



EDITORIAL SAN GREGORIO S.A

Apuntes de Derecho Comunitario Andino

A propósito de los 50 años de la
Comunidad Andina y los 40 años de
creación de su Tribunal de Justicia.

Hugo R. Gómez Apac
Luis Rafael Vergara Quintero
Hernán Rodrigo Romero Zambrano
Luis Felipe Aguilar Feijoó
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Derecho

Apuntes de Derecho Comunitario Andino

**A propósito de los 50 años de
la Comunidad Andina y los 40
años de creación de su Tribunal
de Justicia.**

**Hugo Ramiro Gómez Apac
Luis Rafael Vergara Quintero
Hernán Rodrigo Romero Zambrano
Luis Felipe Aguilar Feijoó
Karla Margot Rodríguez Noblejas**



EDITORIAL SAN GREGORIO S.A.

2019

©Hugo R. Gómez Apac (Director de la publicación)

©Luis Rafael Vergara Quintero

©Hernán Rodrigo Romero Zambrano

©Luis Felipe Aguilar Feijóo

©Karla Margot Rodríguez Noblejas

©Apuntes de Derecho Comunitario Andino

Portoviejo: Editorial San Gregorio S.A
Diseño y diagramación: Rey Rondón Sierra
Corrección de estilo: María Elena Torrens Pérez
Entidad Rectora: Universidad San Gregorio de Portoviejo.
Primera edición: Abril 2019
Impresos en Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda. Ecuador
Cantidad de ejemplares: 1000
ISBN: 978-9942-795-10-6

Los contenidos expresados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores.

Avenida Metropolitana no. 2005 y Avenida Olímpica. Portoviejo
Teléfonos: (593 5) 2935002 ext: 1049 Código postal: 130105
E-mail: editorial@sangregorio.edu.ec



Este libro se publica bajo licencia Creative Commons

Atribución: Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.

NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.

SinDerivadas — Si remezcla, transforma o crea a partir de el material, no podrá distribuir el material modificado.

Capítulo III

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado Principal por la República del Perú

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Asesora de la Magistratura de la República del Perú

Exsecretaria a.i. del Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina

1. Una corte internacional

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), creado el 28 de mayo de 1979¹, es una corte internacional que administra justicia supranacional desde el 2 de enero de 1984². Actualmente, es considerado la tercera corte internacional más activa del mundo³. Su presencia dentro del Sistema Andino de Integración (SAI) fortalece la supranacionalidad de la Comunidad Andina. Y así como la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), el órgano ejecutivo, le dota de institucionalidad al proceso de integración andina, el TJCA, el órgano jurisdiccional, permite entender el concepto de supranacionalidad en el sentido de que hay una instancia más allá de los países miembros con capacidad para declarar que estos están incumpliendo las obligaciones que les imponen el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de creación de TJCA y las normas de derecho derivado o secundario del ordenamiento jurídico andino. Las sentencias del TJCA son vinculantes, deben ser acatadas por los países miembros, lo que evidencia tanto un orden jurídico supranacional como una corte internacional erigida para garantizarlo.

1 Con la suscripción del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Posteriormente, mediante el Protocolo de Trujillo el “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” pasó a denominarse “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, denominación que se mantiene hasta la fecha. Para mayor detalle ver Acápite 4.6 del Capítulo I del presente Libro.

2 Entró en funciones desde dicha fecha de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena aprobado por Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del 19 de agosto de 1983.

3 Karen J. Alter y Laurence R. Helfer, *Transplantating International Courts - The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 8.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 41 del Acuerdo de Cartagena, el TJCA se rige por dicho Acuerdo⁴, su Tratado de creación⁵ y sus protocolos modificatorios. El funcionamiento del TJCA y el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de creación se encuentran regulados en su Estatuto⁶. El desarrollo de las normas del Tratado de creación del TJCA y de su Estatuto, relativas a su organización y funcionamiento interno, se encuentra regulado en el Reglamento Interno del TJCA.⁷

Como órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina tiene jurisdicción sobre los países miembros y los órganos e instituciones del SAI⁸ y tiene competencia para conocer acciones de nulidad y de incumplimiento, recursos por omisión, demandas laborales y arbitrales y la absolución de solicitudes de interpretación prejudicial. El TJCA resuelve controversias entre los países miembros, entre estos y los órganos e instituciones del SAI y entre ellos y los ciudadanos andinos (personas naturales o jurídicas) cuando estos encuentran afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo. Asimismo, a través de la absolución de solicitudes de interpretación prejudicial el TJCA garantiza la aplicación coherente y uniforme del derecho comunitario andino por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, sean estos últimos jueces del poder judicial, árbitros o magistrados de una corte o tribunal constitucional.

Adicionalmente, el TJCA cuenta con personalidad jurídica según el derecho internacional, por lo que tiene capacidad para contratar personal, adquirir bienes, contratar servicios y administrar recursos. El vínculo entre el TJCA y sus funcionarios internacionales y sus empleados locales se rige por el Reglamento de Personal de Funcionarios

4 Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio de 2003.

5 Tratado de creación del TJCA, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de setiembre de 1999.

6 Estatuto del TJCA, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 680 del 28 de junio de 2001.

7 Reglamento Interno del TJCA, aprobado por el TJCA el 18 de mayo de 2004, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1071 del 27 de mayo de 2004. Actualizado y editado por Acuerdo 02/2019 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3577 del 28 de marzo de 2019.

8 Detallados en el Acápite 4 del Capítulo I del presente Libro.

Internacionales⁹ y el Reglamento de Personal de Empleados Locales¹⁰, respectivamente. De otro lado, las adquisiciones y contrataciones del TJCA se rigen por el Reglamento de Adquisición de Bienes y Contratación de Servicios del TJCA¹¹; y las inversiones que realiza el TJCA se rigen por el Reglamento de Inversiones del TJCA.¹²

El TJCA tiene su sede en Quito y está integrado por cuatro magistrados que tienen la nacionalidad de origen de cada uno de los países miembros y gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones. Por cada país miembro hay un magistrado titular y dos suplentes.¹³

Los magistrados son designados por un periodo de seis años, pudiendo ser renovados o reelegidos hasta por un periodo adicional también de seis años¹⁴. Los cuatro titulares laboran a dedicación exclusiva, por lo que no pueden realizar otra actividad profesional, remunerada o no, salvo las de naturaleza docente o académica como, por ejemplo, ser profesor en una universidad. Tienen el deber de abstenerse de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo. En caso de vacancia absoluta del magistrado, este es reemplazado por su suplente hasta el final del periodo del titular. Al término de su periodo el magistrado continuará en el ejercicio de su cargo hasta la fecha en que tome posesión quien lo reemplace.

9 Reglamento de Personal de Funcionarios Internacionales del TJCA. El texto actualizado y editado de este reglamento ha sido aprobado por Acuerdo 04/2019 del TJCA de fecha 27 de marzo de 2019.

10 Reglamento de Personal de Empleados Locales del TJCA. El texto actualizado y editado de este reglamento ha sido aprobado por Acuerdo 03/2019 del TJCA de fecha 27 de marzo de 2019.

11 Aprobado por Acuerdo 11/2017 del TJCA de fecha 24 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3174 del 31 de enero de 2018.

12 Aprobado por Acuerdo 10/2017 del TJCA de fecha 24 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3174 del 31 de enero de 2018.

13 El Artículo 7 del Estatuto del TJCA establece que el gobierno ecuatoriano solicita a cada país miembro la presentación de una terna y convoca a los cuatro plenipotenciarios para que elijan al titular y a los dos suplentes de la mencionada terna.

14 El Artículo 8 del Tratado de creación del TJCA establece que los magistrados serán designados por un periodo de seis años, el cual se podrá renovar parcialmente cada tres años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 6 del Tratado de creación del TJCA es requisito para ser magistrado gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales¹⁵ o ser jurisconsultos de notoria competencia.¹⁶ Los magistrados no son representantes o apoderados de sus países en el sentido de responder instrucciones o encontrarse subordinados a alguna autoridad de su país de origen. Actúan con absoluta independencia con relación a los intereses de sus países e independientemente de si estos son parte o no de una controversia de conocimiento del Tribunal. Así se garantiza su autonomía y neutralidad en la resolución de los casos. No obstante, como lo señala el Artículo 10 del referido Tratado, los magistrados podrán ser removidos a requerimiento del gobierno de un país miembro solo en el caso de que, en ejercicio de sus funciones, hubieran incurrido en falta grave prevista en el Estatuto del TJCA y de conformidad con el procedimiento en él establecido. Para tal efecto, los gobiernos de los países miembros designarán plenipotenciarios quienes, previa convocatoria del gobierno ecuatoriano, resolverán el caso en reunión especial y por unanimidad.

Para el adecuado cumplimiento de sus funciones, tanto el Artículo 12 del Tratado de creación del TJCA como el Artículo 6 de su Estatuto reconocen en los magistrados el estatus de jefe de misión diplomática (embajador) con las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de modo que gozan de la inviolabilidad de sus personas, archivos y de su correspondencia oficial (valija diplomática), y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el Artículo 31 de la referida Convención.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 10 del Estatuto del TJCA, las referidas inmunidades podrán ser levantadas por la autoridad competente ecuatoriana, previa opinión favorable del Tribunal.¹⁷

15 Los requisitos para ser integrante, en el Perú, de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Constitucional; en Ecuador, de la Corte Nacional de Justicia o de la Corte Constitucional; en Colombia, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado; y, en Bolivia, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Constitucional Plurinacional.

16 No se necesitan los requisitos mencionados en la nota a pie de página anterior si es que son jurisconsultos de notoria competencia en alguna disciplina jurídica.

17 Recibida la solicitud de levantamiento de inmunidad, el TJCA le concederá al magistrado implicado cinco días para presentar sus descargos. El TJCA se pronunciará respecto de la solicitud mediante resolución motivada, emitida en sesión en la que no participará el ma-

Los magistrados solo podrán ser removidos de sus cargos por haber incurrido comprobadamente en la comisión de una falta grave. Se consideran faltas graves de los magistrados las siguientes:¹⁸

- a) La mala conducta notoria;
- b) Cualquier acción incompatible con el carácter de su cargo;
- c) La falta reiterada a los deberes inherentes a su función;
- d) El desempeño de actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente o académica; y,
- e) La violación del juramento prestado al tomar posesión del cargo.

Estas causales se inspiraron en las establecidas en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.¹⁹

2. Estructura orgánica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El TJCA está compuesto por la Sala Plena, la Presidencia, el Secretario, el Jefe Administrativo y Financiero y los Despachos de las Magistraturas. Cada Despacho está integrado por el magistrado y su abogado asesor.

La Sala Plena está conformada por los magistrados del TJCA²⁰. Dicho cuerpo colegiado se reúne en dos tipos de sesiones: judiciales y administrativas²¹. En las sesiones judiciales se deliberan asuntos vinculados a las competencias jurisdiccionales del TJCA. Así, por ejemplo, en el marco de las acciones de nulidad y de incumplimiento, recursos

magistrado investigado. Si el TJCA estima que procede el levantamiento de la inmunidad y el magistrado fuere sometido a juicio, este habrá de desarrollarse ante la jurisdicción competente para juzgar a los más altos magistrados judiciales del Ecuador.

18 Artículo 11 del Estatuto del TJCA.

19 Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, primera edición, Thomson Reuters, Lima, 2011, pp. 67.

20 De conformidad con los cuórum establecidos en los Artículos 31 y 32 del Estatuto del TJCA.

21 Estatuto del TJCA. -

“Artículo 29.- Clases de sesiones

El Tribunal tendrá dos clases de sesiones, administrativas y judiciales, las cuales se desarrollarán de conformidad con lo que establecen el presente Estatuto y el Reglamento Interno.”

por omisión y demandas laborales, se deliberan autos de admisión, autos que resuelven excepciones previas, sentencias, etc. Asimismo, se delibera el contenido de las absoluciones a las solicitudes de interpretación prejudicial.

En las sesiones administrativas, la Sala Plena ejerce sus potestades normativa, administrativa y disciplinaria. Esto es, dicta reglamentaciones generales bajo la forma de Acuerdos y decisiones administrativas de efectos particulares bajo la forma de Resoluciones; aprueba el proyecto de presupuesto anual del TJCA; define la estructura orgánica y el personal necesario para el funcionamiento del TJCA; adopta un Reglamento de Personal en el que, entre otros, establece el régimen disciplinario de sus funcionarios y empleados; designa al Secretario y al personal administrativo, técnico y de servicios que fuere necesario; etc.²²

La Presidencia del TJCA es ejercida por un año y de manera rotativa por cada uno de los magistrados.²³ El Presidente representa al TJCA en toda circunstancia; dirige sus actividades, trabajos y servicios; convoca y preside las sesiones y audiencias; y, ejerce las demás atribuciones que el TJCA determine en su Reglamento Interno.²⁴

De manera específica, el Presidente cumple las siguientes funciones: (i) vela por la observancia del ordenamiento normativo, reglamentario y administrativo que expida el TJCA; (ii) coordina la consecución de los objetivos mediante la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas, proyectos y actividades que apruebe el Tribunal; (iii) coordina la elaboración del proyecto de presupuesto anual del TJCA y lo somete oportunamente para su aprobación; (iv) ejecuta el presupuesto anual del TJCA; (v) vela por que las causas sometidas al Tribunal sean sustanciadas y decididas oportunamente; (vi) dispone la convocatoria de los magistrados a las sesiones y fija la fecha y hora de su realización; (vii) elabora y somete a la aprobación del Tribunal el orden del día correspondiente a cada sesión; (viii) dirige los debates en las sesiones

22 Artículo 25 del Reglamento Interno del TJCA.

23 Actualmente, por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2019 al 15 de enero de 2020, la ejerce el magistrado por la República del Perú, Hugo R. Gómez Apac. Del 16 de enero de 2018 al 15 de enero de 2019 fue Presidente el magistrado por la República de Colombia, Luis Rafael Vergara Quintero; del 16 de enero de 2017 al 15 de enero de 2018 fue Presidenta la magistrada por el Estado Plurinacional de Bolivia, Cecilia Luisa Ayllón Quintero; y, del 16 de enero de 2016 al 15 de enero de 2017 fue Presidente el magistrado por la República del Ecuador, Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

24 Artículo 15 del Estatuto del TJCA.

y audiencias que celebre el Tribunal; (ix) suscribe, junto con el Secretario, las actas de las sesiones y audiencias que se celebren, una vez que hayan sido aprobadas; (x) coordina acciones a fin de promover la difusión y el perfeccionamiento del derecho comunitario, así como su aplicación uniforme; entre otras.²⁵

El **Secretario del TJCA**, también llamado “Secretario General del TJCA”, es nombrado por el periodo de tres años, pudiendo ser reelegido por una sola vez. Dicho cargo también es rotativo entre los países miembros.^{26, 27}

De conformidad con lo establecido en el Artículo 18 del Estatuto del TJCA, el Secretario deberá ser nacional de origen de alguno de los países miembros, gozar de alta consideración moral y ser abogado de notoria competencia.

Entre las principales funciones del Secretario se tienen las siguientes: (i) dirige, bajo la autoridad del Presidente, la Secretaría del Tribunal; (ii) atiende, conforme a instrucciones del Presidente, el despacho judicial del Tribunal, la recepción, trámite y custodia de todos los documentos; (iii) da fe y expide certificaciones y copias de los asuntos que cursan en el Tribunal; (iv) convoca y concurre a las sesiones que el Tribunal disponga por intermedio de su Presidente, sean estas judiciales o administrativas, y convoca y asiste a las audiencias que se determinen; (v) redacta y custodia las actas correspondientes a las actuaciones del Tribunal que lo requieran; entre otras.^{28, 29}

El **Jefe Administrativo y Financiero del TJCA** es designado por el Pleno del TJCA.³⁰ Es el responsable de la administración y finanzas del TJCA. Dentro de sus principales funciones tenemos la de dirigir y supervisar la gestión de los sistemas administrativos de abasteci-

25 Artículo 7 del Reglamento Interno del TJCA.

26 Artículo 17 del Estatuto del TJCA.

27 Luis Felipe Aguilar Feijoó (Ecuador) es el actual Secretario del TJCA. Previamente, lo fueron Karla Margot Rodríguez Noblejas (Perú), *ad interim*, y Gustavo García Brito (Bolivia).

28 Artículo 19 del Estatuto del TJCA.

29 Las funciones del Secretario se encuentran detalladas en el Artículo 9 del Reglamento Interno del TJCA.

30 Actualmente es de nacionalidad ecuatoriana.

miento, contabilidad, tesorería, recursos humanos, tecnologías de la información, seguridad e inversiones.

Los **Despachos de las Magistraturas** están integrados por el magistrado y su abogado asesor. Los abogados asesores son profesionales que responden a la confianza del magistrado con quien colaboran en el desarrollo de sus actividades.³¹ Son contratados con el voto favorable de la mayoría de los magistrados que conforman el Tribunal, sobre la base de la propuesta del magistrado al que apoyará y teniendo en cuenta la calificación de méritos efectuada por el Pleno del Tribunal.³² Los requisitos para la contratación de los abogados asesores se encuentran detallados en el Artículo 9 del Reglamento de Personal de Funcionarios Internacionales del TJCA.

3. Competencias jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Inicialmente, el TJCA solo tenía tres competencias: acción de nulidad, acción de incumplimiento e interpretación prejudicial. Con la entrada en vigencia del Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996³³ se modificó el Tratado de creación del Tribunal y se le otorgaron tres nuevas competencias: recurso por omisión (o por inactividad), demanda laboral y demanda arbitral.

A continuación, se desarrollarán las competencias jurisdiccionales del TJCA.

3.1. Acción de nulidad³⁴

La acción de nulidad es el instrumento procesal comunitario que permite cuestionar y, de ser el caso, eliminar un acto comunitario que ha sido emitido violando el ordenamiento jurídico comunitario

31 Artículo 6 del Reglamento de Personal de Funcionarios Internacionales del TJCA.

32 Artículo 8 del Reglamento de Personal de Funcionarios Internacionales del TJCA.

33 Entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

34 Esta sección ha sido elaborada sobre la base del marco teórico contenido en el Informe N° 003-MP-TJCA-2016 del 28 de junio de 2016 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú (Magistrado Hugo R. Gómez Apac), recogido en la Sentencia recaída en el Proceso 02-AN-2015 de fecha 26 de agosto de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2810 del 15 de setiembre de 2016, cuya Magistratura Ponente fue la de la República del Perú.

Dicho marco teórico fue ampliado mediante Informe N° 004-MP-TJCA-2016 del 20 de julio de 2016 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú, recogido en la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017, publicada

andino, incluso por desviación de poder.³⁵ En ese sentido, posibilita asegurar el principio de jerarquía normativa y el respeto universal e integral al derecho comunitario andino.

Esta acción se encuentra regulada en los Artículos 17 a 22 del Tratado de creación del TJCA y 101 a 106 de su Estatuto, pero ha sido su jurisprudencia la que de manera detallada ha explicado la naturaleza y alcances de dicha acción.

En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017³⁶, se explicó la competencia del TJCA respecto de la acción de nulidad. En dicha sentencia, el TJCA empezó señalando que el Artículo 17 de su Tratado de creación otorga competencia a dicha corte internacional para declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y de la Comisión de la Comunidad Andina (Comisión), las Resoluciones de la SGCA y de los Convenios a que se refiere el Literal e) del Artículo 1 de dicha norma³⁷, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún país

en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 del 8 de febrero de 2017, cuya Magistratura Ponente fue la de la República del Perú.

Con posterioridad a ello, el referido marco teórico ha sido recogido casi en su totalidad en la Sentencia recaída en el Proceso 05-AN-2015 de fecha 9 de marzo de 2017 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3012 del 2 de mayo de 2017; el Auto de rechazo de la demanda recaído en el Proceso 02-AN-2017 de fecha 27 de setiembre de 2017; y en el Auto que declaró infundada una excepción previa en el marco del Proceso 04-AN-2016 del 17 de noviembre de 2017.

Asimismo, fue recogido parcialmente en las Sentencias recaídas en los Procesos 04-AN-2015 de fecha 26 de abril de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3293 del 29 de mayo de 2018, 01-AN-2015 de fecha 23 de agosto de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3369 del 13 de setiembre de 2018, 04-AN-2016 de fecha 25 de setiembre de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3413 del 31 de octubre de 2018 y 03-AN-2016 de fecha 7 de noviembre de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3470 del 4 de diciembre de 2018.

35 Hugo R. Gómez Apac y Amparo Saúne Torres, *La Acción de Nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura”, Universidad de Piura, Lima, N° 17, diciembre 2016, p. 390.

36 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 del 8 de febrero de 2017.

37 **Tratado de creación del TJCA. -**

“Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

(...)

e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina.”

miembro³⁸, el CAMRE, la Comisión, la SGCA o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el referido Tratado³⁹ y desarrolladas ampliamente en el Estatuto del TJCA.⁴⁰

El Artículo 1 del Tratado de creación del TJCA establece que el ordenamiento jurídico comunitario andino comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales;
- b) El Tratado de creación del TJCA y sus protocolos modificatorios;
- c) Las Decisiones del CAMRE y la Comisión;
- d) Las Resoluciones de la SGCA; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Tal y como se explicó en el Acápito 2 del Capítulo II del presente Libro, el ordenamiento jurídico comunitario andino no solo está compuesto por las normas andinas detalladas en el párrafo precedente (fuentes típicas) sino también por normas andinas que no aparecen en dicho listado (fuentes atípicas).⁴¹ El control de legalidad se efectúa respecto de las fuentes típicas y atípicas lo que dota a la acción de nulidad de la universalidad e integralidad que todo sistema de justicia necesita.

38 De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 18 del Tratado de creación del TJCA, los países miembros solo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.

39 Las personas naturales y jurídicas podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del CAMRE, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la SGCA o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (Artículo 19 del Tratado de creación del TJCA).

La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del CAMRE, de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la SGCA o del Convenio objeto de dicha acción (Artículo 20 del Tratado de creación del TJCA).

40 Ver Artículos 101 a 106 del Estatuto del TJCA.

41 Es el caso del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, su Reglamento General, las Directrices del Consejo Presidencial Andino, etc.

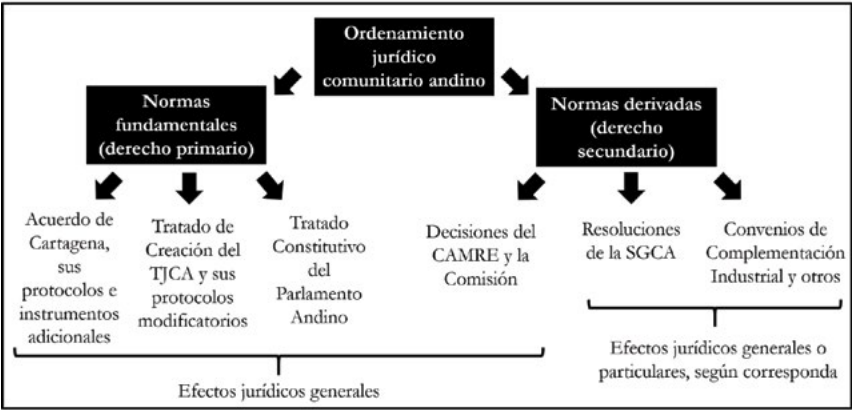
Asimismo, se explicó que el Artículo 2 del Estatuto del TJCA establece que el ordenamiento jurídico comunitario andino está conformado por las siguientes fuentes típicas:

- (i) Normas fundamentales o de derecho primario (llamadas también normas constitucionales), que están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración comunitaria andina, así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*).
- (ii) Normas derivadas o de derecho secundario derivado, que están constituidas por las Decisiones del CAMRE y de la Comisión, por las Resoluciones de la SGCA, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.

Las Decisiones del CAMRE y de la Comisión tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las Resoluciones de la SGCA y los referidos Convenios pueden tener efectos jurídicos generales en unos casos o efectos jurídicos particulares en otros. Así, tendrá efectos generales una Resolución de la SGCA que aprueba un reglamento, mientras que tendrá efectos particulares una Resolución de la SGCA que aprueba un acto administrativo.

Lo explicado se puede visualizar mejor en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 01



Fuente: Elaboración propia.

El control de legalidad a cargo del TJCA varía en función de si el acto impugnado⁴² tiene efectos generales o si tiene efectos particulares. Si la norma andina tiene efectos jurídicos generales el control de legalidad privilegia el carácter “normativo” del acto cuestionado, mientras que, si tiene efectos jurídicos particulares, el control de legalidad privilegia la naturaleza de “acto administrativo” del acto cuestionado.

En el caso de las Decisiones del CAMRE y de la Comisión (las leyes comunitarias), el control jurídico del TJCA se asemeja a la acción de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley tramitada ante el Tribunal Constitucional peruano o ante la Corte Constitucional ecuatoriana.

Tratándose de las Resoluciones de efectos generales de la SGCA (reglamentos administrativos), el control jurídico del TJCA se asemeja a:

- (i) La acción popular contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general ante el Poder judicial peruano: por inconstitucionales o ilegales.
- (ii) La acción pública de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general y actos administrativos con efectos generales ante la Corte Constitucional ecuatoriana: por inconstitucionales.
- (iii) El proceso contencioso administrativo de anulación objetiva contra actos administrativos de carácter general ante el Poder Judicial ecuatoriano: por ilegales.

Respecto de las Resoluciones de efectos particulares de la SGCA (actos administrativos)⁴³, el control jurídico del TJCA se asemeja al proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial peruano o ecuatoriano.

Como se puede advertir, mientras los países miembros (Perú y Ecuador) cuentan con la acción de inconstitucionalidad para hacer respetar el principio de jerarquía normativa con relación a las normas con rango de ley y el proceso contencioso administrativo para revisar los actos administrativos, dos instrumentos procesales completamente diferentes, la Comunidad Andina cuenta con la acción de nulidad para

42 Decisiones del CAMRE y de la Comisión, Resoluciones de la SGCA y Convenios a que se refiere el Literal e) del Artículo 1 del Tratado de creación del TJCA.

43 Tales como las resoluciones que autorizan la imposición de salvaguardias, que declaran que ciertas mercancías cumplen con las normas de origen, que sancionan la comisión de una conducta anticompetitiva transfronteriza, entre otras.

ambos propósitos, de modo que este instrumento procesal andino se modula dependiendo de si el acto impugnado es una Decisión del CAMRE o la Comisión (una ley comunitaria) o una Resolución de la SGCA de efectos particulares (un acto administrativo comunitario).

En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017 también se explicó los elementos de validez, y en contraposición los presupuestos de invalidez (nulidad) de las Resoluciones de la SGCA. Para ello, en primer lugar, se explicó que el Literal c) del Artículo 7 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA (en adelante, el Reglamento de la SGCA) dispone que las resoluciones de este organismo comunitario deben contener los respectivos fundamentos de hecho y de derecho, lo que no es otra cosa que la motivación⁴⁴. Por tanto, un supuesto de invalidez o nulidad de una resolución de la SGCA es su falta de motivación.

En esa línea, la referida Sentencia sostuvo que conforme a lo dispuesto por el Artículo 8 del Reglamento de la SGCA⁴⁵, las resoluciones de la SGCA deben respetar el principio de jerarquía normativa, y que el Artículo 9⁴⁶ diferencia a las resoluciones de la SGCA de carácter

44 **Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA, aprobado por la Decisión 425 del CAMRE, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 314 del 18 de diciembre de 1997.-**

“Artículo 7.- Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por escrito y deberán contener:

(...)

c) Los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, así como cuando corresponda, las razones que hubieren sido alegadas, la identificación del destinatario, precedidos de la palabra “Considerando”;

(...)”

45 **Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA. -**

“Artículo 8.- Las Resoluciones de la Secretaría General deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

(...)”

46 **Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA. -**

“Artículo 9.- Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo.

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto.”

particular (o efectos particulares) de aquellas de carácter normativo (o efectos generales), estableciendo que una resolución de la SGCA de carácter particular no puede contradecir una resolución de la SGCA de carácter normativo.

Adicionalmente, la Sentencia mencionó que del Artículo 12 del Reglamento de la SGCA⁴⁷ se advierte que son supuestos de invalidez que originan la nulidad de una resolución de la SGCA el que esta sea emitida por autoridad incompetente; que contravenga el ordenamiento andino, es decir, que viole el principio de jerarquía normativa (lo que implica que su objeto o contenido sea ilegal o ilícito); que su contenido u objeto sea de imposible ejecución; y que no cumpla con las normas esenciales del procedimiento.

Además, la Sentencia agregó que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 39 del Reglamento de la SGCA⁴⁸, las resoluciones de este organismo (ejecutivo) comunitario pueden ser impugnadas si incurren en el vicio de desviación de poder; es decir, cuando no cumplen la finalidad legítima prevista en la norma comunitaria correspondiente.

En la referida Sentencia, el TJCA llegó al veredicto de que considerando los Artículos 7, 8, 9, 12 y 39 del Reglamento de la SGCA, es posible aseverar que son elementos esenciales de validez de las resoluciones de la SGCA, los siguientes:

- (i) Ser emitidas por autoridad competente;
- (ii) Estar debidamente motivadas (fundamentos de hecho y de derecho);

47 **Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA. -**

“Artículo 12.- Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,

c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.”

48 **Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA. -**

“Artículo 39.- Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas.”

- (iii) Tener contenido u objeto legal o lícito, lo que implica respetar el principio de jerarquía normativa;
- (iv) Tener contenido u objeto físicamente posible, lo que implica, además, que deba estar determinado;
- (v) Cumplir con las normas esenciales del procedimiento; y,
- (vi) No incurrir en desviación de poder, lo que significa cumplir con la finalidad legítima (causa) prevista en la norma comunitaria correspondiente.

En contraposición a lo anterior, la referida Sentencia estableció que son presupuestos de invalidez (nulidad) de una resolución de la SGCA, cualquiera de los siguientes:

- (i) Ser emitidas por autoridad incompetente;
- (ii) Carecer de motivación, lo que se conoce como el falso supuesto de hecho y de derecho;
- (iii) Contravenir el ordenamiento jurídico andino; es decir, que viole el principio de jerarquía normativa (lo que implica que su objeto o contenido sea ilegal o ilícito);
- (iv) Tener contenido u objeto indeterminado o físicamente imposible (de imposible ejecución);
- (v) No cumplir con las normas esenciales del procedimiento; e,
- (vi) Incurrir en desviación de poder, lo que implica incumplir la finalidad (causa) pública prevista en la norma comunitaria respectiva.

3.1.1. El control de legalidad respecto de disposiciones comunitarias de efectos jurídicos generales

La Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-96 de fecha 16 de abril de 1997⁴⁹ señaló lo siguiente:

“En el contencioso comunitario andino de anulación el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos

49 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 520 del 20 de diciembre de 1999.

extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de disconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.”

(Resaltado añadido)

En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-96, el TJCA hizo énfasis en la “confrontación normativa” al señalar cómo se debía abordar el análisis de legalidad en el caso de una disposición de efectos jurídicos generales (una Decisión de la Comisión). En atención a ello, es posible afirmar que, tratándose de disposiciones de efectos jurídicos generales, el control de legalidad o de validez privilegiará el carácter normativo de la disposición cuestionada correspondiendo verificar los siguientes elementos de validez:⁵⁰

- (i) Si la norma fue emitida por autoridad competente.
- (ii) Si la norma respeta el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; es decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía.
- (iii) Si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente test de razonabilidad:
 - (iii.1) Si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho andino.
 - (iii.2) Si la disposición objeto de la norma es idónea para cumplir la finalidad buscada por esta; es decir, si hay una relación causal entre el fin perseguido y el objeto de la norma.
 - (iii.3) Si el objeto de la norma es necesario o insustituible; esto es, que no hay una forma menos gravosa para alcanzar la finalidad buscada por la norma.

⁵⁰ Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017.

(iii.4) Si el objeto de la norma es proporcional; es decir, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

Bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez precisados para declarar la nulidad de una norma de efectos jurídicos generales. Así también, para declarar su nulidad por falta de razonabilidad bastaría que no se cumpla uno de los niveles del test de razonabilidad antes referido.

3.1.2. El control de legalidad respecto de actos comunitarios de efectos jurídicos particulares

En la Sentencia recaída en el Proceso 04-AN-97 de fecha 17 de agosto de 1998⁵¹ el TJCA señaló lo siguiente:

“El acto impugnado puede ser anulado por varias causales ya sea por vicios de fondo o de forma. Estas causales de nulidad o anulabilidad del acto, se recogen en la disposición del artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal que abre la vía contenciosa comunitaria para que las Resoluciones de la Junta puedan ser declaradas nulas cuando fueren dictadas con ‘violación de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, incluso por desviación de poder’, con lo cual se entiende que las causales de nulidad pueden referirse a vicios de fondo y de forma que son aceptados generalmente por la doctrina.

Las frases precedentes, entre las cuales resalta el llamado vicio del acto por ‘desviación de poder’, aporte conceptual de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a la doctrina del acto administrativo, refleja en el Derecho comunitario la tendencia doctrinaria y jurisprudencial a incorporar casi en bloque la teoría de las nulidades elaborada por el Contencioso Administrativo derivándola del Derecho civil. Pero cabe destacar la relativa originalidad con la cual el Tratado de Creación del Tribunal (señalado artículo 17), reemplazó la enumeración de las típicas causales de nulidad (incompetencia, vicio de forma, ‘desviación de poder’ y ‘violación de ley’), surgidas del Consejo de Estado francés a través de un proceso jurisprudencial

51 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 373 del 21 de setiembre de 1998.

laborioso e inductivo, sustituyéndola por una implícita clasificación más racional, dentro de la cual la jurisprudencia del Tribunal Andino, en correspondencia con la doctrina, ha insuflado de contenido la ambigua y señalada causal de ‘violación de ley’, concretándola en dos vicios específicos relativos a la causa y al objeto del acto.

Conforme a esa concreción jurisprudencial, los vicios que podrían afectar las Decisiones y Resoluciones impugnadas en vía de anulación, serían: la incompetencia; el vicio de forma; la desviación de poder; el falso supuesto de hecho o de derecho, que se entiende como carencia de una efectiva motivación (vicio en la causa); y, finalmente, como vicio en el objeto, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido de aquellas especies jurídicas comunitarias emanadas de la Comisión o de la actual Secretaría General bajo los respectivos nombres de Decisiones y Resoluciones. (Citadas sentencias de fechas: 24 de septiembre de 1997 y 13 de febrero de 1998, casos ‘COLSUBSIDIO’ y ‘CANALI’, respectivamente).’

(Resaltado añadido)

Como se puede advertir, el TJCA analizó la legalidad de un acto de efectos jurídicos particulares y, a propósito de ello, desarrolló más su criterio anterior especificando los vicios que podrían afectar el dispositivo comunitario impugnado vía la acción de nulidad. Asimismo, reconoció que la jurisprudencia del TJCA⁵² es uniforme al reconocer que las causales de anulación han sido determinadas partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, relacionado al elemento formal; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto. Bajo este razonamiento, en el caso de actos que tie-

52 A modo de referencia, véase las Sentencias recaídas en los Procesos 05-AN-97 de fecha 8 de junio de 1998, 01-AN-98 de fecha 13 de octubre de 2000, 16-AN-2002 de fecha 30 de julio de 2003, 39-AN-2004 de fecha 28 de junio de 2005 y 214-AN-2005 de fecha 17 de noviembre de 2006, publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena N°s 361 del 7 de agosto de 1998, 361 del 10 de enero de 2001, 972 del 25 de agosto de 2003, 1212 del 28 de junio de 2005 y 1498 del 16 de mayo de 2007, respectivamente.

nen efectos jurídicos particulares, el control de legalidad o de validez deberá considerar los siguientes elementos de validez:⁵³

- (i) Si la resolución fue emitida por autoridad competente.
- (ii) Si el objeto de la resolución es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa).
- (iii) Si el objeto de la resolución es determinado y físicamente posible.
- (iv) Si la resolución se encuentra debidamente motivada; esto es, que no contiene falso supuesto de hecho o de derecho.
- (v) Si la resolución se ha dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento.
- (vi) Si la resolución fue dictada en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no hay desviación de poder.

Por lo tanto, para declarar la nulidad de un acto de efectos jurídicos particulares (actos administrativos) bastaría que no se cumpla uno de los precitados elementos de validez. De la revisión de las Sentencias precitadas, es posible concluir que el TJCA ha establecido dos formas de abordar el análisis de legalidad en la acción de nulidad:⁵⁴

- (i) Cuando se trata de dispositivos de efectos jurídicos generales se ha resaltado la importancia del principio de jerarquía mencionando que corresponde confrontar la norma cuestionada con la disposición superior que se alega como vulnerada.
- (ii) Cuando se trata de actos de efectos jurídicos particulares (actos administrativos) se ha establecido que el análisis de legalidad involucra verificar los requisitos de validez del acto administrativo; es decir, la competencia, el objeto, la motivación, la forma y el fin perseguido.

El parámetro de control no solo es el texto de la norma andina, sino también la interpretación auténtica de dicha norma realizada por su intérprete auténtico —esto es, el TJCA— a través de sus interpretaciones prejudiciales y sus sentencias, en las que define el objeto, con-

53 Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017.

54 *Ibidem*.

tenido y alcance de la normativa andina. Es importante reiterar que es deber del Tribunal aplicar la norma andina y jurisprudencia pertinente en aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho)⁵⁵. Por tanto, si bien el control de legalidad se restringe al acto demandado, y no otro, el parámetro de control de legalidad de ese acto demandado es todo el ordenamiento jurídico comunitario andino: las normas de derecho primario y secundario y la jurisprudencia del TJCA vinculada a ese derecho.

3.1.3. El control de legalidad de los actos comunitarios de efectos jurídicos particulares y su relación con el contencioso administrativo

Sobre el particular, la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017 señaló que el análisis de legalidad efectuado por el TJCA frente a dispositivos comunitarios de efectos jurídicos particulares (v.g., una resolución de la SGCA) involucra la aplicación de la teoría de la nulidad del acto administrativo al dispositivo cuestionado.

La referida Sentencia agregó que conviene tomar en cuenta que la asimilación del régimen de nulidad del acto administrativo para el análisis de legalidad de dispositivos comunitarios de efectos jurídicos particulares ya ha sido validada en pronunciamientos del TJCA. En las Sentencias recaídas en los Procesos 05-AN-97⁵⁶ y 03-AI-96⁵⁷ el TJCA reconoció expresamente que, al cumplir con determinados requisitos, las resoluciones emitidas por la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy,

55 Voto disidente de los Magistrados Hugo R. Gómez Apac y Cecilia Luisa Ayllón Quinteros respecto de la Sentencia aprobada por mayoría en el Proceso 04-AN-2015 de fecha 26 de abril de 2018.

56 En efecto, en la Sentencia recaída en el Proceso 05-AN-97 de fecha 8 de junio de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 361 del 7 de agosto de 1998, se señaló lo siguiente:

“La Resolución 430 de la Junta [hoy SGCA] es un acto administrativo revestido de presunción de legalidad que tiene como característica esencial común a todo acto de esa naturaleza, la de producir efectos directos e inmediatos. El acto administrativo en base a esa presunción se considerará como válido mientras no sea declarado nulo por el órgano jurisdiccional respectivo.”

57 Al respecto, la Sentencia recaída en el Proceso 03-AI-96 de fecha 24 de marzo de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 261 del 29 de abril de 1997, señaló que:

“Constituyendo las Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena [hoy SGCA], actos administrativos, se encuentran revestidos o amparados de las características de la presunción de legalidad y ejecutoriedad.”

la SGCA) constituyen actos administrativos que tienen como característica esencial producir efectos directos e inmediatos.

La Sentencia recaída en el Proceso 04-AN-97 de fecha 17 de agosto de 1998 sostuvo que:

“Las frases precedentes, entre las cuales resalta el llamado vicio del acto por ‘desviación de poder’, aporte conceptual de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a la doctrina del acto administrativo, refleja en el Derecho comunitario la tendencia doctrinaria y jurisprudencial a incorporar casi en bloque la teoría de las nulidades elaborada por el Contencioso Administrativo derivándola del Derecho civil. Pero cabe destacar la relativa originalidad con la cual el Tratado de Creación del Tribunal (señalado artículo 17), reemplazó la enumeración de las típicas causales de nulidad (incompetencia, vicio de forma, ‘desviación de poder’ y ‘violación de ley’), surgidas del Consejo de Estado francés a través de un proceso jurisprudencial laborioso e inductivo, sustituyéndola por una implícita clasificación más racional, dentro de la cual la jurisprudencia del Tribunal Andino, en correspondencia con la doctrina, ha insuflado de contenido la ambigua y señalada causal de ‘violación de ley’, concretándola en dos vicios específicos relativos a la causa y al objeto del acto.”

(Resaltado añadido)

Al analizar actos de efectos jurídicos particulares, el TJCA ha señalado que en el derecho comunitario existe una tendencia doctrinaria y jurisprudencial de incorporar la teoría de las nulidades proveniente del Contencioso Administrativo. Por ello, la cita jurisprudencial mencionada refiere que incluso la figura de desviación de poder constituye un aporte conceptual proveniente de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés incorporada a la doctrina del acto administrativo.⁵⁸

Ricardo Vigil Toledo lo confirma en los siguientes términos:⁵⁹

“...Está basada en el principio de la tutela y el control de la legalidad que ejerce privativamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Como en el caso del derecho comunitario

58 Sentencia recaída en el Proceso 01-NA-2014 de fecha 19 de enero de 2017.

59 Ricardo Vigil Toledo, Op. Cit., p. 86.

europeo, su origen al igual que la acción de incumplimiento y del recurso por omisión es una transposición de las competencias del Consejo de Estado francés en el procedimiento contencioso administrativo...”

(Resaltado añadido)

Sobre este aspecto, la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017 manifestó que conviene tomar en cuenta que el modelo de Contencioso Administrativo francés actual no contempla más el dogma revisor y el binomio anulación-reenvío a la Administración para resolver⁶⁰. Por el contrario, a partir de una concepción de tutela amplia, la actuación del juez ya no se encuentra restringida a declarar únicamente la nulidad del acto cuestionado, sino que, en determinados supuestos, también puede sustituir a la administración pública dictando un acto conforme a derecho⁶¹. Lo que ha sucedido

60 “(...)

d) Posteriormente, en 1989, se dictaron los Decretos 90-400 y 90-416, mediante los cuales se reformó por entero el sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso administrativo. Pero únicamente no se trató de una reforma del procedimiento de ejecución, sino que, en la práctica, de acuerdo con GARCIA ENTERRÍA, constituyó una declinación del recurso de anulación, en la medida que se dio un poder implícito condenatorio de los jueces (aunque ciertamente disminuido en la medida en que no se les permitía integrar con sus fallos la condena, la misma que podría ir indicada en la parte considerativa o de motivación de la sentencia). Esta es la primera gran reacción en orden a establecer la caída del dogma revisor y del dístico anulación-reenvío a la Administración para resolver (...)

e) La caída final de la concepción meramente anulatoria que tradicionalmente se asignaba al juez del exceso de poder en el contencioso-administrativo francés, se da precisamente a partir de la denominada con todo acierto por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, una ‘revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo’ (...), a través de la Ley de 8 de febrero de 1995, relativa al otorgamiento de poderes efectivos de injonction a los jueces de lo contencioso-administrativo. En tal medida, tal como lo señala también SANTAMARÍA DACAL, aquí se produce un punto de inflexión en la concepción misma del proceso contencioso-administrativo francés, en la medida en que la citada Ley de 1995 permite al recurrente solicitar al juez administrativo que anule la decisión impugnada y que dicte la correspondiente condena de hacer o de no hacer contra la Administración para hacer efectivo aquel pronunciamiento. El Juez, en tal medida, podrá acompañar su condena o injonction con una multa coercitiva por día de retraso en la ejecución de aquella.

(...)”

Ramón Huapaya Tapia, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, primera edición, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 273.

61 Alina del Carmen Nettel Barrera, *La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados democráticos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, p. 22. Descargado el 31 de marzo de 2019 de: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3282/4.pdf>

con el sistema francés de justicia administrativa es que se ha pasado de un “juez de casación” a un “juez de plena jurisdicción”⁶². En palabras de Michel Fromont “...*El rol del juez administrativo francés se transforma completamente: no se limita más a ejercer una función de casación (...) dicho juez se convierte en un juez de plena jurisdicción...*”⁶³.

En atención a la relación existente entre el Contencioso Administrativo francés y la acción de nulidad en el derecho comunitario andino, los criterios que informan al primero deben ser trasladados al segundo para arribar a una adecuada definición de la acción de nulidad. Desde esta nueva concepción, el papel del TJCA no se restringe a ser solo un agente nulificador de actos, sino que —ejerciendo el control de legalidad del ordenamiento jurídico andino— se encuentra facultado a efectuar una revisión profunda de cada uno de los requisitos de validez del acto de efectos jurídicos particulares impugnado y pronunciarse conforme a Derecho, cuando así corresponda.⁶⁴

Por ello, la acción de nulidad constituye el mecanismo procesal que materializa una auténtica instancia autónoma de control jurisdiccional de los actos administrativos emitidos por la SGCA en la que el papel del TJCA consiste en velar por el control de legalidad desde una perspectiva de tutela amplia, encontrándose facultado a realizar una revisión profunda de los requisitos de validez del acto administrativo impugnado e, incluso, a emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda.⁶⁵

En ese sentido, la acción de nulidad comunitaria no constituye un recurso de alzada (o apelación) pues el TJCA no es una instancia de superior jerarquía encargada de resolver la fase impugnativa de los actos administrativos emitidos por la SGCA; tampoco se encuentra vinculada al concepto de casación legal, pues no se trata de una revisión limitada al análisis de cuestiones de puro derecho, sino que, por el contrario, involucra una revisión integral en la que el TJCA verifica los requisitos de validez del acto administrativo emitido por la SGCA.⁶⁶

Al TJCA le corresponde realizar una revisión integral y profunda de los elementos de validez del acto administrativo impugnado, pudiendo

62 Ramón Huapaya Tapia, Op. Cit., p. 277.

63 Citado por: Ramón Huapaya Tapia, Op. Cit., p. 277.

64 Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017.

65 Ibídem.

66 Ibídem.

incluso, en los casos en que así corresponda, emitir un pronunciamiento sobre la materia controvertida, en aras de brindar una tutela amplia y garantizar el principio de legalidad del derecho comunitario andino.⁶⁷

El análisis realizado por el TJCA requiere ser profundo y exhaustivo debido a que tiene como finalidad asegurar el principio de legalidad como pieza clave del régimen jurídico andino, el cual, además, resulta de suma relevancia para la consolidación de los objetivos económicos y sociales del proceso de integración subregional andino previstos en el Acuerdo de Cartagena.⁶⁸

En el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de marzo de 2019, el TJCA ha recibido setenta y cuatro (74) acciones de nulidad, de las cuales ha resuelto sesenta y ocho (68) de ellas, encontrándose en trámite seis (6).⁶⁹

3.2. Acción de incumplimiento⁷⁰

Esta acción se encuentra regulada en los Artículos 23 a 31 del Tratado de creación del TJCA y 107 a 120 de su Estatuto, pero ha sido su

67 Ibidem.

68 Ibidem.

69 Cifras brindadas por la Secretaría del TJCA.

De las setenta y cuatro (74) acciones de nulidad, sesenta y uno (61) han sido interpuestas contra la SGCA (antes Junta del Acuerdo de Cartagena). Las restantes han sido interpuestas contra el Parlamento Andino (4), la Comisión —antes Comisión del Acuerdo de Cartagena— (7), la Comunidad Andina (1) y la República Bolivariana de Venezuela (1).

70 Esta sección ha sido elaborada sobre la base del marco teórico contenido en el Informe N° 007-MP-TJCA-2017 del 21 de junio de 2017 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú (Hugo R. Gómez Apac).

Dicho marco teórico luego fue ampliado mediante Informe N° 012-MP-TJCA-2017 del 6 de noviembre de 2017 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú, recogido en el Auto Admisorio recaído en el Proceso 01-AI-2017 de fecha 1 de diciembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3160 del 14 de diciembre de 2017.

El referido marco teórico posteriormente fue modulado, ajustándose al caso en concreto, mediante Informe N° 010-MP-TJCA-2018 del 12 setiembre de 2018 elaborado por el Despacho de la Magistratura del Perú, recogido en la Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3439 del 12 de noviembre de 2018, cuya Magistratura Ponente fue la de la República del Perú.

jurisprudencia la que de manera detallada ha explicado la naturaleza y alcances de dicha acción.

3.2.1. Naturaleza y alcances de la acción de incumplimiento

El Artículo 107 del Estatuto del TJCA otorga competencia al TJCA para pronunciarse respecto de la conducta de un país miembro considerada contraria al ordenamiento andino con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de Cartagena.⁷¹

Los Artículos 23, 24 y 25 del Tratado de creación del TJCA mencionan las reglas procedimentales y los órganos comunitarios intervinientes en la acción de incumplimiento. Su Artículo 23 establece el procedimiento aplicable cuando dicha acción es promovida por la SGCA y su Artículo 24 cuando es promovida por un país miembro. Su Artículo 25 establece los supuestos en los que la acción de incumplimiento es promovida por personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos.^{72, 73}

Solo en determinados supuestos establecidos por la norma las personas naturales o jurídicas pueden acudir directamente ante el TJCA. Por ejemplo, cuando la SGCA no emitiera su dictamen o lo hiciera fuera de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo.⁷⁴

Si la acción de incumplimiento fuera iniciada por una persona natural o jurídica, el Artículo 25 del Tratado de creación del TJCA y el Literal b) del Artículo 49 de su Estatuto establecen un requisito de procedencia especial para admitir la demanda, que es la presentación de pruebas que acrediten que aquello que ha sido impugnado afecta un

71 Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

72 De conformidad con lo previsto en el Artículo 23 del Tratado de creación del TJCA, en las acciones de incumplimiento promovidas por personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos también corresponde que el caso sea previamente remitido a la SGCA a fin de que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.

73 Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

74 *Ibidem*.

derecho subjetivo o un interés legítimo del demandante. Si este requisito es incumplido, la demanda debe ser rechazada por improcedente.⁷⁵

Para acreditar dicho requisito no basta con identificar un derecho subjetivo o interés legítimo, sino que es necesario demostrar, por un lado, que la afectación es concreta, real y directa y, por el otro, que la respuesta del presunto afectado a dicha afectación es oportuna, pues debe haber una correspondencia natural entre la afectación y la respuesta del afectado.⁷⁶

3.2.2. *Finalidad de la acción de incumplimiento*

La acción de incumplimiento tiene por finalidad que un país miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico andino, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena⁷⁷. Con la Sentencia recaída en el Proceso 02-AI-97 de fecha 24 de setiembre de 1998, el TJCA ha resalta-do la importancia de esta acción como pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario andino, en los siguientes términos:⁷⁸

“El recurso de incumplimiento es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario y mediante el cual se ejerce el control del comportamiento de los Estados. El sistema andino de integración presupone la existencia de un orden de derecho, un ordenamiento normativo comunitario frente al cual los Países Miembros que forman parte integrante del mismo tienen dos órdenes de obligaciones: las de hacer o sea adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y las de no hacer, o sea el no adoptar ni emplear medidas contrarias a su aplicación o que

75 Auto de rechazo de la demanda recaído en el Proceso 03-AI-2017 de fecha 3 de octubre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3143 del 24 de noviembre de 2017.

76 Auto que declara infundado el recurso de reconsideración recaído en el Proceso 03-AI-2017 de fecha 17 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3143 del 24 de noviembre de 2017.

77 Artículos 23 del Tratado de creación del TJCA y 107 de su Estatuto.

78 Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

de algún modo las obstaculicen.”

(Resaltado añadido)

En el mismo sentido, la Sentencia emitida en el Proceso 07-AI-99 de fecha 12 de noviembre de 1999 resaltó que al TJCA le corresponde asegurar que los países miembros cumplan las normas que integran el ordenamiento andino, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contravengan. Literalmente se dispuso lo siguiente:⁷⁹

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

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

(Resaltado añadido)

La acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen (dimensión negativa) la aplicación del ordenamiento andino,

79 Ibidem.

conforme a las obligaciones adquiridas en el Acuerdo de Cartagena. No se trata, por ende, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su objetivo se encuentra enfocado en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; es decir, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico andino.⁸⁰

Resulta importante tener en cuenta que, dado que la acción de incumplimiento tiene por finalidad que los países miembros cumplan las disposiciones del ordenamiento andino, este instrumento procesal solo tendrá sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente. Solo en dichos supuestos el TJCA podrá ordenar al país miembro el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos.⁸¹

Existirán conductas que no resultarán relevantes tutelar al amparo de una acción de incumplimiento puesto que al llegar a la jurisdicción del TJCA ya no representarán una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico andino. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas conductas que no persistan en el tiempo o hubieran sido suspendidas unilateralmente por los países; y, aquellas que hayan sido revertidas a instancia de la SGCA antes de llegar al fuero del TJCA.⁸²

La consideración anterior se corrobora al revisar la estructura procesal que el Tratado de creación del TJCA asigna a la acción de incumplimiento. Al revisar sus Artículos 23, 24 y 25 se advierte que dicha acción se caracteriza por tener una fase previa administrativa en la que, luego de verificar los hechos cuestionados, la SGCA formula observaciones al país miembro brindándole la oportunidad de contestarlas dentro del plazo máximo de sesenta días. Después de ello, dentro de los quince días siguientes, la SGCA debe emitir un dictamen motivado (no vinculante) sobre el estado de cumplimiento del país cuestionado.⁸³

80 Ibidem.

81 Auto que declara fundada la excepción previa de falta de objeto de la demanda recaído en los Procesos Acumulados 06, 07, 08 y 09-AI-2015 de fecha 17 de noviembre de 2017 publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3166 del 11 de enero de 2018.

82 Ibidem.

83 Ibidem.

3.2.3. *La acción de incumplimiento como vía paralela a los tribunales nacionales competentes (jurisdiccionales o administrativos)*

Conforme a lo previsto en los Artículos 25 y 31 del Tratado de creación del TJCA⁸⁴, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido al incumplimiento de un país miembro se encuentran facultadas a optar por las siguientes vías paralelas:⁸⁵

- (i) Acudir ante la jurisdicción comunitaria (la SGCA y el TJCA) con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24 del Tratado de creación del TJCA (acción de incumplimiento).
- (ii) Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del Artículo 4 del Tratado de creación del TJCA⁸⁶.

Como puede advertirse, la normativa faculta que las personas naturales o jurídicas puedan elegir reclamar la afectación de sus derechos vulnerados debido al incumplimiento de un país miembro ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA); o, ante el tribunal nacional competente correspondiente, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico:⁸⁷

84 Tratado de creación del TJCA. -

“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.”

“Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.”

85 Ibidem.

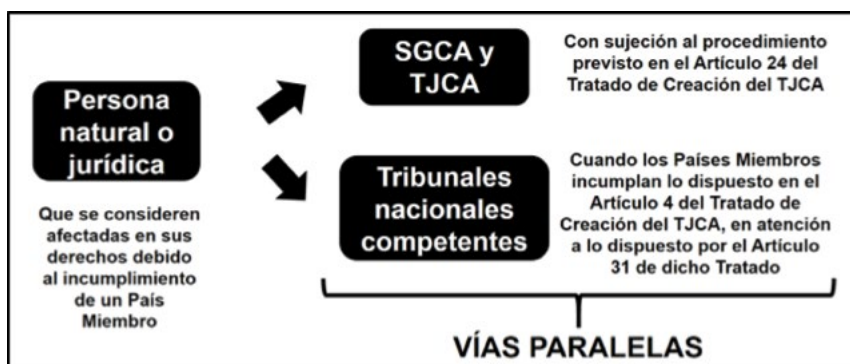
86 Tratado de creación del TJCA. -

“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.”

87 Ibidem.

Gráfico N° 02



Fuente: Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

La Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018 explicó que la normativa comunitaria autoriza, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas (vías paralelas alternativas, pero excluyentes⁸⁸); esto es, la jurisdicción comunitaria (la SGCA y el TJCA) conforme al primer párrafo del Artículo 25 del Tratado de creación del TJCA; o, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el Artículo 31 de la misma norma.⁸⁹

Agregó que dicha regla se condice también con el requisito de admisibilidad contemplado en el Literal c) del Artículo 49 del Estatuto del TJCA, norma que señala que el actor de la acción de incumplimiento

88 Se ha señalado que fue a través del Protocolo de Cochabamba que se otorgó legitimación a las personas naturales o jurídicas para formular el reclamo ante la SGCA, a causa del incumplimiento de cualquiera de los países miembros, siempre que el incumplimiento de que se trate haya afectado los derechos del reclamante (Artículo 25). Asimismo, precisó que esta nueva legitimación introducida en el Protocolo Modificadorio del Tratado se integró a la que el Tratado original les otorgaba (Artículo 27) y el actual mantiene (Artículo 31) de acudir ante los Tribunales nacionales competentes para obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

Iris González de Troconis. *Solución de Controversias por Incumplimiento de los Estados en el Régimen Jurídico de la Comunidad Andina*. La cuestión de la efectividad. Tesis de Doctorado en Derecho con mención en Derecho Económico y de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2007.

Descargado el 31 de marzo de 2019 de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/469>

89 Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 93 y 94.

debe adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante la jurisdicción nacional. A modo de ejemplo, frente a un acto administrativo que viola o incumple una norma andina, el administrado afectado por dicho acto puede acudir al proceso contencioso administrativo (vía nacional) o incoar la acción de incumplimiento comunitaria; en este último supuesto, el interesado deberá acudir primero ante la SGCA.

3.2.4. La acción de incumplimiento y su diferencia con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y con la acción de nulidad

La acción de incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. En consecuencia, en vía de acción de incumplimiento el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derechos o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas subjetivas vulneradas.⁹⁰

Por la acción de incumplimiento el TJCA tiene la competencia para verificar y, de ser el caso, declarar el incumplimiento de un país miembro al derecho comunitario andino. Será este país, en ejecución de sentencia, el que tomará las medidas necesarias y pertinentes para lograr el cese del incumplimiento.⁹¹

La acción de incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA a declarar la existencia de derechos particulares, puesto que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; es decir, garantizar la eficacia del ordenamiento andino.⁹²

En la acción de incumplimiento el TJCA solo evalúa si los criterios o fundamentos jurídicos contenidos en los actos administrativos o jurisdiccionales contravienen o no el ordenamiento andino y no conduce su análisis a valorar medios probatorios⁹³. En este sentido, y dado que el TJCA no entra a valorar medios probatorios, es que la acción de incumplimiento no puede ser considerada como un proceso conten-

90 Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

91 Ibidem.

92 Ibidem.

93 Ibidem.

cioso administrativo de plena jurisdicción, como tampoco un recurso de revisión o de alzada.⁹⁴

3.2.5. Las sentencias o resoluciones administrativas (actos administrativos) como conductas objeto de censura en la acción de incumplimiento

De conformidad con el segundo párrafo del Artículo 107 del Estatuto del TJCA, la conducta objeto de censura; esto es, materia de la acción de incumplimiento, puede consistir en la realización de cualquier acto u omisión contrario al ordenamiento jurídico comunitario andino. A modo de ejemplo el acto podría consistir en una sentencia judicial, una resolución administrativa (acto administrativo), un laudo arbitral, o una norma legal o reglamentaria contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino.⁹⁵

La jurisprudencia del TJCA evidencia que dicho colegiado es competente y ha admitido a trámite y conocido acciones de incumplimiento en las que se alega que la conducta materia de cuestionamiento se manifestó a través de actos administrativos, incluyendo como es evidente, actos administrativos emitidos por una autoridad nacional de propiedad intelectual (resoluciones administrativas).⁹⁶

3.2.6. En las acciones de incumplimiento contra sentencias o resoluciones administrativas, el TJCA solo analiza los criterios jurídicos contenidos en estas (no valora medios probatorios)

El Artículo 128 del Estatuto del TJCA dispone expresamente que los países miembros y los particulares tienen derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, dicho juez aplique interpretación diferente a la dictada por el TJCA.⁹⁷

Si cabe la acción de incumplimiento cuando una sentencia se aparta o contradice lo establecido en una interpretación prejudicial del TJCA,

94 Ibidem.

95 Auto Admisorio recaído en el Proceso 01-AI-2017 de fecha 1 de diciembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3160 del 14 de diciembre de 2017.

96 Ibidem.

97 Ibidem.

con mayor razón cabe dicha acción si la sentencia se aparta o contradice lo establecido en una norma del derecho comunitario andino. Carece de sentido pensar que solo cabe la acción de incumplimiento cuando la sentencia efectúa una interpretación jurídica distinta a la dictada por el TJCA, y no cuando la sentencia contiene un criterio jurídico (fundamento jurídico) que viola lo establecido en el ordenamiento andino.⁹⁸

En las acciones de incumplimiento contra sentencias o resoluciones administrativas, el TJCA solo analiza si los criterios jurídicos contenidos en estas contravienen o no lo establecido en la norma andina o lo establecido en la interpretación auténtica de dicha norma realizada por el Tribunal a través de sus interpretaciones prejudiciales. Reiteramos, el TJCA no valora los medios probatorios merituados por el juez nacional o autoridad administrativa; lo que hace es verificar si el criterio jurídico —adoptado por el juez nacional o autoridad administrativa— contraviene o no el ordenamiento jurídico comunitario andino (norma andina y/o interpretación prejudicial).⁹⁹

En consecuencia, cuando se trata de acciones de incumplimiento, el Tribunal solo es competente para verificar si el criterio o fundamento jurídico contenido en una resolución administrativa o resolución judicial viola o no el ordenamiento jurídico andino, pero no es competente para verificar la valoración de los medios probatorios merituados por la autoridad administrativa o jurisdiccional, porque si lo hiciera distorsionaría la naturaleza de la acción de incumplimiento, convirtiéndola en un recurso de alzada (o de apelación), en un recurso de revisión o en un proceso contencioso administrativo.¹⁰⁰

Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de marzo de 2019, el TJCA ha recibido ciento treinta y dos (132) acciones de incumplimiento, de las cuales ha resuelto ciento veintisiete (127) de ellas, y actualmente se encuentran en trámite cinco (5)¹⁰¹.

98 Ibidem.

99 Ibidem.

100 Ibidem.

101 Cifras brindadas por la Secretaría del TJCA.

3.3. Interpretación prejudicial

La interpretación prejudicial es definida por el TJCA como el mecanismo procesal mediante el cual se explica el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino y se orienta respecto de las instituciones jurídicas contenidas en tales normas con la finalidad de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de dicho ordenamiento en los países miembros de la Comunidad Andina.¹⁰²

A través de la interpretación prejudicial —o consulta prejudicial— se genera una comunicación entre el órgano jurisdiccional nacional¹⁰³ o autoridad administrativa¹⁰⁴ y el TJCA en aras de garantizar la aplicación del derecho comunitario de manera simultánea, uniforme y descentralizada en los países miembros.

102 Literal a) del Artículo 2 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, aprobado por Acuerdo 08/2017 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017, modificado por Acuerdo 04/2018 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018.

103 El Literal e) del Artículo 2 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales define al órgano jurisdiccional en los siguientes términos:

*“e) **Órgano jurisdiccional:** los órganos judiciales, los árbitros y tribunales arbitrales o de arbitramento y aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales conforme a la legislación interna de cada País Miembro de la Comunidad Andina.”*

104 Por su parte, el Literal d) del Artículo 2 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales define a los órganos administrativos en los siguientes términos:

*“d) **Órganos administrativos:** para efectos de la solicitud de Interpretación Prejudicial se entenderá por órgano administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales aquel que cumple los siguientes requisitos:*

- i) Creado por norma constitucional o legal.*
- ii) De naturaleza permanente.*
- iii) El carácter obligatorio de sus competencias.*
- iv) Aplica normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias.*
- v) El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo; esto es, que resuelve un conflicto entre dos partes con intereses opuestos.*
- vi) Que en el trámite se respete el debido procedimiento.*
- vii) Decisiones motivadas.*
- viii) Independencia (autonomía funcional) e imparcialidad.”*

La interpretación prejudicial tiene una doble naturaleza. Por un lado, es un instrumento procesal orientador para la autoridad administrativa, juez o árbitro, vinculándolos acerca del contenido y alcance de las normas comunitarias; y, por el otro, constituye una sentencia dentro de un proceso judicial no contencioso.¹⁰⁵

Los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes pueden, de oficio o a petición de parte, solicitar al TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino¹⁰⁶ en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o se controvertan por las partes en un proceso interno de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 del Tratado de creación del TJCA y en los Artículos 122, 123, 124 y 125 de su Estatuto. De igual manera podrán formular preguntas relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina, las cuales serán absueltas de manera general. Se rechazarán las preguntas impertinentes y aquellas que busquen resolver el caso concreto.¹⁰⁷

La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier momento antes de dictar la sentencia, el laudo o el acto administrativo que pone fin a la instancia, según corresponda¹⁰⁸, y deberá estar acompañada de un informe sucinto de los hechos¹⁰⁹.

El Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales¹¹⁰ ha establecido reglamentariamente que el TJCA puede solicitar a las autoridades de los países miembros, a organizaciones e instituciones internacionales y naciona-

105 Artículo 3 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales.

106 De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 4 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, el TJCA utilizará los diferentes métodos de interpretación reconocidos por la Teoría General del Derecho, empleando de preferencia los métodos de interpretación funcionales, tales como el sistemático, el teleológico y de la *ratio legis*.

107 Artículos 5 y 6 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales.

108 Artículo 8 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales.

109 Artículo 7 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales.

110 Aprobado por Acuerdo 08/2017 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017; modificado por Acuerdo 04/2018 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018.

les y a las partes intervinientes en el proceso interno, informes escritos y orales de carácter técnico y/o normativo, posibilitando de esta manera una mayor interacción y retroalimentación en las solicitudes de interpretación prejudicial. Como ya se mencionó en el presente Libro, nada mejor para interpretar una norma que escuchar a los que la aplican, a los especialistas y a sus destinatarios, para conocer las ventajas y desventajas, los intereses involucrados, los costos y beneficios. Toda esta información permite al intérprete calzar la norma con la realidad.

Es importante destacar que existen dos tipos de consultas prejudiciales: la **obligatoria** y la **facultativa**. La consulta obligatoria es solicitada por órganos jurisdiccionales de única o última instancia. En este sentido, cuando la sentencia o laudo no fuere susceptible de impugnación, el órgano jurisdiccional debe suspender el proceso y solicitar al TJCA la interpretación de la norma comunitaria andina materia de la controversia. Por su parte, la facultativa es solicitada por órganos jurisdiccionales, así como por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, que conozcan un proceso o procedimiento en el que se controvierta una norma comunitaria andina, siempre que el acto administrativo, laudo o sentencia de que se trate sea susceptible de impugnación en el derecho interno.^{111, 112}

En la consulta obligatoria, la no emisión oportuna de la interpretación prejudicial por parte del TJCA no será motivo para que el juez dicte sentencia¹¹³. En la consulta facultativa no es requisito *sine qua non* para el juez contar con la interpretación prejudicial para emitir su decisión.¹¹⁴

Tanto en las consultas obligatorias como en las facultativas, el consultante deberá hacer parte de su sentencia, laudo o acto administra-

111 De conformidad con lo establecido en el Proceso 458-IP-2015 de fecha 13 de junio de 2017, en el marco de una solicitud de interpretación facultativa, y de manera excepcional, el órgano administrativo o jurisdiccional correspondiente podrá suspender el procedimiento o proceso de que se trate, siempre y cuando la legislación interna lo permita sobre la base del principio de complemento indispensable, y si considera pertinente y necesario aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina antes de emitir el correspondiente pronunciamiento de fondo.

112 Literales b) y c) del Artículo 2 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales.

113 Artículo 33 del Tratado de creación del TJCA.

114 Artículo 122 del Estatuto del TJCA.

tivo, según corresponda, la interpretación prejudicial emitida por el TJCA.¹¹⁵

En el ejercicio de la competencia de emisión de interpretaciones prejudiciales, el TJCA solo se debe limitar a precisar el alcance y contenido de las normas comunitarias, sin inmiscuirse en el contenido y alcance de las normas de derecho interno o nacional de los países miembros, ni mucho menos podrá detenerse a calificar hechos objeto de la controversia.¹¹⁶

Respecto de las obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial, el Artículo 128 del Estatuto del TJCA dispone que:

- (i) Les corresponde a los países miembros y a la SGCA velar por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de las normas diseñadas para el ejercicio de la competencia de interpretaciones prejudiciales atribuida al TJCA.
- (ii) En el caso que los jueces nacionales incumplan con la obligación de solicitar interpretación prejudicial o no apliquen la interpretación prejudicial emitida por el TJCA, tanto los países miembros como los particulares gozan de la garantía de ejercicio de la correspondiente acción de incumplimiento ante el TJCA.
- (iii) De la misma manera, los jueces nacionales deberán remitir al TJCA las sentencias dictadas en los casos que han sido objeto de solicitud de interpretación prejudicial, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Estatuto del TJCA.

En el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de marzo de 2019, el TJCA ha recibido cinco mil cuatrocientas veintisiete (5427) solicitudes de interpretación prejudicial, de las cuales ha absuelto cuatro mil ochocientos setenta y ocho (4878) de ellas, encontrándose en trámite hasta el 31 de marzo de 2019 quinientas cuarenta y nueve (549).¹¹⁷

115 Artículos 35 del Tratado de creación del TJCA y 127 de su Estatuto.

116 Artículo 34 del Tratado de creación del TJCA.

117 Cifras brindadas por la Secretaría del TJCA.

3.4. Recurso por omisión

A través del recurso por omisión (o inactividad), el TJCA compele al CAMRE, a la Comisión o a la SGCA para que ejecute una actividad (normativa o ejecutiva) a la que se encuentra expresamente obligado por el ordenamiento jurídico comunitario andino y que viene incumpliendo¹¹⁸.

Los sujetos activos legitimados o titulares del recurso son los países miembros, las personas naturales o jurídicas que consideren afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, así como también el CAMRE, la Comisión o a la SGCA.¹¹⁹

Quien pretenda plantear un recurso por omisión deberá requerir previamente por escrito al organismo correspondiente el cumplimiento de la actividad omitida, siendo este un requisito de admisibilidad.¹²⁰

Sobre el particular, mediante el Auto de rechazo de la demanda recaído en el Proceso 02-RO-2018 de fecha 16 de julio de 2018¹²¹, el TJCA sostuvo lo siguiente:

“...claramente se desprende que la exigencia de la normativa para poder demandar en ejercicio del presente Recurso, es la omisión de una actuación por parte de alguno de los órganos expresamente mencionados en las normas comunitarias correspondientes, es decir, la falta de actividad respecto de una actuación establecida en el ordenamiento jurídico comunitario, la que muy bien podría consistir en una abstención de resolver algo que se le ha solicitado en base a dicha normativa. Sin embargo, no es lo mismo solicitar y no obtener un pronunciamiento, que es el supuesto contemplado en los Artículos 37 del Tratado de Creación del TJCA y 129 del Estatuto, que solicitar y obtener un pronunciamiento con el que no se está de acuerdo, caso este último en el que no sería posible presentar un recurso por Omisión.”

118 Artículo 129 del Estatuto del TJCA.

119 Artículos 37 del Tratado de creación del TJCA y 130 y 132 de su Estatuto.

120 Artículos 37 del Tratado de creación del TJCA y 131 de su Estatuto.

121 Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3411 del 24 de octubre de 2018.

Como se puede advertir, el TJCA dejó clara la diferencia entre solicitar algo y no obtener pronunciamiento alguno, que solicitar algo y obtener un pronunciamiento con el que no se está de acuerdo. Solo en el primer caso se podrá interponer un recurso por omisión. Las normas comunitarias no indican un plazo para formular el requerimiento al CAMRE, a la Comisión o a la SGCA, quedando este plazo a discrecionalidad del solicitante o interesado. Sin embargo, si pasados los treinta días siguientes a la fecha de recibo de la solicitud de cumplimiento por parte del órgano, sin que el requerimiento sea atendido, el interesado podrá interponer recurso por omisión ante el TJCA.¹²²

Tal como mencionan Moisés Troconis Villarreal¹²³ y Jorge Antonio Quindimil López, esta competencia atribuida al TJCA junto a la acción de nulidad conforman la función de control de legalidad del TJCA y tiene por finalidad “*velar por que la inactividad de los órganos comunitarios no atente contra el ordenamiento jurídico andino*”¹²⁴.

Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de marzo de 2019, el TJCA ha recibido diez (10) recursos por omisión, de los cuales ha resuelto todos.¹²⁵

3.5. *Demanda laboral*

El TJCA es competente para conocer las controversias laborales que se susciten entre los órganos e instituciones del SAI y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable.¹²⁶

En su sentencia, el TJCA aplicará los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los países miembros.¹²⁷

122 Artículos 131 del Estatuto del TJCA.

123 Moisés Troconis Villarreal, *Integración y jurisdicción en la Comunidad Andina*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004, p. 173.

124 Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 391.

125 Cifras brindadas por la Secretaría del TJCA.

126 Artículo 40 del Tratado de creación del TJCA y 136 de su Estatuto

127 Artículo 135 del Estatuto del TJCA.

La titularidad de la acción para reclamar el incumplimiento de obligaciones laborales corresponde a los funcionarios o empleados de los órganos del SAI¹²⁸ que hayan mantenido o mantengan una relación laboral con aquellos. Es requisito previo para el ejercicio de esta acción que el demandante hubiere realizado la petición directa a su empleador de los mismos derechos cuya tutela pretende obtener por intermedio de la demanda laboral a ser interpuesta ante el TJCA, y que dentro de los treinta días siguientes no haya obtenido una respuesta favorable o haya obtenido una respuesta parcialmente favorable.¹²⁹

Posterior a la contestación de la demanda, el TJCA convocará a una audiencia de conciliación a fin de que las partes pudiesen llegar a un acuerdo a través de una transacción; si esto no ocurriere, y sin el ánimo que sea considerado como prejuzgamiento, el TJCA sugerirá fórmulas de acuerdo que resulten justas para las partes. No obstante, las partes podrán solicitar la convocatoria de una audiencia de conciliación en cualquier estado del proceso. De logarse un acuerdo, las partes suscribirán un acta que dará por terminado el proceso con efecto de cosa juzgada; de no ser así, el proceso continuará hasta dictar sentencia.¹³⁰

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 139 del Estatuto del TJCA, la prescripción es de tres años contados a partir del acto o hecho que da inicio a la controversia laboral. Mediante el Auto de Admisión recaído en el Proceso 01-DL-2012 de fecha 11 de julio de 2012, el TJCA ha considerado pertinente reconocer en este tipo de acciones la procedencia de la interrupción de la prescripción, en los siguientes términos:

“...si bien la figura de la ‘interrupción de la prescripción’ no está recogida expresamente en las normas que regulan los procesos ante este Tribunal, ella no es ajena en el derecho interno de los Países Miembros. En el presente caso, resulta procedente integrarla en virtud de las facultades conferidas al Tribunal en materia de procedimiento (artículo 36 del Estatuto) y con fundamento en la necesidad de asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y garantizar un debido proceso, de conformidad con el artículo 5 del Estatuto.

128 Detallados en el Acápite 4 del Capítulo I del presente Libro.

129 Artículo 137 del Estatuto del TJCA.

130 Artículo 138 del Estatuto del TJCA.

...la citación con la demanda y/o el ejercicio de la acción ante los tribunales nacionales (aun cuando se hubiese acudido a un juez incompetente) es considerada como una de las causas o circunstancias que interrumpen el curso de la prescripción, ya que implican actos de conservación y defensa del derecho.

...las acciones que el Sr. Suárez interpuso frente a jueces ecuatorianos interrumpieron el plazo de prescripción previsto en el artículo 139 del Estatuto, determinando así que el tiempo transcurrido durante la tramitación de los procesos que tuvieron lugar con motivo de esas acciones judiciales (y que fueron declaradas improcedentes) no deba ser considerado para el cómputo del plazo de prescripción de la acción laboral frente al Tribunal. En consecuencia, se debe considerar que la presente acción laboral ha sido ejercida oportunamente, es decir, dentro del plazo de prescripción previsto en el mencionado artículo 139 del Estatuto.”

En el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de marzo de 2019, el TJCA ha recibido veintidós (22) demandas laborales, de las cuales ha resuelto veintiún (21) de ellas, encontrándose en trámite una (1).¹³¹

3.6. Demanda arbitral

El Artículo 38 del Tratado de creación del TJCA reconoce la competencia del Tribunal para dirimir mediante arbitraje dos tipos de controversias:

- a) Las que se susciten entre los órganos e instituciones del SAI o entre estos y terceros, respecto de la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, cuando las partes involucradas así lo hayan acordado (cláusula arbitral).
- b) Las que se susciten entre particulares (terceros ajenos al SAI), respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y cuando las partes involucradas así lo hayan acordado (cláusula arbitral).

¹³¹ Cifras brindadas por la Secretaría del TJCA.

En cualquier caso, el TJCA, de acuerdo con la elección de las partes, podrá emitir un laudo arbitral basado en derecho o en equidad, el cual tendrá carácter obligatorio e inapelable, constituyendo título ejecutivo de conformidad con las disposiciones internas de cada país miembro.

El supuesto a) antes mencionado exige que una de las partes de la controversia sea un órgano o institución del SAI, caso en el cual no es obligatorio que la controversia se encuentre relacionada con la interpretación o aplicación de una norma andina. Por tanto, en términos del Artículo 38 del Tratado de creación del TJCA, un ente del SAI con otro ente del SAI, o un ente del SAI con un tercero (particular), podrían pactar que la controversia originada en la interpretación o aplicación de un contrato, convenio o acuerdo se dirimirá mediante arbitraje del TJCA, inclusive si dicha controversia no involucra ni tiene relación alguna con una norma andina.

El supuesto b) antes referido, por su parte, exige que la controversia sí se encuentre relacionada con la interpretación o aplicación de una norma andina. En este escenario, y en términos del Artículo 38 del Tratado de creación del TJCA, dos o más particulares (terceros ajenos al SAI) podrían pactar que la controversia derivada de la aplicación o interpretación de un contrato privado regido en algún extremo por la norma andina se resolverá mediante arbitraje del Tribunal.

No obstante, las competencias plenamente reconocidas en materia arbitral en el Tratado de creación del TJCA, la Segunda Disposición Transitoria de su Estatuto establece que el CAMRE, a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal, adoptará la Decisión que desarrolle la función arbitral prevista en el Artículo 38 antes mencionado. Dicha Decisión hasta la fecha no ha sido emitida.

Lo anterior significa que hasta la fecha el CAMRE no ha emitido la Decisión que reglamente el ejercicio de la función arbitral a cargo del TJCA, por lo que hasta la fecha no se cuenta con las reglas procedimentales de la función arbitral ni los criterios para determinar la norma aplicable según el tipo de controversia, en el supuesto de que el arbitraje fuere de derecho y no de equidad.

El año pasado (2018) el TJCA recibió dos demandas arbitrales que tienen como denominador común el supuesto a) antes mencionado; es decir, que una de las partes de la controversia es un órgano o institución del SAI, de modo que la controversia no involucra la interpreta-

ción o aplicación de una norma andina, pudiendo tratarse de un tema estrictamente civil o comercial (mercantil).

En atención a que hasta la fecha no se ha expedido la norma reglamentaria que regule la función arbitral, el TJCA podría haber rechazado las referidas demandas arbitrales por el solo hecho de testimoniar la ausencia de dicha norma reglamentaria. Sin embargo, en aras de salvaguardar la vigencia y respeto del ordenamiento jurídico comunitario andino, el Tribunal ha señalado que, pese a no haberse expedido la norma que reglamente su función arbitral, asumirá competencia para dirimir controversias mediante arbitraje si se cumplen las dos condiciones siguientes:

- (i) Que una de las partes de la controversia sea un órgano o institución del SAI; y,
- (ii) Que la controversia involucre la interpretación o aplicación de una norma del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Como puede observarse, el TJCA ha considerado que una situación particular (o extrema, si se nos permite el término) en la cual una de las partes de la controversia es un órgano o institución del SAI y adicionalmente la controversia involucra la interpretación o aplicación de una norma andina, es una situación que amerita la intervención del Tribunal ejerciendo su función arbitral incluso ante la ausencia de la norma reglamentaria que desarrolle dicha función. La razón de esta intervención (de *ultima ratio*) es la necesidad de salvaguardar la vigencia y respeto del ordenamiento jurídico comunitario andino, por lo que el aspecto central para admitir a trámite una demanda arbitral es si la controversia involucra la interpretación o aplicación de una norma andina.

Las dos demandas arbitrales referidas han sido rechazadas porque las controversias correspondientes no involucraban la interpretación o aplicación de norma andina alguna. En particular, en el Auto de rechazo de demanda recaído en el Proceso 01-Arbitraje-2018 de fecha 28 de junio de 2018, el Tribunal señaló lo siguiente:

*“...El Artículo 4 del Estatuto del TJCA señala que la naturaleza del TJCA de la Comunidad Andina es de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros, siempre actuando **para salvaguardar el***

Derecho Comunitario Andino, el cual se encuentra definido en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA.

...El caso objeto de análisis, tiene como fin el pago de una multa e intereses generados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato (...), suscrito entre [un organismo del SAI] y la empresa (...), lo que evidencia que se trata de una controversia de carácter privado cuya resolución es ajena a la aplicación y salvaguardia del Derecho Comunitario Andino.

...No corresponde al TJCA actuar como un Tribunal ordinario, conociendo causas netamente privadas ajenas al Derecho Comunitario Andino, debido a que iría en contra de su naturaleza de órgano supranacional y los fines para los cuales fue creado, en particular el de la salvaguardia del Derecho Comunitario Andino.

...Teniendo en cuenta que actualmente no existe un procedimiento regulado para el ejercicio de la función arbitral a cargo del TJCA, y que la finalidad de la Norma Andina es que el TJCA vele por la salvaguardia del Derecho Comunitario Andino, no basta, en el caso en concreto, la calidad de la (...) como institución del Sistema Andino de Integración, para que el TJCA dirima la controversia en ejercicio de la función arbitral, sino que es necesario que dicha controversia verse sobre la aplicación o interpretación del derecho comunitario andino.

(...)

...Por lo expuesto se concluye que no es procedente admitir la demanda dentro del proceso de Arbitraje 01-2018.”

En consecuencia, no basta que una de las partes de la controversia tenga la calidad de órgano o institución del SAI para que el TJCA dirima la controversia en ejercicio de la función arbitral, sino que es necesario que dicha controversia verse sobre la aplicación o interpretación del derecho comunitario andino. Distinto sería el caso si se hubiera reglamentado la función arbitral, autorizando de manera expresa al TJCA el dirimir, mediante arbitraje, controversias ajenas al derecho comunitario andino.

Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de marzo de 2019, el TJCA solo ha recibido dos (2) demandas arbitrales, las cuales fueron declaradas improcedentes.¹³²

Para consultar los Autos, Sentencias o Interpretaciones Prejudiciales mencionados en el presente Capítulo se puede consultar la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena¹³³. Los votos disidentes o informes mencionados en el presente Capítulo pueden ser requeridos al TJCA siguiendo las pautas establecidas en la Nota informativa que promueve la transparencia y acceso al contenido de las deliberaciones, decisiones jurisdiccionales e información pública del TJCA, cuyo texto se encuentra publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 19 de noviembre de 2017, y a la letra establece que:

“...De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las deliberaciones del Tribunal en materia judicial son reservadas y se mantendrán con ese carácter hasta tanto se produzca resolución definitiva en el correspondiente proceso.

...Una vez que se haya emitido resolución definitiva en un proceso judicial, constituye información de carácter público, y por tanto de acceso irrestricto para cualquier persona natural o jurídica, las deliberaciones que se hayan efectuado en torno al referido proceso judicial. Dichas deliberaciones podrán estar contenidas en actas, informes, memorandos, notas internas y otros, e incluye las posiciones, votos salvados y cualquier opinión disidente, así como los votos aclaratorios o adicionales, de los magistrados.

...Debido a que las deliberaciones no se publican en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, ni en la página web institucional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los interesados deberán solicitarla por escrito o correo electrónico.”

132 Cifras brindadas por la Secretaría del TJCA.

133 Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=09>

Referencias Bibliográficas

- Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio de 2003.
- Alina del Carmen Nettel Barrera, *La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados democráticos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, p. 22. Descargado el 31 de marzo de 2019 de: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3282/4.pdf>
- Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaído en el Proceso 01-DL-2012 de fecha 11 de julio de 2012.
- Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaído en los Procesos Acumulados 06, 07, 08 y 09-AI-2015 de fecha 17 de noviembre de 2017 publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3166 del 11 de enero de 2018.
- Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaído en el Proceso 01-AI-2017 de fecha 1 de diciembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3160 del 14 de diciembre de 2017.
- Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaído en el Proceso 03-AI-2017 de fecha 3 de octubre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3143 del 24 de noviembre de 2017.
- Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaído en el Proceso 03-AI-2017 de fecha 17 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3143 del 24 de noviembre de 2017.
- Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaído en el Proceso 01-Arbitraje-2018 de fecha 28 de junio de 2018.
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 680 del 28 de junio de 2001.
- Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- Hugo R. Gómez Apac y Amparo Sauñe Torres, *La Acción de Nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en “Revista de la Facultad de

- Derecho de la Universidad de Piura”, Universidad de Piura, Lima, N° 17, diciembre 2016.
- Informe N° 003-MP-TJCA-2016 del 28 de junio de 2016 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú.
- Informe N° 004-MP-TJCA-2016 del 20 de julio de 2016 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú.
- Informe N° 007-MP-TJCA-2017 del 21 de junio de 2017 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú.
- Informe N° 012-MP-TJCA-2017 del 6 de noviembre de 2017 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú.
- Informe N° 010-MP-TJCA-2018 del 12 setiembre de 2018 elaborado por el Despacho de la Magistratura de la República del Perú.
- Iris González de Troconis. *Solución de Controversias por Incumplimiento de los Estados en el Régimen Jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*. Tesis de Doctorado en Derecho con mención en Derecho Económico y de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2007. Descargado el 31 de marzo de 2019 de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/469>
- Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Karen J. Alter y Laurence R. Helfer, *Transplantating International Courts - The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Moisés Troconis Villarreal, *Integración y jurisdicción en la Comunidad Andina*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004.
- Ramón Huapaya Tapia, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, primera edición, Jurista Editores, Lima, 2006.
- Reglamento de Personal de Funcionarios Internacionales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El texto actualizado y editado de este reglamento ha sido aprobado por Acuerdo 04/2019 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 27 de marzo de 2019.
- Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado por Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 314 del 18 de diciembre de 1997.

- Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 18 de mayo de 2004, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1071 del 27 de mayo de 2004. Actualizado y editado por Acuerdo 02/2019 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3577 del 28 de marzo de 2019.
- Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, aprobado por Acuerdo 08/2017 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017, modificado por Acuerdo 04/2018 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018.
- Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, primera edición, Thomson Reuters, Lima, 2011.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 01-AN-96 de fecha 16 de abril de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 520 del 20 de diciembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 03-AI-96 de fecha 24 de marzo de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 261 del 29 de abril de 1997.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 04-AN-97 de fecha 17 de agosto de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 373 del 21 de setiembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 05-AN-97 de fecha 8 de junio de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 361 del 7 de agosto de 1998.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3439 del 12 de noviembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 del 8 de febrero de 2017.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de setiembre de 1999.
- Voto disidente de los Magistrados Hugo R. Gómez Apac y Cecilia Luisa Ayllón Quinteros respecto de la Sentencia aprobada por mayoría en el Proceso 04-AN-2015 de fecha 26 de abril de 2018.

SOBRE ESTE LIBRO

El presente libro expone el proceso de integración andina logrado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus 40 años de ardua labor, que ha permitido fortalecer la Integración Andina como expresión del sueño de Simón Bolívar. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha marcado criterios, pautas y guías de actuación para una mejor comprensión del proceso de integración de los estados y ciudadanos de los países que integran la Comunidad Andina. Que reviste de gran importancia la socialización de estos capítulos por la necesidad de visibilizar y difundir el derecho comunitario andino para estudiantes y ciudadanos en general.



ISBN: 978-9942-795-10-6



9 789942 795106



EDITORIAL SAN GREGORIO S.A