



SUMARIO

Secretaría General de la Comunidad Andina

Pág.

Dictamen 06-2006.- Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado por la República de Colombia contra la República del Perú por el presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y del artículo 4 de la Decisión 439	1
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

DICTAMEN Nº 06-2006

Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado por la República de Colombia contra la República del Perú por el presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y del artículo 4 de la Decisión 439.

Lima, 13 de julio de 2006

I. ACTUACIONES PROCESALES

Con fecha 3 de febrero de 2006, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia presentó reclamación formal ante la Secretaría General, de conformidad con el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por el presunto incumplimiento de la República del Perú al Ordenamiento Jurídico Andino.

En su reclamo, el Ministerio de Comercio de Colombia señala que recibió de la empresa colombiana INGENIEROS CONSULTORES CIVILESNY ELÉCTRICOS S.A. INGETEC S.A Ingenieros Consultores, documentos que demostrarían que la entidad peruana PROVIAS NACIONAL, en desacato de la obligación adquirida por los Países Miembros de la Comunidad Andina en virtud del artículo 4 de la Decisión 439 - Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina-, se niega a reconocer y otorgar Trato Nacional a los proveedores de servicios colombianos.

Asimismo, manifiesta que la referida situación se ha configurado en oportunidades anteriores, pero de manera concreta se hace mención al proceso de contratación CONCURSO PÚBLICO LPI-0001-2005-MTC/20-OSITRAN, adelantado por PROVIAS NACIONAL. El objeto de la citada licitación consistía en la "SUPERVISIÓN DE LOS ESTUDIOS Y LAS OBRAS, CORREDOR VIAL INTER-OCEÁNICO DEL SUR PERÚ-BRASIL: TRAMO 2: URCOS – INAMBARI, TRAMO 3: INAMBARI – IÑAPARI, TRAMO 4: AZÁNGARO – INAMBARI".

El 10 de febrero de 2006 la Secretaría General, luego de haber verificado el cumplimiento de los requisitos procesales correspondientes previstos en el artículo 14 de la Decisión 623, admitió a trámite en la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, el reclamo presentado por la República de Colombia y corrió traslado del mismo a la República del Perú, mediante comunicación SG-F/0.11/224/2006, otorgándole 20 días hábiles para presentar su contestación. Asimismo, notificó a los demás Países Miembros de la referida actuación mediante comunicación SG-X/0.11/203/2006 de esa misma fecha.



El 4 de mayo de 2006, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, remitió a este órgano comunitario documentación complementaria a su reclamo; cuya copia fue trasladada al Gobierno peruano con fecha 22 de mayo de 2006, mediante comunicación SG-X/5.11/633/2006, otorgándole un plazo de 15 días hábiles para pronunciarse.

Con fecha 9 de mayo de 2006, dentro del plazo otorgado para presentar sus descargos, el Gobierno del Perú, a través de su Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, mediante facsímil N° 114-2006-MINCETUR/VMCE dio respuesta a la comunicación de admisión y traslado del reclamo, indicando que la empresa INGETEC S.A. nunca tuvo la calidad de postora y por ende no puede alegar válidamente el incumplimiento de la normativa andina.

Con fecha 26 de mayo de 2006, mediante facsímil N°141-2006-MINCETUR/VMCE el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú manifestó que el Gobierno del Perú se ratificaba en los argumentos contenidos en el facsímil No. 114-2006-MINCETUR/VMCE del 9 de mayo de 2006.

II. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE MEDIDAS Y CONDUCTAS

El asunto sometido a consideración de este órgano comunitario tiene por objeto determinar el estado de cumplimiento por parte del Gobierno peruano de las obligaciones previstas en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y en el artículo 4 de la Decisión 439.

Tal como fuera señalado en el reclamo, en las Bases del CONCURSO PÚBLICO LPI-0001-2005-MTC/20-OSITRAN, se estableció en la sección III, Criterios de Evaluación, numeral 2.2.5, un sistema de calificación, que establecía un porcentaje que debía tenerse en cuenta al momento de la calificación final:

“2.2.5. Empresas Nacionales

El puntaje total (sumatoria del puntaje técnico más puntaje económico) alcanzado por el proponente conformado por empresas nacionales que se presenten solas o en consorcios, será bonificado con un 20%. Para el caso de consorcios conformados por empresa(s) nacional(es) con empresa(s)

extranjera(s), el porcentaje de bonificación a aplicar sobre el puntaje total (sumatoria del puntaje técnico más puntaje económico) será del 20% ajustado previamente por el porcentaje de participación de la(s) empresa(s) nacional(es) en el consorcio.

Ejemplo:

Participación (%)

A (Nacional) B (Nacional) C (Extranjero)
30 40 30

Participación Nacional = 30 + 40 = 70%

Puntaje Total Alcanzado por el Proponente = 800 puntos

(sumatoria del puntaje técnico más puntaje económico)

Bonificación: (20 x 70) = 14%
100

(de acuerdo al porcentaje de participación de empresa(s) nacional(es))

Puntaje Total Alcanzado con Bonificación:

800 + (800 x 14) = 912
100

Se entenderá como empresa nacional a aquella que tenga más de 50% del total de sus activos fijos ubicados en el país y facture al menos el 60% de su facturación total, dentro del territorio nacional.”

Frente a lo establecido en las bases, referente a las condiciones bajo las cuales operaría la bonificación del 20%, el Gobierno de Colombia anexó copia de un documento elaborado por PROVIAS NACIONAL en noviembre de 2005¹, que recoge algunas de las consultas realizadas por los participantes para aclarar las Bases de la Licitación Pública LPI-0001-2005-MTC/20-OSITRAN y sus respectivas respuestas. En ese proceso licitatorio la empresa INGETEC S.A. presentó la siguiente consulta:

“CONSULTA N° 266

Referencia de las Bases

Sección 3

Numeral 2.2.5

Página 43

¹ Anexado al expediente.



- **Se confirme el trato como iguales** a las empresas de los países miembros de la Comunidad Andina, con respecto a lo estipulado en el numeral 2.2.5 del numeral 2 de la sección III Criterios de Evaluación de las bases del proceso.

Lo anterior, con base en lo consagrado en la normatividad de la Comunidad Andina, frente al tema de **trato como iguales** a los países miembros, especialmente la DECISIÓN 439 de 1998, que exige que los servicios ofrecidos por un país miembro deben ser tratados como igual y, en consecuencia aplicables los beneficios que ello implica al momento de su calificación, como si fuese peruano el oferente.

Por consiguiente, la aplicación de la bonificación de un porcentaje del 20% sobre la calificación económica y técnica de la oferta para las empresas peruanas, sería igualmente válida para empresas, en este caso, colombianas.”

Ante ello, PROVIAS NACIONAL respondió la citada observación en el documento antes mencionado de la siguiente manera:

“RESPUESTA N° 266
Negativo, ceñirse a las Bases.”

III. ARGUMENTOS DEL RECLAMO

a. Argumentos de la República de Colombia

La República de Colombia señaló en su escrito de reclamo los siguientes argumentos:

- El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia consagra la obligación de los Países Miembros de realizar todas las acciones tendientes a cumplir con las normas andinas, y a la vez la obligación de no tomar medidas contrarias a lo consagrado por el ordenamiento andino.

En el presente caso, el Perú está claramente incumpliendo las obligaciones antes mencionadas al negarse a extender a los Países Miembros, en virtud del Trato Nacional, las preferencias establecidas para los proveedores locales.

- El artículo 4 de la Decisión 439 consagra de manera clara y expresa el compromiso de Trato Nacional en la adquisición de servicios por parte de los organismos gubernamentales o entidades públicas de los Países Miembros, el cual debe ser otorgado de manera inmediata.
- Existe una violación evidente por parte del Perú, del compromiso adquirido en el Marco General del Comercio de Servicios, puesto que dentro del proceso licitatorio mencionado en el reclamo se está dando un tratamiento más favorable a los proveedores locales, que se refleja en el porcentaje adicional a favor de las empresas peruanas.
- La empresa INGETEC S.A. se ha visto perjudicada en anteriores procesos de licitación por la negativa de las entidades públicas peruanas de otorgarle el tratamiento de nacional. A manera de ejemplo el Gobierno de Colombia citó los siguientes procesos de licitación:
 - Procesos: OPS/PER/169/273 y OPS/PER/166/264, de la Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas – UNOPS.
 - CONCURSO PÚBLICO CP-0023-2005-MTC/20, adelantado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES DEL PERU.
- Asimismo, el Gobierno de Colombia refiere en su reclamo que otras empresas colombianas, además de INGETEC, se han visto perjudicadas por situaciones similares presentadas en entidades públicas peruanas, tal es el caso de INTEGRAL S.A., que presentó una queja anteriormente en la Secretaría General ².

b. Argumentos de la República del Perú

La República del Perú señaló en su escrito de respuesta, como único argumento que la empresa INGETEC S.A., si bien pagó el derecho para ser participante en el proceso de selección de la licitación LPI-0001-2005-MTC/20-OSITRAN, no presentó propuesta alguna. En ese orden de ideas, argumentó que INGETEC S.A. nunca tuvo

² Nota: En este caso, la Secretaría General expidió el Dictamen 03-2006 de 24 de marzo de 2006.



la calidad de postor y por ende no puede alegar válidamente el incumplimiento de la normativa andina, al no haber participado en el proceso de licitación mencionado.

IV. EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA SECRETARIA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS

- **Consideración respecto al argumento de la República del Perú**

El reclamo con el que se inicia la fase prejudicial de la acción de incumplimiento que da origen al presente Dictamen, fue presentado por la República de Colombia en virtud del artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

Dicho artículo establece que **“cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General (...) para que ésta realice las gestiones para subsanar el incumplimiento (...)”**.

Cuando se trata del supuesto regulado en el citado artículo, no es necesario que el País Miembro que quiere hacer el reclamo de un incumplimiento demuestre algún interés, sino que basta que se trate de un País Miembro de la Comunidad Andina. **“El solo hecho de ser miembro de la Comunidad Andina ya demuestra el interés que pudiera tener en la consideración del incumplimiento por la Secretaría General y para poder actuar ante el Tribunal de Justicia.”**³

En el presente caso, el hecho que la empresa INGETEC S.A. no haya participado como postor en el proceso de licitación y por ende no pueda acreditar ni interés legítimo ni derecho subjetivo para iniciar una acción de incumplimiento, no es el objeto de análisis del presente caso.

El procedimiento de fase prejudicial de la acción de incumplimiento ante la Secretaría

General de la Comunidad Andina, no fue iniciado por la empresa INGETEC S.A., sino por la República de Colombia como País Miembro de la Comunidad Andina, en tutela de los derechos de sus ciudadanos frente a las condiciones establecidas por el Gobierno del Perú en los procesos de contratación administrativa. De manera que no está en discusión el respeto o no de un derecho de un particular sino el interés comunitario y el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino.

- **Consideraciones respecto a los argumentos de la República de Colombia**

De acuerdo con lo señalado en el acápite II del presente Dictamen, se puede apreciar que las bases del CONCURSO PÚBLICO LPI-0001-2005-MTC/20-OSITRAN, y la aplicación que le da a las mismas PROVIAS NACIONAL, hacen una distinción entre las empresas extranjeras y las empresas nacionales que se presenten, solas o en consorcios, a procesos de licitación. Mientras que las primeras no reciben ninguna bonificación, las segundas son bonificadas con un 20%. Para el caso de consorcios conformados por empresas nacionales con empresas extranjeras, el porcentaje de bonificación a aplicar es del 20%, ajustado previamente por el porcentaje de participación de las empresas nacionales en el consorcio.

Adicionalmente, las bases señalan que para que una empresa sea considerada nacional, deberá tener más de 50% del total de sus activos fijos ubicados en el país y facturar al menos el 60% de su facturación total, dentro del territorio nacional.

Como se puede apreciar, a las personas jurídicas proponentes, además de tener que estar domiciliadas en el Perú, se les exige la prestación efectiva de operaciones sustanciales dentro del territorio peruano, para hacerse acreedoras de la referida bonificación.

Dicho criterio se ve reafirmado con la respuesta a la consulta realizada por INGETEC S.A. a PROVIAS NACIONAL, en relación a la aplicación de la normativa comunitaria en materia de servicios, específicamente la de Trato Nacional a empresas constituidas en los Países Miembros de la Comunidad Andina, ante lo cual PROVIAS respondió que se ceñirían estrictamente a las bases de la licitación.

³ SUAREZ, Jorge Luis. En: DeCITA 01.2004 Derecho del Comercio Internacional. Pág. 45.



En virtud de lo anterior, es preciso tener en cuenta que las bases del concurso, son las condiciones que el País contratante determina para adquirir un servicio. Se constituyen en las reglas de juego que deberán cumplir los oferentes para ser seleccionados como contratistas encargados de prestar el servicio requerido.

Según la doctrina jurídica sobre estas materias, las bases del concurso o bases de licitación, o pliego de condiciones, entre otros términos afines, son "el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán al contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de los oferentes y contratante (relación jurídica), y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento)... El pliego es preparado por la administración pública. Esto quiere decir que los particulares no intervienen para nada en su preparación y sólo se limitan a tomar conocimiento de él, después de publicada la convocatoria y cuando ya está en marcha la licitación; éstos pueden presentar sus propuestas aceptando todas sus condiciones."⁴

En ese sentido, las bases de la licitación son la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, y a las cuales hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación como después de adjudicada, durante la ejecución del contrato.

Asimismo, de su propia naturaleza se desprende que dichas bases de contratación producen efectos jurídicos propios, en cuanto que la administración pública no puede modificarlas después de haber efectuado el llamado a la licitación, sino dentro de ciertos límites, pero no podrá hacerlo, bajo ninguna circunstancia, una vez iniciado el acto de apertura de las ofertas. Las bases o pliego de condiciones dan a los contratos administrativos un típico carácter de contrato de adhesión.⁵

⁴ López-Elías, José Pedro. Aspectos jurídicos de la licitación pública en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F.

⁵ Ibid.

Por lo tanto, el diseño de las bases de contratación no sólo debe tener en cuenta las necesidades técnicas de lo que pretende contratar la administración, las condiciones financieras y económicas necesarias para desarrollar dicho contrato, sino que debe acatar el marco jurídico aplicable. Las bases serán las reglas de juego del concurso y de la futura contratación, por ende deben respetar las normas del ordenamiento jurídico del País Miembro.

Según estas consideraciones las bases de contratación resultan siendo el instrumento por el cual la administración y el particular se relacionan. Por ende, las bases no pueden apartarse de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico aplicable.

Al respecto y en virtud del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los Países Miembros se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias.⁶ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha referido en numerosas oportunidades al artículo 4 del Tratado de su creación. Basta recordar lo manifestado en una de sus más recientes sentencias:

"En el orden comunitario la responsabilidad de los Estados se deriva del compromiso que adquiere cada País Miembro de acuerdo con el artículo 5⁷ del Tratado del Tribunal. De acuerdo con esta norma los Países Miembros adquieren doble obligación: una de carácter positivo, "de hacer"; y, otra de orden negativo, de "no hacer". Por la primera, los Países Miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud del derecho originario y

⁶ **Artículo 4.-** Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

⁷ El artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia al que alude la sentencia corresponde en su integridad al artículo 4º del Tratado codificado mediante la Decisión 472.



de las que les corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. **Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el País Miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.**

Las obligaciones anteriores tienen su fundamento precisamente en el "objeto y fin" del proceso de integración al que están comprometidos los países andinos, cuyos objetivos se resumen en el Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena codificado, particularmente en el propósito de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social. De ahí que el Tribunal haya dicho en su interpretación prejudicial 5-IP-89 '(...) que la norma que se interpreta, siendo de una gran precisión jurídica, constituye fundamental soporte para la integración andina, es decir, que su cumplimiento es requisito esencial para asegurar la realización de los citados objetivos del Acuerdo y de su fin primordial de mejorar en forma persistente 'el nivel de vida de los habitantes de la Subregión'.⁸

De manera complementaria, y con referencia a las actuaciones de los Países Miembros que pueden ser consideradas como medidas contrarias al ordenamiento andino, en especial al libre comercio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado señalando que:

"(...) Este tipo de medidas puede revestir la forma de una norma jurídica de efectos generales -aunque pudieren afectar, particularmente a un solo sector-, de una decisión o resolu-

ción con eficacia inter partes o erga omnes, de operaciones materiales o físicas, de omisiones o, en fin, cualquier actitud positiva o negativa, incluidas las prácticas administrativas al margen de la ley o incluso derivadas de ésta. (...)"⁹

Por su parte, el **artículo 4** de la Decisión 439 - Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina incluye a las compras gubernamentales en el ámbito de cobertura del principio de Trato Nacional, señalando que:

*"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.**"¹⁰*

Teniendo en cuenta que no existe actualmente una Decisión andina en esta materia, los preceptos del artículo 4 son aplicables a los procedimientos de adquisición de servicios por parte de entidades públicas.

De otro lado, el **artículo 8** del referido Marco General da contenido al citado artículo 4, puesto que incorpora la cláusula de Trato Nacional en materia de servicios, señalando que *"cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, **un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares.** (...)"¹¹*

Los citados artículos 4 y 8 deben ser interpretados a la luz de los numerales 1 y 2 del **artículo 23** de la misma Decisión, el cual señala que para gozar de los beneficios derivados del Marco General, y por tanto gozar de los beneficios de la liberalización del comercio de servicios, serán considerados como servicios originarios de la Subregión:

⁸ Jurisprudencia del Tribunal reiterada desde sus sentencias de interpretación prejudicial en los casos 2-IP-88, 5-IP-89 y 6-IP-93, publicados en las Gacetas Oficiales 33 de Julio 26 de 1988, 50 de Noviembre 17 de 1989 y 150 de Marzo 25 de 1994, respectivamente. Resaltado fuera de texto.

⁹ Proceso 02-AN-98.

¹⁰ Resaltado fuera de texto.

¹¹ Resaltado fuera de texto.



1. Los suministrados por personas naturales o físicas con residencia permanente en **cualquiera de los Países Miembros**, de acuerdo con las regulaciones nacionales respectivas;
2. Los servicios suministrados por personas jurídicas **constituidas, autorizadas o domiciliadas, con arreglo a la legislación nacional, en cualquiera de los Países Miembros y que efectivamente realicen operaciones sustanciales en el territorio de cualquiera de éstos**, o por Empresas Multinacionales Andinas.¹²

De dicho artículo se desprende que los beneficios de la liberalización del comercio de servicios, entre ellos el Trato Nacional, deben ser aplicados a todos los prestadores de servicios de la Subregión, sin que ello se condicione al lugar de domicilio o de la presencia comercial de la persona natural o jurídica en el País Miembro en el que se ejecutará la prestación del servicio.

Respecto al Trato Nacional relativo al comercio de bienes el Tribunal de Justicia señala que *“la aplicación del principio del Trato Nacional en la Comunidad Andina, significa una prohibición expresa al trato discriminatorio a productos importados entre los Países Miembros.”*¹³ A su vez, respecto al tema de la discriminación el Tribunal ha sostenido lo siguiente:

*“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio concierne a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales ... En consecuencia ... **los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la***

oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3 ...”¹⁴.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reconocido *“la importancia de no discriminar como un principio primordial del comercio Internacional, y que se refiere al comercio sin discriminaciones el cual se materializa en la llamada regla de Trato Nacional como principio que informa el proceso de integración subregional”*¹⁵. La Secretaría General considera que los criterios desarrollados en la jurisprudencia de dicho órgano en lo relativo a Trato Nacional, trascienden el ámbito del comercio de bienes, sobre el que hasta la fecha han recaído sus pronunciamientos, y pasan a abarcar todos los campos de acción del derecho comunitario andino, como es el caso del ordenamiento jurídico aplicable al comercio de servicios.

En el Dictamen 03-2003, la Secretaría General, al realizar un análisis de las normas internas de la República del Perú en materia de contrataciones públicas de servicios a la luz de la Decisión 439 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, consideró que las referidas normas contravenían lo dispuesto en los artículos 4 del Tratado del Tribunal de Justicia y 4 de la Decisión 439, ya que esta disposición comunitaria, de forma expresa, establece la obligación de los Países Miembros de la Comunidad Andina de aplicar el principio de Trato Nacional a la adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas a partir del 1º de enero del año 2002.

En el análisis mencionado de la Secretaría General se tuvieron en cuenta las bases de la contratación pública diseñadas por el organismo gubernamental peruano para el proceso licitatorio LPI-0001-2005-MTC/20-OSITRAN, considerando que las mismas no sólo son las reglas de juego que regularán la relación entre el Estado y el contratista, sino que han sido realizadas con fundamento en el ordenamiento interno peruano y específicamente en

¹² Resaltado fuera de texto.

¹³ Sentencia emitida en el proceso 52-AI-2002, publicada en la G.O.A.C. N° 990 de 1 de octubre de 2003.

¹⁴ Sentencia emitida en el proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999.

¹⁵ Sentencia emitida en el Proceso 14-AN-2001, publicada en la G.O.A.C N° 773 de 18 de marzo de 2002.



las normas sobre contratación administrativa y promoción del desarrollo productivo nacional, las cuales fueron objeto de estudio especial en el Dictamen 03-2006.

Mediante las bases de licitación el organismo peruano contratante del servicio, de manera expresa, no tiene en cuenta el principio de Trato Nacional previsto en la Decisión 439 y hace evidente un tratamiento discriminatorio a favor de los postores que acrediten tener más del 50% del total de sus activos fijos ubicados en el país y facturen al menos el 60% de su facturación total dentro del territorio nacional, sin extender y aceptar los postores de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina que cumplan con esos mismos criterios en su país de origen o en cualquiera de los demás Países Miembros.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado también que *“La noción de discriminación, implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes”*(...) *“Una medida adoptada por un país puede constituir una restricción al comercio pero también podría ser un acto discriminatorio; estos conceptos han sido elaborados por el Tribunal Europeo y este Tribunal.”*¹⁶

Al respecto, es relevante referirse a una sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cual señala que: *“Procede recordar que según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del Art. 40 del Tratado CE, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.”*¹⁷

¹⁶ Sentencia emitida en el proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. Nº 422 de 30 de marzo de 1999 en el que cita lo manifestado en los Procesos 4-AI-96 y 2-AI-97.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de abril de 1997, asunto C-22/94, The Irish Farmers Association y otros y Minister For Agriculture, Food and Forestry, Irlanda y Attorney General, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 1997-4 página 1842. Sentencia referida en el proceso 3-AI-97, ya citado. Resaltado fuera de texto.

También, para examinar los alcances de la discriminación, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Decisión 439 hace referencia a la normativa OMC, cuando establece que *“...para los efectos de garantizar la consistencia y claridad del Marco General establecido por la presente Decisión, los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), se aplicarán a dicho Marco General, en todo lo que sea pertinente”*. Así, al considerar los criterios interpretativos contenidos en el AGCS, existen elementos para saber cuando se está ante una medida o conducta que vulnera el principio de Trato Nacional:

*“se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.”*¹⁸

En el caso estudiado, el Gobierno del Perú otorga preferencias o beneficios especiales a aquellos proponentes considerados empresas nacionales que cumplan con desarrollar operaciones sustanciales dentro del territorio del Perú, con lo cual se excluye y pone en condiciones de competencia menos favorables a muchas empresas de Países Miembros de la Comunidad Andina que cumplen con las bases técnicas de la licitación pública y a las cuales les asiste el derecho del trato igualitario y sin discriminación que recoge el principio de Trato Nacional, lo que repercute, también, en las condiciones de acceso a las que se ven sometidas y los esfuerzos que deben realizar para situarse en el mercado peruano, dificultad que no existiría si se garantizara el respeto por el mencionado principio.

Un cabal cumplimiento del principio de Trato Nacional por parte del Gobierno peruano, significaría que no se exija a las empresas prestadoras de servicios de los Países Miembros de la Comunidad Andina el cumplimiento de requisitos más onerosos que los exigidos a las empresas prestadoras de servicios peruanas.

¹⁸ Artículo 17, numeral 3. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC.



En el presente caso, se está requiriendo a las empresas peruanas que tengan más del 50% del total de sus activos fijos ubicados en el país (Perú) y facturen al menos el 60% de su facturación total, dentro del territorio nacional, para acceder a la bonificación del 20%. Para que dicha condición sea igualitaria, aplique en forma no discriminatoria y en concordancia con el ordenamiento comunitario, es decir, respete el principio de Trato Nacional, basta con la aceptación como oferentes a empresas de otro País Miembro que cumplan con las condiciones y porcentajes descritos en el territorio de cualquiera de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina.

En el caso de oferentes de origen colombiano el requisito se cumpliría si los porcentajes descritos se cumplen en su respectivo territorio o en el de otro País Miembro, no necesariamente en el Perú.

Siendo la Decisión 439 una norma que integra el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y que está cimentada en los principios de supranacionalidad, aplicación inmediata y efecto directo desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en abundante jurisprudencia, el Gobierno de Perú, de conformidad con el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento señalado, así como de abstenerse de emitir nuevas medidas contrarias a la observancia del principio de Trato Nacional contenido en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Asimismo, en virtud de los principios de preeminencia y aplicación directa del ordenamiento jurídico comunitario¹⁹, tanto las enti-

dades gubernamentales como los funcionarios públicos del Gobierno peruano están en la obligación de cumplir y aplicar la normativa comunitaria andina, incluso en cuanto al diseño de las bases de contratación pública que establezcan. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia:

*“Las obligaciones previstas en el artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de **derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.**”²⁰*

Por último, es importante señalar, como ya se mencionó, que la Secretaría General se ha pronunciado sobre la forma de aplicación del Gobierno peruano de su normativa sobre compras gubernamentales, a través del Dictamen de Incumplimiento 03-2006, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 24 de marzo de 2006. En esa ocasión, frente a la evaluación de un asunto similar al del presente Dictamen, este órgano comunitario concluyó que el Gobierno peruano se encontraba en situación de incumplimiento respecto de las obligaciones contenidas en el artículo 80 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 4, 6, 8, 10 y 23 de la Decisión 439 y otorgó un plazo al Perú para que informara sobre las medidas adoptadas para superar el incumplimiento señalado, información que a la fecha no ha sido suministrada.

De forma similar al presente caso, en el Dictamen 03-2006, la conducta del Gobierno peruano contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, consistió en incluir en las bases de contratación una bonificación del 20% a las propuestas de bienes y servicios elaborados dentro del territorio nacional. Según lo previsto en las bases de contratación, dicha bonificación sólo beneficia a “los

¹⁹ “Por aplicación directa se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada país puedan exigir ante sus tribunales nacionales.

La preeminencia que se deriva de la aplicación directa conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo y de primar sobre una norma de derecho interno, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales en actos jurídicos contemplados en el derecho de integración deberá acudir al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno.” (Proceso 6-IP-1993, GOAC N° 150 del 25 de marzo de 1993.)

²⁰ Proceso 6-IP-1993, GOAC N° 150 del 25 de marzo de 1993.



postores que declararen bajo juramento que los bienes o servicios son elaborados o se prestan dentro de territorio nacional y/o que es una persona constituida, autorizada o domiciliada en el Perú y que realiza operaciones substanciales en territorio nacional; es decir, que más del 50% de sus activos fijos están ubicados en el país y que al menos el 60% de su facturación total ha sido realizada en el territorio nacional, de conformidad con lo establecido (...)"²¹

V. CONCLUSIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL

Conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y el artículo 20 de la Decisión 623, la Secretaría General concluye que:

1. Con la entrada en vigencia de la Decisión 439, la República del Perú asumió, entre otros, los compromisos de Acceso a Mercados, Trato Nacional y el de liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios. Dichos compromisos reconocen la condición de iguales a todos los proveedores de servicios de los Países Miembros y éstos deben ser considerados como nacionales por parte de las autoridades de los mismos, al haberse generado expectativas comerciales legítimas en los prestadores de otros Países Miembros de ingresar al mercado, en este caso al peruano, libremente y sin ser objeto de discriminación alguna, amparándose en el derecho comunitario vigente y aplicable.
2. Las exigencias impuestas en las bases de los procesos de licitación para la adquisición de servicios por parte de entidades gubernamentales peruanas, para acceder a la bonificación del 20%, mencionadas en el presente Dictamen, modifican las condiciones de competencia a favor de los servicios o prestadores de servicios de la República del Perú en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de la República de Colombia, por lo

que se vulnera la obligación de Trato Nacional contemplada en el artículo 4 Decisión 439 para la adquisición de servicios por parte de entidades públicas, al generar la licitación condiciones discriminatorias.

3. Las bases para la contratación pública de un bien o un servicio son actos administrativos emitidos por las autoridades de un País Miembro, que deben tener en cuenta lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino, toda vez que el mismo es de carácter supranacional, de aplicación inmediata y efecto directo en los ordenamientos internos de los Países Miembros.
4. El Gobierno del Perú, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá cumplir con lo dispuesto en el derecho comunitario, es decir, respetar y aplicar el principio de Trato Nacional. Para ello deberá otorgar el beneficio de la bonificación del 20% a las empresas provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, sin establecer distinciones en base a su domicilio, o exigencias de que sus operaciones sean realizadas en territorio peruano a efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 439, de manera que se garantice la adquisición pública de servicios sin discriminación alguna, según lo exige el artículo 8 de la misma norma.

VI. INDICACION DE MEDIDAS

Para cesar la conducta contraria al ordenamiento comunitario, esta Secretaría General sugiere al Gobierno del Perú precisar los alcances de su legislación en los procesos de contrataciones y adquisiciones de servicios por parte del Estado que deben tener en cuenta las autoridades para la elaboración de bases de contratación, a efectos de conceder el porcentaje adicional del 20% que otorga la legislación peruana a sus nacionales, de forma que se entienda que cubre también a los nacionales de otros Países Miembros de la Comunidad Andina, si éstos acreditan, en su país de origen o en cualquier otro País Miembro, el cumplimiento de los requisitos exigidos en las bases de contratación pública. De esta forma se garantizaría la aplicación efectiva de las obli-

²¹ Bases de la licitación de los Concursos CP-0001-2005-MTC/20 y CP-0005-2005-MTC/20 Numeral 9.3. Tenidas en cuenta y citadas en el Dictamen 03-2006.



gaciones de Trato Nacional previstas en el ordenamiento andino.

VII. PLAZO

La República del Perú deberá informar, en un plazo no mayor a 45 días calendario contados a partir de la publicación del pre-

sente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sobre las medidas adoptadas para superar el incumplimiento.

ANTONIO ARANÍBAR QUIROGA
Director General de Cooperación
Política y Desarrollo Social
Encargado de la Secretaría General

