamente 100 acuerdos bilaterales de protección y promoción de inversiones (BIT's, por sus siglas en inglés) de los cuales 7 han sido suscritos entre países andinos y 2 entre países andinos y los Estados Unidos.

	BOLIVIA	COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ	VENEZUELA
BOLIVIA			25-May-95	30-Jul-93	
COLOMBIA				26-Abr-94	13-Jun-94 (G3)
ECUADOR	Mayo-95			07-Abr-99	16-Nov-93
PERÚ	Julio-93	Jun-94	07-Abr-99		12-Ene-96
VENEZUELA		13-Jun-94(G3)	18-Nov-93	12-Ene-96	
Total intra andinos	2	2	3	4	3
Estados Unidos	17-Abr-98		27-Ago-93		
Resto Mundo	20	5	22	25	21
Total Mundo	22	7	25	29	24

La estructura de los acuerdos bilaterales suscritos por los países miembros es muy diversa desde los que presentan una gran apertura a la inversión extranjera directa (en todas sus modalidades) hasta aquellos en los que se puede identificar limitaciones y excepciones sectoriales a la inversión extranjera.

En cuanto al nivel multilateral, durante la Ronda Uruguay, que culminó en el año 1994, se adoptó el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversión relacionadas con el Comercio (MICs o TRIMS, por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En él se estipula que los Miembros se abstendrán de aplicar medidas incompatibles con las disposiciones del artículo III (trato nacional) o el artículo XI (restricciones cuantitativas) del GATT.

Como se puede apreciar, el resultado es que al momento se cuenta con cuatro fuentes de derecho sobre el tema: la normativa nacional, la normativa comunitaria, los acuerdos bilaterales y multilaterales (OMC).

Con el propósito de crear un tratamiento especial al inversionista intraregional se estableció, en marzo del 1991, la Decisión 292 la que genera un régimen uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (EMA), con el fin de preservar y estimular la asociación de inversionistas nacionales en los Países Miembros, para la ejecución de proyectos de interés compartido y alcance multinacional

En el marco de la señalada Decisión, los beneficios brindados a las EMA's son: trato nacional en materia de compras públicas de bienes y servicios, y en materia tributaria; derecho a la remisión en divisas libremente convertibles de la totalidad de los dividendos que se distribuyan; derecho a establecer sucursales en otros países miembros; igualdad tributaria en materia de impuestos internos; facilidades en la contratación de personal subregional y paralelamente se contemplan mecanismos para evitar la doble tributación.

Como se mencionó, la Decisión 291 permitió el desarrollo de marco normativo en materia de inversiones en los países miembros y la Decisión 292, a su vez, brinda un tratamiento especial a los inversionistas intraregionales. Los acuerdos bilaterales suscritos entre países andinos y de estos con terceros han generado en primer lugar una diversidad de tratamiento a las inversiones en cada uno de los países miembros y en muchos casos se ha brindado tratamientos más favorables vía bilaterales a inversionistas extra regionales.

En este sentido, si la estructura y los temas sustantivos del Capítulo sobre inversiones del TLC se llega a suscribir, se facilitaría su consolidación como norma andina para el tratamiento de las inversiones entre los países miembros. Este instrumento legal tendría un mayor alcance y cobertura que el actual marco jurídico andino sobre esta materia ya que el Capítulo sobre inversiones que de los TLC esta compuesto de las siguientes secciones:

- a) La primera sección (Inversión) contiene catorce artículos sobre los temas de ámbito de aplicación; relación con otros capítulos; trato nacional; trato de nación más favorecida; nivel mínimo de trato; tratamiento en caso de contienda; expropiación e indemnización; transferencias; requisitos de desempeño; altos ejecutivos y juntas directivas; inversión y medio ambiente; denegación de beneficios; medidas disconformes; y formalidades especiales y requisitos de información.
- b) La segunda sección (Solución de Controversias Inversionista-Estado) contiene trece artículos referidos a consultas y negociación; sometimiento de una reclamación a arbitraje; consentimiento de cada una de las Partes al arbitraje; condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes; selección de los árbitros; realización del arbitraje; transparencia de las actuaciones arbitrales; derecho aplicable; interpretación de los anexos; informes de expertos; acumulación de procedimientos; laudos; y entrega de documentos. La última sección consta de un artículo referido a las definiciones del capítulo.
- c) Asimismo, el capítulo incluye siete anexos sobre los temas de deuda pública; derecho internacional consuetudinario; expropiación; tratamiento en caso de contienda; sometimiento de una reclamación a arbitraje; posibilidad de un órgano/mecanismo multilateral de apelación; y entrega de documentos a una Parte.

En disciplinas relativas a garantías de la inversión, los compromisos del TLC con Estados Unidos presentan diferencias significativas con la norma andina para el tratamiento de las inversiones entre los países miembros y más bien podría contribuir a homologar su tratamiento en la subregión. Sin embargo, se registran importantes diferencias en el tratamiento de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología. Desde un punto de vista el TLC extendería el alcance y cobertura de la protección de inversiones, pero asimismo restringiría sustantivamente los márgenes de adopción de políticas nacionales en particular en lo relativo a requisitos de desempeño y el concepto de expropiación indirecta.

XIV. CONTRATACION PÚBLICA

La Comunidad Andina no cuenta con una normativa comunitaria en materia de Compras del Sector Público. No obstante, por la vía de la Decisión 439, referida a la liberalización del comercio de servicios, se adopta el principio de trato nacional¹⁸.

Es preciso destacar que el compromiso de trato nacional para la contratación pública en servicios no se aplica a las medidas relacionadas con los servicios de transporte aéreo y que la Decisión sobre servicios, menciona que los países podrán mantener medidas contrarias a la liberación de los servicios según inventario que presenten y que deberán liberalizarse a más tardar el año 2005. También se indica que se deberá elaborar un proyecto de Decisión que regule la liberación del comercio de servicios financieros.

Con las salvedades anotadas, el compromiso de trato nacional en materia de servicios para Compras del Sector Público establece un nivel de acceso en el ámbito comunitario que debe ser tenido en cuenta.

Los demás compromisos que se establezcan en el TLC entre países de la Comunidad Andina y los Estados Unidos no tienen por el momento una normativa andina de comparación integral. Sin embargo, sobre la base de lo acordado con Centroamérica, conviene quizás tomar como punto de referencia un Anteproyecto de Decisión trabajado a nivel técnico que puede ofrecer algunos elementos que sirvan para visualizar posibles efectos en los países andinos.

El Capítulo nueve del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos, se ocupa de las disciplinas en materia de Contratación Pública, así como de la cobertura de dichas disciplinas.

La estructura del Capítulo cuenta con un nivel medio de detalle procesal que parece suficiente para garantizar transparencia básica en los procedimientos. Los anexos que contienen las listas de entidades, bienes, servicios y obras públicas se presentan discriminados por país.

El Anteproyecto andino contiene principios muy generales, sin detalle procesal, por lo que sería recomendable acoger lo esencial de las disciplinas del TLC, con las excepciones necesarias que atiendan requerimientos de los países andinos.

Ámbito y cobertura

El Capítulo aplica a las medidas de Contratación Pública de los países o las entidades incluidas a través de cualquier medio contractual. Incluye modalidades de compra, alquiler, construcción y concesión de obras públicas.

¹⁸ Artículo 4: "El presente Marco General no será aplicable a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales.

La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata.

El presente Marco Regulatorio no será aplicable a las medidas relacionadas con los servicios de transporte aéreo."

Las disciplinas del Capítulo cubren los contratos cuyos montos sean iguales o superiores a los indicados en el Anexo respectivo y que se analizará en la sección, Umbrales. Igualmente el capítulo aplica a los bienes, servicios y obras públicas comprendidos en el citado Anexo.

Se menciona una serie de exclusiones generales relacionadas con ciertos tipos de contratos o condiciones de financiamiento. Se excluye de los compromisos o disciplinas las adquisiciones consideradas “oportunidades excepcionalmente favorables”.

El anteproyecto andino apunta a un escenario de mercado común en el que todas las entidades, bienes y servicios deben quedar sujetos a las disciplinas, por tanto no habría exclusiones y tampoco debería haber discriminación en umbrales. Lo anterior significa que hay un importante espacio de profundización de los compromisos andinos, para lo cual es fundamental asegurar en el TLC, de manera explícita, la excepción a la NMF.

Principios generales

a) No discriminación

CAFTA contempla el trato nacional –TN- y se hace énfasis en no discriminar a los proveedores establecidos localmente en razón a su condición de asociación o propiedad extranjera, o en razón a proveer bienes o servicios de otra Parte contratante.

No consagra el principio de Cláusula de la Nación más Favorecida –NMF-. Al no existir NMF, Centroamérica queda en condiciones de otorgar mayores beneficios entre los miembros del bloque comercial de integración, así como a terceros países, sin necesidad de extenderlos a los Estados Unidos. Igual libertad aplica, por supuesto, a este último país para sus futuros acuerdos en la materia.

Este aspecto resulta de singular importancia porque de pactarse de igual forma por parte de los países andinos, se abrirían espacios para preferencias comunitarias, como ya se ha anotado.

b) Origen

CAFTA se remite al Capítulo sobre Reglas de Origen, para determinar las condiciones en que se aplicará el principio de no discriminación.

No hay en el acuerdo CAFTA una referencia a compromisos de denegación de beneficios, que equivale al origen de los servicios.

En principio, acordar compromisos similares en el TLC de países andinos con Estados Unidos, facilitaría el manejo de las reglas del juego existentes en materia de origen de bienes y de denegación de beneficios. De hecho, en algunas normas nacionales de los países andinos en materia de Compras del Sector Público se utilizan los mismos criterios de origen que los andinos. En cualquier caso, no debería dejarse de evaluar las ventajas o desventajas de un origen no preferencial en bienes, como el acordado en el TLC con Chile.

c) Condiciones compensatorias especiales (offsets)

Se proscriben en el acuerdo CAFTA las condiciones compensatorias especiales, con lo cual las entidades sujetas a las disciplinas del Capítulo quedan impedidas de aplicar “premios” y estímulos similares a los proponentes, bienes o servicios locales.

En el Proyecto de Capítulo del ALCA que está en proceso de negociación, hay una referencia a permitir offsets por la vía de trato especial y diferenciado. El GPA¹⁹ de la OMC, de manera menos explícita, abre también esa posibilidad a países menos adelantados.

Todos los países andinos cuentan con este tipo de medidas para promover desarrollos productivos nacionales que se verían alterados con una cláusula similar en el TLC con Estados Unidos. El anteproyecto andino, al no mencionar el tema, permite los offsets y por la vía de trato nacional, los hace extensivos a los demás socios andinos.

Procedimientos

El Capítulo CAFTA tiene un nivel medio de detalle procesal en materia de publicación, plazos para presentación de ofertas, documentación, adjudicación e información, entre otros, con los algunos elementos para destacar.

El Capítulo deja abierta la posibilidad de utilizar diversas modalidades de contratación (concurso, contratación directa, selectiva, etc.), de acuerdo a un listado de criterios y circunstancias. No obstante este tipo de licitaciones deben ser excepcionales ya que la regla general es la licitación pública. La OMC y el Proyecto de Capítulo del ALCA tienden a ser más descriptivos y reglamentarios en algunas modalidades de contratación. En todo caso, se exige justificar los contratos distintos a la licitación pública.

El plazo mínimo que establece el CAFTA entre la convocatoria y la presentación de ofertas es de 40 días. Existen casos de emergencia y otras excepciones puntuales que permiten reducir el plazo a 10 días.

En materia especificaciones técnicas y de calificación o listas de proveedores (9.8), se busca evitar que estas se conviertan en restricciones o generen direccionamientos en favor de determinados proveedores, bienes o servicios. Debe llamarse la atención que el CAFTA permite, de manera explícita, especificaciones técnicas para “promover la conservación de los recursos naturales”.

El CAFTA, el TLC Chile-Estados Unidos y el GPA de la OMC tienen prescripciones sobre confidencialidad de la información, que buscan salvaguardar el interés legítimo, la competencia, el cumplimiento de la ley y el interés público. Hay una diferencia importante en el CAFTA, donde además de reglamentar esta sección con mayor detalle, incluye la protección de la propiedad intelectual como una de las causales para que las entidades se abstengan de divulgar información. Finalmente, mientras en el GPA establece este compromiso para las Partes, el CAFTA hace la siguiente precisión: “Las Partes, sus entidades y sus autoridades de revisión”.

En materia de procedimientos de impugnación, el CAFTA establece una reglamentación que busca asegurar la transparencia y el debido proceso, a la vez que dicho

¹⁹ Acuerdo General de Compras del Sector Público de la OMC

procedimiento debe recaer en, al menos, una unidad administrativa o judicial imparcial e independiente de las entidades contratantes.

En materia de procedimientos, el Anteproyecto andino es menos detallado. Se destaca que en materia de normas técnicas aplica el principio de reconocimiento de los certificados de conformidad, y establece compromisos para asegurar que en las distintas etapas y requisitos de los procedimientos, estos no se constituyan en barreras de acceso.

Excepciones generales

El CAFTA, el GPA de la OMC y el anteproyecto andino contemplan excepciones a las disciplinas que son generalmente aceptadas en acuerdos comerciales internacionales, como la protección de la salud, la vida y la moral, a lo que se agrega, la propiedad intelectual, aspecto este último, que está objetado por algunos países en el anteproyecto andino.

Otras cláusulas

En materia de modificaciones a la cobertura, el CAFTA establece un procedimiento para ofrecer “ajustes compensatorios aceptables” en los casos en que las modificaciones a la cobertura no sean menores o que las modificaciones notificadas sean objetadas, o que no se llegue de otra forma a un acuerdo entre las partes. El anteproyecto andino no ha contemplado este compromiso, en principio por no existir exclusiones al manejarse el concepto de mercado ampliado.

No hay en el CAFTA, cláusulas que consagren el principio de trato especial y diferenciado –TED-, o establezcan compromisos en la materia, como sí las hay en el GPA de la OMC y están planteadas en el Proyecto del ALCA. No obstante, del análisis de las listas que consagran el acceso, se pueden inferir algunos tratamientos transitorios y menores que podrían recoger este principio.

En el anteproyecto andino no se contempla en principio un TED, ni listas particulares de acceso, al estar todos los ámbitos contemplados en los compromisos.

Anexos sobre acceso (Anexo 9.1)

Tanto en materia de umbrales, como en entidades, bienes y servicios, el CAFTA establece discriminaciones con lo cual excluye de los compromisos determinada cobertura. En el anteproyecto andino la cobertura sería total.

XV. NORMATIVA AMBIENTAL

El Capítulo 17 sobre Medio Ambiente del CAFTA básicamente establece modalidades para: 1) hacer cumplir las leyes ambientales de las Partes, 2) proporcionar altos niveles de protección ambiental, 3) no bajar los estándares ambientales como atracción de la inversión extranjera, y 4) acordar áreas donde se reforzará la cooperación ambiental, todo ello mediante la aplicación de procedimientos detallados para la solución de discrepancias y la activa participación de representantes de la sociedad civil.

Asimismo, el tema ambiental aparece explícitamente en otros capítulos del CAFTA tales como inversiones, servicios, propiedad intelectual y acceso a mercados.

La relación del tema ambiental con el capítulo de propiedad intelectual tendría muchas más implicaciones a futuro para los países andinos que el propio capítulo ambiental. En la sección sobre Propiedad Intelectual de este análisis se registran los comentarios respectivos.

Con las prescripciones del CAFTA aplicadas a la Comunidad Andina se estaría alentando el patentamiento de plantas y animales lo cual constituye un desafío más importante que los desafíos propios del capítulo ambiental.

Posible Normativa Andina Afectada

Las posibles Decisiones andinas relacionadas a medio ambiente y biodiversidad que se verían afectadas son la Decisión 391 sobre el Régimen para el Acceso a los Recursos Genéticos y la Decisión 486 relativa al Régimen común sobre Propiedad Industrial.

Los Países Miembros de la Comunidad Andina, a través de la Decisión 391 y la Decisión 486, siguiendo el espíritu del Convenio de Diversidad Biológica, han establecido, entre otros, que:

- no son patentables componentes biológicos aislados (que no impliquen claramente una invención), y
- que en el caso de invenciones que incorporen componentes biológicos o genéticos, o conocimientos tradicionales, la concesión del título de patente esté sujeto a que se demuestre la procedencia legal de estos materiales y conocimiento, pudiendo ser una patente denegada o incluso anulada de no cumplirse con este requerimiento.

El tema resulta ser de alta importancia para los países andinos, poseedores del 25% de la biodiversidad del planeta

Acceso legítimo a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales

El problema mayor se da frente a países desarrollados que no han incorporado en sus legislaciones el requisito del respeto a los regímenes de acceso, bien propios o de terceros países, como es el caso de los EEUU que no han incorporado en su legislación de patentes la exigencia de demostrar el origen legal de los recursos genéticos.

Existen actos de biopiratería en los cuales investigadores foráneos toman recursos biológicos (materia viva) de países megadiversos y los patentan en sus países de origen.

La Decisión 391 sobre el régimen común de acceso a recursos genéticos se fundamenta en el acceso legítimo al recurso genético o conocimiento tradicional, previa la existencia de un consentimiento del Estado y/o de la comunidad indígena involucrada y en una distribución equitativa de beneficios resultantes de la utilización del recurso.

La negociación del TLC sería una oportunidad para que Estados Unidos implemente mecanismos que impidan la apropiación indebida de recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado a estos recursos, ya sea a través de incorporación de salvaguardas en su legislación interna de patentes, o a través de mecanismos vinculantes de cooperación para lograr la observancia de la Decisión 391.

Patentabilidad de plantas y animales

Por otra parte, la Decisión 486 relativa al Régimen común de propiedad industrial excluye de la patentabilidad a las plantas y a los animales, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la OMC (ADPIC).

Dado los resultados del capítulo de propiedad intelectual del Acuerdo CAFTA, en el cual se alienta a los países a otorgar patentes sobre invenciones relativas a plantas y animales, es importante resaltar que esto vulneraría la Decisión 486 e iría más allá de los acuerdos multilaterales suscritos. Asimismo, limitaría la posibilidad para el desarrollo de la industria biotecnológica de los países andinos y ocasionaría importantes implicaciones económicas y ambientales.

XVI. PROPIEDAD INTELECTUAL

Marco legislativo actual

El artículo 55 del Acuerdo de Cartagena²⁰ dispone que la Comunidad Andina cuenta con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

Desde la década de los setenta, los Países Miembros de la Comunidad Andina aplican normas comunitarias que regulan la protección de la propiedad intelectual en la subregión andina. Actualmente, la Comunidad Andina cuenta con normas que establecen regímenes comunes de protección a la propiedad industrial (Decisión 486²¹), protección de las variedades vegetales (Decisión 345²²), Derechos de autor (Decisión 351²³) y Protección de los Recursos Genéticos (Decisión 391²⁴). Las normas que regulan la materia de propiedad intelectual cumplen con los estándares previstos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)²⁵ de la OMC y en algunos casos conceden incluso mayores protecciones que las fijadas en éste.

Características más sobresalientes del CAFTA

Disposiciones generales

Disposición de Piso Mínimo: se mantiene la característica de “piso mínimo regulatorio” del ADPIC, contrastando así con la naturaleza de régimen común de la normativa andina que, como principio, no permite variar sus contenidos (incluso en la línea de su reforzamiento), a menos que se trate de aspectos no regulados por la norma comunitaria y siempre que tal ejercicio se haga en conformidad con el ordenamiento

²⁰ En su texto codificado mediante Decisión 563, de junio de 2003.

²¹ Régimen Común sobre Propiedad Industrial, del 14 de setiembre de 2000.

²² Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, del 21 de octubre de 1993.

²³ Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, del 17 de diciembre de 1993.

²⁴ Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, del 2 de julio de 1996.

²⁵ El ADPIC es un acuerdo “piso” para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Es decir, establece obligaciones que no pueden ser disminuidas, pero que sí pueden ampliarse.

jurídico comunitario²⁶. Se resalta que el texto CAFTA omite el párrafo de ADPIC referido a la libertad de escoger el método de aplicación de las obligaciones previstas, que acompaña la mencionada disposición de piso mínimo²⁷.

Adhesión inmediata o a cierto plazo a otros tratados de propiedad intelectual: Se prevé la ratificación de una serie de Tratados, muchos de los cuales aún se encuentran bien en fase de negociación o bien en fase de revisión en la OMPI, por lo que su texto final es aún incierto, como es el caso, en particular, de los tratados sobre patentes.

Las obligaciones de adhesión inmediata o a plazo determinado en el CAFTA se establecen en el artículo 1, en sus parágrafos 2 al 6.

En el Anexo aparece una tabla en la que se establecen los Tratados indicados en el CAFTA y los plazos para su suscripción por las partes:

En general, el tratado CAFTA determina la obligación de suscribir o ratificar determinados tratados internacionales en un plazo no mayor de 5 años, considerando un plazo de adecuación de sus leyes). En efecto, puede observarse que antes del año 2008 se obligan a la suscripción del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes. Asimismo, se obliga a la ratificación del Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas y el Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994.

Cabría advertir que la suscripción del Convenio de Budapest podría generar problemas de concordancia con la vigente Decisión 391. Por su parte la obligación de adherir a la versión UPOV 91 (incluso para Países Miembros que hubieran adscrito al acta del 74²⁸) reduce el ámbito del derecho del agricultor previsto en la Decisión 345. Cabe señalar aquí que con ocasión de su adopción la UPOV declaró compatible la señalada Decisión con el régimen de protección que administra, lo que haría innecesaria su inclusión en la lista.

El PCT, PLT y eventualmente si se considera, el SPLT podrían crear dificultades con el reconocimiento de los conocimientos tradicionales, el acceso a recursos genéticos y la sanción de la biopiratería, dependiendo de cómo quede la redacción final de los mismos, la que hasta el momento no ha sido favorable al reconocimiento de estos aspectos.

Aplicación complementaria de ADPIC: CAFTA prevé la aplicación complementaria de ADPIC en todo aquello no previsto en el tratado bilateral. Sin embargo, tal enunciado podría resultar insuficiente a la hora de privilegiar la letra del TLC frente a cualquier flexibilidad prevista en ADPIC. De hecho cabe tener presente que ADPIC siendo un piso mínimo puede ser superado por tratados más específicos. Asimismo debe tenerse en cuenta que ni el TLC Chile ni CAFTA han observado una redacción rigurosa, habiendo en ocasiones trasladado disposiciones completas del ADPIC que pudieran llevar al

²⁶ Al respecto, el artículo 276 de la Decisión 486 establece que “los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros.” Esta obligación debe entenderse y aplicarse a la luz del principio de complemento indispensable o preemption.

²⁷ Artículo 1.1. ADPIC: “...Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.(...”

²⁸ Como se indica en el cuadro relativo a Tratados, Bolivia, Colombia y Ecuador han suscrito el Convenio UPOV.

intérprete a pensar que donde el mismo ejercicio no se hubiera hecho, la voluntad del legislador era privilegiar el tratado específico frente a ADPIC.

Dadas sus características supranacionales y de Régimen Común, la normativa andina, no admite como principio la aplicación complementaria de ADPIC ya que constituye más bien un desarrollo a partir de éste. De cualquier modo y como quiera que este hecho se expresa en la parte considerativa de la Decisión, el texto de los ADPIC constituye fuente de referencia para la interpretación de las disposiciones comunitarias.

Trato Nacional: CAFTA prevé el principio de trato nacional, prescindiendo de la excepción de reciprocidad en materia de usos secundarios de fonogramas, previsto por texto del TLC EEUU- Chile. Así mismo sería menester tomar nota de que la normativa comunitaria incorpora las reservas al trato nacional por referencia a otros tratados internacionales²⁹ cuestión que ADPIC admite, así como las reservas que este último acuerdo también previa para ser ejercidas por los países miembros de la OMC, previa notificación.

Nación Más Favorecida: Es un tema no específicamente previsto en el texto analizado, No obstante, es propicio recordar que los Países Miembros de la Comunidad Andina notificaron el Acuerdo de Cartagena (que incluye la referencia al Derecho Derivado), al Consejo de los ADPIC en el marco del artículo 4.d del texto multilateral, lo que nos habilita cierta flexibilidad en el uso de un tratamiento diferencial más favorable entre los andinos, sin necesidad de hacerlo extensivo a terceros³⁰.

Conocimientos Tradicionales y Acceso a Recursos Genéticos: Es un tema ausente en el CAFTA, excepto por una nota al pie contenida en el segundo que señala no existir contradicción entre UPOV y la capacidad de las partes de proteger y conservar sus recursos genéticos y cuyo efecto jurídico es meramente declarativo. A nivel de principios es menester tener en cuenta el artículo 3 de la Decisión 486 que reconoce la importancia de estos elementos, así como los artículos 26 y 75 de la misma.

En efecto, el artículo 3 de la Decisión 486 establece que los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, **la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.** Además de eso, que reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos y que las disposiciones de la Decisión 486 se apliquen e interpreten de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.

²⁹ No nos referimos aquí el artículo 1 sobre Trato Nacional de la Decisión 486 que fue modificado por una sentencia 14-AN-2001 del Tribunal andino, sino a las excepciones generales de trato Nacional contenidas en el texto sobre los ADPIC y los tratados de la OMPI. En cuanto a la Decisión 351, sobre derechos de autor y conexos, el artículo 2 prevé conceder a los nacionales de otro país, una protección no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derechos de Autor y Derechos conexos.

³⁰ La misma sentencia antes citada modificó los alcances del artículo 2 de la Decisión 486 sobre Nación mas Favorecida. No obstante, a juicio de la SG ello no afecta la vigencia del principio tanto intra zona como extra zona, teniendo en cuenta la notificación efectuada al ADPIC.

Como se explica posteriormente, en el acápite sobre patentes, la normativa andina contiene en los literales h) e i) del artículo 26 de la Decisión 486, requisitos específicos a ser cumplidos en caso de solicitudes de patentes de productos o procedimientos obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados, o de conocimientos tradicionales de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen. Es así que, como requisito para solicitar la patente, se incluye la copia de contrato de acceso (en caso de recursos genéticos) o documento de licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades titulares de los mismos (en el caso de conocimientos tradicionales). El incumplimiento de dichos requisitos deviene en la nulidad de la patente conferida de manera irregular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Decisión 486.

Así pues como se observa el tratamiento de este tema en la normativa andina, tiene en cuenta al menos las siguientes premisas:

- Distingue acceso y uso de recursos genéticos y acceso y uso de conocimientos tradicionales.
- La acreditación del acceso o uso lícito se vincula a la solicitud de patente, como requisito formal de orden sustantivo,
- No se confunde el requisito con los criterios de patentabilidad
- Se genera una consecuencia legal directa sancionable con nulidad
- Se vincula el tema a los asuntos de observancia.

Cobertura Temporal: Se excluye la cobertura de materia preexistente, pero el texto no es claro en lo relativo a la cobertura de hechos o derechos sobrevinientes de materia preexistente.

Con relación a estos mismos temas, la normativa andina se basa en el principio de aplicación inmediata de la norma³¹. De otro lado y por vía de la jurisprudencia comunitaria, las protecciones retroactivas tipo “pipeline” han sido prohibidas³².

Transparencia: Se refiere, principalmente a obligaciones de publicidad sobre leyes, reglamentos y sentencias relacionadas con el tema de la propiedad intelectual. La normativa andina contiene disposiciones relativas al fortalecimiento de la capacidad institucional de las oficinas nacionales competentes, al intercambio de información tecnológica y, en el artículo 278 de la Decisión 486 se menciona expresamente la obligación de intercambio de información mediante el envío de las Gacetas o Boletines, para su consulta pública, además de la interconexión de las bases de datos de las oficinas.

No Abuso del Derecho: Este importante principio está considerado únicamente con relación a prácticas anticompetitivas, pero no con respecto al espectro más amplio del principio mismo. El texto CAFTA establece además que las medidas que se adopten

³¹ Al respecto, ver la Primera Disposición Transitoria de la Decisión 486, que precisa que “todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión, se regirá por las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento salvo en lo que se refiere a los plazos de vigencia, en cuyo caso los derechos de propiedad industrial preexistentes se adecuarán a lo previsto en esta Decisión. (...)”

³² El artículo 21 de la Decisión 486 establece “Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.” Asimismo, el desarrollo jurisprudencial mediante Sentencias emitidas por el TJCA en los procesos I-AI-96 y 89-AI-2000.

para evitar el abuso, deben ser compatibles con el capítulo de Propiedad Intelectual. La redacción de ADPIC en este sentido, resulta más amplia (artículo 8.2). También puede encontrarse una interesante referencia, en la parte de principios generales del Capítulo sobre Propiedad Intelectual del ALCA.

A nivel del derecho secundario, este principio no se ha desarrollado aún en disciplinas concretas, sin embargo, es importante tener en cuenta que el mismo forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario andino.

Adopción de Medidas para proteger la salud, nutrición y desarrollo: No existe una mención a este tema, probablemente en la línea de no reiterar el artículo 8.1 de los ADPIC, aunque se hace difícil comprender las razones que justifican que otras disposiciones de los ADPIC se hayan trasladado al CAFTA y ésta no. Habría que tener en todo caso en cuenta que el TPA (que es la norma que contiene la autorización de negociación de los TLCs y fija el marco legal de negociación para los EEUU), contiene el mandato de observar las disposiciones del Acuerdo Ministerial de Doha por lo que debería ser posible considerar el párrafo 6 de dicha disposición (sin perjuicio de los contenidos sobre acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales, también presentes en dicha Declaración, contenidos en el párrafo 11).

Al respecto, cabe precisar que Resolución REEMSA 396, emitida en la XXV Reunión Ministerial de la Región Andina, llevada a cabo en Puerto Ordaz, Venezuela, en febrero de 2004, precisa en su párrafos 9 que:

“(…)

9. *Habiendo adherido nuestros respectivos países, a la Declaración de DOHA sobre el acuerdo ADPIC y el acceso a la salud, adoptada por la Conferencia Ministerial de la OMC, el 14 de Noviembre de 2001, en Doha, Qatar, los Ministros de Salud y Protección Social **deciden propiciar como principio de interpretación de toda normativa, que regule los derechos de propiedad intelectual, el criterio de que los intereses de Salud Pública deben prevalecer sobre los intereses de carácter comercial. Esto es particularmente válido para la consideración de toda nueva normativa que decidan adoptar nuestros países.***” (el destacado es nuestro)

Agotamiento del Derecho: Aunque este principio no ha sido previsto explícitamente en el texto del CAFTA. Los negociadores centroamericanos entienden que rige en tal sentido el criterio de ADPIC de dejar libertad a los países para regular al respecto.. Haciendo uso de esta flexibilidad, la opción andina en propiedad industrial³³ y variedades vegetales ha sido desde hace ya muchos años a favor del agotamiento universal, en el entendimiento que esa constituye la opción más favorable a la competencia, dadas las características de nuestro mercado.

El agotamiento universal del derecho ha merecido algún grado de discusión en el campo de los derechos de autor y conexos, dado que la redacción del principio es un tanto distinta, sin embargo el reconocimiento del principio parecería ser la posición mayoritaria en la subregión.

Cooperación: En ausencia de obligaciones más concretas sobre transferencia de tecnología, se establece la obligación de elaborar y realizar proyectos de educación y difusión acerca del uso de la propiedad intelectual como instrumento de investigación e

³³ Artículos 54 y 101 d e la Decisión 486.

innovación, de seguimiento de medidas de observancia, de proyectos de coordinación, capacitación y cursos de especialización e intercambio de información entre las oficinas de propiedad intelectual y otras instituciones relacionadas, y del uso de sistemas electrónicos para la administración de la propiedad intelectual, mediante la gestión de un Comité sobre Creación de Capacidades relacionadas con el Comercio..

Las Disposiciones Finales y Complementarias de la Decisión 486, establecen mecanismos de difusión y divulgación de información tecnológica de las patentes de invención (art. 271), así como el objetivo de celebrar acuerdos de cooperación tendientes al fortalecimiento de la capacidad institucional (art. 272), el intercambio de información entre oficinas (art. 278), información sobre acceso a recursos genéticos (art. 275), y finalmente, el compromiso de la consolidación de un sistema de administración comunitaria (art. 278).

De otro lado es menester resaltar las disposiciones relativas a contratos de licencia y de transferencia de tecnología previstas en el Régimen Común sobre Tratamiento a los Capitales Extranjeros (Decisión 291) que aunque sin prever sanción alguna, establece prohibiciones y limitaciones a cierto tipo de cláusulas que, a juicio del legislador, puedan suponer asimetrías o desequilibrios en los respectivos contratos

Signos Distintivos (marcas y denominaciones de origen)

Cobertura: La protección marcaria, en atención a la legislación norteamericana, incluye las indicaciones geográficas, en tanto ésta últimas cumplan con todas las características requeridas para las marcas. Sin perjuicio de ello, es menester prestar atención a las disposiciones relativas a la identificación de una lista de productos preferentes contenidas en el Capítulo sobre Acceso del mismo tratado, habida cuenta que ciertos productos protegidos por indicación geográfica o denominaciones de origen, pueden hacer parte de dicha lista.

La legislación comunitaria andina trata específicamente las indicaciones geográficas y en particular las denominaciones de origen, concediéndoles un nivel de protección mayor que el que se confiere de ordinario a las marcas.

Se observa, de otro lado, que el texto CAFTA no incluye regulación específica sobre marcas de certificación y colectivas, que sí han sido consideradas en la norma andina.

Condiciones de protección: El Tratado CAFTA hace referencia a la protección de marcas olfativas y sonoras, lo cual ya está previsto en el régimen andino, en tanto y en cuanto sean susceptibles de representación gráfica.³⁴

De otro lado la normativa andina prevé en el párrafo final del artículo 136 de la Decisión 486 la posibilidad de registro de marcas que hayan adquirido distintividad por uso, aspecto no específicamente previsto en CAFTA. No obstante, el tratamiento de este aspecto, en caso de querer abordarse, no debería comportar dificultad ya que es reconocido por la legislación norteamericana.

³⁴ Al respecto, a la fecha existen algunas marcas sonoras registradas ante las Oficinas Nacionales competentes. La forma de representación gráfica utilizada fue la de trasladar el sonido a pentagramas. Cuestión distinta se presenta en el caso de marcas olfativas (p.e. cromatografía de gases, espectrograma).

Exclusiones: La normativa andina excluye la posibilidad de registrar como marca, signos que consistan en el nombre de pueblos y comunidades indígenas, afroamericanos y locales, los que distingan sus productos o los que constituyan expresión de su cultura o práctica. Esta disposición no está prevista en CAFTA.

Presunción de confundibilidad: El texto CAFTA, establece una presunción de confusión en contra del signo idéntico cuyo registro posterior se pretende. Asimismo la establece para el caso de las indicaciones geográficas. La práctica andina en este sentido sujeta la confundibilidad no únicamente a la identidad del signo sino a la clase del producto o servicio del que se trate, el tipo de giro de negocio y el público objetivo.

Signos Notoriamente Conocidos: Se establece una protección por remisión al Convenio de París, cuya protección es inferior a la prevista en la normativa andina.

En efecto, la Decisión 486 contiene disposiciones específicas respecto a la protección de los signos notorios, en el Título XIII. Así, el artículo 155, en sus literales d) al f) brinda protección ampliada al signo notoriamente conocido respecto de actos de comercio efectuados por competidores que tengan por objeto o efecto la pérdida de su capacidad distintiva, o la explotación de su reputación. Los actos de comercio se entienden en este caso, extendidos inclusive a actos de publicidad (art. 156). El Artículo 226, por su parte, establece que se entiende por uso no autorizado del signo notoriamente conocido, precisando que puede ser el uso del mismo de manera total o parcial (en tanto sea de una parte esencial) o una reproducción, imitación, traducción, o transliteración del signo, susceptible de crear confusión o inducir a error.

Es de mencionar que el artículo 233, dispone la protección de los signos distintivos notorios, de su uso no autorizado en medios electrónicos (internet). Finalmente, se prevé la posibilidad de cancelar el registro de un signo que sea similar o idéntico a uno notoriamente conocido, al momento de solicitarse el registro. (art. 235)

Procedimiento: Se incorporan condiciones mínimas para el establecimiento de sistemas de registro y publicidad de las marcas mediante medios electrónicos, así como de bases de datos e información disponibles al público en general. Este tipo de obligaciones pueden comportar algún nivel de dificultad en su ejecución ya que existen diferencias importantes entre los países andinos en materia de dotación y disponibilidad de recursos humanos y materiales. De todos modos valga indicar que existe un programa en ejecución para la interconexión de las bases de datos de las oficinas andinas.

Registro de Licencias: Los textos analizados contienen una disposición que señala la no exigencia de registro de licencias que sería contradictoria con el artículo 181 de la Decisión 486, ya que si bien dicho registro no es constitutivo de derechos, sino para efectos de hacer fe frente a terceros, la mención es tan amplia que incluso cubriría este tipo de registro.

Nombres comerciales, rótulos o enseñas: Como se señaló, estos temas no están mencionados en el CAFTA. En los últimos años, el valor del nombre comercial, rótulo o enseña se ha incrementado en respuesta a la facilidad con que una empresa ubica sucursales y utiliza las franquicias para tener presencia en mercados conexos, distintos al de su país de origen. Ello ha determinado una modificación del tratamiento de los nombres comerciales, ajustando su regulación a la de marcas (por ejemplo, la

posibilidad de su licenciamiento) y brindándole la protección de *signo notoriamente distintivo*, tal como se establece en la normativa andina.

Patentes

Requisitos de Patentabilidad: Siguiendo el criterio adoptado de manera previa en otros TLCs y en el ADPIC, el CAFTA asimila las expresiones “actividad inventiva” y “susceptibles de aplicación industrial” como sinónimos de las expresiones “no evidentes” y “útiles” respectivamente y que son propios de la legislación norteamericana. La inclusión de una disposición de este tipo aparece en primer término como redundante con respecto a ADPIC si se parte de la premisa que no existiría una renuncia por parte de los Países andinos a lo allí previsto.. Sin embargo, desasociado del resto de disposiciones en dicho tratado puede constituir una señal a favor no de la coexistencia de tradiciones legales diferentes en materia de tratamiento de patentes, sino en la identificación o peor aún en la sustitución de los criterios de patentabilidad continentales por los norteamericanos, lo que pudiera comportar un cambio sustancial en el grado de exigibilidad de los criterios de patentabilidad que tendría como consecuencia, conferir protección patentaria a productos o procedimientos que bajo nuestros estándares de evaluación de la patentabilidad, y que están cobijados por los ADPIC no serían patentables. Como correlato, dicho escenario podría comportar dificultades adicionales con respecto a la prohibición de patentamiento de segundos usos, formas usuales, mutaciones naturales, nuevas presentaciones, métodos y otros vigente en la normativa comunitaria y que ha sido ratificada por la jurisprudencia del tribunal andino.

En efecto, el artículo 21 de la Decisión 486 prohíbe el patentamiento de segundos usos, métodos terapéuticos, quirúrgicos, dosificaciones, métodos de negocios, programas de ordenadores y otros que EEUU propuso proteger en su propuesta original y que fue rechazada por los países centroamericanos.

Excepciones y Exclusiones a la patentabilidad: Los textos de CAFTA no contienen menciones al respecto lo cual ha abierto una importante controversia interpretativa. En la visión de estos países desde que se salvaguarda ADPIC tales exclusiones y excepciones se mantienen. Sin embargo, hay quienes sostienen que debido a que las exclusiones y excepciones son voluntarias y renunciables según los ADPIC, siendo éste además un acuerdo de piso mínimo, el hecho de no haberlas previsto en los textos específicos implicaría una severa limitación, cuanto no prohibición a su invocación y ejercicio.

Al margen de la discusión entre los interpretes del Cafta, es necesario tener en cuenta que a nuestros efectos, cualquier entendido de recorte o renuncia a la lista de excepciones y exclusiones comportaría una vulneración de normativa comunitaria ya que de acuerdo con la naturaleza del régimen común, su observancia no tiene carácter voluntario (artículos 15, 20 y 21).³⁵

Patentabilidad de Materia Viva: CAFTA reitera la posibilidad de excluir de patentabilidad, la materia prevista en los artículos 27.2 y 27.3 de los ADPIC, sin

³⁵ A este respecto, es conveniente revisar la norma contenida en la Segunda Disposición Transitoria de la Decisión 486, referida a la posibilidad de patentamiento de microorganismos hasta que se adopten las medidas resultantes del examen previsto en el apartado b) del artículo 27 numeral 3 del ADPIC. Asimismo, se deben tener en cuenta los **compromisos asumidos por los Países Miembros en el ámbito del Convenio Sobre Diversidad Biológica.**

embargo se compromete a realizar esfuerzos razonables para proteger plantas mediante patentes. Si bien el resultado negociado atempera la propuesta norteamericana inicial, lo cierto es que de acuerdo con la normativa vigente en ADPIC, las especies de plantas no son patentables y las obtenciones vegetales pueden ser protegidas sea mediante patente o mediante un régimen sui generis cualquiera. Por su parte, la norma andina excluye a las plantas de patentabilidad y protege las variedades mediante certificados de obtentor (régimen sui generis establecido en la Decisión 345). Al igual que ADPIC, la normativa andina tampoco permite el patentamiento de razas animales.

De otro lado, el artículo 280 de la Decisión 486 la posibilidad de patentamiento de un organismo genéticamente modificado (OGM) o el proceso tecnológico para su producción, *en tanto sea contemplado por la legislación interna de los Países Miembros*,. Dicha previsión, sin embargo, está sujeta a la revisión del artículo 27.3.b de los ADPIC que temporalmente la cobija.

Plazos de protección: Se prevé la extensión de los plazos de protección mediante la “compensación” por tramitación dilatoria injustificada del proceso de registro de patente. El texto del tratado CAFTA establece además un umbral de demora en la emisión de la patente superior a cinco años a partir de la fecha de presentación de la solicitud o de tres luego del examen (no especifica si se trata del examen de forma o el de fondo), excluidos los actos atribuibles al solicitante. Para algunos, la introducción de esta figura podría ser considerada como una alteración del plazo de protección de la Decisión 486 no previsto en dicha norma y por ende, incompatible con ésta.

“Linkage (patente – data farmacéutica)”: Se establece el vínculo entre la protección por patente y la protección de data farmacéutica o agroquímica, disponiéndose la imposibilidad de fabricación uso o venta en territorio local de productos que se hubieran apoyado en la data original del producto o procedimiento en tanto se encuentre vigente su patente.

Esta disposición constituye un estándar de doble protección al dato de prueba por encima de ADPIC que adicional a la exclusividad que se genera a favor del dato protegido, según explicamos más adelante, inhibe entre otras, la posibilidad de otorgar licencias obligatorias que requieran de dicha data para su implementación. Cabe anotar que esta solución aparecería como contraria a ciertas disposiciones contenidas en la legislación norteamericana vigente sobre competencia comercial que precisamente ha obligado en varias oportunidades a la concesión de licencias obligatorias y al develamiento de la información protegida por secreto empresarial, en casos de abuso de posición de dominio u otras faltas a la libre competencia.

Nulidad de Patente: CAFTA sujeta la revocatoria o anulación de patente únicamente a razones “que pudieran haber justificado el rechazo al otorgamiento de la patente”, y agrega la salvedad del artículo 5.A.3 del Convenio de Paris. Este texto de ambigua formulación ha sido interpretado por algunos como restringido al no cumplimiento o inadecuada observancia de los criterios de patentabilidad y no aplicable a otras razones de nulidad como las administrativas, las cuales, incluyen específicamente la ausencia de consentimiento informado previo o del contrato de acceso cuando se trata de patentes desarrolladas a partir de o con uso de conocimientos tradicionales o de recursos genéticos. Otras causales que bajo esta interpretación podrían quedar fuera serían las relativas a los casos de mala fe, fraude y falta de representación.

Indicaciones Geográficas

Definición: La definición contenida en el CAFTA es menos completa que la considerada en la norma andina sobre Propiedad Industrial (Decisión 486, artículo 201). Aún así dicho tratado contiene una serie de disposiciones de carácter adjetivo que si bien no son necesariamente incompatibles con la normativa comunitaria, no están previstas en ella. De otro lado, la norma comunitaria contiene una serie de disposiciones de orden sustantivo que hacen el tratamiento de las indicaciones geográficas superior en cuanto a contenidos y alcance. De no preverse una reciprocidad en el trato, de cara a un TLC, se advierte que podrían los andinos terminar confiriendo a los productos norteamericanos una mejor protección que la que se confiera a nuestros productos en territorio norteamericano..

Los aspectos sustantivos relativos a su protección, esto es vía marca, ya fueron comentados en la sección correspondiente³⁶.

Nombres de Dominio en Internet

Piratería Cibernética: Se establecen una serie de requisitos a ser cumplidos por las autoridades nacionales en materia de registro así como la obligación de desarrollar procedimientos de solución de controversias con base en la “Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio”. Si bien dicha política es generalmente observada por nuestros países en la práctica, es menester señalar que este es un punto que no fue negociado en la normativa comunitaria en el entendido que dadas sus características extraterritoriales y sobre todo globales, era conveniente contar con un basamento multilateral primero y desarrollar más experiencia local,, antes de asumir compromisos de cualquier orden.

Información no divulgada y productos regulados

Protección sustantiva: La normativa andina, en el artículo 266 establece la posibilidad con que cuenta cada País Miembro, de tomar las medidas para garantizar la protección de los datos de prueba de productos farmacéuticos o agroquímicos, los mismos que son objeto de protección en tanto su elaboración haya supuesto un esfuerzo considerable, y se hayan mantenido en reserva por su titular. La redacción del primer párrafo del artículo 266 recoge de manera textual el artículo 39.3 ADPIC, dejando en cabeza de los Países Miembros la instrumentación de dicha facultad de protección.

Los textos analizados modifican de manera importante el lenguaje contenido en el artículo 39.3 de los ADPIC. Así por ejemplo:

- a) independiza la protección del ámbito de la competencia desleal en el que se inscribe tanto a nivel multilateral como comunitario, conferiéndole a la materia una identidad jurídica propia y distinta. Así si bien de acuerdo con ADPIC y el Régimen Comunitario, los países miembros pueden optar por mecanismos de tipo compensatorio frente a un acto de competencia desleal en el mercado, tal posibilidad se sustituye por un único tratamiento en la línea de la responsabilidad del Estado y la concesión de derechos de exclusividad.

³⁶ Cabe precisar, al respecto, que al incluirse a las denominaciones de origen en el grupo de “marcas”, la duración de la protección y su renovación, así como las características de la transferencia de derechos, licencias y otros – equiparable a la de la marca de certificación – varían ostensiblemente del esquema de protección andino.

- b) Sustituye el concepto de “entidad química” por el de “medicamento” que es más amplio, extendiendo así los alcances de la protección incluso eventualmente a los casos de utilización de nuevos excipientes en una misma sustancia química.
- c) Trata específicamente la data vinculada a la seguridad y eficacia de un producto, con lo que podría iafectar el desarrollo de trámites sumarios de aprobación de medicamentos y agroquímicos amparados precisamente en estudios de bioequivalencia y biodisponibilidad.
- d) Sujetan el concepto de “novedad” de la entidad química al hecho de que no hubiera sido previamente aprobada, con lo que se limita el recurso a otros criterios de novedad más amplios
- e) Sujetan la comercialización a la previa autorización del titular de la información como condición, con lo que se limita el otorgamiento de licencias obligatorias.

Adicional a ello, el texto CAFTA confiere exclusividad por cinco años para los productos agrícolas y diez para los agroquímicos.

Sin perjuicio de lo anterior, CAFTA, en una redacción a nuestro juicio, un tanto confusa, puntualiza que la información en dominio público no es objeto de protección y que la divulgación hecha por una entidad de gobierno, de todos modos garantiza la protección contra todo uso comercial desleal. Por otro lado, dispone que el procedimiento de registro sanitario debe contener en sí mismo medidas de prohibición de comercialización.

Se genera en conjunto un estándar ADPIC *plus* inclusive superior a la protección prevista tanto en el TLCAN como en la propia legislación norteamericana vigente.

De acuerdo con la Resolución 817 de la Secretaría General si bien la regulación comunitaria sobre esta materia podría admitir la adopción de plazos de exclusividad, la flexibilidad de su formulación no habilitaría la eventual modificación del tipo de protección por competencia desleal prevista en el marco comunitario ni la alteración de los elementos sustantivos requeridos para que la protección opere. Sería menester analizar la consistencia de criterios como los introducidos en los TLCs con lo dispuesto por la señalada Resolución.

“Linkage (data farmacéutica o agroquímica - patente)”: En adición a lo señalado en este mismo punto, en la parte relativa a patentes, el texto del CAFTA prevé que por vía de compensación, se extienda el plazo de patente bajo la figura denominada: “restauración del plazo de patente”, en caso de demora injustificada en la concesión del registro sanitario. También incluye la obligación por parte de la autoridad sanitaria de poner a disposición del titular de la patente la identidad de cualquier tercero que solicite la autorización de comercialización efectiva durante el plazo de la patente y negar la autorización de comercialización a cualquier tercero, antes del vencimiento de la patente, salvo consentimiento o aquiescencia del titular de la misma.

Es de notar que en esta parte no se establecen umbrales o límites para que la compensación opere, existiendo un lenguaje un tanto distinto al utilizado para los casos de extensión de plazo de la patente por demoras de la autoridad de patente. Asimismo se coloca en cabeza de la autoridad sanitaria la obligación de hacer seguimiento y salvaguardar intereses de particulares en un ámbito (la propiedad intelectual) que le es ajeno. Finalmente puede generar retrasos severos para el ingreso en el mercado de

nuevas producciones patentables, pues estas no podrán comercializarse en tanto la protección de data se encuentre vigente, aún cuando el nuevo producto cumpla todas las condiciones de patentabilidad.

Derechos Conexos

Derechos de los artistas, interpretes, ejecutantes y productores de fonogramas: Se prohíbe toda forma de reproducción permanente o temporal, incluido el almacenamiento temporal en forma electrónica de interpretaciones, ejecuciones o fonogramas (“back-ups”). CAFTA hace extensivo además este tipo de protección a los autores, ampliando de esta manera los alcances del derecho de autor., adicionalmente al hecho de ampliar también el concepto de “fijación” convencionalmente utilizado en nuestros países.

Cabe mencionar que el concepto ampliado de “fijación” en particular en el entorno digital, ha dado lugar a una serie de medidas de observancia que han sido cuestionadas por diversas organizaciones de consumidores en los Estados Unidos, muy recientemente. Un aspecto muy discutido en este sentido, ha sido la situación de la copia personal antes claramente permitida por la legislación sobre derechos de autor y conexos (máxime si es material de estudio o investigación). Asimismo se discute la pertinencia de sancionar fijaciones carentes de finalidad comercial, dado que de acuerdo con la tradición del “copyright” lo relevante en todo caso es la afectación cierta de derechos patrimoniales, lo que en este caso no ocurre

Se incluye en la prohibición toda forma de fijación alámbrica o inalámbrica, incluida la posibilidad de poner a disposición del público interpretaciones o ejecuciones por internet o correo electrónico (Napsters, MP3 etc). Igual concepto aplica a la posibilidad de otorgar licencias obligatorias., pero acertadamente esto se condiciona a lo que al efecto prevea la legislación interna.

De igual manera, en lo que se refiere a la radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva, la misma prohibición, así como la regulación de sus excepciones o limitaciones se sujeta a la legislación interna. En tal sentido, es de considerar lo dispuesto en el artículo 34 de la Decisión 351 que señala que los titulares de derechos de autor *no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.*

Excepciones:. CAFTA no contiene una disposición expresa en la materia , probablemente en el entendido que las excepciones del Convenio de Berna aplicarían por remisión a los ADPIC..

Sin perjuicio de los comentarios relativos al riesgo de librar cuestiones fundamentales de ámbito a la interpretación, es de indicar que tanto el mencionado Convenio de Berna, como los tratados de la OMPI sobre Derechos de Autor y de Interpretación o Ejecución de Fonogramas dejan en libertad a los países de regular la materia. Por su parte la normativa andina en remisión a la Convención de Roma para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, permite establecer mediante legislación interna, límites a los derechos conexos reconocidos por la Decisión.

Plazos de Protección: Cafta establece un plazo protección bastante extendido si se tiene en cuenta la naturaleza más perentoria del tipo de obra protegida bajo los

derechos conexos y sin distinguir por tipo de derecho protegido, de setenta años contados a partir del final del año civil de realizada la primera publicación autorizada o de cincuenta años a partir de la fijación que no deberá ser inferior al plazo anterior. Alternativamente permite contar el plazo a partir de la vida del autor más setenta años desde su muerte. Cafta extiende la misma posibilidad de protección a las obras fotográficas La Decisión 351 prevé una protección no menor de cincuenta años a partir del primero de enero del año siguiente a aquel en que tuvo lugar la primera interpretación, ejecución o fijación. Sin embargo siendo una disposición de piso mínimo, en este caso es posible que los países miembros confieran protecciones mayores

Cafta extiende el mismo plazo de protección a las obras fotográficas.

Derechos de autor

Protección sustantiva: Lo relativo al derecho de prohibir o limitar la comunicación al público de las obras, así como la puesta a disposición del original y copias, se regula de manera similar a lo previsto en la parte de derechos conexos por lo que se hacen extensivos en lo pertinente, los comentarios realizados en dicha parte.

Plazos de Protección: Los plazos de protección previstos, que son similares a los especificados en la parte de derechos conexos deberán compatibilizarse con el límite mínimo previsto en la normativa andina que establece un plazo no inferior a la vida del autor más cincuenta años. Particularmente, en el caso de personas jurídicas, el umbral de la Decisión andina se sitúa por debajo de los requeridos en CAFTA.

Excepciones: Al igual que en patentes, CAFTA no incluye disposiciones relativas a las excepciones. ADPIC por su parte, se limita a establecer que las limitaciones o excepciones no podrán atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. La normativa andina, por su parte, en conformidad con ADPIC, establece una lista de actividades que no constituirían infracción de derechos de autor que sería menester considerar a los efectos del TLC (artículo 22 de la Decisión 351).

Temas ausentes: No hay disposiciones relativas al derecho moral a la protección del folklore o al derecho de cita de comunidades indígenas o locales.

En cuanto a lo primero, el Capítulo IV de la Decisión 351 dedicado a los derechos morales del autor, determina que *el autor tiene el derecho inalienable, imprescriptible e irrenunciable de conservar la obra inédita o divulgarla; reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.* De otro lado, determina que a la muerte del autor, *el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes*, por el plazo de hasta 50 años, una vez extinguido el derecho patrimonial, será el Estado u otras instituciones designadas quienes asumirán la defensa de la paternidad de la obra por el autor y la integridad de la misma. Asimismo, en el artículo 12 de la Decisión se faculta a los Países Miembros a reconocer otros derechos morales mediante legislación interna. Si bien podría señalarse que un tratado de comercio se centra en cuestiones relativas al tratamiento de los derechos patrimoniales, no resulta menos cierto que el derecho moral (normalmente previsto en las legislaciones de tradición autoral, en comparación con las de tipo “copyright”) tiene emanaciones importantes en el campo económico y no menos importante en el campo

de las obligaciones de observancia. Particular atención debe presentarse en este sentido a los casos de mutilación o modificación no consentida de la obra.

Obligaciones Comunes al Derecho de Autor y Derechos Conexos

Autorizaciones: Se dispone la necesidad de requerir la autorización tanto del autor como del artista, interprete o ejecutante, no siendo excluyentes entre sí. Específicamente se indica que ello se hace con la finalidad de no establecer preeminencia entre uno y otros derechos. La normativa andina dispone algo similar, sin perjuicio de lo cual, establece también que en caso de conflicto, prevalece lo que más favorezca al autor. En efecto, el artículo 33 de la Decisión 351 precisa que *la protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en [la norma andina] podrán interpretarse de manera tal que menoscable dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor.*

Uso gubernamental de Programas de Cómputo: Se establece explícitamente que las entidades estatales sólo podrán utilizar programas autorizados. En principio ello no obstaculizaría la promoción de “software libre” que algunos gobiernos andinos están promoviendo, pero sería aconsejable verificar este factor. De otro lado si bien la normativa comunitaria no contiene reglas específicas sobre uso gubernamental de programas de cómputo o bases de datos, es también conveniente tener presente lo dispuesto en el Capítulo VII de la Decisión 351 que les es aplicable.

Gestión de Derechos

Se establece la obligación de proporcionar recursos jurídicos adecuados y efectivos para penalizar actos deliberados o culposos realizados a sabiendas o debiendo haber sabido, que permitan, induzcan, faciliten, alteren, modifiquen u oculten información relativa a infracción de derechos de autor o conexos, así como la relativa a gestión de derechos. Se aplica en este sentido, *mutatis mutandis*, lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de Berna. CAFTA también cita el artículo 14.6 de los ADPIC.

La normativa andina contiene el reconocimiento y protección de las entidades de gestión colectiva, pero no desarrolla sanciones civiles o penales por infracción de las actividades por éstas realizadas. En efecto, del Capítulo XI de la Decisión 351 se desprende que sólo en la medida que éstas sociedades actúen en el ámbito de los derechos confiados a su administración y dentro de los límites que le establecen sus propios estatutos y los contratos de representación suscritos con el autor, intérprete o ejecutante, es que tiene posibilidad de actuar en todas las vías y recursos que franquee la ley interna. Así pues se observa que dichas sociedades no tienen título para actuar por derecho propio y tampoco prevé que un acto contrario a los intereses de la sociedad de gestión (sin perjuicio de ser recurrible el acto por otras vías eventualmente si hay usurpación, fraude u otro) constituya en sí mismo una categoría protegible por propiedad intelectual. De la misma manera, tampoco establece obligaciones por parte del Estado para hacer objeto de la ley penal las infracciones tanto por derecho de autor como las “infracciones a la gestión colectiva” y asimismo crear los conductos penales correspondientes.

Medidas Antielusión

Se trata de una materia no regulada por ADPIC ni la normativa comunitaria. Se establece responsabilidad civil y penal para la elusión deliberada de medidas tecnológicas efectivas que restrinjan el acceso a una obra, interpretación, ejecución o fonograma protegido. Dicha sanción se hace extensiva a quien produzca, venda, importe o comercialice aparatos o herramientas para tal fin.

El tema ha levantado controversia, debido en primer lugar a la penalización de una figura civil y en segundo lugar por los alcances que puede llegar a tener esta disposición, tanto en cuanto a la responsabilidad que pudiera imputarse a público consumidor (incluidos el consumo por niños, adolescentes e investigadores sin afán comercial alguno), como a los productores, distribuidores y comercializadores de aparatos que no obstante no tener por finalidad específica eludir medidas tecnológicas, pudieran servir para ello. En este sentido es recomendable hacer una revisión de la jurisprudencia reciente norteamericana y de otros países relativa a antenas satelitales, decodificadores de televisión por cable, ciertos aparatos de radioaficionados, herramientas caseras para la captación de señales, etc,

Dados los alcances de disposiciones de este tipo, el texto CAFTA excluye específicamente actividades de bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro, y lo que denomina actividades “no infractoras” de ingeniería inversa. Asimismo permite, sin que ello constituya una infracción a medidas antielusión, la introducción de mecanismos de seguridad o de censura a menores (“nanny programmes” y “home sitters”) y la codificación y decodificación de buena fe y con fines de investigación. Sin embargo, no deja clara la situación de instituciones que teniendo fin de lucro, realizan actividades educativas o de difusión sin finalidad comercial, o la situación de personas naturales que carecen de finalidad comercial.

Protección de Señales de Satélite Codificadas Portadoras de Programas

El tema no es regulado por ADPIC ni la normativa andina. Se sanciona, como tipo penal, la realización de cualquier acto desde la construcción hasta el arrendamiento o distribución de dispositivos o sistemas tangibles o intangibles a sabiendas de que sirven para decodificar señales de satélites portadoras de programas codificados, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal. Asimismo se sanciona la recepción o distribución maliciosa de una señal satelital portadora de un programa codificado, sabiendo que ha sido decodificada sin autorización del distribuidor legal de la señal.

Sin perjuicio de la acción penal, se dispone también que cualquier persona que tenga un interés en la señal codificada o su contenido podrá instaurar una acción civil incluyendo daños compensatorios.

Esta materia tampoco está exenta de controversia, particularmente en los casos de decodificación accidental de señales satelitales y la captación doméstica o no comercial de señales lanzadas al espacio radioeléctrico mediante dispositivos de elaboración casera o comercial (antenas), aspectos que debieran ser objeto de una excepción expresa en el TLC a negociar.

Correlacionado con ello, amerita reflexión la obligación relativa al alcance y reconocimiento de derechos de “broadcasting” y de los retransmisores de señales.

Observancia

Responsabilidad en materia de Implementación: El texto CAFTA introduce una importante variación con relación al Tratado Chile- Estados Unidos que obliga a la implementación de medidas de observancia aún cuando no se disponga de recursos para ello. En comparación, el texto que comentamos mas bien dispone que cada Parte garantizará que los procedimientos y recursos establecidos para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, sean establecidos de acuerdo con los principios del debido proceso que cada Parte reconozca, así como con los fundamentos de su propio sistema legal. Asimismo, no impone la obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni tampoco respecto de la forma de distribución de recursos para tal fin³⁷

Ello sin embargo no resuelve el hecho de que existe una garantía por parte del estado de establecer procedimientos para la sustanciación de las reclamaciones por observancia y de dotar de recursos para ello, obligación de lealtad y buena fe que podría ser objeto de un procedimiento por solución de controversias si se incumpliera o si se encontrara responsabilidad por omisión en la dotación de recursos y procedimientos. Asimismo es de advertir que la obligación de debido proceso podría implicar la observancia de los plazos de sustanciación legalmente establecidos y en tal sentido la posibilidad de una reclamación (en particular en el campo de una acción por no violación), acorde con lo previsto en el Capítulo de Solución de Controversias. En ese mismo orden de ideas, no debe perderse de vista el hecho cierto que los países andinos continúan teniendo serias dificultades con la implementación de los ADPIC por razones de carencias presupuestales, materiales y humanas y no se encuentran en capacidad, en el corto plazo de asumir compromisos de implementación y observancia de nivel ADPIC-Plus, que según ha quedado planteado en CAFTA y sus predecesores ha significado asimismo el incremento de las acciones de oficio por parte del Estado en la tutela de los derechos de propiedad intelectual.

Cabe anotar que éstas entre otras razones subyacen a la razón de que la normativa andina vigente, no establezca de manera expresa obligaciones para los Países Miembros respecto de la forma de implementación de las medidas de observancia, como tampoco lo hace ADPIC y por la misma razón deja la posibilidad de instaurar acciones de oficio, a lo que al respecto disponga la legislación interna de cada país andino³⁸,

Tipo de Medidas: Una primera observación está referida a la “penalización” de las infracciones. Una segunda observación está referida al incremento de acciones de oficio que deberá asumir el Estado en defensa de los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Una tercera constatación menos estructural pero no por ello menos importante, es que se establece con mucho detalle una serie de disposiciones con relación al tipo de procedimiento, administrativo, civil y penal que debe adoptarse para lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual en general y en particular en relación con marcas, señales satelitales, derechos de autor y derechos conexos.

³⁷ A diferencia de las obligaciones establecidas en el TLC Chile – EEUU, que no incluyen esta clausula.

³⁸ Al respecto, el artículo 257 de la Decisión 486 señala que los Países Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales para los casos de **falsificación de marcas**.

Así por ejemplo, entre otras cosas, se regulan los conceptos indemnizatorios al pago de la compensación por el daño sufrido. En cuanto a las ganancias obtenidas por el infractor no consideradas en los daños se acota a los casos de falsificación de marcas. La base de valoración antes dejada a la legislación interna, se fija en el valor “legítimo” de venta al detalle. En materia de indemnizaciones predeterminadas, se fija una obligación mínima para fonogramas, interpretaciones y ejecuciones protegidas, así como para falsificación de marcas.

En materia de costas, se incluye además de los costos procesales, los “honorarios razonables” de abogados, así como de los honorarios de técnicos o expertos utilizados en los procedimientos.

Finalmente, se incluyen detalles sobre las posibilidades de secuestro o decomiso bajo sospecha de infracción, así como la destrucción discrecional de productos infractores. Se limita la donación por caridad al consentimiento previo del titular y al hecho que no se afecte la explotación de la obra.

Como apreciación general puede indicarse que las medidas previstas en este Capítulo van más allá de la normativa ADPIC y comunitaria, pero no son necesariamente incompatibles con ella. Sin embargo si presentan ciertas dificultades con respecto a la normativa y práctica nacional vigentes que requerirían tanto adecuación normativa (tanto sustantiva como procedimental) como dotación de recursos materiales y humanos. En tal sentido se reiteran los comentarios del punto anterior.

En la revisión resultaría útil tener en cuenta disposiciones tipo ALCA, sobre la no obligación de aplicar procedimientos de observancia a mercancías puestas en el mercado de otro país por el titular del derecho o con su consentimiento, ni a mercancías en tránsito. Asimismo, sobre la carga de la prueba, en el sentido que el recurrente deberá aportar pruebas prima facie (incluso en acciones *in audita altera parte*, si se deciden prever) de la infracción y sobre la identificación de las mercancías y sobre la obligación de prestar fianza.

Medidas en Frontera: Se establece la presunción de infracción del derecho de propiedad intelectual en caso de mercancías sospechosas, con la consiguiente obligación de suspender el despacho aduanero, aún cuando hubieran dificultades en identificar la mercancía. En contraste, la norma andina requiere el suministro de información necesaria y descripción suficientemente detallada y precisa para efectos del reconocimiento³⁹. La normativa andina prevé, además, en el artículo 256 de la Decisión 486 la exclusión de la aplicación de estas disposiciones las *cantidades pequeñas de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas*.

En general, la necesidad de adecuar normativa nacional y acondicionar recursos materiales y humanos también se presenta en este campo.

³⁹ El Capítulo III de la Decisión 486 establece la posibilidad que tiene el titular de un derecho de propiedad industrial que tuviera motivos fundados para suponer que se va a realizar la importación o exportación de productos que infringen ese registro, de solicitar la suspensión de dicha operación aduanera. Para ello, de acuerdo al artículo 250 debe proveerse de información necesaria y descripción suficientemente detallada a la autoridad nacional competente. Se prevé la posibilidad de la autoridad nacional competente de iniciar acciones de oficio.

Medidas Penales: CAFTA contiene exigencias que incluyen una figura de responsabilidad objetiva que presume la existencia de infracción dolosa aún cuando no exista motivación directa o indirecta de ganancia económica, siempre que el daño o perjuicio actual o probable, supere los valores de menor cuantía. Aún cuando es forzoso reconocer que la penalización de las infracciones de propiedad intelectual ya está contenida para algunos casos en la legislación penal de los países miembros. Esta disposición de ser trasladada al caso andino, extendería los alcances de dicha penalización de manera importante. Asimismo sustituye la presunción de inocencia del derecho penal, por una responsabilidad objetiva de tipo penal que sería, en muchos casos, muy difícil de remontar, dada la dificultad práctica de que el acusado pruebe que no tenía intención dolosa, máxime cuando dispone que la variable económica no será un factor que incida en la imputación del tipo penal.

Si tal disposición se vincula a las obligaciones sustantivas previstas en CAFTA, así como a las disposiciones generales sobre observancia y al procedimiento de solución de controversias del tratado, encontramos la necesidad de reflexionar seriamente sobre la inclusión de este tipo de postulaciones. En la alternativa, hace necesario la introducción de una graduación penal que salvaguarde la proporción entre la sanción penal y la gravedad de la falta.

Cafta también dispone que, las sanciones deben incluir penas privativas de libertad y/o sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias de futuras infracciones, considerándose el pago de daños punitivos, figura no considerada en el esquema andino ni tampoco en las legislaciones penales de los Países Miembros. Se brinda a la autoridad nacional competente la facultad de tomar medidas de observancia de oficio, al menos en el caso de falsificación de marcas o piratería lesiva de derechos de autor, (a lo cual y sin que ello contradiga las reflexiones anteriores, podría agregarse, dado el interés andino en el tema, actos de piratería lesiva de los derechos de conocimientos tradicionales y sobre el acceso a recursos genéticos).

Limitaciones de Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet:

Se establecen disposiciones destinadas a limitar, para determinados supuestos, las exclusiones de responsabilidad a los proveedores de servicios de Internet, con relación a actos de terceros que aún no estando bajo su control ocurran a través de sistemas o redes controlados por tales proveedores. Esta es una materia que debe ser vinculada a las obligaciones sobre medidas antielusión y con las obligaciones relacionadas con la “fijación” digital, además de su evidente relación con las disposiciones generales sobre observancia. Si bien en sustancia la disposición, aparentemente no comporta dificultades, pudiera resultar limitada. En tal sentido y debido a que no está regulada en ADPIC, la normativa andina y la normativa local, debe ser cuidadosamente analizada en cuanto a sus efectos y alcances.

Disposiciones en otros Capítulos

Brevemente y a título enunciativo se mencionan las siguientes:

- Capítulo sobre Servicios: Incorporación del tema de “productos digitales” y su tratamiento arancelario en el capítulo 14 referido a Comercio Electrónico.
- Capítulo sobre Inversiones: Determinación como activo y por tanto como elemento protegible, incluso, si se acepta, por expropiación indirecta (que entre otras cosas y según la práctica internacional, podría incluir los casos de “invasión

regulatoria”) y podría suponer también la eventual adopción de una obligación de confidencialidad.

- Capítulo sobre Solución de Controversias: Incorporación de las disputas por no violación, cuya moratoria ha sido prorrogada en los ADPIC y que configuraría la posibilidad del establecimiento de paneles por problemas de demora administrativa o judicial entre otras.
- Capítulo sobre Acceso a Mercado, en lo relativo a la lista de productos preferentes, por su vinculación con productos protegidos por denominación de origen.

ANEXO 1

DECISION 598

Relaciones comerciales con
terceros países

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES EN REUNION AMPLIADA CON LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los Artículos 1, 3, 50, 51, 52 y 86 del Acuerdo de Cartagena codificado mediante Decisión 563 y la Decisión 322 de la Comisión de la Comunidad Andina;

CONSIDERANDO:

Que las negociaciones comerciales con terceros países que en la actualidad adelantan los Países Miembros generan oportunidades y desafíos para la integración andina;

Que es necesario resguardar en esas negociaciones los valores, principios y ventajas de la integración andina, respetando los objetivos, mecanismos e instituciones establecidos en el Acuerdo de Cartagena;

Que el Artículo 86 del Acuerdo de Cartagena establece que “Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes del Arancel Externo Común; igualmente, se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelarios con países ajenos a la Subregión. La Comisión, previa Propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario”;

Que en caso de que no sea posible negociar comunitariamente se podrán celebrar negociaciones de carácter bilateral;

Que es necesario unificar en una sola Decisión la normativa sobre relaciones comerciales con terceros países;

DECIDE:

Artículo 1.- Los Países Miembros podrán negociar acuerdos comerciales con terceros países, prioritariamente de forma comunitaria o conjunta y excepcionalmente de manera individual.

Artículo 2.- De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los Países Miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países. En este caso, los Países Miembros participantes deberán:

- a) Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.

- b) Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial.
- c) Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad.

Artículo 3.- El País Miembro que se disponga a emprender negociaciones comerciales en el marco de esta Decisión o que ya las hubiere iniciado al momento de su entrada en vigencia, las notificará sin demora a la Comisión de la Comunidad Andina y la mantendrá permanentemente informada acerca de la evolución y progreso de las mismas.

Artículo 4.- Los resultados de las negociaciones deberán ser notificados a la Comisión antes de la firma del Acuerdo y éstas no podrán ser objetadas al haberse cumplido las consultas previstas en el Artículo 86 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 2 de la presente Decisión.

Artículo 5.- Una vez concluida la negociación, se deberá dar aplicación al principio de la Nación Más Favorecida de conformidad con el ordenamiento jurídico andino.

Artículo 6.- Las negociaciones comerciales autorizadas mediante la presente Decisión podrán tener como propósito el establecimiento de áreas de libre comercio, y podrán referirse a temas distintos a la liberalización del comercio de mercancías.

Artículo 7.- Se deroga la Decisión 322 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Dada en la ciudad de Quito, República del Ecuador, a los once días del mes de julio del año dos mil cuatro.

ANEXO 2

CUADRO COMPARATIVO
Salvaguardias Comerciales

Asunto	CAFTA ⁴⁰	Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC	Dec. 452	CAN (Intracomunitario)
<i>Período en el cual se puede invocar</i>	Durante el período de transición que es de 10 años a partir de la vigencia del acuerdo.	En cualquier momento de la vigencia del acuerdo .	En cualquier momento de la vigencia del acuerdo .	En cualquier momento de la vigencia del acuerdo .
<i>Acciones Globales</i>	Cada parte conserva sus derechos y obligaciones de conformidad con el artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias. “... la parte que emprenda esa acción podrá excluir importaciones de una mercancía originaria de otra parte, si tales importaciones no son una causa substancial de un daño grave o amenaza del mismo ”	Medidas a países, determinado el daño y la relación causal	Medidas a países, determinado el daño y la relación causal	Los países pueden aplicar la salvaguardia global de OMC sólo a terceros países . Para aplicar medidas a los países andinos tiene que recurrir a la normativa andina
<i>Solicitud o aplicación:</i>	Solicitud de las entidades que disponga la legislación interna.	Solicitud como entidad única o en nombre de uno de su estado parte.	Solicitud de empresas que constituyan proporción importante de la rama de la producción nacional.	Solicitud como País Miembro

⁴⁰ Elaborado con base en el documento CAFTA “Sujeto a los ajustes necesarios para la incorporación de República Dominicana, de previo a su envío a la Asamblea Legislativa

Asunto	CAFTA ⁴⁰	Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC	Dec. 452	CAN (Intracomunitario)
<i>Criterio de mínimos</i>	Exceptúa la aplicación a las Partes exportadoras que representen menos del 3 por ciento, o que las Partes con menos del 3 por ciento representen en conjunto menos del 9 por ciento.	Exceptúa la aplicación a los países en desarrollo, siempre que las importaciones de cada país representen menos del 3 por ciento o en conjunto menos del 9 por ciento.	Exceptúa la aplicación a los países en desarrollo, siempre que las importaciones de cada país representen menos del 3 por ciento o en conjunto menos del 9 por ciento, de las importaciones de la Comunidad Andina del referido producto	No indica
<i>Condiciones de aplicación</i>	Cuando exista incremento de las importaciones bajo aranceles preferenciales de este Tratado en cantidades que han aumentado en tal monto en términos absolutos o en relación con la producción nacional y se realizan en condiciones tales que constituyan una causa sustancial del daño grave, o una amenaza del mismo a la industria nacional que produzca una mercancia similar o directamente competitiva.	Incremento de las importaciones en cantidades y condiciones tales	Incremento de las importaciones en cantidades y condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave.	Incremento de las importaciones en cantidades o condiciones tales
<i>Plan de reajuste</i>	No indica. Las medidas son para facilitar el reajuste de la rama de producción nacional.	Las medidas son para facilitar el reajuste de la rama de producción nacional y se deben presentar pruebas.	Presentar en la solicitud.	No indica
<i>Medidas</i>	De tipo arancelario, referido al margen de	Tipo arancelario o restricción cuantitativa	Preferentemente de tipo arancelario.	No específica. Las medidas aplicadas deben garantizar

Asunto	CAFTA ⁴⁰	Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC	Dec. 452	CAN (Intracomunitario)
	preferencia y el incremento hasta el nivel de NMF.			el acceso de un volumen no inferior al promedio de los tres últimos años.
Medidas provisionales	No se aplica.	La duración no excederá de 200 días.	La duración no excederá de 6 meses. De tipo arancelario.	60 días, hasta que remite el informe sustentando la perturbación, sujeta al pronunciamiento de la Secretaría General que puede ser hasta en 60 días.
<i>Periodo de Aplicación de las Medidas</i>	Las medidas pueden aplicarse hasta por un periodo no superior a 4 años, independientemente de su aplicación la medida expira al término del periodo de transición.	Las medidas pueden aplicarse hasta por 8 años y en el caso de aplicación por parte de países menos desarrollados hasta 10 años.	Las medidas pueden aplicarse hasta por 3 años, incluyendo las medidas provisionales.	No indica.
<i>Periodo de la Prórroga</i>	No definido. El periodo de aplicación incluyendo la prórroga es de 4 años	Aplicación de la medida incluida la prórroga hasta 8 años, y para los países menos desarrollados hasta 10 años.	Aplicación de la medida incluida la prórroga hasta 6 años.	No indica
<i>Periodo del Procedimiento de Investigación</i>	No definido.	No definido	No definido	60 días, para la Secretaría General.
Compensaciones	Compensación mutuamente acordada en las consultas con las partes afectadas. Si no se llegan a entendimientos en las consultas, las partes afectadas podrán suspender concesiones sustancialmente equivalentes.	Si el periodo de la medida es superior a 4 años	Si la medida se prorroga, la Secretaría General procurará mantener un nivel de concesiones y otras obligaciones sustancialmente equivalentes a las existentes en virtud del GATT de 1994 entre los	No indica.

Asunto	CAFTA⁴⁰	Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC	Dec. 452	CAN (Intracomunitario)
			Países Miembros y los exportadores que tengan interés sustancial sobre el producto de que se trate.	
<i>Trato Preferente</i>	No Indica	A Países en Desarrollo. El criterio de Mínimis, se indica en el nivel representativo de las importaciones (3% individualmente ó 9% en conjunto) para poder aplicar medidas, y en el periodo de duración de las medidas se extiende la aplicación hasta 10 años.	A Países en Desarrollo. El criterio de Mínimis, se indica en el nivel representativo de las importaciones (3% individualmente ó 9% en conjunto)	No Indica

**CUADRO COMPARATIVO
Mecanismo para Productos Agropecuarios**

Asunto	CAFTA⁴¹	Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC	CAN (Intracomunitario)⁴²
<i>Período en el cual se puede invocar</i>	Durante el periodo de transición. El acuerdo permite extender este periodo para algunos productos dependiendo de su cronograma de desgravación.	Durante la vigencia del Acuerdo	En cualquier momento de la vigencia del acuerdo.
<i>Aplicación por cobertura de países...</i>	Este mecanismo no se aplica entre Partes centroamericanas.	Entre los Miembros de OMC.	El Acuerdo de Cartagena señala que "Cualquier País Miembro podrá aplicar, en forma no discriminatoria, al comercio de productos incorporados a la lista a que se refiere el Artículo 92". En consecuencia, la aplicación de este mecanismo se debe hacer en forma no discriminatoria a las importaciones.
<i>Solicitud o aplicación:</i>	Aplicación como parte. Este mecanismo no se aplica entre partes centroamericanas	Aplicación como Miembro	Aplicación como País Miembro
<i>Criterio de mínimos</i>	No indica	No indica.	No indica
<i>Condiciones de aplicación</i>	Una parte podrá aplicar una medida de salvaguardia agrícola durante el año calendario si la cantidad de las importaciones de la mercancía durante dicho año excede el nivel de activación	a) Si el volumen de importaciones excede el nivel de activación en función de las oportunidades de acceso y b) si el precio de las importaciones (CIF) es inferior a un precio de activación (promedio 1986-1988), este mecanismo no se	En el caso de Bolivia y Ecuador el país importador deberá justificar que los perjuicios provienen sustancialmente de estas importaciones.

⁴¹ Elaborado con base en el documento CAFTA "Sujeto a los ajustes necesarios para la incorporación de República Dominicana, de previo a su envío a la Asamblea Legislativa

⁴² Artículos 90 al 92 del Acuerdo de Cartagena

Asunto	CAFTA ⁴¹	Acuerdo sobre Salvaguardias de OMC	CAN (Intracomunitario) ⁴²
		aplicará si los volúmenes de las importaciones están disminuyendo	
<i>Plan de reajuste</i>	No indica	No indica	No indica
<i>Medidas</i>	Derecho de importación adicional más cualquier otro derecho aduanero, no excederá de tasa de NMF.	Medidas por volumen se refieren a derechos adicionales por encima del contingente. Medidas activadas por Precio, se aplica un derecho adicional en función de la diferencia con el precio de activación, por encima del contingente.	a) Limitar las importaciones a lo necesario para cubrir los déficit de producción interna y b) nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional.
<i>Periodo de Aplicación de las Medidas</i>	Aplicación sólo hasta el año calendario en el cual se aplica la medida. En algunos a casos los países pueden aplicar medidas hasta el año en el año a 19, luego de la entrada en vigor del Tratado	Medidas activadas por volumen se aplican hasta el final del año en el que se ha impuesto la medida.	No indica.
<i>Medidas provisionales</i>	No indica	No indica	No indica.
<i>Periodo de la Prórroga</i>	No indica	No indica	No indica
<i>Periodo del Procedimiento de Investigación</i>	Dentro de los 60 días siguientes a la aplicación de una medida, una parte notificará por escrito a cualquier parte cuya mercancía esté sujeta a la medida	Se indica que se comunicará al Comité de Agricultura dentro de los 10 días siguientes a la aplicación de la medida	15 días si se solicitan medidas para aplicar a Bolivia o Ecuador.
<i>Compensaciones</i>	No indica	No indica	No indica.
<i>Trato Preferente</i>	No indica	No indica	A Bolivia y Ecuador sólo se aplican medidas, previa comprobación de la Secretaría General de que los perjuicios provienen sustancialmente de estas importaciones.

PROPIEDAD INTELECTUAL**SUSCRIPCION DE TRATADOS / PLAZOS**

Tratado (orden /antigüedad)	CAFTA	Esquema CAN	ALCA Tercer Borrador Artículo 5
Tratado de Cooperación en materia de Patentes, según su revisión y enmienda (1970)	Ratificará o accederá antes del 1 de enero 2006 15.1.3.(a)		
Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidos por Satélite (1974)	Ratificará o accederá antes del 1 de enero de 2008 15.1.4.(a)		Forma parte de la propuesta ALCA
Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento de Patentes (1980)	Ratificará o accederá antes del 1 de enero 2006 15.1.3.(b)		Forma parte de la propuesta ALCA
Protocolo referente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1989)	Hará todos los esfuerzos razonables por ratificar o acceder 15.1.6.(c).		Forma parte de propuesta ALCA
UPOV - Convención Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (1991)	Ratificación o acceso antes del 1 de enero de 2006, salvo que se establezca lo contrario (¿). En el caso de Costa Rica, al 1 de junio de 2007 ⁴³ . Cualquier parte que otorgue protección efectiva mediante patentes a las	Al respecto, la Convención UPOV ha sido suscrito por: Bolivia (mayo de 1999), Colombia (setiembre de 1996), Ecuador (agosto de 1997).	Forma parte de la propuesta en ALCA

⁴³ Nota 1 CAFTA: “Las Partes reconocen que el Convenio UPOV 1991 contiene excepciones a los derechos del obtentor, incluyendo los actos realizados en el marco privado y con fines no comerciales de los agricultores. Además, las Partes reconocen que el Convenio UPOV 1991 establece restricciones al ejercicio de los derechos del obtentor por razones de interés público, siempre que las Partes tomen todas las medidas necesarias para asegurar que el obtentor reciba una remuneración equitativa. Las Partes también entienden que cada Parte puede valerse de estas excepciones y restricciones. Finalmente, **las Partes entienden que no existe ninguna contradicción entre el Convenio UPOV y la capacidad de una Parte de proteger y conservar sus recursos genéticos.**” (Destacado es nuestro)

Tratado (orden /antigüedad)	CAFTA	Esquema CAN	ALCA Tercer Borrador Artículo 5
	plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo realizará todos los esfuerzos razonables para ratificar o acceder al Convenio UPOV 1991. No obstante lo anterior, cualquier Parte que sea parte del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1978) ratificará o accederá al Convenio UPOV 1991 antes del 1 de enero de 2010. 15.1.5.		
Tratado sobre Derechos de Marcas /Trademark Law Treaty (1994)	Ratificará o accederá antes del 1 de enero de 2008 15.1.4.(b)		Forma parte de la propuesta ALCA
Tratado OMPI sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas / WIPO Performances and Phonograms Treaty (1996)	Ratificará o accederá a la fecha de entrada en vigor del Tratado. 15.1.2.(b)		Forma parte de la propuesta ALCA
Tratado OMPI Sobre Derechos de Autor / WIPO Copyright Treaty (1996)	Ratificará o accederá a la fecha de entrada en vigor del Tratado. 15.1.2.(a)		Forma parte de la propuesta ALCA
Acuerdo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales (1999)	Hará todos los esfuerzos razonables por ratificar o acceder 15.1.6.(b)		Forma parte de la propuesta ALCA
Tratado sobre Derecho de Patentes / Patent Law Treaty (2000)	Hará todos los esfuerzos razonables por ratificar o acceder 15.1.6.(a)		

