



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 Feijoó

©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.

Índice de contenidos

XI	Prólogo
XVII	Presentación
19	Capítulo I. La Comunidad Andina
21	1. Antecedentes: el sueño integracionista de Simón Bolívar
24	2. Creación y desarrollo de la Comunidad Andina
26	3. Naturaleza jurídica de la Comunidad Andina
29	4. Estructura institucional de la Comunidad Andina: el Sistema Andino de Integración (SAI)
31	4.1. El Consejo Presidencial Andino
33	4.2. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE)
34	4.3. La Comisión de la Comunidad Andina
35	4.4. La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA)
37	4.5. El Parlamento Andino
38	4.6. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)
40	Referencias Bibliográficas
41	Capítulo II. El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino
43	1. El ordenamiento jurídico comunitario andino
44	2. Las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario andino
47	3. Los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino
48	3.1. El principio de autonomía
48	3.2. El principio de primacía
51	3.3. El principio de aplicación inmediata
53	3.4. El principio de efecto directo
54	3.5. El principio de complemento indispensable
56	4. El Acuerdo de Cartagena y algunos tópicos vinculados al libre comercio
57	4.1. El programa de liberación
60	4.2. La defensa de la competencia
62	4.3. Las cláusulas de salvaguardia
65	5. Listado de las principales normas del ordenamiento jurídico comunitario andino
75	Referencias Bibliográficas

Índice de contenidos

79	Capítulo III. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
81	1. Una corte internacional
85	2. Estructura orgánica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
88	3. Competencias jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
88	3.1. Acción de nulidad
95	3.1.1. El control de legalidad respecto de disposiciones comunitarias de efectos jurídicos generales
97	3.1.2. El control de legalidad respecto de actos comunitarios de efectos jurídicos particulares
100	3.1.3. El control de legalidad de los actos comunitarios de efectos jurídicos particulares y su relación con el contencioso administrativo
104	3.2. Acción de incumplimiento
105	3.2.1. Naturaleza y alcances de la acción de incumplimiento
106	3.2.2. Finalidad de la acción de incumplimiento
109	3.2.3. La acción de incumplimiento como vía paralela a los tribunales nacionales competentes (jurisdiccionales o administrativos)
111	3.2.4. La acción de incumplimiento y su diferencia con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y con la acción de nulidad
112	3.2.5. Las sentencias o resoluciones administrativas (actos administrativos) como conductas objeto de censura en la acción de incumplimiento
112	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)
114	3.3. La interpretación prejudicial
118	3.4. Recurso por omisión
119	3.5. Demanda laboral
121	3.6. Demanda arbitral
126	Referencias Bibliográficas
129	Capítulo IV. La importancia del control Jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino
131	Introducción
135	1. El origen del Derecho Comunitario Andino
136	2. El proceso evolutivo: Ente de control jurisdiccional
137	3. La Supranacionalidad del Sistema Jurídico Andino

138	3.1. El Ordenamiento Jurídico Andino (Principios)
139	3.2. Mecanismo de Solución de Controversias: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
140	4. Etapas del Control Jurisdiccional;Error! Marcador no definido.
140	4.1. Jueces Nacionales y Autoridades Administrativas
142	4.2. Etapa Prejudicial Secretaría General de la Comunidad Andina
	a) Por la Secretaría General
	b) Por un País Miembro y Personas Comunitarias
143	4.3. Etapa judicial: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
146	5. El Papel Trascendental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
147	6. La actividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en estadísticas
149	7. Principales logros del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a partir de 1984
150	8. Reformas al Sistema Judicial Andino
152	9. Conclusión
152	Referencias Bibliográficas
155	Capítulo V. Asuntos y Materias del Derecho Comunitario Andino que conoce el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
157	1. Saludo
157	2. Introducción
159	3. ¿Qué es el Derecho Comunitario Andino?
161	4. ¿Cuáles son las características más importantes del Derecho Comunitario Andino?
162	5. ¿Qué es y que hace el TJCA?
164	6. Principales asuntos que han dado lugar a Decisiones y Resoluciones, sobre las cuales se ha interpuesto la Acción de Nulidad ante el TJCA
166	7. Principales asuntos que han dado lugar a interponer la Acción de Incumplimiento ante el TJCA:
168	8. Principales asuntos que han dado lugar a interponer el Recurso por Omisión o Inactividad ante el TJCA:
169	9. Principales asuntos que han dado lugar a un procedimiento sumario por desacato a las Sentencias del TJCA

Índice de contenidos

169	10. Principales asuntos que han dado lugar a que se interponga una Acción Laboral ante el TJCA
169	11. Principales asuntos que han dado lugar a que se interponga una Acción Arbitral ante el TJCA
170	12. Principales asuntos o materias que conoce el TJCA en interpretaciones prejudiciales
187	13. Conclusiones
189	14. Referencias Bibliográficas
191	Capítulo VI. La función Arbitral en la Comunidad Andina ¿Hasta dónde podemos llegar?
193	1. De la prohibición al arbitraje a la función arbitral.
199	2. El arbitraje de inversión ante el TJCA puede ayudar a la integración andina y a los países miembros.
206	3. La necesidad del Ecuador de un foro regional de solución de disputas de inversión y la oportunidad de diseñar un foro de regional.
208	4. Referencias Bibliográficas
211	Testimonios
237	Reseña de autores
245	Agradecimientos

Prólogo

El 26 de mayo próximo la Comunidad Andina cumple medio siglo de creación y dos días después el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) celebra su cuadragésimo aniversario. Mayo del 2019 es, pues, un mes festivo para el proceso de integración andina, un proceso que es expresión del sueño de Simón Bolívar de que los países en cuya independencia él había participado se unieran, tal como lo concibió en su frustrado proyecto de la Federación de los Andes de 1826. Hoy, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú están unidos. Se encuentran agrupados bajo el paraguas de un proceso de integración económica y social que busca su desarrollo armónico y equitativo; un proceso que ha sufrido embates, los ha resistido y ha salido airoso; y cincuenta años después demuestra al mundo que vale la pena apostar por la integración, el multilateralismo y la globalización.

Que un proceso de integración llegue a los cincuenta años requiere mucho esfuerzo y voluntad política. Aquí en la región observamos las dificultades por las que atraviesa la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), cuyo tratado constitutivo fue firmado el 23 de mayo de 2008. Al otro lado del Atlántico se ha solicitado la postergación de la salida del Reino Unido de la Unión Europea (el denominado “Brexit”), que evidencia que más se pierde estando fuera que dentro de este emblemático y avanzado proceso de integración.

La Comunidad Andina, si bien no ha llegado al mercado común que es el objetivo planteado en su tratado fundacional —el Acuerdo de Cartagena—, sí garantiza la vigencia de un área de libre comercio acompañada de regímenes jurídicos comunes y armonizados que tienen por objetivo el bienestar de los ciudadanos andinos en el territorio de los cuatro países miembros. Y es que no hay mayor garantía para el progreso económico, el desarrollo de oportunidades, el incremento de empleo para emprendedores y jóvenes, el fomento de la competitividad y la innovación, el combate a la xenofobia, el respeto a los inmigrantes y la paz en general, que el libre comercio. Con el libre comercio el mercado subregional le pertenece a los ciudadanos andinos y depende de su trabajo, esfuerzo e iniciativa que ellos conquisten oportunidades de negocio en un mercado de más de 109 millones de habitantes. La libre competencia al interior del mercado subregional promueve la competitividad de las empresas andinas y las prepara para un escenario más grande: un mundo globalizado. De ahí que hay normativa común sobre competencia y defensa comercial, facilitación del comercio y aduanas, eliminación de gravámenes y restricciones, interconexión eléctrica y de telecomunicaciones, servicios e inversiones, propiedad intelectual, transporte de pasajeros y mercancías.

Sin embargo, la Comunidad Andina es más que libre comercio e inversiones, también es cooperación técnica; migración y movilidad humana; seguridad social y prevención de desastres; participación social; ciudadanía e identidad andina; y, cultura. La Comunidad Andina es un espejo de las similitudes más que de las diferencias de sus miembros. A los cuatro países los vincula el idioma; el legado histórico del incanato y el virreinato español; la gesta libertadora bolivariana; la música, gastronomía y su cultura en general. Basta recorrer por carretera los cuatro países para apreciar pueblos y rostros semejantes, culinaria que comparte especies y sabores, canciones con ritmos afines y, cómo no, el paisaje andino, desde verdosos valles fértiles, pasando por páramos y estepas hasta alcanzar las cumbres nevadas. Cuatro países ricos en historia, cultura y biodiversidad, multiétnicos, con ingentes recursos naturales, con mayoritaria población joven y con sistemas democráticos que han superado épocas de autoritarismo.

Corresponde rendir homenaje a este proceso unificador que no se ha rendido. Por el contrario, este año varios jefes de estado de los países miembros han ratificado su compromiso por el fortalecimiento de la Comunidad Andina. El Parlamento Andino ha abogado por el retorno

de Venezuela y el Secretario General de la Comunidad Andina por el regreso de Chile. Me atrevo a afirmar que es deseo de los coautores de este libro ver en un futuro cercano a una Comunidad Andina nuevamente con seis países miembros, avanzando juntos hacia una unión aduanera y culminando la misión establecida hace medio siglo de crear un mercado común y extenderlo hacia toda Latinoamérica.

El TJCA, el órgano jurisdiccional del proceso de integración, también está celebrando un importante aniversario. Su jurisprudencia ha marcado criterios, pautas y guías de actuación para una mejor comprensión del proceso de integración. El control jurisdiccional por él ejercido ha servido de fuerza centrípeta del proceso de integración y sus fallos jurisprudenciales han permitido una mejor comprensión de los pilares de dicho proceso, tales como la supranacionalidad, primacía y aplicación inmediata y directa del ordenamiento andino, entre otros. El Tribunal andino es la tercera corte internacional más activa del mundo pese a su mínima estructura y escasos recursos económicos. Con jurisdicción sobre los países miembros y los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y con competencia para conocer acciones de nulidad y de incumplimiento, recursos por omisión y demandas laborales y arbitrales, el TJCA resuelve las controversias entre los países miembros, entre estos y los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y entre ellos y los ciudadanos andinos cuando estos encuentran afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo; y a través de la absolución de solicitudes de interpretación prejudicial el Tribunal 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.

Es función del TJCA la enseñanza y difusión de su jurisprudencia y del derecho comunitario andino; de ahí que se ha considerado apropiado conmemorar los aniversarios del mes de mayo con sendos eventos académicos. El Tribunal e importantes universidades quiteñas están organizando para el mes festivo siete seminarios académicos internacionales: uno en materia de propiedad intelectual, disciplina jurídica que representa más del noventa por ciento de las causas judiciales de la corte andina; otro en derecho de la competencia, la materia que permite, conjuntamente con el programa de liberación, el mayor bienestar de los consumidores andinos; y los cinco restantes sobre diversos temas del derecho comunitario andino, con énfasis tres de

ellos en los mecanismos de solución de controversias y los otros dos en los avances y desafíos del proceso de integración andino. En estos eventos se analizarán las competencias jurisdiccionales del TJCA y el rumbo que viene tomando su reciente jurisprudencia.

Los eventos académicos mencionados vienen acompañados de la presente publicación, un libro editado conjuntamente con la Universidad San Gregorio de Portoviejo, casa de estudios que ha tomado la decisión de incorporar a la malla curricular de su facultad de derecho el curso de derecho comunitario andino. Mi especial agradecimiento a dicha universidad por el apoyo recibido para concretar esta publicación de carácter conmemorativo. La obra que prologo se titula “Apuntes del Derecho Comunitario Andino: a propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia”, nombre escogido para que este documento, a manera de tributo y de reconocimiento, sea de conocimiento de autoridades políticas, legislativas, judiciales y administrativas, profesionales del derecho, estudiantes y público en general de la colectividad andina.

El presente libro se encuentra estructurado de la siguiente manera. El capítulo primero explica la creación y desarrollo de la Comunidad Andina, su naturaleza jurídica y estructura institucional manifestada en el Sistema Andino de Integración. El capítulo siguiente describe el ordenamiento comunitario andino, sus fuentes y principios y tres materias del Acuerdo de Cartagena vinculadas al libre comercio: el programa de liberación, la defensa de la competencia y las cláusulas de salvaguardia; citándose reciente jurisprudencia del Tribunal sobre dichas materias. El capítulo tercero menciona lo relativo a la conformación, funcionamiento, estructura orgánica y competencias jurisdiccionales del TJCA. El capítulo cuarto, de carácter más reflexivo y propositivo, resalta la importancia del control jurisdiccional como fuerza de cohesión del proceso de integración. El capítulo quinto explica los asuntos y materias que son abordados en la jurisprudencia del Tribunal y el capítulo final propone el fortalecimiento de su función arbitral. Luego de ello aparecen los testimonios de exmagistrados que han tenido la deferencia de acompañarnos en esta celebración, compartiendo sus reflexiones sobre esta corte internacional y su experiencia como jueces comunitarios. Que esta obra sirva para agradecer a todos los exmagistrados que construyeron con sus providencias judiciales y los fundamentos jurídicos contenidos en ellos, los cimientos jurídicos en los que descansa la actual jurisprudencia del Tribunal.

La parte final del libro contiene las principales normas que regulan la actuación del TJCA, como es el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de creación del Tribunal, su Estatuto y cinco normas de carácter reglamentario. De estas cinco considero importante destacar dos de ellas.

La primera, 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 29 de noviembre de 2017, el cual establece que, 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 pueden estar contenidas en actas, informes, memorandos, notas internas y otros, e incluye las posiciones, votos salvados (o en discordia), los votos concurrentes (o particulares) y cualquier opinión disidente, aclaratoria o adicional de los magistrados. Para tal efecto, basta que cualquier interesado solicite por escrito o correo electrónico que se le entregue dichas deliberaciones. En consecuencia, si bien los votos salvados y concurrentes y las opiniones disidentes no se incorporan en la sentencia por mandato del artículo 90 del Estatuto del Tribunal, dichos votos y opiniones pueden ser de conocimiento público una vez que el proceso judicial terminó.

La segunda norma es el Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, cuyo texto vigente se puede encontrar en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018, el cual ha establecido reglamentariamente que el TJCA puede solicitar a las autoridades de los países miembros, a organizaciones e instituciones internacionales y nacionales 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. 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.

A través de la interpretación jurídica el TJCA ha dictado y creado derecho, adaptando la norma andina a las nuevas realidades económicas y sociales. El derecho no es inmóvil ni se petrifica; todo lo contrario, es

un ser vivo que se alimenta, crece y evoluciona, y la labor jurisprudencial a cargo de los jueces permite apreciar esa “vida” en movimiento. Los métodos de interpretación de carácter funcional como el sistemático, el teleológico y de la *ratio legis* posibilitan no solo encontrar la razón de ser y finalidad de la norma, sino su adaptabilidad al presente siempre cambiante.

Espero que los alumnos de las facultades de derecho de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú encuentren en esta obra una motivación que despierte curiosidad en el estudio e investigación del derecho comunitario andino. Si los alumnos de hoy convertidos en profesionales del mañana adquieren empatía por esta disciplina jurídica y por el proceso de integración andina, auguro el fortalecimiento generacional de la Comunidad Andina, esperanza que compartimos todos los autores de esta obra colectiva.

Hugo R. Gómez Apac

Presidente

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Quito, marzo de 2019

Nota: Este prólogo fue escrito cuando el libro contenía un apartado de Normas, el cual fue retirado.

Presentación

El interés en el proceso de integración andina en los 50 años de creación de la Comunidad Andina y 40 años de su órgano jurisdiccional radica en el impulso dado al desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros del Sistema Andino, entre ellos Ecuador, mediante la integración y la cooperación económica y social.

Valorar la trascendencia del Derecho de la integración, las normas jurídicas e instituciones que rigen las relaciones entre los Estados desde el punto de vista de la cooperación internacional, la integración y el comercio desarrollado por organismos supranacionales, vuelve propicio el resalte a los avances en materia de integración logrados por la Comunidad Andina, su desarrollo estable y reflexivo con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana y las ventajas que brinda el Sistema Andino de Integración a sus ciudadanos.

La Universidad San Gregorio de Portoviejo entiende la necesidad de la integración regional como parte del desarrollo armónico y sostenible en lo económico, político y social. Esta valoración se refleja en los contenidos de la nueva malla curricular vigente de la carrera de Derecho, en el que se ha incluido la asignatura “Derecho integracional comunitario”, lo que identifica el desconocimiento de esta área como parte de los problemas reales que contempla el objeto de estudio de la

profesión de abogado en cuanto a las tensiones referidas a los contextos de aplicación del derecho.

En ese sentido, se ha considerado necesario concretizar una relación sólida de cooperación interinstitucional entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Universidad San Gregorio de Portoviejo y como parte de los frutos de esta alianza es la edición del presente libro, pues estimamos pertinente visibilizar y difundir el Derecho comunitario andino.

Marcelo Farfán Intríago

Canciller del Consejo de Regentes

Universidad San Gregorio de Portoviejo

Capítulo I

La Comunidad Andina

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado Principal por la República del Perú

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

1. Antecedentes: el sueño integracionista de Simón Bolívar

Indagar sobre los antecedentes de la Comunidad Andina nos traslada inevitablemente a los sueños integracionistas de Simón Bolívar. Para eternizar la libertad lograda de las nacientes repúblicas latinoamericanas, el Libertador concibió la idea de que ellas debían unirse, formar una confederación de Estados, una Liga Panamericana, una sociedad de naciones hermanas, el Corinto del Nuevo Mundo. Los habitantes del continente, desde México hasta Argentina, tenían el mismo origen, lengua y religión y poseían costumbres comunes y un código de moral. Podían unirse. Bolívar aspiraba a una unión voluntaria en América. Para lograrlo pensó en la necesidad de concertar tratados de alianza con México, Guatemala, Perú, Chile y Argentina. Esta liga de naciones americanas era, para él, la mejor forma de evitar la intervención de las potencias extranjeras, de ponerle coto a los intentos de injerencia.¹

Para crear la confederación americana, mediante Circular del 7 de diciembre de 1824, Bolívar, cuya firma estaba seguida por la de su Ministro José Faustino Sánchez Carrión, convocó a los países de América hispana a una reunión en la ciudad de Panamá. El Congreso Anfictiónico de Panamá consistió en diez conferencias realizadas en un monasterio franciscano de dicha ciudad entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826. El 16 de julio se cerraron las sesiones y el 24 se remitieron a Perú los protocolos originales de la asamblea para aprobación de Bolívar. No obstante haber sido invitados, no asistieron los representantes de Bolivia, Chile y Argentina (denominada en aquella época como Provincias Unidas del Río de la Plata). Sí asistieron los delegados de la Gran Colombia (que en ese entonces comprendía lo que hoy es Panamá, Colombia, Venezuela y Ecuador), Perú, México

1 Gerhard Masur, *Simón Bolívar* (versión española de Pedro Martín de la Cámara), Editorial Grijalbo, Caracas, 1987, pp.487-489.

y Guatemala (llamada en ese entonces República Federal de Centroamérica, y que comprendía casi toda América del Centro). Cuatro pactos se aprobaron en el Congreso de Panamá. El primero fue de unión, liga y confederación entre las repúblicas; el segundo detalló los contingentes militares que había de proporcionar cada república; el tercero un convenio militar secreto de defensa común; y el cuarto un convenio de carácter protocolar en el que se acordó trasladar la asamblea a Tacubaya, una localidad cercana a la ciudad de México. Cuando hubo la reunión en Tacubaya no acudieron los peruanos; el gobierno de México no aprobó los pactos de Panamá y Bolívar cuestionó el lugar porque favorecía la influencia de México. Los acuerdos de Panamá terminaron en el olvido.²

A la par que ideaba la confederación americana, Bolívar preparaba un plan más limitado, la Federación de los Andes, que consistía en reducir el ámbito geográfico de su sueño integracionista en torno a los países andinos en cuya independencia él había participado y que controlaba en 1826: la Gran Colombia, Perú y Bolivia. Podía unir a estos tres países y hacerlos regir bajo la constitución boliviana, la Constitución Vitalicia de 1826. El sueño de Bolívar era que lo designaran Protector o Presidente de la Federación de los Andes³. Colombia, Perú y Bolivia serían los miembros originarios, que luego serían subdivididos. Colombia se dividiría en Venezuela, Cundinamarca y Ecuador, y Perú y Bolivia debían dividirse en tres estados, con lo que la Federación hubiera estado compuesta por seis Estados. En una carta dirigida al general Gutiérrez de la Fuente, Bolívar le explica que el único remedio para la anarquía es una federación entre esos tres países, más estrecha que la de Estados Unidos. Su intención era lograr la más perfecta unidad posible bajo una norma federal. Con la Federación de los Andes culminaría la gloria de toda su vida. Crear una nación poderosa en América del Sur que rivalizara con los éxitos de los Estados Unidos y fuera capaz de competir en autoridad e importancia con la potencia del norte, aunque en su fuero interno temía que las barreras geográficas y los prejuicios raciales y nacionales truncaran dicha unión.⁴

2 Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú 1822-1933*, octava edición, La República, Lima, Tomo I, pp. 57-61.

3 La Federación de los Andes abarcaría hoy Panamá, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia.

4 Gerhard Masur, Op. Cit., pp. 489-495.

Con relación a la Federación de los Andes, el historiador Jorge Basadre nos narra lo siguiente:

“...Once años después, intenta la Federación de los Andes, compuesta por la Gran Colombia, Perú y Bolivia. Es que en 1826 era el victorioso y endiosado libertador de América. Resultaba ahora explicable que quisiera conservar su dominio sobre los países que le obedecían después de la victoria de Ayacucho (...) Formar una federación cuya historia empezaría con la biografía de él, cuyo territorio no era sino el teatro de sus grandes victorias militares, resultaba lógico sueño de una imaginación poderosa. ¿Era un plan de difícil realización? Bolívar no lo ignoraba. Ganar la guerra de la independencia había sido, por cierto, muy difícil. ¿Cuántos Estados debió tener la Confederación de los Andes? No hay suficientes datos para reconstruir el pensamiento de Bolívar sobre el modo cómo debió funcionar la Federación de los Andes. Debió ser una liga estrecha, con el vigor y la consistencia de una monarquía, aunque sin su nombre; dentro de ella cada Estado retenía, en parte, sus leyes y gobierno, quedando para el gobierno federal las relaciones exteriores y los ramos de guerra y hacienda.

(...)

‘El gobierno de los Estados particulares quedará al Presidente y Vice-Presidente con sus Cámaras, con todo lo relativo a la religión, justicia, administración civil, economía y, en fin, todo lo que no sea relaciones exteriores, guerra y hacienda nacional’ (escribió Bolívar a Sucre en la Magdalena el 12 de mayo de 1826). ‘El gobierno general se compondrá de un Presidente, Vice-Presidente y tres cámaras para manejar la hacienda nacional, la guerra y las relaciones exteriores. Cada departamento de las tres Repúblicas mandará un diputado al gran Congreso federal y ellos se dividirán en las tres secciones correspondientes, teniendo cada sección un tercio de diputados por cada República. Estas tres Cámaras con el Vice-Presidente y los secretarios de Estado (que serán escogidos éstos en toda la República) gobernarán la federación. El Libertador como jefe supremo, marchará cada año a visitar los departamentos de cada Estado. La capital será un punto céntrico como Quito o Guayaquil. La federación llevará el nombre que se quiera,

*pero sería probable que fuese boliviana. Habrá una bandera, un ejército, una nación sola’.*⁵

2. Creación y desarrollo de la Comunidad Andina

Más de un siglo después, mediante el Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1960 se constituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante, la ALALC) con la finalidad, como su mismo nombre lo dice, de crear un área de libre comercio entre sus once países miembros⁶. En ese contexto, y como lo narra Elizabeth Salmón Gárate⁷, algunos países integrantes de la ALALC concibieron la idea de formar subgrupos de integración entre Estados más afines, por lo que el 16 de agosto de 1966 los representantes de Colombia, Chile, Venezuela, Ecuador y Perú suscribieron la Declaración de Bogotá con el objetivo de crear un proceso paralelo de integración económico pero dentro del marco de la ALALC, preconizando entre otros llamados la promoción y liberalización del intercambio comercial. Al siguiente año, el 30 de junio de 1967, los representantes de dichos Estados conformaron una Comisión Mixta con el propósito de establecer un grupo de integración subregional dentro de la región definida por la ALALC, la que por cierto brindó apoyo a esta iniciativa.

La Comisión Mixta se reunió por segunda vez en julio de 1967 y en su tercera reunión, acaecida en agosto de ese año, proyectaron que los integrantes de la Declaración de Bogotá, que ya eran conocidos como el Grupo Andino, tuvieran un arancel externo común en cinco años y conformaran una unión aduanera en doce años. En la cuarta reunión ocurrida en noviembre de 1967, a la que asistió Bolivia, diseñaron la Corporación Andina de Fomento. En febrero de 1968 se reunieron los delegados oficiales y estudiaron la posibilidad de sustituir la Comisión Mixta por una Junta Ejecutiva autónoma de los gobiernos. En junio de 1968 hubo una reunión de expertos que acordó que el proceso de reducción arancelaria debía comenzar en 1969 y que Ecuador y Bolivia tendrían un trato especial. En la sexta reunión de la Comisión Mixta, en agosto de 1968, se aprobó el texto de un tratado subregional. La úl-

5 Jorge Basadre, Op. Cit., pp. 86-87.

6 La ALALC duró hasta 1980.

7 Elizabeth Salmón Gárate, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en AA. VV, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 22-23.

tima reunión de la Comisión Mixta (segundo periodo de sesiones de la sexta reunión) se realizó en Cartagena entre el 5 y 21 de mayo de 1969.⁸

Las negociaciones de la Comisión Mixta dieron fruto con la firma del “Pacto Andino del Pacífico”⁹ (llamado oficialmente *Acuerdo de Integración Subregional Andino*) en la ciudad de Bogotá el 26 de mayo de 1969, sin la participación de Venezuela. Este tratado fue denominado luego, por la Decisión 001 de la Comisión (el órgano normativo), como *Acuerdo de Cartagena*. Mediante Resolución 179 del 9 de julio de 1969, el Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC declaró que el Acuerdo de Cartagena era compatible con el Tratado de Montevideo de 1960. El Acuerdo de Cartagena entró en vigor el 16 de octubre de 1969. El conjunto de Estados miembros de este tratado, conocido como el Grupo Andino, inició sus actividades el 21 de noviembre de 1969 con la instalación de la Comisión.¹⁰

El Acuerdo de Integración Subregional Andino, o Acuerdo de Cartagena, fue suscrito el 26 de mayo de 1969 por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se incorporó el 13 de febrero de 1973. Chile se retiró el 30 de octubre de 1976.

El 28 de mayo de 1979 se suscribe el *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, que se constituye en el órgano jurisdiccional del proceso de integración andino. El 25 de octubre de 1979 se firma el *Tratado Constitutivo del Parlamento Andino*. El 12 de noviembre de 1979 se crea el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante, el CAMRE). El 23 de mayo de 1990 se crea el Consejo Presidencial Andino.

El 10 de marzo de 1996 se firma en Trujillo el Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), conocido como *Protocolo de Trujillo*. Este protocolo denomina al proceso de integración andino como Comunidad Andina, crea el *Sistema Andino de Integración* y nombra al órgano jurisdiccional como *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. Como afirma Jorge Quidimil López, citando a Da Cruz Villaça y Sobrino

8 Luis Mariñas Otero, *El “Grupo Andino”, su génesis y vicisitudes*, Revista de Política Internacional, número 103, Mayo/junio 1969, pp. 37-46.

Descargado el 14 de enero de 2019 de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=13&IDN=1134&IDA=33868>

9 Ibidem, p. 45.

10 Elizabeth Salmón Gárate, Op. Cit., p. 23.

Heredia¹¹, el Protocolo de Trujillo constituye una de las más importantes reformas institucionales ocurridas dentro del panorama jurídico comparado de los procesos de integración regional.¹²

El 28 de mayo de 1996 se suscribe en Cochabamba el Protocolo Modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conocido como *Protocolo de Cochabamba*, el cual precisa las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino y establece los tres principios jurídicos rectores de este ordenamiento: primacía, aplicación directa y efecto directo.

Dado que Venezuela se retiró el 22 de abril de 2006, actualmente la Comunidad Andina se encuentra integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

3. Naturaleza jurídica de la Comunidad Andina

Un proceso de integración es la pretensión de determinados Estados de conformar, gradual y progresivamente, una estructura política, jurídica y económica, en un área determinada de sus mutuas relaciones, para la satisfacción de intereses comunes y a partir de elementos básicos esenciales de cada uno de ellos. Dicho proceso implica la creación de un ordenamiento jurídico particular, de carácter internacional, en virtud de los sujetos y relaciones afectadas. Tal ordenamiento implica la creación de una estructura orgánica institucional dotada de determinadas facultades, explícitas e implícitas, de procedimientos de decisión e instrumentos para su ejecución.¹³

La Comunidad Andina es un proceso de integración subregional. Es un organismo internacional constituido de manera voluntaria por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú con el objetivo de promover el desarrollo equilibrado y armónico de estos países a través de la integración

11 Citado por Jorge Quindimil López en los siguientes términos:

DA CRUZ VILLAÇA, J.L. y SOBRINO HEREDIA, J.M.: «Del Pacto Andino a la Comunidad Andina: el Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, ¿Simple reforma institucional o profundización en la integración subregional?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, D-26, 1996, p. 87.

12 Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 51.

13 Luis Ignacio Savid-Bas, *La integración, proceso de transformación política y jurídica de la Comunidad Internacional*, en AA. VV (Zlata Drnas de Clémet, Coordinadora), *Estudios de Derecho Internacional – En homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Drnas - Lerner Editores, 2002, Córdoba, Tomo II, p. 1232.

y la cooperación económica y social¹⁴, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano y los objetivos de disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de dichos países en el contexto económico internacional, fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre ellos.¹⁵

La cesión de soberanía es un aspecto importante para entender la naturaleza jurídica y estructura organizacional de la Comunidad Andina. Los países miembros han cedido soberanía en los ámbitos ejecutivo, legislativo y judicial para concretar el proceso de integración andino, de modo que en la Comunidad Andina encontramos órganos e instituciones que cumplen funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Los órganos legislativos emiten las leyes andinas (las Decisiones); el órgano ejecutivo, valga la redundancia, ejecuta dichas leyes y también las reglamenta, así como tramita procedimientos administrativos de habilitación o autorización, de certificación, sancionadores, etc.; y el órgano judicial, ejerciendo obviamente competencias jurisdiccionales, resuelve las controversias que se suscitan al interior de la Comunidad Andina.

Como afirma Walter Kaune Arteaga, la Comunidad Andina es un organismo supranacional que ejerce la soberanía compartida resultante de la cesión de soberanía efectuada por los países miembros; cuenta con una estructura institucional¹⁶ que, si bien sigue los lineamientos tradicionales de la división de poderes, tiene diferentes órganos que se encargan de legislar, administrar sus intereses y dirimir las controversias que surjan en su seno; tiene un ordenamiento jurídico que proviene de los tratados constitutivos y de los órganos legislativos creados por aquellos, cuya jerarquía, aplicación, efectos y supremacía se rigen por principios que le son propios, de donde emerge una nueva disciplina jurídica: el derecho comunitario andino.¹⁷

14 Hugo R. Gómez Apac y Marcia Estefanía Fernández, *Apuntes sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en AAVV (Rubén Méndez Reátegui, Editor), *Reflexiones Jurídicas – Volumen III*, Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2017, p. 159.

15 Artículo 1 del 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.

16 “Orden jurídico” según el autor referido.

17 Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, 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. 42.

Otra singularidad de la Comunidad Andina es la personalidad jurídica derivada de su condición de organización internacional. En palabras de Jorge Quindimil López, la Comunidad Andina es una organización subregional con personalidad jurídica internacional.¹⁸ En sentido similar, Elizabeth Salmón Gárate sostiene que, conforme al derecho internacional, la Comunidad Andina es una organización internacional que presenta los siguientes elementos:¹⁹

- a) Está compuesta por varios países (composición interestatal).
- b) Cuenta con un tratado internacional de carácter constitutivo (base jurídica convencional).
- c) Cuenta con una estructura orgánica permanente, que son los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (en adelante, el SAI). Como se menciona en detalle en el acápite siguiente, el SAI está compuesto por un órgano de dirección política, dos órganos legislativos, un órgano ejecutivo, un órgano jurisdiccional y otros.
- d) Goza de autonomía jurídica; es decir, el ordenamiento jurídico comunitario andino es autónomo de los ordenamientos nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina.

Siguiendo a Elizabeth Salmón Gárate, la Comunidad Andina es una organización supranacional, y como tal constituye un nivel elevado de integración, con las siguientes características:²⁰

- a) la primacía del interés común;
- b) la transferencia de competencias soberanas;
- c) la aplicabilidad inmediata de las decisiones adoptadas por sus órganos;
- d) el efecto directo de las normas (andinas) a los nacionales de los Estados miembros;
- e) la primacía del ordenamiento jurídico supranacional sobre cualquier norma interna del Estado miembro;

18 Jorge Antonio Quindimil López, Op. Cit., p. 51.

19 Elizabeth Salmón Gárate, Op. Cit., pp. 31-32.

20 Ibídem, p. 34.

- f) la presencia dentro de su estructura de, por lo menos, un órgano que ejerce la representación de los nacionales de los Estados miembros; y,
- g) la existencia de un órgano jurisdiccional (el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.

4. Estructura institucional de la Comunidad Andina: el Sistema Andino de Integración (SAI)

El Protocolo de Trujillo plantea una organización institucional al interior del proceso de integración subregional andino denominado Sistema Andino de Integración (SAI), el cual está compuesto por órganos e instituciones con la asignación de competencias y funciones específicas.

La diferencia entre los órganos y las instituciones es la ausencia o existencia de personalidad jurídica. Los órganos carecen de personalidad jurídica y por tanto no cuentan con patrimonio ni personal. Las instituciones, en cambio, a las que también podemos llamar organismos, sí gozan de personalidad jurídica, por lo que cuentan con patrimonio y personal permanente.

Para su operatividad o funcionamiento, los órganos requieren el apoyo logístico de una institución, que usualmente es la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) o las autoridades de los países miembros (las Cancillerías o los Ministerios de Comercio Exterior).

Los órganos, a su vez, los podemos dividir en órganos intergubernamentales y órganos de participación de la sociedad civil. Conside-

rando esto, podemos listar a los órganos e instituciones del SAI de la siguiente manera ^{21,22} :

- Órganos intergubernamentales: el Consejo Presidencial Andino, el CAMRE y la Comisión de la Comunidad Andina.
- Instituciones comunitarias: la SGCA, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), el Parlamento Andino, la Corporación Andina de Fomento (CAF) - Banco de Desarrollo de América Latina²³, el Fondo Latinoamericano de Reservas, el

21 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.-

“Artículo 6.- El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones:

- *El Consejo Presidencial Andino;*
- *El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;*
- *La Comisión de la Comunidad Andina;*
- *La Secretaría General de la Comunidad Andina;*
- *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;*
- *El Parlamento Andino;*
- *El Consejo Consultivo Empresarial;*
- *El Consejo Consultivo Laboral;*
- *La Corporación Andina de Fomento;*
- *El Fondo Latinoamericano de Reservas;*
- *El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;*
- *La Universidad Andina Simón Bolívar;*
- *Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,*
- *Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.”*

22 Nuestra clasificación guarda cierta correspondencia con la elaborada por la Comunidad Andina en su página web institucional. Al respecto, consultar: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=4&tipo=SA&title=sistema-andino-de-integracion-sai> (Visitado el 17 de enero de 2019).

23 En el Acuerdo de Cartagena solo se le denomina “CAF” y en la página web oficial de la Comunidad Andina se le denomina “CAF - Banco de Desarrollo de América Latina”. Al respecto, consultar: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=50&tipo=SA&title=caf-banco-de-desarrollo-de-america-latina> (Visitado el 17 de enero de 2019).

También se sugiere visitar la página web institucional de la CAF – Banco de Desarrollo

Convenio Hipólito Unanue (organismo andino de salud)²⁴, la Universidad Andina Simón Bolívar y el Convenio Sociolaboral Simón Rodríguez.²⁵

- Órganos de participación de la sociedad civil: el Consejo Consultivo Empresarial, el Consejo Consultivo Laboral, el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas²⁶ y el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales.²⁷

La finalidad del SAI consiste en permitir una coordinación efectiva de sus órganos e instituciones que lo conforman, en aras de consolidar el proceso andino de integración.²⁸

A continuación, se desarrollarán los principales órganos e instituciones del SAI.

4.1. El Consejo Presidencial Andino

Fue creado el 23 de mayo de 1990 mediante acuerdo suscrito en Macchu Picchu en el marco de la III Reunión de Presidentes Andinos. Posteriormente fue incorporado como órgano de la Comunidad Andina mediante el Protocolo de Trujillo, el cual entró en vigor en marzo de 1997.²⁹

El Consejo Presidencial Andino está conformado por los Jefes de Estado de los países miembros de la Comunidad Andina. La presidencia es ejercida sucesivamente y en orden alfabético por cada uno

de América Latina, en: <https://www.caf.com/> (Visitado el 15 de marzo de 2019).

24 Mediante Decisión 445 del CAMRE, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 364 del 12 de agosto de 1998, se aprobó la adscripción del Convenio Hipólito Unanue al SAI.

25 En el Acuerdo de Cartagena solo se le denomina “Convenio Simón Rodríguez” y en la página web oficial de la Comunidad Andina se le denomina “Convenio Sociolaboral Simón Rodríguez”. Al respecto, consultar: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=218&tipo=SA&title=convenio-sociolaboral-simon-rodriguez> (Visitado el 17 de enero de 2019).

26 Mediante Decisión 674 del CAMRE, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1547 del 28 de setiembre de 2007, se estableció el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina como instancia consultiva en el marco del SAI.

27 Mediante Decisión 585 del CAMRE, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1067 del 13 de mayo de 2004, se creó el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales como institución consultiva del SAI.

28 Artículo 7 del Acuerdo de Cartagena.

29 Elizabeth Salmón Gárate, Op. Cit., p. 39

de los referidos países. Es el máximo órgano del SAI y, como tal, las orientaciones políticas contenidas en sus Directrices son ejecutadas por los demás órganos e instituciones del SAI.^{30,31}

En palabras de Jorge Quindimil López, el Consejo Presidencial Andino resalta por un lado como medio de disuasión para prevenir o contribuir a resolver enfrentamientos entre Estados, puesto que se constituye como un foro de diálogo político que fomenta entre sus miembros avenencias sobre temas de interés común, y, por el otro, como medio persuasivo para fomentar la participación y la convicción de los Estados desde sus más altas instancias políticas en el proceso andino de integración. La idea es que ambas facetas contribuyan a inyectar a la Comunidad Andina en su conjunto de una buena dosis de voluntad y conciencia integradora.³²

El Consejo Presidencial Andino define la política de integración subregional andina; orienta e impulsa acciones en asuntos de interés de la subregión en su conjunto, así como las relativas a la coordinación entre los órganos e instituciones del SAI; evalúa el desarrollo y los resultados del proceso de integración; emite pronunciamiento sobre los informes, iniciativas y recomendaciones de los integrantes del SAI; y examina todas las cuestiones y asuntos relativos al proceso de integración y su proyección externa³³. Se expresa a través de Directrices, que constituyen guías o lineamientos generales, y que son ejecutadas e instrumentadas por los diferentes entes que conforman el SAI.³⁴

El referido Consejo se reúne en forma ordinaria una vez al año, de preferencia en el país que ejerce su Presidencia. En dicha reunión toma conocimiento de las acciones realizadas por los integrantes del SAI, así como de sus planes, programas y sugerencias. Los integrantes del CAMRE y de la Comisión y los representantes de los demás órganos e instituciones del SAI pueden asistir, en calidad de observadores, a las reuniones del Consejo Presidencial Andino. También puede reunirse

30 Artículos 11 y 14 del Acuerdo de Cartagena.

31 Las funciones y organización del Consejo Presidencial Andino se encuentran desarrolladas en los Artículos 12 a 14 del Acuerdo de Cartagena.

32 Jorge Antonio Quindimil López, Op. Cit., p. 65.

33 Artículo 12 del Acuerdo de Cartagena.

34 Artículo 11 del Acuerdo de Cartagena.

de manera extraordinaria cada vez que lo estime pertinente, en el lugar que se acuerde antes de su convocatoria.³⁵

4.2. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE)

Su instrumento constitutivo fue firmado el 12 de noviembre de 1979, siendo instituido como órgano de la Comunidad Andina con la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo.³⁶

Está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de la Comunidad Andina y es presidido por el Ministro de Relaciones Exteriores del país miembro que está a cargo de la presidencia del Consejo Presidencial Andino.³⁷

El CAMRE formula la política exterior de los países miembros en los asuntos de interés subregional, así como orienta y coordina la acción externa de los diversos órganos e instituciones del SAI; formula, ejecuta y evalúa, en coordinación con la Comisión, la política general del proceso de integración subregional andina; da cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y vela por la ejecución de aquellas que estén dirigidas a los otros órganos e instituciones del SAI; suscribe acuerdos y convenios con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación; coordina la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales; representa a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común; recomienda o adopta las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena; aprueba el reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, entre otras funciones.³⁸

El CAMRE se expresa mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso.³⁹ Las Decisiones, emitidas por el CAMRE como órgano legislativo, forman parte del ordenamiento jurídico comuni-

35 Artículo 13 del Acuerdo de Cartagena.

36 Elizabeth Salmón Gárate, Op. Cit., p. 40.

37 Artículos 15 y 19 del Acuerdo de Cartagena.

38 Artículo 16 del Acuerdo de Cartagena.

39 Artículo 17 del Acuerdo de Cartagena.

tario andino como derecho secundario o derivado, y tienen el rango de leyes andinas.

El CAMRE se reúne en forma ordinaria dos veces al año, de preferencia, en el país que ejerce la presidencia del mismo. También puede reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente, a petición de cualquiera de sus miembros, en el lugar que se acuerde antes de su convocatoria.⁴⁰

El CAMRE y la Comisión de la Comunidad Andina reunidos en forma ampliada tienen competencia para:⁴¹

- a) Preparar las reuniones del Consejo Presidencial Andino;
- b) Elegir y, cuando corresponda, remover al Secretario General de la Comunidad Andina;
- c) Proponer al Consejo Presidencial Andino las modificaciones al Acuerdo de Cartagena;
- d) Evaluar la gestión de la SGCA;
- e) Considerar las iniciativas y propuestas que los países miembros o la SGCA sometan a su consideración; y,
- f) Los demás temas que ambos órganos consideren tratar de común acuerdo.

4.3. La Comisión de la Comunidad Andina

Fue creada el 26 de mayo de 1969 y es presidida por el representante del país que ocupa la Presidencia del Consejo Presidencial Andino. Está conformada por un representante plenipotenciario (por lo general los Ministros de Comercio Exterior) de cada uno de los gobiernos de los países miembros.⁴²

La Comisión de la Comunidad Andina formula, ejecuta y evalúa la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y, cuando corresponda, en coordinación con el CAMRE; adopta las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino; coordina la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia; mantiene una vinculación

40 Artículo 18 del Acuerdo de Cartagena.

41 Artículo 20 del Acuerdo de Cartagena.

42 Artículo 21 del Acuerdo de Cartagena.

permanente con los órganos e instituciones del SAI, con miras a propiciar la coordinación de programas y acciones encaminadas al logro de sus objetivos comunes; aprueba los presupuestos anuales y evalúa la ejecución presupuestal de la SGCA y del TJCA, así como fija las contribuciones de los países miembros a favor de estos dos organismos; entre otras funciones.⁴³

Es el segundo órgano legislativo de la Comunidad Andina, y también emite, en el ámbito de su competencia, decisiones, las leyes andinas que forman parte del ordenamiento jurídico andino.

La Comisión se reúne ordinariamente tres veces al año y en forma extraordinaria cuando sea convocada por su Presidente a petición de cualquiera de los países miembros o de la SGCA. Sus sesiones se realizan en la sede de la SGCA o fuera de esta. La Comisión tiene que sesionar con la presencia de la mayoría absoluta de los países miembros. La asistencia a las reuniones de la Comisión será obligatoria y la no asistencia se considerará abstención.⁴⁴

Aprueba sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros, salvo los casos en los que se requiera, además de dicha mayoría, la ausencia de voto negativo, tal como lo establece el Artículo 26 del Acuerdo de Cartagena, como por ejemplo para establecer las condiciones de adhesión de un país al Acuerdo de Cartagena.

4.4. La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA)

Fue creada⁴⁵ el 10 de marzo de 1996 y es dirigida por el Secretario General, el cual es elegido por consenso del CAMRE en reunión ampliada con la Comisión. La SGCA funciona de manera permanente y su sede está Lima⁴⁶. Es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y como tal actúa únicamente en función de los intereses de la subregión. Cuando corresponda, presta apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del SAI.⁴⁷

La SGCA vela por la aplicación del Acuerdo de Cartagena y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico

43 Artículo 22 del Acuerdo de Cartagena.

44 Artículo 24 del Acuerdo de Cartagena.

45 Sustituyó a la Junta del Acuerdo de Cartagena.

46 Artículos 31 y 32 del Acuerdo de Cartagena.

47 Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena.

comunitario andino; atiende los encargos del CAMRE y de la Comisión; formula proyectos de Decisión; efectúa los estudios y propone las medidas necesarias para la aplicación de los tratamientos especiales a favor de Bolivia y Ecuador; evalúa e informa anualmente al CAMRE y a la Comisión sobre los resultados de la aplicación del Acuerdo de Cartagena y el logro de sus objetivos, prestando especial atención al cumplimiento del principio de distribución equitativa de los beneficios de la integración, y propone las medidas correctivas pertinentes; efectúa los estudios técnicos y las coordinaciones que le encomienden los otros órganos del SAI y otros que a su juicio sean necesarios; mantiene vínculos permanentes de trabajo con los países miembros, coordinando con el organismo nacional de integración de cada país; promueve reuniones periódicas de los organismos nacionales encargados de la formulación o ejecución de la política económica y de los que tengan a su cargo la planificación; mantiene vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación con la finalidad de intensificar sus relaciones y cooperación recíproca; lleva las actas de las reuniones ampliadas del CAMRE y las de la Comisión, y elabora la agenda tentativa de sus reuniones, en coordinación con los presidentes de dichos órganos; es depositaria de las actas de las reuniones y demás documentos de los órganos del SAI y da fe de su autenticidad; edita la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; ejerce la Secretaría de la Reunión de Representantes de las instituciones que conforman el SAI; entre otras funciones.⁴⁸

Para velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino, la SGCA dispone de un poder resolutivo propio en las materias previstas en el Acuerdo de Cartagena, tales como requisitos específicos de origen, determinación de restricciones y gravámenes, diferimientos arancelarios, salvaguardias, dumping, subsidios y competencia comercial de acuerdo con lo establecido en la Decisión 425 - Reglamento de procedimientos administrativos de la SGCA. Además, administra la fase prejudicial de la acción de incumplimiento mediante un procedimiento regulado por la Decisión 623 - Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento.⁴⁹

48 Artículo 30 del Acuerdo de Cartagena.

49 Secretaría General de la Comunidad Andina, Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2007, p. 1.

Descargado el 18 de enero de 2019 de: http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201166181126libro_patentes.pdf

4.5. El Parlamento Andino

Fue instituido el 25 de octubre de 1979 mediante la suscripción de su Tratado de Creación en La Paz. Su instrumento constitutivo fue modificado el 23 de abril de 1997 por el Protocolo Adicional firmado en la ciudad de Sucre.⁵⁰

El Parlamento Andino es el órgano deliberante del SAI, su naturaleza es comunitaria, y representa a los pueblos de la Comunidad Andina. Se rige por su Tratado Constitutivo y por su Reglamento General. Este último fue aprobado el 21 de julio de 2015 y fue recientemente modificado mediante Decisión 1409 del Parlamento Andino del 25 de octubre de 2018.

La normativa señala que está constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo.⁵¹ Su sede permanente está Bogotá.⁵²

50 Elizabeth Salmón Gárate, Op. Cit., p. 45.

51 **Reglamento General del Parlamento Andino, aprobado el 21 de julio de 2015 y modificado por la Decisión 1409 del Parlamento Andino del 25 de octubre de 2018.-**

“ARTÍCULO 7. CONFORMACIÓN: El Parlamento Andino es un solo cuerpo orgánico y estructural, conformado: por los representantes elegidos por sufragio universal y directo como parlamentarios andinos o supraestatales; así como también por los parlamentarios andinos elegidos en representación de los poderes legislativos de los países miembros de la CAN y del Parlamento Andino, teniendo las mismas atribuciones, facultades, deberes, derechos y obligaciones, enmarcadas en el Acuerdo de Cartagena y en el presente Reglamento.

En los países en los cuales no se realicen los procesos de elecciones directas para elegir sus representantes al Parlamento Andino, los respectivos poderes legislativos elegirán entre sus parlamentarios y/o legisladores nacionales, a los representantes titulares y suplentes ante el Parlamento Andino.

Los poderes legislativos que tuvieren sistemas bicamerales designarán a sus representantes de ambas cámaras. Lo anterior de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.

El Parlamento Andino podrá otorgar la calidad de miembro pleno a los poderes legislativos de Estados miembros asociados de la Comunidad Andina, cuyos parlamentarios se integrarán con los mismos derechos, deberes y atribuciones de los parlamentarios elegidos en los Estados miembros de la Comunidad Andina. La incorporación de nuevos miembros se realizará por decisión de la Plenaria, y se oficializará mediante acuerdo o protocolo suscrito con el respectivo país. Para que un Estado miembro asociado de la Comunidad Andina se incorpore como miembro pleno del Parlamento Andino deberá haber participado con una delegación permanente como miembro asociado del Parlamento Andino al menos durante dos (2) años antes a su incorporación como miembro pleno.”

52 Artículo 42 del Acuerdo de Cartagena.

El Parlamento Andino participa en la promoción y orientación del proceso de integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana; examina la marcha del proceso de la integración andina y el cumplimiento de sus objetivos, requiriendo para ello información periódica a los órganos e instituciones del SAI; formula recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los integrantes del SAI que se financian con las contribuciones directas de los países miembros; sugiere a los entes del SAI las acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional de dicho sistema; participa en la generación normativa del proceso de integración mediante sugerencias de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico comunitario andino; incentiva la armonización de las legislaciones de los países miembros; y, promueve relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los países miembros, los integrantes del SAI, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países.⁵³

Al ser un órgano deliberante, los pronunciamientos del Parlamento Andino hacia la Comunidad Andina (los órganos y organismos comunitarios, los países miembros y los ciudadanos andinos) se manifiestan a través de recomendaciones o declaraciones, los cuales carecen de efecto jurídico vinculante.

4.6. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

Fue constituido el 28 de mayo de 1979 mediante la suscripción del “Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” para resolver controversias entre los países miembros, entre estos y los órganos e instituciones del SAI y entre ellos y las personas naturales o jurídicas de la Comunidad Andina afectadas en un derecho subjetivo o interés legítimo.

Mediante Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del 19 de agosto de 1983 se aprobó el primer “Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” y se dispuso que el 2 de enero de 1984 se instale el Tribunal, entrando en funcionamiento desde dicha fecha.

53 Artículos 42 y 43 del Acuerdo de Cartagena.

Mediante el Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996 se crea el SAI y se denomina al órgano jurisdiccional como “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. Por el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996⁵⁴ se fortalecen las competencias jurisdiccionales del TJCA.

Actualmente, el Tratado de Creación del TJCA se encuentra codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina del 16 de setiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de setiembre de 1999. Asimismo, mediante Decisión 500 del CAMRE del 21 de junio de 2001 se aprobó el Estatuto del TJCA vigente.

El TJCA como el órgano jurisdiccional permanente de la Comunidad Andina tiene su sede en Quito. Un estudio reciente ratifica que el TJCA es la tercera corte internacional más activa del mundo.⁵⁵

El Tribunal andino tiene competencia para conocer acciones de nulidad y de incumplimiento, recursos por omisión y demandas laborales y arbitrales. El detalle de estas competencias jurisdiccionales, así como lo concerniente a su conformación y funcionamiento se explican en el Capítulo III del presente libro.

54 Entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

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

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.
- Elizabeth Salmón Gárate, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en AA. VV, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- Gerhard Masur, Simón Bolívar (versión española de Pedro Martín de la Cámara), Editorial Grijalbo, Caracas, 1987.
- Hugo R. Gómez Apac y Marcia Estefanía Fernández, *Apuntes sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en AA. VV (Rubén Méndez Reátegui, Editor), *Reflexiones Jurídicas – Volumen III*, Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2017.
- Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú 1822-1933*, octava edición, La República, Lima, Tomo I.
- 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.
- Luis Ignacio Savid-Bas, *La integración, proceso de transformación política y jurídica de la Comunidad Internacional*, en AA. VV (Zlata Drnas de Clémet, Coordinadora), *Estudios de Derecho Internacional – En homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Drnas - Lerner Editores, 2002, Córdoba, Tomo II.
- Luis Mariñas Otero, *El “Grupo Andino”, su génesis y vicisitudes*, Revista de Política Internacional, número 103, Mayo/junio 1969. Descargado el 14 de enero de 2017 de: <http://www.cepc.gob.es/publicacionesrevistasfondohistorico?IDR=13&IDN=1134&IDA=33868>
- Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, 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.

Capítulo II

El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado Principal por la República del Perú

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

1. El ordenamiento jurídico comunitario andino

La Comunidad Andina cuenta con un ordenamiento jurídico que presenta la siguiente dualidad: es un ordenamiento autónomo del de los países miembros y, al mismo tiempo, forma parte de dichos ordenamientos. Como ordenamiento jurídico autónomo se diferencia en cuanto a fuentes, principios e instituciones de los ordenamientos de los países miembros, pero como forma parte de ellos los operadores jurídicos tienen la obligación de insertar en la legislación de cada país las normas andinas aplicables.

Es un ordenamiento autónomo que tiene sus propias fuentes, principios e instituciones, así como sus propias normas constitucionales, legales y reglamentarias. El Acuerdo de Cartagena y los tratados complementarios son las normas constitucionales. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y la Comisión de la Comunidad Andina (Comisión), los órganos comunitarios con capacidad legislativa, son las leyes comunitarias, las leyes andinas. Determinadas Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), el órgano comunitario ejecutivo, constituyen reglamentos comunitarios (normas que reglamentan las Decisiones). Mediante su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), el órgano comunitario jurisdiccional, interpreta la legislación comunitaria y establece criterios jurídicos vinculantes.

El ordenamiento andino no solo obliga a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI), sino también a los países miembros; es decir, a sus autoridades políticas, legislativas, judiciales y administrativas y a sus ciudadanos, sean estos personas físicas o jurídicas. El ordenamiento andino penetra el ordenamiento de los países miembros y hace parte de él. Los principios de aplicación directa y

efecto directo consiguen que el ordenamiento andino forme parte de los ordenamientos jurídicos de los países miembros. Por tanto, cualquier ciudadano boliviano, colombiano, ecuatoriano o peruano puede exigir a sus autoridades que respeten y tutelen los derechos que el ordenamiento andino le reconoce.

Walter Kaune Arteaga sostiene que el ordenamiento jurídico andino tiene los siguientes caracteres¹ :

- a) **Esencialidad**, puesto que de la existencia de dicho ordenamiento depende la supranacionalidad comunitaria;
- b) **Propio**, en el sentido de que cuenta con peculiaridades que la diferencian de los ordenamientos internos de los países miembros;
- c) **Autónomo**, en la medida que genera sus propias normas y procedimientos, los cuales no pueden ser desconocidos por los ordenamientos internos de los países miembros; e,
- d) **Institucional**, por cuanto se expresa en un conjunto de normas debidamente estructuradas y sistematizadas, que establecen la división y funciones de los poderes de la organización comunitaria supranacional, así como asignan atribuciones y competencias a sus órganos e instituciones que conforman el SAI, con el objeto de garantizar el normal desenvolvimiento de sus actividades, generando condiciones de continuidad, estabilidad y solidez que le aseguren la consecución de los fines del organismo supranacional.

2. Las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario andino

El Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA establece que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende² :

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;

1 Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, 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. 62.

2 **Tratado de Creación del TJCA, codificado por la Decisión 472 de la Comisión, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de setiembre de 1999.-**

- 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.

Diera la impresión de que las únicas normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino son las mencionadas en el Artículo 1 del Tratado de creación del TJCA. Pensar así es errado. Hay otras normas que forman parte de dicho ordenamiento, solo que no aparecen consignadas de manera expresa en el mencionado artículo. Es el caso del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, su Reglamento General, las Directrices del Consejo Presidencial Andino, etc. Si las normas andinas que aparecen en el listado previsto en el referido Artículo 1 son fuentes típicas, constituyen fuentes atípicas las normas andinas que no aparecen en dicho listado.

Es importante reconocer la existencia de fuentes atípicas del ordenamiento jurídico comunitario andino de cara al control de legalidad manifestado a través de la acción de nulidad. Esta acción garantiza que los órganos e instituciones del SAI respeten el ordenamiento jurídico comunitario andino. El control de legalidad a cargo del TJCA se despliega respecto de todo acto comunitario; es decir, respecto de todas las normas jurídicas de efectos generales o particulares emitidas por cualquier órgano e institución del SAI, pues todas ellas deben respetar las normas andinas constitucionales como el Acuerdo de Cartagena y el Tratado que crea al TJCA. Por tanto, en aras de asegurar el pleno respeto del ordenamiento andino, cabe el control de legalidad del órgano jurisdiccional respecto de las fuentes atípicas, lo que dota a la

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

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;*
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;*
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;*
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; 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.”*

acción de nulidad de la universalidad e integralidad que todo sistema de justicia necesita.

El Artículo 2 del Estatuto del TJCA³ establece que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario, y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario (llamadas también normas andinas constitucionales) 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. Pertenecen a este grupo el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios, el Tratado que crea el TJCA y sus protocolos modificatorios y el Tratado constitutivo del Parlamento Andino.

Las normas de derecho secundario o derivado 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 andino⁴. Este grupo de normas son susceptibles de control de legalidad por parte del TJCA a través de la acción de nulidad, el instrumento procesal que posibilita asegurar el principio de jerarquía normativa y el respeto universal e integral al derecho comunitario andino.

Las normas andinas pueden dividirse entre aquellas que tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las que tienen efectos jurídicos particulares. Todas las normas de derecho primario tienen efectos jurídicos generales. Tratándose de las normas de derecho secundario, las Decisiones del CAMRE y de la Comisión tienen efectos jurídicos generales, mientras que las Resoluciones de la SGCA y los Convenios

3 Estatuto del TJCA, aprobado por la Decisión 500 del CAMRE, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 680 del 28 de junio de 2001.

4 Estatuto del TJCA. -

“Artículo 2.- Naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario 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. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.”

a que se refiere el Artículo 1 del Tratado de creación del TJCA pueden tener efectos jurídicos generales en unos casos, o efectos jurídicos particulares en otros, según la situación de que se trate. 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.

Las Resoluciones de la SGCA que reglamentan Decisiones tienen, como es evidente, carácter normativo, es decir, efectos jurídicos generales. En cambio, una Resolución de dicha instancia que sanciona a una o más empresas por la comisión de una conducta anticompetitiva transfronteriza tiene efectos jurídicos particulares, de manera similar al que tiene un acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública.⁵

El control de legalidad a cargo del TJCA varía en función de si el acto impugnado tiene efectos generales o si tiene efectos particulares (es decir, efectos individualizados en destinatarios debidamente identificados). En el Capítulo III del presente libro se explica con más detalle dicha diferencia.

3. Los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino

Existen cinco principios ordenadores e informadores del derecho comunitario andino. Veamos cada uno.

5 Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA, aprobado por Decisión 425 del CAMRE, en reunión ampliada con la Comisión, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 314 del 18 de diciembre de 1997.-

“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.”

3.1. El principio de autonomía

El principio de autonomía explica dos cosas. Primero, que el ordenamiento jurídico comunitario andino es un cuerpo normativo que puede diferenciarse de los ordenamientos de los países miembros en atención a sus propias fuentes y principios jurídicos. Segundo, que lo que es propio, característico o singular del derecho interno de los países miembros no necesariamente es aplicable al ordenamiento andino. Así, por ejemplo, una característica de los derechos internos es la garantía de la doble instancia judicial, lo que no ocurre en la Comunidad Andina, en el que el TJCA es instancia única para resolver las acciones de nulidad, incumplimiento, recursos por omisión y las demandas laborales.

Otro ejemplo es que mientras en los países miembros se cuenta 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, en el derecho andino la acción de nulidad sirve para 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).

3.2. El principio de primacía

El principio de primacía (denominado también de preeminencia o de prevalencia) se encuentra implícito en el Artículo 4 del Tratado de creación del TJCA, el cual establece que 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, agregando que dichos países se encuentran comprometidos a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria al ordenamiento andino o que de algún modo obstaculice su aplicación.⁶

La norma referida claramente señala que los países miembros no pueden adoptar ni emplear “medida alguna” que sea contraria al ordenamiento comunitario andino, lo que comprende todo, incluyen-

6 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

do las normas jurídicas de la legislación interna; es decir, las normas constitucionales, legales y reglamentarias. También comprende a las sentencias y laudos arbitrales emitidos por las autoridades jurisdiccionales y los actos administrativos emitidos por los órganos que forman parte de la administración pública.

El principio de primacía, denominado también de prevalencia o de preeminencia, reconoce la superioridad de la norma andina frente a la norma nacional. Si no existiera la primacía de la norma comunitaria andina por sobre la norma nacional no existiría el proceso de integración andino. La existencia de un proceso de integración parte de la premisa de reconocer la cesión de soberanía de los países miembros hacia el proceso de integración y de aceptar la existencia de normas supranacionales y obligaciones que vinculan a los países miembros. Si estos pudieran utilizar legislación interna, o la jerarquía de algunas de las normas de su legislación interna (como es el caso de las normas constitucionales)⁷, para violar, incumplir o desacatar los imperativos contenidos en la norma andina, el proceso de integración sería simplemente un gesto de buena voluntad sin efecto jurídico alguno.

Desde el momento en que los países deciden políticamente la integración, aceptan la creación de un ente supranacional que engullirá parte de algunas de sus facultades soberanas, como el aspecto legisla-

jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

7 Al respecto, la doctrina señala lo siguiente:

“Cuando un Estado se adhiere a un sistema comunitario debe considerar y resolver los problemas de orden constitucional que se planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez que ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver [...] Lo que resultaría entonces inadmisible, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando ‘a posteriori’, obstáculos constitucionales. Tales actitudes señalarían bien una imprevisión, bien la mala fe. Un Estado no puede oponer, pues, una norma cualquiera de su derecho interno, incluida las normas constitucionales, para sustraerse a los compromisos que ha contraído válidamente según el derecho internacional.”

En: Pierre Pescatore, *Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, pp. 348-349. Citado por 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, p. 76.

tivo (v.g., el régimen común sobre propiedad industrial), la tramitación de procedimientos de habilitación (v.g., la autorización para imponer salvaguardias) o procedimientos sancionadores (v.g., la investigación y sanción de conductas anticompetitivas transfronterizas), la resolución heterocompositiva de controversias, entre otras.

En aplicación del principio de primacía, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Esto no significa que la norma nacional deba ser derogada, sino que sea inaplicada por el país miembro. La inaplicación es la respuesta frente a una contradicción entre la norma nacional y la norma andina.

Respecto del principio de primacía, en la Sentencia recaída en el Proceso 3-AI-96 de fecha 24 de marzo de 1997⁸, el TJCA manifestó lo siguiente:

“Este Tribunal Comunitario ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, entre ellas la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 en la cual precisó que: ‘...el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su vigésimo noveno período de sesiones ordinarias (Lima, 29 de mayo - 5 de junio de 1980). Dicho principio ha sido ratificado en sentencias posteriores (Procesos 2-IP-90, 6-IP-93 y 10-IP-94) a propósito de la interpretación del artículo 27 del Tratado del Tribunal, al considerar que para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; la misma sentencia define el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario. Describe el fenómeno como aquel en que la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabi-

8 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 261 del 29 de abril de 1997.

litado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Comunitario vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo.

El Tribunal Andino en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: ‘tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias’.”

3.3. El principio de aplicación inmediata

Por virtud del principio de aplicación inmediata (llamado también de aplicación directa) la norma andina, una vez publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, no solo entra en vigor para los órganos e instituciones del SAI, sino que su vigencia y exigibilidad se extiende al territorio de los países miembros, donde resulta de aplicación inmediata sin requerir ratificación o convalidación alguna por parte del parlamento u otra autoridad nacional.

El principio de aplicación inmediata se encuentra previsto en el Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, norma que establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.”

Con relación al principio de aplicación inmediata, en la referida Sentencia recaída en el Proceso 3-AI-96 de fecha 24 de marzo de 1997, el TJCA manifestó lo siguiente:

“...La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

(...)

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar ‘la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión’. (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991).

En la Comunidad Andina la aplicación directa del derecho comunitario se deriva tanto de la norma positiva como de la jurisprudencia. El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal, expresa que ‘Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior’.”

Una derivación consustancial del principio de preeminencia es que la norma andina tiene vigencia y aplicación en el país miembro sin necesidad de pasar por algún mecanismo de validación, ratificación o confirmación. El principio de aplicación inmediata asegura la plena y rápida vigencia de la norma andina en los cuatro países miembros. En consecuencia, basta que la norma andina sea publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena⁹ para que ella goce de vigencia y obligatoriedad, vinculando a las autoridades nacionales y a sus ciudadanos.

Distinto es el caso, contemplado en el Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, en el que la propia norma andina difiere su vigencia o dispone que se requerirá de la emisión de un determinado acto a partir del cual entrará en vigor en cada país miembro. Fue el caso, por ejemplo, de la Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1180 del 4 de abril de 2005,

9 Se puede acceder a la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena a través del siguiente link: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=09>

en cuyo Artículo 51 se estableció su vigencia diferida para la República del Ecuador.

En suma, las Decisiones del CAMRE o de la Comisión y las Resoluciones de la SGCA, por regla general, son de aplicación inmediata e incondicionada a la realidad jurídica de cada uno de los países miembros y, en esa medida, constituyen mandatos imperativos cuyo cumplimiento no puede ser omitido o ignorado por sus destinatarios.¹⁰

3.4. El principio de efecto directo

El principio de efecto directo se encuentra contemplado en el Artículo 2 del Tratado de Creación del TJCA, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.”

Y así como el principio de aplicación directa es consecuencia del principio de primacía, el principio de efecto directo es derivación natural del principio de aplicación directa. Entendida esta última como la vigencia inmediata de la norma una vez publicada esta en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que viene enseguida es que los ciudadanos andinos (personas físicas y jurídicas) pueden exigir a sus autoridades administrativas y jurisdiccionales el cumplimiento de la norma andina, que es lo que se conoce como principio de efecto directo.

En la ya mencionada Sentencia recaída en el Proceso 03-AI-96, el TJCA señaló lo siguiente:

“...Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras, que sus efectos ‘generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales’, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

10 Interpretación Prejudicial del TJCA N° 575-IP-2015 del 17 de febrero de 2017 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2968 del 15 de marzo de 2017, p. 13.

(...)

Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales.”

Los principios de aplicación inmediata y efecto directo aseguran la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria, y como esta es obligatoria tanto para los países miembros como para sus ciudadanos, estos se encuentran habilitados para hacer valer los derechos que la norma andina les reconoce ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales que corresponda.

3.5. El principio de complemento indispensable

La norma nacional no puede contradecir lo establecido en la norma andina, pero puede complementarla. Son dos los escenarios en los que la norma nacional puede complementar a la norma andina. El primero, cuando un asunto o tema no está regulado en la norma andina. En este caso, ante el silencio de la norma andina, la norma nacional puede abocarse al conocimiento de dicho asunto o tema y regularlo normativamente. El segundo, cuando la norma andina regula una materia en términos generales y autoriza que algún extremo de ella sea desarrollado de manera más detallada o concreta por la legislación interna de los países miembros.

Ejemplo de lo primero es el Artículo 276 de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 600 del 19 de setiembre de 2000, el cual establece que “*Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros*”. Por virtud del principio de complemento indispensable, todo aquello sobre propiedad industrial que no está contemplado en la Decisión 486 es susceptible de ser regulado por

la normativa interna de los países miembros, sin que ello suponga la posibilidad de contradecir alguna disposición de dicha norma andina.

Un ejemplo de lo segundo es el siguiente. El Capítulo IX de la Decisión 351 – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 145 del 21 de diciembre de 1993, que va del Artículo 29 al 32, regula lo referido a la transmisión y cesión de derechos. Su Artículo 29 establece que el derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable. Su Artículo 30 señala que las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los países miembros. Los dos artículos mencionados, vía el principio de complemento indispensable, autorizan a las legislaciones internas a regular aquello que en términos muy generales está mencionado en la norma andina.

Respecto del principio de complemento indispensable, el TJCA ha manifestado lo siguiente:

“(...) la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del ‘complemento indispensable’ para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser ‘estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen’ (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, ‘la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista’.”¹¹

11 En las páginas 13 y 14 de la Interpretación Prejudicial del TJCA N° 81-IP-2017 de fecha 16 de julio de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3376 del 17 de setiembre de 2018, se hace referencia a la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 129-IP-2012 del 25 de abril de 2013, que a su vez cita la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 121-IP-2004 de fecha 6 de octubre de 2004.

4. El Acuerdo de Cartagena y algunos tópicos vinculados al libre comercio

El Acuerdo de Cartagena tiene por objetivo promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.¹²

Para alcanzar dichos objetivos, el Acuerdo de Cartagena prevé los mecanismos y medidas siguientes:¹³

- a) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial;
- b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;
- c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial;
- d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;
- e) Un Arancel Externo Común;
- f) Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial;
- g) La canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración;
- h) Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios;
- i) La integración física; y

12 Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, conforme a la Codificación efectuada por la Decisión 563, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio de 2003.

13 Artículo 3 del Acuerdo de Cartagena.

j) Tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y Ecuador.

Complementariamente a los mecanismos antes enunciados, el Acuerdo de Cartagena menciona que se adelantarán, en forma concertada, los siguientes programas y acciones de cooperación económica y social:¹⁴

- a) Programas orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico;
- b) Acciones en el campo de la integración fronteriza;
- c) Programas en el área del turismo;
- d) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;
- e) Programas de desarrollo social; y,
- f) Acciones en el campo de la comunicación social.

A continuación, se mencionan tres temas del Acuerdo de Cartagena vinculados al libre comercio.

4.1. El Programa de Liberación

Uno de los temas listados en el Artículo 3 del Acuerdo de Cartagena es el referido al Programa de Liberación, desarrollado en el Capítulo IV del mencionado tratado¹⁵, el cual tiene por objeto eliminar los aranceles y cualquier otro tipo de gravamen o recargo, sean de carácter tributario, monetario o cambiario, que incidan sobre los productos que un país miembro importe de otro país miembro, así como eliminar todo tipo de restricción al comercio, es decir, cualquier medida administrativa, financiera o cambiaria mediante la cual un país

14 Ibidem.

15 Artículos 72 al 78 del Acuerdo de Cartagena.

miembro impida o dificulte las importaciones provenientes de otro país miembro.^{16,17}

El Programa de Liberación, tratándose de los bienes o productos¹⁸, establece un área de libre comercio entre los países miembros de la Comunidad Andina. Entendiendo el Programa de Liberación como uno de los pilares de un área de libre comercio en el mercado subregional andino, se entiende con claridad por qué un país miembro no puede impedir, restringir, limitar u obstaculizar las importaciones provenientes de otro país miembro, ya sea con aranceles, obstáculos técnicos al comercio, barreras paraarancelarias y cualquier otro tipo de gravamen o recargo, independientemente de la naturaleza de este. Dicho, en otros términos, un país miembro no puede restringir el comercio proveniente de otro país miembro.

Sin embargo, el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena establece siete medidas que, si bien pueden consistir en una restricción al comercio, se encuentran exceptuadas del Programa de Liberación. Es el caso de las medidas destinadas a: (i) la protección de la moralidad pública; (ii) la aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; (iii) la regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los países miembros; (iv) la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; (v) la importación y exportación de oro y plata metálicos; (vi) la protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y, (vii) la exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, produc-

16 Artículos 73 y 74 del Acuerdo de Cartagena.

17 Hugo Gómez, *Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina*, en “Negocios Internacionales”, Revista de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – COMEXPERU, Lima, febrero 2019, Vol. 23, N° 254, p. 17.

18 En el caso de los servicios, el Acuerdo de Cartagena prevé en su Capítulo VII, denominado “Comercio Intrasubregional de Servicios”, un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de los servicios. Este capítulo encuentra desarrollo legislativo en la Decisión 439 – Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 347 del 17 de junio de 1998.

tos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.¹⁹

Con relación a las siete medidas excepcionales establecidas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, en la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017²⁰, el TJCA señaló lo siguiente:

“...el TJCA ratifica el carácter irrevocable del Programa de Liberación y su relevancia como mecanismo fundamental para la consolidación del proceso de integración entre los países miembros de la Comunidad Andina, reiterando que, tratándose de restricciones, este solo admite las excepciones taxativamente estipuladas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena cuando dicha circunstancia sea adecuadamente demostrada. Así las cosas, este órgano jurisdiccional revalida la postura que ha venido sosteniendo en su jurisprudencia sobre el carácter taxativo (y restrictivo) de las excepciones previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

...En ese orden de ideas, este Tribunal considera que para que una medida adoptada por un país miembro se justifique como una excepción de las previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, debe cumplir, de manera concurrente, con los siguientes requisitos:

- a) La finalidad de la medida debe fundamentarse en alguna de las excepciones (taxativamente) previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, las que deben ser interpretadas de manera restrictiva.*
- b) La medida debe ser idónea para cumplir la mencionada finalidad.*
- c) La medida debe ser necesaria (o insustituible); es decir, no debería haber otra medida menos lesiva o gravosa al comercio subregional andino que podría cumplir con la mencionada finalidad.*
- d) La medida debe ser proporcional; esto es, que sus beneficios son superiores a sus costos, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.*

19 Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

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

e) La medida no debe ser discriminatoria.”

Los cinco requisitos antes mencionados constituyen un test de proporcionalidad. Para que un país miembro se encuentre autorizado a restringir el comercio subregional mediante cualquiera de las siete medidas excepcionales previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena tiene que cumplir, de manera concurrente y obligatoria, los cinco requisitos mencionados en el referido test de proporcionalidad. Y esto es así porque el Programa de Liberación constituye un bien jurídico que debe ser tutelado con el fin de promover el libre comercio entre los países miembros de la Comunidad Andina.

4.2. La defensa de la competencia

Un capítulo que se complementa con el del Programa de Liberación es el de la competencia comercial previsto en el Capítulo X del Acuerdo de Cartagena²¹, el cual propone la dación de normas conducentes a prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia en la subregión.

Para que los ciudadanos andinos gocen plenamente de los beneficios del libre comercio que subyace al Programa de Liberación es necesario que este sea acompañado de normas de defensa de la libre competencia. Así, a la prohibición de los gobiernos de restringir las importaciones provenientes de otros países miembros mediante medidas restrictivas se adiciona la prohibición a los privados de distorsionar el comercio a través de conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) transfronterizas. Solo así el consumidor andino se beneficiará de una mayor oferta de bienes y servicios, a precios competitivos, de mejor calidad y en mayor variedad.

Sobre este punto, en la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018 de fecha 7 de setiembre de 2018²², el TJCA mencionó lo siguiente:

“...El libre intercambio de bienes y servicios permite que el proceso competitivo genere eficiencia económica en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A los consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más

21 Artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena.

22 Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3383 del 1 de octubre de 2018.

accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados por la competencia, provocan más ventas e ingresos y, por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos.

...Los beneficios que el libre comercio genera para las empresas y los consumidores en el marco de los procesos de integración económica pueden verse afectados a través de las conductas anticompetitivas transfronterizas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), pues a través de estas, o se crean barreras que dificultan la entrada o permanencia de las empresas a los mercados, o se distorsionan los precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores.

...Dado los beneficios de la libre competencia para los procesos de integración económica, el Capítulo X del Acuerdo de Cartagena, denominado “Competencia Comercial”, menciona que la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, tales como las manipulaciones indebidas de precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.

...Es así que el 18 de diciembre de 1971 se publicó la Decisión 45 que aprobó normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión. Dicha norma fue sustituida por la Decisión 230 publicada el 18 de diciembre de 1987, la que a su vez fue sustituida por la Decisión 285 publicada el 4 de abril de 1991, que también aprobó normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia. El 29 de marzo de 2005 se publicó la norma vigente que sustituye a la Decisión 285, que es la Decisión 608, cuyo Artículo 2 señala que ella tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscan-

do la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores.”

4.3. Las cláusulas de salvaguardia

El Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena trata de las cláusulas de salvaguardia que son medidas de carácter correctivo que puede adoptar un país miembro cuando las importaciones provenientes de otro país miembro le causan o amenazan con causarle un determinado daño. Según la Organización Mundial del Comercio (OMC), las medidas de salvaguardia se definen como medidas “de urgencia” con respecto al aumento de las importaciones de determinados productos cuando estas importaciones hayan causado o amenacen causar un daño grave a la rama de producción nacional del país importador²³. Las cláusulas de salvaguardias son válvulas de escape que tiene por objeto permitir a las empresas afectadas por el incremento de la competencia extranjera (importaciones) la transición hacia el libre comercio (la libre competencia).²⁴

El Artículo 95 del Acuerdo de Cartagena regula la salvaguardia que tiene por objeto corregir el desequilibrio en la balanza de pagos global de un país miembro ocasionado por las importaciones de otro u otros países miembros; su Artículo 96 trata de la salvaguardia que busca corregir los perjuicios graves (o amenaza de causar perjuicios graves) a la economía de un país miembro o a un sector significativo de su actividad económica como consecuencia del cumplimiento del Programa de Liberación, es decir, de las importaciones sin gravámenes (o sin restricciones de cualquier naturaleza) provenientes de otro u otros países miembros; su Artículo 97 contempla la salvaguardia cuya finalidad es corregir las perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro debido a las importaciones de productos originarios de la subregión andina; y, su Artículo 98 aborda la salvaguardia cuyo propósito es corregir la alteración a

23 Definición extraída de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_info_s.htm (Visitado el 17 de enero de 2019).

24 Aluisio de Lima – Campos, *Salvaguardias*, en AA. VV (Mario Matus Baeza y Mark Unger, Editores), *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 501.

las condiciones normales de competencia causada por la devaluación monetaria efectuada por uno o más países miembros.

Sobre el particular, en la parte considerativa de la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2015 de fecha 23 de agosto de 2018²⁵, el TJCA estableció los siguientes criterios jurídicos con relación a las cuatro modalidades de salvaguardia previstas en el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena:

“...se advierten como características comunes a todas las modalidades de salvaguardias (por desequilibrio en la balanza de pagos, por cumplimiento del Programa de Liberación, de productos específicos y por devaluación monetaria), las siguientes:

- (i) Son medidas de naturaleza correctiva.*
- (ii) Son medidas de carácter transitorio.*
- (iii) Son medidas de carácter excepcional, por lo que están sujetas a una interpretación restrictiva, y solo pueden ser conferidas en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.*
- (iv) Les es exigible el requisito de la “relación causal”. Ello es así debido a la naturaleza correctiva de todas estas medidas. Al ser las salvaguardias medidas correctivas, lo que buscan corregir se encuentra vinculado con aquello que causa el daño o la amenaza de daño. Si las importaciones provenientes de otro país miembro no son la causa, o no coadyuvan a la causa, del desequilibrio en la balanza de pagos global¹⁰, de los perjuicios graves a la economía del país¹¹, de la perturbación en la producción nacional¹² o de la alteración de las condiciones normales de competencia¹³, carece de sentido afectar dichas importaciones a través de la aplicación de alguna de las cuatro modalidades de salvaguardias antes mencionadas.*

Las importaciones o el incremento de determinadas importaciones tienen que ser el hecho causal, o contribuir como hecho causal, del daño o amenaza de daño, siendo que este daño puede ser el desequilibrio en la balanza de pagos global, los perjuicios graves a la economía del país, la perturbación en la producción nacional o la alteración de las condiciones normales de competencia, según la salvaguardia de que se trate.

25 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3369 del 13 de setiembre de 2018.

(v) *Deben ser proporcionales al hecho que las genera. Esto significa que se procurará que no afecten el comercio de los productos incorporados al Programa de Liberación¹⁴, no podrán implicar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate (con respecto a los doce meses anteriores)¹⁵, se deberá garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años¹⁶, o no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación¹⁷, según la salvaguardia de que se trate.*

¹⁰ *Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global prevista en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.*

¹¹ *Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por el cumplimiento de programa de liberación prevista en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.*

¹² *Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia de productos específicos prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.*

¹³ *Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por devaluación monetaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.*

¹⁴ *Para el caso de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global prevista en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.*

¹⁵ *Para el caso de la salvaguardia por el cumplimiento de programa de liberación prevista en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.*

¹⁶ *Para el caso de la salvaguardia de productos específicos prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.*

¹⁷ *Para el caso de la salvaguardia por devaluación monetaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena."*

Con la jurisprudencia antes citada el TJCA ha reconocido que el derecho comunitario andino establece requisitos exigentes y concurrentes para que un país miembro establezca una medida de salvaguardia que afecte las importaciones provenientes de otro país miembro. La razón para entender el carácter excepcional de esta clase de medidas y

realizar una interpretación restrictiva sobre su aplicación es la necesidad de fortalecer el libre comercio en la Comunidad Andina.²⁶

5. Listado de las principales normas del ordenamiento jurídico comunitario andino

Con el fin de orientar al lector respecto del contenido del ordenamiento jurídico comunitario andino, finalizamos este capítulo con unos cuadros que listan las principales normas de dicho ordenamiento. Las fechas de publicación indicadas corresponden a las de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Normas constitucionales (o de derecho primario) de la Comunidad Andina	
Acuerdo de Cartagena	Firmado el 26 de mayo de 1969. Codificado mediante la Decisión 563, publicada el 1 de julio de 2003
Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	Firmado el 28 de mayo de 1979. Codificado mediante la Decisión 472, publicada el 17 de setiembre de 1999
Tratado constitutivo del Parlamento Andino	Firmado el 15 de octubre de 1979

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	
Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	Aprobado mediante la Decisión 500, publicada el 28 de junio de 2001

Cooperación Técnica		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
554	Creación del Comité Andino de titulares de Organismos de Cooperación Internacional de la Comunidad Andina	27 de junio de 2003
726	Adhesión a la Declaración de París sobre Eficacia de la Ayuda al Desarrollo	11 de diciembre de 2009
759	Estrategia Andina para mejorar la Eficacia de la Cooperación Internacional para el Desarrollo	23 de agosto de 2011
792	Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración	23 de setiembre de 2013

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=307&tipo=TE&title=-cooperacion-tecnica>

26 Hugo Gómez, Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina, Op. Cit., p. 18.

Defensa de la competencia		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
608	Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina	4 de abril de 2005

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=322&tipo=TE&title=-competencia-y-defensa-comercial>

Defensa comercial		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
284	Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones	4 de abril de 1991
389	Reglamento para la aplicación de la cláusula de salvaguardia prevista en el Artículo 78 del Acuerdo de Cartagena	17 de julio de 1996
415	Medidas correctivas por diferencias arancelarias entre Perú y los demás Países Miembros	31 de julio de 1997
452	Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina	14 de abril de 1999
456	Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina	7 de mayo de 1999
457	Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina	7 de mayo de 1999
474	Revisión de la Lista de Productos Sujetos a la Aplicación de los Artículos 102 y 103 del Acuerdo de Cartagena en el Marco de la profundización del Proceso de Integración	4 de febrero del 2000

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=322&tipo=TE&title=-competencia-y-defensa-comercial>

Facilitación del Comercio y Aduanas		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
571	Valor en Aduana de las Mercancías Importadas	15 de diciembre de 2003
573	Programa Común de Formación Aduanera Andina	15 de diciembre de 2003
617	Tránsito Aduanero Comunitario	25 de julio de 2005
618	Incorporación progresiva del Anexo General y referencia de los Anexos Específicos del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto)	25 de julio de 2005
636	Modificación de la Decisión 617 sobre Tránsito Aduanero Comunitario, en lo relativo a los artículos 10, 33, 42 y 43 y su tercera disposición transitoria.	21 de julio de 2006
670	Adopción del Documento Único Aduanero	16 de julio de 2007
671	Armonización de Regímenes Aduaneros	16 de julio de 2007
716	Modificación del plazo para la entrada en vigencia de las Decisiones 670 y 671	9 de setiembre de 2009
728	Actualización de la Decisión sobre Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de las Comunidad Andina	17 de diciembre de 2009
770	Facilitación del comercio en materia aduanera en la Comunidad Andina.	9 de diciembre de 2011
778	Sustitución de la Decisión 574 – Régimen Andino sobre Control Aduanero	7 de noviembre de 2012
787	Modificación de la Decisión 617 sobre Tránsito Aduanero Comunitario respecto a la aplicación de sanciones pecuniarias	17 de junio de 2013
812	Aprobación de la Nomenclatura Común - NANDINA	2 de setiembre de 2016
821	Modificación de la Decisión 812 que aprueba la Nomenclatura Común - NANDINA	26 de octubre de 2017

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=323&tipo=TE&title=-facilitacion-del-comercio-y-aduanas>

Gravámenes y Restricciones		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
425	Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Capítulo I del Título V)	18 de diciembre de 1997

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=325&tipo=TE&title=-gravamenes-y-restricciones>

Identidad Andina y Cultura		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
588	Sustitución de la Decisión 460 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina	16 de julio de 2004
593	Creación del Consejo Andino de Ministros de Educación y Responsables de Políticas Culturales	16 de julio de 2004
739	Servicios de Comunicación para la Difusión de la Integración Andina	23 de julio de 2010
760	Creación del Consejo Andino de Ministros de Cultura y de Culturas	23 de agosto de 2011
782	Programa de armonización de Estadísticas y Cuentas Satélite de la Cultura	12 de marzo de 2013
823	Creación del Comité Andino de Asuntos Culturales y modificación del Anexo de la Decisión 797	6 de diciembre de 2017

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=308&tipo=TE&title=identidad-andina-y-cultura>

Interconexión eléctrica		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
816	Marco regulatorio para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad	24 de abril de 2017

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=316&tipo=TE&title=interconexion-electrica>

Migración y Movilidad Humana		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
397	Tarjeta Andina de Migración (TAM)	30 de setiembre de 1996
398	Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289	27 de enero de 1997
439	Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina	17 de junio de 1998
501	Zonas de Integración Fronteriza (ZIF) en la Comunidad Andina	28 de junio del 2001
502	Centros Binacionales de Atención en Frontera (CEBAF) en la Comunidad Andina	28 de junio del 2001
503	Reconocimiento de documentos nacionales de identificación	28 de junio del 2001
504	Creación del Pasaporte Andino	28 de junio del 2001
525	Características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino	9 de julio de 2002
526	Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros	9 de julio de 2002
545	Instrumento Andino de Migración Laboral	27 de junio de 2003
548	Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios	27 de junio de 2003
550	Creación del Comité Andino de Identificación y Estado Civil (CAIEC)	27 de junio de 2003
583	Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social	13 de mayo de 2004
709	Modificación de la Decisión 504 - Creación del Pasaporte Andino	23 de diciembre de 2008

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=311&tipo=TE&title=-migracion-y-movilidad-humana>

Minería ilegal		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
774	Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal.	10 de octubre de 2012
797	Comités y Grupos Ad Hoc de la Comunidad Andina en el marco de la reingeniería del Sistema Andino de Integración	15 de octubre de 2014

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=304&tipo=TE&title=-mineria-ilegal>

Mipymes		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
702	Sistema Andino de Estadística de la PYME	10 de diciembre de 2008
748	Creación del Comité Andino de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (CAMIPYME)	31 de mayo de 2011
749	Creación e Implementación del Observatorio Andino de la MIPYME (OBAPYME)	31 de mayo de 2011

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=313&tipo=TE&title=-mipymes>

Origen		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
416	Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías	31 de julio de 1997
417	Criterios y Procedimientos para la fijación de Requisitos Específicos de Origen	31 de julio de 1997
775	Condiciones para la emisión y recepción de Certificados de Origen Digital.	7 de noviembre de 2012
799	Modificación de los artículos 15, 21 y 22 de la Decisión 416.	6 de noviembre de 2014

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=324&tipo=TE&title=o-rigen>

Participación Social y Ciudadanía Andina		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
441	Consejo Consultivo Laboral Andino	31 de julio de 1998
442	Consejo Consultivo Empresarial Andino	31 de julio de 1998
539	Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor	12 de marzo de 2003
585	Creación del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales	13 de mayo de 2004
674	Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina	28 de setiembre de 2007
711	Creación del Consejo Andino Asesor de Altas Autoridades de la Mujer e Igualdad de Oportunidades	21 de agosto de 2009
758	Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina	23 de agosto de 2011

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=309&tipo=TE&title=participacion-social-y-ciudadania-andina>

Prevención de Desastres		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
529	Creación del Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE)	9 de julio de 2002
825	Adopción del Glosario de Términos y Conceptos de la Gestión del Riesgo de Desastres para los Países Miembros de la Comunidad Andina	19 de junio de 2018
819	Sustituye la Decisión 713 Estrategia Andina para la Prevención y Atención de Desastres (EAPAD)	9 de mayo de 2017

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=305&tipo=TE&title=prevencion-de-desastres>

Promoción Comercial		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
458	Lineamientos de la Política Exterior Común	1 de junio de 1999
566	Creación del Comité Andino de Autoridades de Promoción de Exportaciones	4 de setiembre de 2003

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=314&tipo=TE&title=promocion-comercial>

Propiedad Intelectual		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
291	Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías	4 de abril de 1991
351	Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos	21 de diciembre de 1993
345	Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales	29 de octubre de 1993
366	Modificación de la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 345	30 de noviembre de 1994
391	Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos	17 de julio de 1996
423	Modificación de la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos	18 de noviembre de 1997
448	Modificación de la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos	15 de diciembre de 1998
486	Régimen Común sobre Propiedad Industrial	19 de setiembre de 2000
632	Aclaración del segundo párrafo del artículo 266 de la Decisión 486 de 2000	7 de abril de 2006
689	Adecuación de determinados Artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el Desarrollo y Profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros	15 de agosto de 2008

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=301&tipo=TE&title=propiedad-intelectual>

Sanidad Animal		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
515	Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria	14 de marzo de 2002

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=321&tipo=TE&title=-sanidad-animal>

Sanidad Humana		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
516	Armonización de Legislaciones en materia de Productos Domésticos	14 de marzo de 2002
705	Circulación de muestras de productos cosméticos sin valor comercial	10 de diciembre de 2008
706	Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal	10 de diciembre de 2008
721	Reglamento Técnico Andino relativo a los Requisitos y Guía de Inspección para el funcionamiento de establecimientos que fabrican Productos de Higiene Doméstica y Productos Absorbente de Higiene Personal	30 de noviembre de 2009
777	Modificación de la Decisión 516: “Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos”	7 de noviembre de 2012
784	Modificación de la Decisión 706: “Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal”	12 de marzo de 2013

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=300&tipo=TE&title=-sanidad-humana>

Seguridad Social		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
545	Instrumento Andino de Migración Laboral	27 de junio de 2003
583	Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social	13 de mayo de 2004
584	Sustitución de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo	13 de mayo de 2004

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=310&tipo=TE&title=se-guridad-social>

Servicios e Inversiones		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
291	Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías	4 de abril de 1991
292	Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas	4 de abril de 1991
439	Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina	17 de junio de 1998
659	Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa	15 de diciembre de 2006
803	Disposiciones relativas al Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina	28 de abril de 2015
820	Prórroga del plazo de la Decisión 803	22 de junio de 2017
578	Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal	5 de mayo de 2004

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=302&tipo=TE&title=-servicios-e-inversiones>

Sistema Andino de la Calidad		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
376	Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología	21 de abril de 1995
419	Modificación de la Decisión 376 (Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología)	31 de julio de 1997
506	Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina	3 de julio del 2001
615	Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT)	25 de julio de 2005
817	Tratamiento aduanero especial de patrones, instrumentos de medición, materiales de referencia e ítems de ensayo de aptitud entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y con terceros países	24 de abril de 2017
827	Líneamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario	18 de julio de 2018

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=303&tipo=TE&title=-sistema-andino-de-la-calidad>

Telecomunicaciones		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
439	Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina	17 de junio de 1998
462	Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina	1 de junio de 1999
638	Lineamientos para la protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina	21 de julio de 2006
654	Marco Regulatorio para la Utilización Comercial del Recurso Orbita – Espectro de los Países Miembros	17 de noviembre de 2006
672	Modificación de la Decisión 654 “Marco Regulatorio para la Utilización Comercial del Recurso Orbita – Espectro de los Países Miembros”	21 de setiembre de 2007
707	Registro Andino para la autorización de Satélites con Cobertura sobre Territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina	10 de diciembre de 2008
724	Modificación de la Decisión 654 “Marco Regulatorio para la Utilización Comercial del Recurso Orbita – Espectro de los Países Miembros”	11 de diciembre de 2009
725	Autorización comunitaria para la explotación y comercialización del Recurso Órbita Espectro de los Países Miembros en la posición 67º Oeste	11 de diciembre de 2009
786	Intercambio de información de equipos terminales móviles extraviados, robados o hurtados y recuperados en la Comunidad Andina	26 de abril de 2013

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=315&tipo=TE&title=-telecomunicaciones>

Transportes de Pasajeros y Mercancías		
Número de Decisión	Nombre de la norma	Fecha de publicación
314	Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino	18 de febrero de 1992
331	Transporte Multimodal	11 de marzo de 1993
393	Modificación de la Decisión 331 “Transporte Multimodal”	17 de julio de 1996
398	Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289	27 de enero de 1997
399	Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, sustitutoria de la Decisión 257	27 de enero de 1997
467	Norma Comunitaria que establece las infracciones y el régimen de sanciones para los transportistas autorizados del transporte internacional de mercancías por carretera	16 de agosto de 1999
491	Reglamento Técnico Andino sobre Límites de Pesos y Dimensiones de los Vehículos destinados al Transporte Internacional de Pasajeros y Mercancías por Carretera	12 de febrero del 2001
582	Transporte Aéreo en la Comunidad Andina	5 de mayo de 2004
619	Normas para la Armonización de los Derechos y Obligaciones de los Usuarios, Transportistas y Operadores de los Servicios de Transporte Aéreo en la Comunidad Andina	25 de julio de 2005

Fuente: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=317&tipo=TE&title=-transporte-de-pasajeros-y-mercancias>

Referencias Bibliográficas

- AA. VV (Mario Matus Baeza y Mark Unger, Editores), *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- Decisión 351 – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 145 del 21 de diciembre de 1993.
- Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 600 del 19 de setiembre de 2000.
- Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1180 del 4 de abril de 2005.
- 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 - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- Hugo Gómez, *Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina*, en “Negocios Internacionales”, Revista de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – COMEXPERU, Lima, febrero 2019, Vol. 23, N° 254.
- Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina N° 575-IP-2015 de fecha 17 de febrero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2968 del 15 de marzo de 2017.
- Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina N° 81-IP-2017 de fecha 16 de julio de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3376 del 17 de setiembre de 2018
- Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina N° 78-IP-2018 de fecha 7 de setiembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3383 del 01 de octubre de 2018.
- Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado por Decisión 425 del CAMRE, en reunión ampliada con la Comisión, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 314 del 18 de diciembre de 1997.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 3-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 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.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso 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.

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

Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, 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.

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 nulidad*³⁴

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.

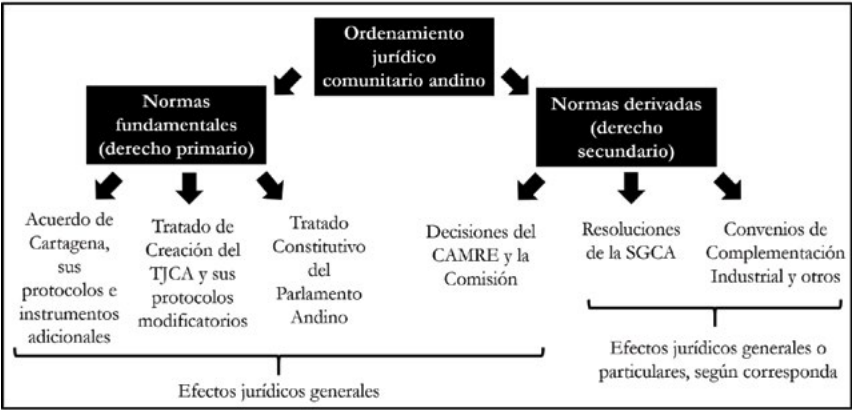
Asimismo, se explicó que el Artículo 2 del Estatuto del TJCA establece que el ordenamiento jurídico comunitario andino está conformado por las siguientes fuentes típicas:

- (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.

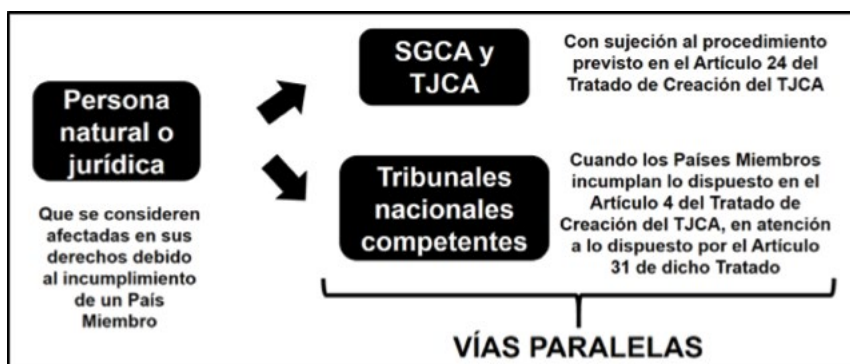
86 Tratado de creación del TJCA. -

“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.

Capítulo IV

La importancia del control Jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino

Luis Rafael Vergara Quintero

Magistrado Principal por la República de Colombia

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Introducción

En los primeros años del Acuerdo de Cartagena no se contempló la necesidad de establecer un control jurisdiccional o un Mecanismo de Solución de Controversias. No obstante, la evolución de la integración andina y algunas divergencias presentadas entre los Países Miembros crearon la necesidad de establecer una Corte Internacional con facultades supranacionales y con carácter jurisdiccional, lo cual aconteció con el devenir del tiempo mediante la expedición el 28 de mayo de 1979 del Tratado de Creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena como fue su denominación original, el que hoy día cumple 40 años de fructífera y exitosa existencia.

Posteriormente en agosto de 1996 se produce una modificación al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con el Protocolo de Cochabamba en donde se le colocó el nombre actual bajo el cual gira el control jurisdiccional de la Comunidad Andina como es Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – también denominado TJCA-.

En homenaje a este Organismo Internacional, que ha prestado a lo largo de su historia invaluable servicios al proceso de integración andino, se han escrito estas cortas líneas de forma sencilla, breve y gráfica pues va dirigida no sólo a los gremios de la abogacía de la subregión sino a todos los ciudadanos comunitarios con el anhelo de que puedan comprender con precisión el papel que juega este Organismo Internacional en la integración de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Este Tribunal Internacional que tiene como sede la ciudad de Quito (Ecuador), empezó sus actividades en forma plena sólo hasta el 2 de enero de 1984 y su naturaleza y fines esenciales se encuentran establecidos en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ¹. A continuación, se resaltan sus principales funciones:

- Declarar el Derecho Comunitario y asegurar su cumplimiento en toda la subregión.
- Interpretar en forma armónica y uniforme el Derecho Andino.
- Garantizar la legalidad de la CAN ejerciendo el control jurisdiccional sobre los actos y decisiones de los Órganos del Sistema de Integración Andino (SAI).
- Asegurar la observancia del Derecho Comunitario.
- Dirimir las controversias que se presenten en el desarrollo del proceso de integración.
- Difundir el derecho y la jurisprudencia comunitaria.

Entre muchas otras funciones esenciales y medulares, puesto que al TJCA le corresponde velar por la intangibilidad del Derecho Comunitario en todos los órdenes y circunstancias en forma exclusiva y excluyente como bien lo anotaba nuestro antecesor, exmagistrado y expresidente del TJCA Guillermo Chahín Lizcano, con las siguientes palabras:

“Siendo el Tribunal de Justicia , como en efecto lo es, el único órgano de la comunidad facultado para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es obvio que la correcta aplicación y la intangibilidad de la totalidad del ordenamiento comunitario se encuentra bajo su responsabilidad y por ende, sus actos jurisdiccionales abarca todo el espectro normativo que lo conforma, dando lugar a la generación de

1 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 500.-

“Artículo 4.- Naturaleza y fines del Tribunal

El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.

El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.

*una copiosa jurisprudencia tanto el uno como en el otro de los campos, judicial y prejudicial”.*²

Hoy en día, el Tribunal Andino es considerado como una de las Cortes Internacionales más activas del mundo con una carga laboral que sobrepasa los 700 procesos anuales y con una respuesta efectiva de más de 600 sentencias proferidas cada año.³

Prendemos entonces, reflexionar, analizar y examinar el papel que ha jugado el Tribunal Andino durante todos estos años en el desarrollo y en la consolidación del proceso de integración andina de cara a la realidad de hoy en día, donde las causas judiciales y las actividades del Tribunal se han multiplicado en más de un 100%, enfrentado esta carga inusitada con la misma estructura orgánica de hace más de 10 años.

El control jurisdiccional de la CAN, que se ejerce por medio del TJCA, exige un análisis riguroso tanto del presente como de su futuro, pues este aspecto que a veces pasa desapercibido es vital no sólo para lograr los objetivos y finalidades de la integración económica sino para el mantenimiento del espíritu integracionista que a veces echamos de menos.

También en este año queremos, en el marco del aniversario del TJCA, rendirles a todos los Magistrados que nos antecederon un sencillo y caluroso homenaje, porque, al fin y al cabo, fueron ellos quienes construyeron los cimientos de la sólida estructura que hoy conforma esta Jurisdicción Internacional de la Subregión Andina con sus conocimientos y sabiduría.

Entonces como no recordar a juristas tan eminentes y que escribieron inolvidables páginas jurisprudenciales Andinas, así: por el Estado Plurinacional de Bolivia.- Doctores Hugo Poppe Entrambasaguas (1984-1990); Edgar Barrientos Cazazola (1990-1995); Gualberto Dávalos García (1996-2002); Walter Kaune Arteaga (2003-2008); y Carlos Jaime Villarroel Ferrer (2008-2014); por la República de Colombia.- Doctores Luis Carlos SÁCHICA Aponte (1984-1986) +; Fernando Uribe Restrepo (1987-1992) +; Roberto Salazar Manrique (1993-1998) +; Guillermo Chahín Lizcano (1999-2005); Olga Inés Navarrete Barrero

2 Guillermo Chahín Lizcano, Conferencia “Segundo Seminario de Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales”, noviembre 2003, Quito - Ecuador.

3 Karen J. Alter, Private Litigants and the New Internaciotal Courts, 39 COMP. POL STUD. 2006. Páginas 22, 26-27; en que se señala: “La dos Cortes Internacionales más activas en relación con el número de casos decididos son: primero, la Corte Europea de Derechos Humanos y segundo, la Corte Europea de Justicia (CEJ y su Corte de Primera Instancia”.

(2005-2011); Leonor Perdomo Perdomo (2011-2017); y Martha Esperanza Rueda Merchán (2016-2017); por la República del Ecuador.- Doctores Estuardo Hurtado Larrea (1984-1986); Galo Pico Mantilla (1987-1992); Patricio Bueno Martínez (1993-1998); Rubén Herdoíza Mera (1999-2005); Oswaldo Salgado Espinoza (2005-2011); y José Vicente Troya (2011-2017) +; por la República del Perú.- Doctores Gonzalo Ortiz de Cevallos (1984-1985); Nicolás de Piérola y Balta (1985-1989); Vicente Ugarte del Pino (1990-1995); Juan José Calle (1996-2002); Ricardo Vigil Toledo (2002-2008-2014); y Luis José Diez Canseco Núñez (2014-2020); y, por la República de Venezuela.- Doctores Guillermo Andueza Acuña (1984-1988-1989); Iván Gabaldón Márquez (1988-1989); Carmen Elena Crespo de Hernández (1990-1994); Luis Enrique Farías Mata (1994-2001) +; y Moisés Troconis Villarreal (2002-2006), quienes enaltecieron las labores y las funciones del TJCA.

Desde el primer año del TJCA muchas cosas han cambiado, no sólo en nuestros Países, sino en el Tribunal Andino que con el paso del tiempo se ha fortalecido para brindarle un mejor servicio a la Comunidad Andina.

Desde entonces mucha agua ha corrido bajo los puentes de la ciudad de Quito tan señorial y acogedora como siempre.

El autor

1. El origen del Derecho Comunitario Andino

El Derecho no podía ser ajeno a los cambios y a las nuevas realidades que trajeron los procesos de integración alrededor del mundo, especialmente en cuanto a la aplicación armónica y uniforme de los acuerdos hacia el interior de cada País Miembro.

El problema de los pactos, acuerdos o tratados internacionales no sólo es su suscripción y su divulgación, sino que lo más complejo es que éste se cumpla y se ejecute cabalmente, que no se trate de una “simple declaración” o de un “compendio de buenos propósitos” los cuales no conducen al resultado deseado.

Para que los procesos integracionistas comerciales tengan un “efecto útil” es necesario, entonces, no sólo un compendio de normas jurídicas que sean respetadas por los Estados Miembros, sino también, ciertos mecanismos jurídicos de cooperación y solución de controversias que hagan efectivo el proceso de integración en el campo social, económico y cultural.

Así como, respuesta a estas realidades aparece en el contexto de las ciencias jurídicas el denominado Derecho de la Integración o Derecho Comunitario y con él diversos mecanismos jurídicos y organismos internacionales que tienen por objeto, no sólo su aplicación efectiva, sino, su implementación en una forma ordenada y coherente.

Este Derecho Comunitario se justifica en el entendido de que brinda seguridad jurídica, legítima la institucionalidad de los órganos que conforman la integración; los Estados Miembros y los ciudadanos comunitarios conocen previamente el sentido en que deben aplicarse las normas que rigen el proceso de integración; igualmente protege

los derechos no sólo de los Países Miembros, sino de los ciudadanos, con una serie de garantías jurídicas y mecanismos que tiene como misión hacer operativamente eficaz el proceso multidimensional o la integración económica.⁴

El proceso de Integración Andino se caracterizó también por haber establecido un ordenamiento independiente y autónomo, destinado a regular y efectivizar el Acuerdo de Cartagena; por supuesto estas normas son de obligatorio cumplimiento para los Estados Miembros.

2. El proceso evolutivo: ente de control jurisdiccional

En la medida en que avanzaba el proceso evolutivo de integración, surgió la necesidad de contar con un ente capaz de consolidar, estabilizar y darle seguridad a los Países en el acatamiento de la normativa andina, puesto que aparecieron razones ineludibles que así lo aconsejaban, entre las cuales podemos señalar las siguientes:

- No existía acuerdo sobre la obligatoriedad y la entrada vigencia de las disposiciones comunitarias debido a que cada País tenía una normativa y un procedimiento diferente, por lo que era necesario un criterio único.
- La incorporación del Derecho Andino a las normas nacionales, debido a la existencia de una dispersión total en cuanto a su entrada en vigor.
- No existía un mecanismo para una interpretación armónica y uniforme del Derecho Comunitario.

Textualmente estas razones fueron esbozadas hacia el interior de la Comunidad Andina, en los siguientes términos:

“a) Las decisiones y resoluciones entraban en vigencia según criterios y procedimientos distintos, pues no había una disposición que regulara este aspecto.

b) No había acuerdo sobre la obligatoriedad y la forma de incorporación de aquellos actos a los derechos nacionales, lo que afectaba la precisión de su vigencia.

⁴ Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, 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. Página 33.

c) El entendimiento que se daba a una y otra de aquellas disposiciones comunitarias carecía de uniformidad, hasta el punto de desnaturalizar su carácter comunitario.”⁵

Ante estas realidades los Países que suscribieron el Acuerdo de Cartagena establecieron un Órgano Jurisdiccional de carácter permanente de los Países Miembros de la CAN, como un Mecanismo de Solución de las Controversias que surgieran con motivo de la aplicación del Ordenamiento Jurídico Comunitario.

Así fue creado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en 1979 como un órgano jurisdiccional de la CAN, de carácter supranacional y comunitario como antes anotábamos.

3. La Supranacionalidad del Sistema Jurídico Andino

Cuando se habla en los procesos de integración de “supranacionalidad” se hace referencia a la transferencia o traslado de competencias soberanas de los Países Miembros a los Órganos Internacionales que fueron creados mediante decisiones autónomas y soberanas por cada uno de ellos, como puede ser de manera parcial las funciones legislativas o judiciales de los Países Miembros.

Dentro de esta perspectiva, hay que señalar la supranacionalidad en el Sistema Jurídico de Integración entre Países, hace referencia a dos (2) conceptos:

- a. Un ordenamiento independiente y autónomo destinado a regular y a efectivizar los Acuerdos de Integración; por supuesto, estas normas son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados Miembros de la Comunidad.
- b. Un sistema de solución de controversias o un Tribunal permanente destinado a interpretar, aplicar y hacer efectivo el Derecho de la Integración. Es decir, un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y comunitario, como de suyo lo es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con sede en Quito.

5 Informativo Andino. “El Dinamismo de la Comunidad Andina”. Octubre, 1996. N° 10.

3.1. El Ordenamiento Jurídico Andino (Principios)

El Derecho de la Integración se gesta como consecuencia de los acuerdos, pactos, convenios, tratados y diversas modalidades de concertación derivadas de la necesidad de integrarse por parte de los Pueblos, Estados o Naciones, que de suyo requieren normas, leyes, procedimientos, mecanismos de solución de controversias y garantías que generen confianza y seguridad jurídica comunitaria.

Esta supranacionalidad está relacionada con principios como el de aplicación inmediata y prevalencia de la normativa de la integración, lo que significa que la norma comunitaria es aplicable de manera directa en todos los Estados Miembros de la Comunidad Andina, sin que sea necesario seguir un procedimiento o trámite especial de aprobación, recepción o incorporación de éstos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

El carácter prevalente implica que la norma comunitaria sea aplicada de manera preferente respecto de las normas nacionales, en los casos en que éstas, entren en conflicto, independientemente de su rango o naturaleza en el Derecho interno de cada País.⁶

6 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 2-IP-90, del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°69, del 11 de octubre de 1990, en la que este Tribunal ha resaltado la importancia del principio de preeminencia de la normativa comunitaria, en los siguientes términos:

“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...). En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno...”

A su vez, en el Proceso 1-IP-87 este órgano jurisdiccional enfatizó que el principio de preeminencia o aplicación preferente de la siguiente manera:

“2. PREEMINENCIA DEL DERECHO ANDINO

En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 de mayo-5 de junio 1980) cuando declaró la ‘validez plena’ de los siguientes conceptos: (...) b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros...”

3.2. Mecanismo de Solución de Controversias: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

No hay duda de que el control jurisdiccional de carácter supranacional en el Ordenamiento Comunitario es vital para la existencia misma del proceso de integración.

No puede existir un proceso de integración, por lo menos aquellos de carácter económico y comercial como lo es el de la Subregión Andina, sin que a la vez exista un conjunto de normas jurídicas autónomas e independientes y un mecanismo de solución de conflictos destinado a hacer efectivo y aplicar las normas andinas.

El objetivo esencial que se busca con el control jurisdiccional mediante un Tribunal u otro Mecanismo de Solución de Controversias es la seguridad jurídica, a través, de la existencia de una jurisprudencia única y permanente para que los Estados, los inversionistas, los comerciantes y los ciudadanos comunitarios, sepan de antemano a qué atenerse en sus actividades y actuaciones en el marco de la integración.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina les brinda legitimidad a los Organismos del Sistema de Integración, otorga seguridad jurídica, protección a los Estados, hace prevalecer la norma andina sobre las normas internas que la contradigan y establece una jurisprudencia única, uniforme y coherente en todos los estados del proceso de integración en virtud de sus facultades supranacionales.

Tratándose de pactos, acuerdos o tratados multinacionales de carácter comercial o económico – no cultural ni geopolítico – el establecimiento de un Derecho Comunitario autónomo e independiente y de los Mecanismos de Solución de Controversias de carácter supranacional y el ejercicio de un control jurisdiccional son fundamentales, necesarios y convenientes para la supervivencia de este tipo de procesos de integración.⁷

7 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 50-IP-2017, del 7 de julio de 2017, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°3063, del 21 de julio de 2017; 2-IP-90 del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°69, del 11 de octubre de 1990; y 399-IP-2015, de 28 de noviembre de 2016, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°2932, del 6 de marzo de 2017 se señaló:

*“En el caso de los Tratados Internacionales suscritos por los Países Miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas como la protección a la propiedad industrial, puede afirmarse que, en la medida, en que la Comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al Tratado Internacional de tal manera que este le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad regulatoria, sin que pueda*

4. Etapas del Control Jurisdiccional

El sistema de solución de controversias hacia el interior de la Comunidad Andina tiene varios escenarios entre los cuales se destacan unos de carácter administrativo, otros de carácter internacional y otros estrictamente jurisdiccionales, tal como se observa a continuación:

4.1. Jueces Nacionales y Autoridades Administrativas

Las controversias que involucran la normatividad andina pueden empezar ante las autoridades y jueces nacionales⁸ de cada país con intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la Interpretación Prejudicial para que la autoridad nacional o el juez nacional resuelva la controversia de acuerdo con los lineamientos establecidos por el mismo.

La legitimación para solicitar la Interpretación Prejudicial es del Juez Nacional – artículo 33⁹ del Tratado de Creación del TJCA y artículos 122 y 123 del Estatuto del TJCA¹⁰ – esto es, Cortes, Tribunales y Jueces,

decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquel.

Por el contrario, toda vez que el Tratado Internacional pasa a formar parte del ordenamiento comunitario aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, el derecho comunitario conserva – por aplicación de sus características ‘existenciales’ de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia – la aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.”

- 8 Altas Cortes de todos los Países Miembros, Tribunales, centros de arbitramento y jueces nacionales. Asimismo, entidades administrativas con o sin facultades jurisdiccionales.

- 9 **Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 472.-**
“Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”

- 10 **Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 500.-**
 (...)

“Artículo 122.- Consulta facultativa: Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá

que conozcan de un proceso judicial donde deban aplicarse o resolverse sobre asuntos que versen sobre la normativa comunitaria.

Se ha entendido por vía jurisprudencial y hoy por vía reglamentaria que también pueden solicitar dicha interpretación, las autoridades administrativas con o sin funciones jurisdiccionales, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC en la República de Colombia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI en la República del Perú, el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual - SENAPI en el Estado Plurinacional de Bolivia y el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales - SENADI (antes IEPI) en la República del Ecuador. Asimismo, los Tribunales de Arbitramento, en aplicación del criterio funcional – más no orgánico -del operador jurídico.

En el artículo 5 del Reglamento de Interpretaciones Prejudiciales, Acuerdo 8 del 2017, se precisó y amplió este concepto al hablar de ‘órganos jurisdiccionales y administrativos competentes’.¹¹

4.2. Etapa Prejudicial Secretaría General de la Comunidad Andina

En el marco de la acción de incumplimiento adelantada ante el Tribunal Andino existe una etapa prejudicial ante la Secretaria General

decidir el proceso.”

“Artículo 123.- Consulta obligatoria: De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

(...)”.

- 11 **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Acuerdo 08 de 2017 del 24 de noviembre de 2017.** Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°. 3146 del 29 de noviembre de 2017. <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3146.pdf>.

“Artículo 5.- Forma de Solicitar la Interpretación Prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes.

Los órganos Jurisdiccionales y administrativos competentes pueden, de oficio o a petición de parte, solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o se conviertan por las partes en un proceso interno, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los Artículos 122, 123, 124 y

de la Comunidad Andina en Lima la que debe necesariamente ser agotada previamente para que pueda ser instaurada la acción ante el TJCA. La sentencia recaída en un juicio de esta naturaleza constituye título legal y suficiente para solicitar o entrar a reclamar perjuicios ante los jueces nacionales siendo un presupuesto de admisibilidad de la demanda.

Su trámite será distinto de acuerdo con el titular que lo promueva, los cuales pueden ser:

- a) La Secretaría General de la CAN
- b) Un País Miembro y personas naturales y jurídicas

a) **Por la Secretaría General**

La Secretaría General de oficio podrá entrar a verificar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias de los Países Miembros. En caso de que llegue a establecer que un País Miembro ha incumplido tales deberes con la Comunidad Andina deberá formular sus observaciones por escrito y el país presuntamente infractor deberá contestar en un plazo que no podrá superar los 60 días.

Una vez recibida la respuesta por parte del País Miembro, la Secretaría General deberá rendir un dictamen dentro de los 15 días siguientes en forma motivada sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones.¹²

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 Rechazan se rechazarán las preguntas impertinentes y aquellas que busquen resolver el caso en concreto.”

12 **Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 472.-**

“Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a

b) Por un País Miembro y Personas Comunitarias

Cuando un País Miembro o una persona natural o jurídica estime que otro país incumple sus obligaciones comunitarias, presentará una solicitud en tal sentido a la Secretaría General de la CAN con las pruebas y antecedentes del caso para que realice las gestiones para su cumplimiento. Recibida la respuesta o vencido los plazos señalados, la Secretaría General procederá a emitir un dictamen sobre la reclamación.

En el caso que el dictamen ratifique el incumplimiento, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento por parte del TJCA mediante la acción de incumplimiento; si esta acción se omite por la Secretaría General, es decir, que no emite el dictamen dentro del plazo legal fijado, el País Miembro o la persona reclamante podrá acudir directamente ante el Tribunal por intermedio de la acción de incumplimiento.¹³

4.3. Etapa judicial: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

La etapa judicial de todas las acciones por controversias relativas a la normatividad comunitaria corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera exclusiva y excluyente.

Entre las atribuciones o competencias asignadas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tanto en el Tratado de Creación como en la Reforma de 1996 en Cochabamba, se destacan las siguientes:

–La Acción de Nulidad;

la acción de la Secretaría General.”

- 13 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 472.- (...)

“Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá

- La Acción de Incumplimiento;
- La Acción Laboral;
- La Función Arbitral;¹⁴
- El Recurso por Omisión o Inactividad; y
- La Consulta o Interpretación Prejudicial.

Se debe distinguir entre las acciones propiamente dichas, donde se traba una verdadera relación jurídico procesal solicitando al Tribunal Comunitario conceder una determinada pretensión respaldada en el Ordenamiento Jurídico Andino (Acciones de Nulidad, Incumplimiento, Laboral, Recurso por Omisión), de aquellas que son funciones de cooperación y de unidad hacia el interior de la Integración Regional (Interpretación Prejudicial y la Función Arbitral).

Ahora bien, debe observarse que la competencia o función que más logra el objetivo de la cooperación judicial entre los Países Miembros de la Comunidad Andina es la denominada Interpretación o Consulta Prejudicial la que indudablemente constituye el mecanismo de mayor importancia en el Sistema Judicial dado que con ella se alcanza el objeto principal del control jurisdiccional, el cual consiste en obtener una jurisprudencia única y uniforme.

Al respecto el exmagistrado del TJCA, Ricardo Vigil Toledo en su escrito: “La cooperación entre Órganos Jurisdiccionales Nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La consulta prejudicial”, señaló:

“La interpretación judicial también llamada consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comuni-

acudir directamente al Tribunal. - 6 - Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.”

“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.”

14 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto en el Proceso de Arbitraje No. 1 de 2018, del 28 de junio de 2018, señaló que para poder ejecutar la función arbitral es necesario que la controversia verse sobre la aplicación o interpretación del Derecho Comunitario Andino.

dad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y convierte automáticamente a los jueces nacionales en jueces comunitarios de los cinco países miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales.”

“Como lo señala el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Ricardo Alfonso García, la piedra angular de la comunidad no es sin más una misma norma común sino una norma “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros”.¹⁵

Para el operador judicial colectivo o juez plural o colegiado - como de suyo lo es el Tribunal Andino- no resulta fácil en algunas oportunidades tener una sola visión sobre determinado punto o un tema de carácter jurídico, toda vez que, cada magistrado a pesar de sus destrezas, estudios y capacidades profesionales tiene naturalmente una cosmovisión diferente del mundo y de la vida; distintos valores éticos y morales; escuelas de derecho diferentes; su particular manera de analizar las cosas; las costumbres regionales; las concepciones filosóficas; creencias religiosas y en fin cada juez dentro de su particular forma de interpretar y aplicar el derecho puede tener una concepción diferente sobre el ámbito del nombre comercial, la propiedad intelectual, el derecho marcario, los derechos de autor y tanta otras materias que se estudian y manejan en la Comunidad Andina.

En esa misma dirección, cada Consejo de Estado, Corte Suprema, Tribunal Contencioso Administrativo o Superior y en fin, cada juez nacional o interno, tiene su propio y respetable criterio jurídico sobre un tema de derecho, pero para que la integración comercial de los pueblos sea viable, es necesario una concepción única y uniforme, que de garantía y seguridad a los comerciantes, inversionistas y ciudadanos comunitarios en sus negocios y actividades en los diferentes países,

15 Ricardo Vigil Toledo, La cooperación entre Órganos Jurisdiccionales Nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La consulta prejudicial, *Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004, páginas 140 y 141.

pero lo que no se puede es aplicar una jurisprudencia diferente en cada País Miembro.

Las reglas comerciales deben ser únicas y no cambiantes en cada escenario en que se ejecute y se desarrolle el mercado común porque el riesgo que corren en las inversiones será alto y peligroso cuando no existe seguridad jurídica. La inestabilidad política y jurídica ahuyenta los capitales y los negocios transnacionales.

De tal suerte que la Comunidad Andina desde hace 40 años cuenta con un foro exclusivo dentro de su institucionalidad para solucionar las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Comunitario sin que sea válido acudir a otro Tribunal, arbitraje o procedimiento distinto.

El control jurisdiccional por parte de un Tribunal permanente ha sido vital en el mantenimiento de la integridad del Acuerdo de Cartagena. Hoy en día, el Tribunal Andino mediante el cual se ejerce el control jurisdiccional comunitario, es considerado como una de las Cortes Internacionales más activas del mundo con una carga laboral que sobrepasa los 700 procesos como antes se dijo. A pesar de que con la salida de Venezuela quedó reducido a un Tribunal conformado por cuatro (4) Magistrados Comunitarios lo que a veces dificulta las decisiones rápidas y oportunas por la posibilidad de empates.

5. El Papel Trascendental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha jugado un papel importantísimo no sólo en la consolidación del proceso de integración de la Comunidad Andina sino en el desarrollo del Derecho Comunitario en nuestro medio.

En un trabajo de investigación auspiciado por las Universidades de Vanderbilt y de Northwestern y recopilado por la Universidad de Oxford en el libro titulado: “Transplantating International Courts: The Law and Politicis of the Andean Tribunal of Justice”, se consagraron las siguientes constancias:

“(...) la Comunidad Andina ha logrado un éxito notable en un fragmento del sistema jurídico. No es ampliamente conocido que el brazo judicial de la comunidad, el Tribunal de Justicia

de la Comunidad Andina sea la tercera corte internacional más activa en el mundo, habiendo emitido a la fecha (2009) más de mil cuatrocientas decisiones judiciales.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es más activo que la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Justicia, pero más que la inmensamente estudiada Corte Internacional de Justicia, las instituciones del sistema de solución de diferencias de la Organización mundial y otras Cortes y Tribunales Internacionales del Comercio (OMC).¹⁶

Después se indica: “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es activo y eficaz a la vez”.¹⁷

“El éxito del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la construcción de un sistema jurídico andino eficaz- aunque sólo en un limitado espacio político- es altamente notable, teniendo en cuenta la debilidad de los sistemas jurídicos de los Estados sujetos a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.¹⁸

Igualmente, estos investigadores resaltan el trabajo de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia propiedad intelectual y señalan como instituciones legales presuntamente débiles desarrollaron un estado de derecho internacional eficaz.

6. La actividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en estadísticas

En la medida en que los países y los ciudadanos comunitarios fueron entendiendo la importancia y la necesidad del control jurisdiccional por el Tribunal Andino la carga laboral aumento de manera sensible en los últimos diez años, pasando de recibir 139 causas judiciales en el 2008 a más de 700 en los últimos años, lo que se traduce en un promedio considerable de causas recibidas y resueltas en el contexto

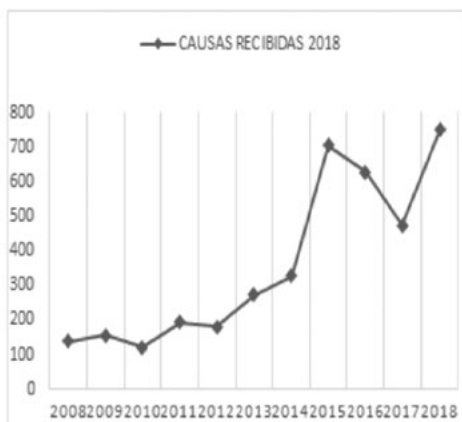
16 Laurence R. Helfer, Karen j. Alter and Florencia Guerzovich. Trabajo de investigación titulado: “CASOS AISLADOS DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EFICAZ: Construcción de un Estado de Derecho de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina”, auspiciado por la Universidad de Vanderbilt y la Universidad de Northwestern, publicado en American Journal of International Law. Traducido por Marcelo Vargas Mendoza.

17 Ibidem.

18 Ibidem.

de una Corte Internacional, tal como se demuestra en las siguientes estadísticas.

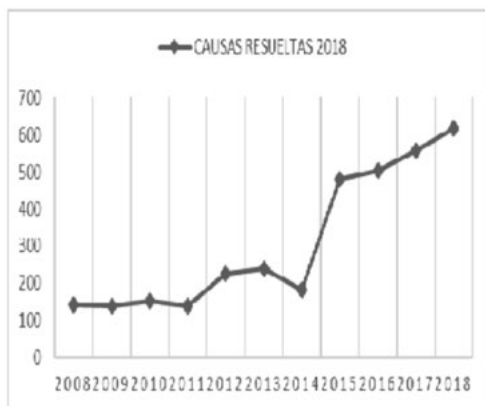
Es decir que la labor del Tribunal ha crecido de una manera desbordada en estos años y ha cuadruplicado su carga laboral desde el 2008 hasta nuestros días:



CAUSAS RECIBIDAS 2008 – 2018

2008	139
2009	156
2010	120
2011	193
2012	180
2013	273
2014	327
2015	707
2016	630
2017	475
2018	751
Total	3951

A pesar de todo lo anterior, el TJCA ha afrontado con la misma seriedad, responsabilidad y estructura sus responsabilidades y obligaciones, dando una respuesta eficaz y dinámica hasta tal punto que en los últimos años como bien puede observarse, se han proferido más de 620 causas (2018), las cuales han servido de apoyo, cooperación y servicios a los Países Miembros de la CAN y de referente a las Cortes similares de Centroamérica y el Mercosur.



CAUSAS RESUELTAS 2008 – 2018

2008	142
2009	140
2010	153
2011	138
2012	226
2013	240
2014	182
2015	479
2016	504
2017	556
2018	619
Total	3379

Además, para mantener vivo los principios y el espíritu de la integración, la utilización del TJCA por los Países Miembros como mecanismo de cooperación internacional estadísticamente es el siguiente:

Interpretaciones Prejudiciales recibidas por Países

PAÍS	CANTIDAD
Colombia	482
Perú	163
Ecuador	73
Bolivia	19
TOTAL	737

7. Principales logros del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a partir de 1984

El TJCA ha sido un factor decisivo en la consolidación y estabilización del Derecho Comunitario, que es y ha sido un instrumento fundamental en la integración económica y en el desarrollo de los pueblos que conforman la subregión.

El Tribunal mantuvo y legitimó el espíritu de integración del Acuerdo de Cartagena a través de sus sentencias y presencia académica en toda la Subregión Andina.

El Sistema Judicial Andino se ha convertido en un mecanismo de cooperación judicial a nivel regional, puesto que apoya y presta sus servicios a entidades públicas, como el Consejo de Estado colombiano; Cortes Nacionales y Supremas; Tribunales Superiores y demás Jueces de los Países Miembros de la CAN.

El TJCA mediante la Interpretación Prejudicial convierte a los Tribunales y jueces nacionales de cada País Miembro en verdaderos vehículos de difusión del Ordenamiento Andino mediante una especie de dialogo que se establece entre el juez supranacional y los jueces internos.

El control jurisdiccional brinda seguridad jurídica en el desarrollo de la CAN pues permite a los Estados Miembros, inversionistas, comerciantes y ciudadanos comunitarios tener reglas coherentes, únicas y uniformes en cada país donde realicen sus inversiones o actividades.

El Tribunal no sólo es una de las Cortes Internacionales más activas del mundo sino una de las más eficaces.

El TJCA legitima al Sistema Andino de Integración (SAI) mediante el control jurisdiccional de todos los actos y decisiones que profieren.

8. Reformas al Sistema Judicial Andino

En el Sistema Andino de solución de controversias existen inconvenientes y una problemática de diversos ordenes que debe manejarse a través de profundas reformas estructurales a sus estatutos y reglamentos, entre los cuales podemos enumerar las siguientes:

- a) **Repensar el actual sistema de solución de controversias de la CAN** en el sentido de que existen muchos asuntos que pueden resolverse por diálogo directo de los Países Miembros por sus connotaciones políticas e institucionales y excluirlas del control internacional ordinario. Pueden coexistir dos sistemas: diálogo directo y un Tribunal permanente.
- b) **Modernización y actualización de los procedimientos judiciales y administrativos del Tribunal Andino:** Es necesario que los procedimientos sean ágiles, eficaces y actuales; por lo tanto, se sugiere llevar a cabo las siguientes reformas entre muchas otras:
 - (i) Suprimir el informe final presentado a nivel interno del Tribunal antes de aprobar el proyecto de sentencia, el cual retarda y demora los procesos en dicha etapa. Se sugiere la presentación de un informe oral en la Sala Plena, expuesto por el magistrado ponente del proceso.
 - (ii) Eliminar el presupuesto del voto negativo en vía administrativa como requisito de admisibilidad para intentar la acción de incumplimiento por los Estados. (el repensar o corregir son posibilidades democráticas).
 - (iii) Permitir la defensa del Orden Jurídico Comunitario en el marco de las acciones de nulidad a cualquier ciudadano comunitario sin restricciones o condiciones (vulneración derecho subjetivo o interés legítimo), estableciendo así una verdadera acción pública incluyente para todos los ciudadanos comunitarios.

- (iv) Confiar la responsabilidad de toda la sustanciación del proceso que sea objeto de análisis, al magistrado ponente y no al presidente del TJCA ni al Pleno.
- (v) Establecer un recurso (Súplica o Revisión) ante la Sala Plena para los autos interlocutorios que profiera el Magistrado Sustanciador (Principio doble instancia).
- (vi) Establecer un Recurso Extraordinario de Revisión contra sentencias con causales taxativas y estrictas. (Derecho de impugnación).
- (vii) Mejorar su estructura organizacional y operativa establecida hace más de 10 años.
- (viii) Reglamentar la función arbitral y establecerla como fuente de recursos propios y mantenimiento del TJCA.
- (ix) Autorizar, de ser posible, el cobro de expensas y costas destinadas al funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- (x) Poner en funcionamiento el cargo de Abogado General no solo para desempeñar funciones de asesorías y sustanciación sino para dirimir empates en un Tribunal Par establecido con la salida de Venezuela. Lo anterior representaría agilidad, oportunidad y reducción de costos.
- (xi) Establecer la obligatoriedad del precedente judicial o la denominada teoría del acto aclarado en materia de Interpretaciones Prejudiciales para evitar pronunciamientos contradictorios y generar agilidad en la resolución de los procesos judiciales ante las autoridades nacionales.
- (xii) Diseñar un procedimiento unificado para todas las acciones andinas, en cuanto fuere aplicable de acuerdo con la naturaleza de las mismas.

9. Conclusión

En conclusión, el TJCA y el control jurisdiccional que por medio de él ejercen los Estados Miembros de la Comunidad Andina debe fortalecerse y mantenerse, pues es de vital importancia para la supervivencia y la implementación de la legalidad en el proceso de integración andino.

Referencias Bibliográficas

- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 500.
- Conferencia Segundo Seminario de Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales, noviembre año 2003, Quito - Ecuador.
- Karen J. Alter, Private Litigants and the New Internaciotal Courts, 39 COMP. POL STUD. 2006.
- Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, 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.
- Informativo Andino. El Dinamismo de la Comunidad Andina. octubre, 1996. Nro. 10.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 2-IP-90, del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°69, del 11 de octubre de 1990.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 50-IP-2017, del 7 de julio de 2017, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°3063, del 21 de julio de 2017; 2-IP-90 del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°69, del 11 de octubre de 1990; y 399-IP-2015, de 28 de noviembre de 2016, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°2932, del 6 de marzo de 2017

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto en el Proceso de Arbitraje No. 1 de 2018, del 28 de junio de 2018, señaló que para poder ejecutar la función arbitral es necesario que la controversia verse sobre la aplicación o interpretación del Derecho Comunitario Andino.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 472.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Acuerdo 08 de 2017 del 24 de noviembre de 2017. Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°. 3146 del 29 de noviembre de 2017. <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3146.pdf>.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto en el Proceso de Arbitraje No. 1 de 2018, del 28 de junio de 2018.

Ricardo Vigil Toledo, *La cooperación entre Órganos Jurisdiccionales Nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La consulta prejudicial*, Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004.

Laurence R. Helfer, Karen j. Alter and Florencia Guertzovich Trabajo de investigación titulado: *Casos Aislados de Jurisdicción Internacional Eficaz: Construcción de un Estado de Derecho de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*, auspiciado por la Universidad de Vanderbilt y la Universidad de Northwestern, publicado en American Journal of International Law.

Capítulo V

Asuntos y Materias del Derecho Comunitario Andino que conoce el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

Magistrado Principal por la República del Ecuador

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

1. Saludo

Aprovecho la oportunidad para presentar un saludo a mis colegas Magistradas y Magistrados, actuales y anteriores, con quienes me inicié en este Tribunal, al personal de asesores, funcionarios y empleados, por los 40 años de existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el Tribunal, o TJCA), así como por el funcionamiento fructífero y su contribución a la consolidación de la hoy Comunidad Andina. Igualmente mi saludo patriótico a las máximas autoridades, funcionarios, empleados y trabajadores de la Comunidad Andina y del Sistema Andino de Integración (en adelante, SAI), por encontrarse celebrando 50 años de existencia en beneficio del desarrollo, bienestar, economía, comercio, cultura, salud, educación, seguridad y progreso de los habitantes de la región, haciendo votos porque se cumplan en los años venideros los objetivos previstos en el Acuerdo de Cartagena cuyo último fin es el bienestar y mejoramiento del nivel de vida del ciudadano andino.

2. Introducción

La temática expuesta en este artículo tiene por objeto informar al lector algunos asuntos básicos sobre el Derecho Comunitario Andino, sobre todo qué es y qué hace el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; así como informar sobre los asuntos y las materias que se ventilan o que conoce esta alta Corte Internacional, pudiendo, quien se interese profundizar su conocimiento y acudir a la extensa jurisprudencia y doctrina que se ha escrito al respecto.

He querido escribir unas pocas líneas sobre estos temas en vista de las frecuentes preguntas y preocupaciones que me han hecho de colegas abogados, profesionales, estudiantes, autoridades y ciudadanos que desconocen sobre esta temática, la misma que no ha sido suficien-

temente difundida en escuelas, colegios, universidades, institutos e instituciones, siendo que, es obligación de este Tribunal, conforme lo prescribe el Tratado de Creación del Tribunal, preocuparse por difundir su conocimiento.

Vale decir de inicio, que el Tribunal conoce de asuntos jurisdiccionales, a través de las diferentes acciones y recursos, que se explicarán brevemente más adelante, que son propuestas por los Países Miembros, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los particulares, personas naturales y jurídicas. Los legitimados pasivos pueden ser los mismos legitimados activos, dependiendo del tipo de acción o recurso que se plantee.

El Tribunal también, tiene una ardua carga judicial, especialmente relacionada con las Interpretaciones Prejudiciales sobre variadas materias, armonizadas y otras comunitarizadas; las cuales si bien es cierto no son juicios que se ventilan ante el mismo, concluyen con una especie de sentencia conforme lo dispone el Estatuto del Tribunal. Lo que el Tribunal hace en este caso, es, además de interpretar las normas comunitarias, absolver las preguntas, consultas o pedidos, voluntarias u obligatorias, que los jueces nacionales de los cuatro Países Miembros le hacen cuando encontrándose tramitando un proceso interno se controvierte una norma comunitaria andina o la misma es invocada por una de las partes, caso en el cual, el juez nacional, debe suspender el proceso interno y remitir el expediente con la consulta al Tribunal, debiendo esperar la respuesta del este en el caso de las consultas obligatorias y encontrándose obligados a adoptar en su totalidad la sentencia de interpretación del Tribunal, caso contrario, habrá lugar a que se origine una Acción de Incumplimiento en contra del País Miembro. Es importante indicar además que los jueces nacionales se convierten en jueces comunitarios cuando conocen asuntos o materias regulados por el Derecho Comunitario Andino, y vale también aclarar, que las Interpretaciones Prejudiciales, se enmarcan dentro de un sistema de cooperación con los jueces nacionales, por lo que de ninguna manera se establece una jerarquización entre los Magistrados del Tribunal y los jueces comunitarios nacionales de los cuatro Países Miembros.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tanto el Pleno como su presidente, cumplen también funciones de índole administrativas, que tienen que ver con la marcha del mismo, en asuntos varios como: contratación de personal, adquisición de bienes, concesión de

permisos y licencias, aspectos disciplinarios, autorizaciones de viaje, celebración de convenios, etc. Lo cual, obviamente, complementa el cumplimiento de las funciones netamente jurisdiccionales.

Más adelante se explicará igualmente de forma breve, las competencias del Tribunal; y, la parte final de este artículo contendrá un listado, más no un análisis, de la mayoría los asuntos, temas o materias que se tratan en este Tribunal, con la finalidad de que se tenga un conocimiento más o menos claro de la variedad de materias que conoce el Tribunal y se separen debidamente sus competencias de aquellas que tienen las autoridades administrativas, los jueces ordinarios, especiales o constitucionales de los Países Miembros.

3. ¿Qué es el Derecho Comunitario Andino?

Antes de introducirme en lo que es el Derecho Comunitario Andino, es importante entender que el Tribunal solo conoce, ventila o interpreta asuntos, temas o materias relacionadas con el Derecho Comunitario Andino o también llamado Derecho de Integración Andino, más no conoce de asuntos o materias del Derecho Interno de los Países Miembros o también llamado por la jurisprudencia del Tribunal normas de “complemento indispensable” cuando las normas comunitarias lo remiten a él. Cuando se trata asuntos o materias reguladas por el Derecho Internacional, por ejemplo, normas de la Organización Mundial del Comercio, como son las normas de valoración aduanera, lo que primero se hace es incorporarlas al Derecho Comunitario Andino Secundario o Derivado mediante una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina, a lo cual se le llama comunitarización del derecho, para luego poder ser aplicadas e interpretadas por el Tribunal.

Resulta conveniente, antes de pasar a enunciar los asuntos o materias que conoce el Tribunal en materia de Derecho Comunitario Andino, explicar un poco qué se entiende por el mismo, su significado e importancia para el proceso de integración, así como cuáles son sus características fundamentales. También se indica qué es y qué hace el Tribunal, puesto que serán los colegas Magistrados quienes profundizarán en las competencias y los procedimientos.

El Derecho Comunitario Andino, también llamado Derecho de Integración es el conjunto de principios, normas y reglas que regulan el proceso de integración subregional andino, llamado inicialmente

Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena y actualmente Comunidad Andina.

Podemos afirmar con toda seguridad que el proceso de Integración regulado por el Derecho Comunitario Andino, es un proceso voluntario y de derecho. Es voluntario, porque nació de la voluntad, consenso, acuerdo e intereses comunes de los Países Miembros Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. (Chile se retiró en 1976 y Venezuela se incorporó en 1973 y se retiró en 2006), con el fin de conseguir beneficios recíprocos y equitativos, económicos, comerciales, sociales, culturales, políticos, etc., para lo cual se tomó en cuenta el grado de desarrollo y el entorno socio económico de cada uno de los países individualmente y en general de la subregión.

Es de Derecho, porque está sujeto a normas unificadas y convenidas, contenidas tanto en su tratado constitutivo o de derecho primario —el Acuerdo de Cartagena (Mayo de 1969)—, en sus diferentes Protocolos e Instrumentos adicionales así como en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y sus Protocolos Modificatorios e Instrumentos adicionales, como el contenido también en su Derecho derivado o secundario constituido por normas de inferior jerarquía como son las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, así como las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los Convenios que celebren los Países Miembros en el marco del proceso de Integración, las mismas que obligan a los Países Miembros a cumplirlas, pudiendo ser compelidos en caso de inobservancia.¹

Es así, que podemos afirmar que el Derecho Comunitario Andino es el pilar fundamental del proceso de integración, y sin el cual es imposible concebir su existencia, puesto que el mismo está presente para articular los principios, los intereses, los objetivos, las metas, y otras convenciones de los Países Miembros; así como para indicar los mecanismos e instrumentos para conseguir los objetivos, constituyéndose de esta forma en la garantía del cumplimiento de las voluntades libremente acordadas por los Países Miembros, garantía del cumplimiento de derechos y obligaciones, así como también en garantía de la organización, funcionamiento y permanencia de las instituciones, de sus competencias y de los procedimientos así como garantía de que los

1 Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Artículos 1 y 4.

beneficios del proceso de integración serán distribuidos equitativamente entre todos los participantes.

En el año 1996 el Grupo Andino tomó el nombre de Comunidad Andina (en adelante, CAN), se creó el SAI, cuyos organismos se encuentran regidos por normas y reglas que integran el Derecho Comunitario Andino, siendo cada uno responsable de actividades y asuntos que persiguen fines concretos, específicos e importantes, en beneficio del proceso de integración y que se complementan mediante la cooperación.²

4. ¿Cuáles son las características más importantes del Derecho Comunitario Andino?

Entre las características del Derecho Comunitario Andino, vale destacar quizá como la más importante, la obligatoriedad de observancia y cumplimiento del mismo por parte de los Países Miembros.³ Obligatoriedad que nace de la cesión voluntaria de parte de la soberanía de los Países Miembros a órganos supranacionales, de los cuales emanan las normas con el carácter supranacional con primacía sobre las normas del derecho interno previamente adecuadas a las Constituciones; y con preeminencia también sobre las normas del derecho internacional, conforme lo ha dicho en varias interpretaciones prejudiciales el Tribunal. De esta manera, todas las materias que se van armonizando y que regulan mediante normas las distintas áreas de la integración priman sobre la normativa nacional que debe adaptarse a la comunitaria como se lo viene haciendo en asuntos o materias como: propiedad intelectual, aduanas, comercio de bienes y servicios, telecomunicaciones, tributación, transporte y movilización, migración, origen, agricultura, infraestructura, salud, cultura, etc., por lo que, ninguna autoridad, institución o persona, del orden que sea, puede soslayar la observancia de esta característica, siendo obligación de los Estados Miembros velar por su cumplimiento y no realizar actos que se opongan al mismo.

El Derecho Comunitario andino también tiene como características principales ser autónomo, de efecto directo y aplicación inmediata. Es autónomo porque no depende de otro, ni del derecho internacional ni del derecho interno de los Países Miembros. Es de efecto directo

2 Testimonio Comunitario, Doctrina – Legislación – Jurisprudencia. TJCA, Pág. 50.

3 Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Art. 4.

porque los beneficiarios del derecho reconocido pueden mediante la presentación de acciones exigir directamente su observancia ante los tribunales internos con las formalidades y los procedimientos previstos. Y, es de aplicación inmediata, porque la norma, entra en vigencia inmediatamente después de su publicación en la Gaceta de la Secretaría General de la CAN y no necesita de ninguna otra formalidad para su incorporación al derecho interno sobre el que prevalece.

“Entre el principio de aplicación directa y el de efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieren. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales”.⁴

5. ¿Qué es y qué hace el TJCA?

Siendo que los asuntos, temas o materias del Derecho Comunitario Andino son jurisdiccionalmente aplicados por el Tribunal de Justicia Andino, es necesario hacer un breve recorrido sobre el mismo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es el Órgano Jurisdiccional de la Comunidad Andina, instituido para solucionar las controversias originadas en la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), declara el derecho andino y asegura su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.

Tiene su sede en la ciudad de Quito y está integrado por cuatro Magistrados que duran 6 años en sus funciones y deben ser nacionales de origen de los Países Miembros, los cuales deben gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, así como ser jurisconsultos de notoria competencia.

El Tribunal, de acuerdo a su naturaleza, es un organismo especificado para conocer determinados asuntos o materias y de acuerdo a su Tratado Constitutivo, es un Tribunal de única y última instancia, sin que exista ningún otro Tribunal que pueda revisar sus actos. Por esta

⁴ Testimonio Comunitario, Doctrina-Legislación-Jurisprudencia- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pág. 240.

razón el Tribunal exige una altísima preparación de sus Magistrados, puesto que la abundante casuística exige especialización, conocimiento y responsabilidad, así como altísima moral, ética e imparcialidad y más aún, cuando los Magistrados respondemos ante la CAN por nuestras actuaciones, lo que nos convierte en jueces comunitarios no dependientes del País que nos designa.⁵

Brevemente nos referimos a las competencias que tiene el Tribunal para conocer y resolver los diferentes asuntos y materia que son objeto de litigio e interpretación:

Mediante la Acción de Nulidad el Tribunal ejerce el control de la legalidad de las Decisiones y Resoluciones emitidas por ciertos órganos comunitarios que deben guardar conformidad con el derecho comunitario andino. Por tanto, la acción de nulidad tiene que ver con la violación del derecho comunitario andino, inclusive por exceso de poder. No se conoce acciones de nulidad por dictámenes o por recomendaciones.

A través de la Acción de Incumplimiento el Tribunal garantiza la observancia del Derecho Comunitario y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridas por los Países Miembros, debiéndose realizar previamente la fase administrativa de investigación del incumplimiento por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Mediante el Recurso por Omisión o Inactividad garantiza la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino cuando ciertos órganos principales del SAI dejan de hacer alguna actividad a la que están obligados, pudiendo ser compelidos a cumplir, previo requerimiento de cumplimiento.

Ejerce además restrictivamente la Acción Laboral, dirimiendo las controversias originadas en una relación de trabajo entre órganos e instituciones del SAI y sus funcionarios y empleados para lo cual debe aplicarse el respectivo Convenio Sede, los Principios Generales del Derecho, Normas de la OIT y las Disposiciones Laborales Comunes de los Países Miembros.

Ejerce la Acción Arbitral para dirimir mediante arbitraje en derecho o en equidad las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos

5 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Art. 5, 6.

e instituciones del SAI o entre estos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Se dice que es obligatorio e inapelable y constituye título legal y suficiente para su ejecución ante los Jueces Nacionales. No obstante, es pertinente mencionar que la Acción Arbitral no ha sido utilizada por falta de reglamentación, puesto que la Comisión del Acuerdo de la Comunidad Andina debe dictar una Decisión para el efecto.

Conoce de oficio o por denuncia mediante un procedimiento sumario del desacato por parte de los Países Miembros de las sentencias dictadas por el Tribunal en Acciones de Incumplimiento.

Interpreta el Derecho Comunitario Andino, mediante consultas obligatorias y facultativas (Interpretaciones Prejudiciales); y, difunde el Derecho Comunitario Andino, mediante actividades académicas. Sobre esta competencia es oportuno hacer conocer que el Tribunal no ha adoptado la teoría del acto aclarado, es decir, la determinación definida de la posición del Tribunal a la que se ha llegado a través de interpretaciones anteriores sobre asuntos que guardan analogía con los hechos y el derecho; por lo que, hasta que esto suceda, es obligación de los jueces hacer la consulta de interpretación aún en el caso de que ya exista pronunciamiento reiterado sobre los mismos asuntos y materias.

A continuación nos referimos a los principales asuntos y materias que han dado lugar a la intervención del Tribunal Andino de Justicia dentro de sus competencias y atribuciones, no sin antes resaltar que en este trabajo se señalan tan solo los principales asuntos y materias en acciones e interpretaciones, por lo que no se trata de una lista exhaustiva.⁶

6. Principales asuntos que han dado lugar a Decisiones y Resoluciones, sobre las cuales se ha interpuesto la Acción de Nulidad ante el TJCA

Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina, dictados y acordados con violación de

⁶ El lector que desee profundizar en el conocimiento de los asuntos y materias aquí expuestos deberá guiarse por los pies de página, pudiendo encontrar la información en la Gaceta Oficial de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnadas por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas cuando se sientan afectados en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.⁷

Vale decir y aclarar, que usualmente las Acciones de Nulidad, que se proponen ante el Tribunal, se relacionan a las Resoluciones que dicta la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, SGCA), las mismas que son por lo general acusadas de violación del ordenamiento jurídico comunitario incluso por exceso de poder y por causales de nulidad introducidas por la jurisprudencia del Tribunal, tanto en el trámite cuanto en la Resolución misma. Estas Resoluciones de la SGCA se originan a su vez en diferentes asuntos que se tramitan en su seno tanto en reclamos por imposiciones de restricciones o gravámenes al comercio, por parte de los Países Miembros, como en la fase administrativa de las Acciones de Incumplimiento y que se presentan —en su mayoría— en contra de cualquier País Miembro de la CAN que:

- Adopte el Certificado de Reconocimiento como documento de soporte a la declaración aduanera⁸ (calificado como restricción al comercio por la SGCA).
- Imponga salvaguardias no autorizadas.⁹
- Adopte una Conducta anticompetitiva.¹⁰
- Imponga medidas de control de los certificados o de las normas de origen.¹¹
- Imponga obstáculos técnicos al comercio.

7 Artículos. 17 y 19 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

8 Ver sentencia en el proceso 01-AN-2014 del 19 de enero del 2017.

9 Ver sentencia en el proceso de Salvaguardias por Balanza de Pagos. Proceso 04- AN-2015.

10 Ver sentencia en el proceso 05-AN-2018 de 7 de noviembre de 2018, disponible en: http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/PROCESO05_AN_2018.pdf. y Sentencia 04-AN-2018 de 7 de noviembre de 2018, disponible en: http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/PROCESO04_AN_2018.pdf.

11 Ver sentencia en el proceso 65-AN-2000 de 1 de junio de 2001, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE700.PDF>.

- Imponga unilateralmente cuotas o contingentes a las importaciones.¹²
- Introduzcan mercancías mediante Dumping.¹³
- Impongan medidas antidumping.
- Incumplan el Programa de liberación al comercio.¹⁴

7. Principales asuntos que han dado lugar a interponer la Acción de Incumplimiento ante el TJCA:

Esta Acción se invoca ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico, por la no expedición de normas que den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación. El sujeto pasivo en esta Acción de Incumplimiento siempre será un País Miembro de la Comunidad Andina. Los sujetos activos o titulares de esta acción de incumplimiento pueden ser varios: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas.¹⁵

A continuación, se mencionarán varios de los asuntos materia de la Acción de Incumplimiento por parte de los Países Miembros de la Comunidad Andina:

- Incumplimiento de obligaciones Comunitarias por parte de Autoridades Nacionales mediante la emisión de normas internas.¹⁶

12 Ver sentencia en el proceso 23-AN-2002 de 19 de agosto de 2003, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace991.pdf>.

13 Ver sentencia en el proceso 10-AN-2000 y 65-AN-2000 de 18 de junio de 2003, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace968.pdf>.

14 Ver sentencia en el proceso 02-AN-2015 de 26 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2810.pdf>.

15 Artículo 23 del Tratado de Creación del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

16 Ver sentencia en los procesos acumulados 01 y 02 – AI- 2016, de 19 de octubre de 2018 disponible en: http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/PROCE-SOSACUMULADOS01Y02_AI_2016.pdf.

- Imposición de gravámenes y medidas restrictivas al comercio de bienes originarios del territorio de cualquier País Miembro: gravámenes aduaneros y otros recargos de efectos equivalentes de carácter fiscal, monetario o cambiario que incidan sobre las importaciones.¹⁷
- Imposición de restricciones de carácter administrativo, financiero o cambiarios que impiden o dificultan las importaciones por decisión unilateral.¹⁸
- Incumplimiento al Principio de Trato Nacional.¹⁹
- Incumplimiento del Programa de Liberación.²⁰
- Incumplimiento del programa de desarrollo agropecuario y agroindustrial.²¹
- Imposición de obstáculos técnicos al comercio como:
 - Medidas sanitarias y fitosanitarias o aplicación de normas de calidad, etc.²²
 - Control no autorizado de la calificación de origen de mercancías producidas dentro del territorio de los Países Miembros de la CAN.
 - Medidas antidumping aplicadas sobre productos de importación que son introducidos a un precio inferior al costo de producción en el país de exportación.
 - Aplicación de medidas correctivas, sin previa comunicación a la Secretaría General de la CAN.
 - Aplicación de medidas transitorias y no discriminatorias para corregir desequilibrios de la balanza de pagos (salvaguardias

17 Ver sentencia en el proceso 136-AI -2004 de 28 de septiembre de 2005, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1265.pdf>.

18 Ver sentencia en el proceso 53-AI-2000 de 24 de abril del 2002, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace798.pdf>.

19 Ver sentencia en el proceso 134-AI-2003 de 22 de septiembre de 2004, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1133.pdf>.

20 Ver sentencia en el proceso 143-AI-2005 de 24 de octubre de 2007, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1566.pdf>.

21 Ver sentencia en el proceso 01- AI-2012 de 16 de julio de 2013, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2265.pdf>.

22 Ver sentencia en el proceso 51-AI-2000 de 16 de noviembre de 2001, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE750.PDF>.

por balanza de pagos). Régimen especial para Bolivia y Ecuador.²³

- Aplicación de medidas correctivas al comercio de carácter transitorio y no discriminatorio - salvaguardias comerciales - a consecuencia de la aplicación del programa de liberación que causa o amenaza causar perjuicios a la economía de un País Miembro. (Imposición de aranceles adicionales, o contingentes (cuotas) a las importaciones).²⁴
- Aplicación de Salvaguardias Cambiarias de carácter transitorio por devaluación monetaria en un País Miembro.
- Imposición de Contingentes (Cuotas a la Importación).
- Medidas de control aduanero.
- Armonización de Regímenes Aduaneros.²⁵
- Asuntos sobre normas y servicios de Telecomunicaciones.²⁶

8. Principales asuntos que han dado lugar a interponer el Recurso por Omisión o Inactividad ante el TJCA:

Este recurso se interpone ante el Tribunal cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstienen de cumplir una actividad a la que estuvieran obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la CAN. A su vez podrán requerir el cumplimiento dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales y jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.²⁷

Dentro de la casuística del Tribunal, hasta el momento se han producido dos categorías de procesos.

23 Artículo 109 del Acuerdo de Cartagena.

24 Ver sentencia en el proceso 07-AI-98 de 21 de julio de 1999, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace490.pdf>.

25 Ver sentencia en el proceso 01-AI-2013 de 13 de mayo de 2015, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2556.pdf>.

26 Ver sentencia en los procesos 03-AI-2007 y 04-AI-2008 de 30 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2312.pdf>.

27 Artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Se mencionan los siguientes asuntos más comunes:

- Omisión de dictar una Decisión por parte de la Comisión de la Comunidad Andina.
- Omisión de dictar una Resolución por parte de la Secretaría General

9. Principales asuntos que han dado lugar a un procedimiento sumario por desacato a las Sentencias del TJCA

Este procedimiento sumario tiene lugar cuando se trata de determinar el incumplimiento en que pudiere haber incurrido un País Miembro en la ejecución de una sentencia dictada en su contra en desarrollo de una acción de incumplimiento. El procedimiento se puede iniciar de oficio con fundamento en la propia información que tenga el Tribunal o por denuncia de los Países Miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular.^{28,29}

10. Principales asuntos que han dado lugar a que se interponga una Acción Laboral ante el TJCA

El Tribunal es competente para conocer las controversias que se susciten en los órganos e instituciones del SAI.³⁰

En este caso los casos se distinguen dos categorías:

- Despido intempestivo de funcionarios internacionales de un órgano del SAI.
- Despido intempestivo de trabajadores locales de algún órgano del SAI.

11. Principales asuntos que han dado lugar a que se interponga una Acción Arbitral ante el TJCA

El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contra-

28 Artículo 112 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

29 Ver sentencia en el proceso sumario 118-AI-2013 de 3 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2308.pdf>.

30 Artículo 40 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

tos, convenios o acuerdos, suscritos entre los órganos e instituciones del SAI o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.³¹

- Incumplimiento de un contrato comercial o civil entre un particular y un órgano del SAI.

12. Principales asuntos o materias que conoce el TJCA en interpretaciones prejudiciales

Le corresponde al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países Miembros.³²

De esta manera, entraré a señalar los principales asuntos o materias que el Tribunal ha interpretado a lo largo de su existencia.

12.1. En materia de Propiedad Industrial³³

- Los principios del trato nacional y de nación más favorecida NMF en materia de propiedad industrial.

Patentes

- Los conocimientos tradicionales y su protección.
- Concepto de invención y requisitos de patentabilidad. El nivel inventivo y el estado de la técnica. El papel del técnico medio en la materia. Proscripción del análisis tipo “hindsight” o “ex post facto”.³⁴
- Las reivindicaciones y el análisis de patentabilidad. Requisito de claridad y concesión. Requisito de descripción de la patente y la no patentabilidad de los segundos usos.³⁵

31 Artículo 38 del Tratado Constitutivo del Tribunal.

32 Artículo 32 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

33 Normas pertinentes: Decisión 486; Decisión 632 que aclara el artículo 266 de la Decisión 486, datos de prueba; y, Decisión 689 que modificó diez disposiciones específicas sobre marcas y patentes de la Decisión 486.

34 Ver interpretación en el proceso 589-IP-2016, de 11 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE3054.pdf>.

35 Ver interpretación en el proceso 325-IP-2016, de 16 de julio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%203435.pdf>.

- La novedad.³⁶
- Qué es patentable y qué no es patentable.
- La solicitud de patente y su trámite. Los derechos que confiere una patente.
- La solicitud fraccionaria o divisional. Características de oportunidad. Modificación de la solicitud de patente. Unidad de invención de la patente.³⁷
- La conversión de una solicitud de patente en una solicitud de modelo de utilidad.
- Requerimiento de informes técnicos de expertos o de organismos científicos y tecnológicos.
- La notificación de los informes técnicos.³⁸
- El abandono de la solicitud de patente.
- La transferencia de la patente, el registro y sus efectos.
- Los derechos que confiere la patente.
- La petición para modificar o corregir errores de la patente.
- La nulidad de la patente.
- La caducidad de la patente. Pago de tasas anuales.
- Patentabilidad de polimorfos.³⁹
- Las divulgaciones inocuas en el marco de procedimientos de registro de una patente.⁴⁰

36 Ver interpretación en el proceso 622-IP-2016, de 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203322.pdf>.

37 Ver interpretación en el proceso 532-IP-2016 de 11 de mayo de 2017, disponible en: http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/532_IP_2016.pdf.

38 Ver interpretación en el proceso 222-IP-2017 de 7 de septiembre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203393.pdf>.

39 Ver interpretación en el proceso 604-IP-2016, de 16 de julio del 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203375.pdf>.

40 Ver interpretación en el proceso 143-IP-2017, de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203327.pdf>.

Modelos de utilidad

- Definición de modelo de utilidad. Normas de patentes de invención aplicables a los modelos de utilidad. Derechos y limitaciones conferidos por los modelos de utilidad.⁴¹

Diseños industriales

- Definición y naturaleza del diseño industrial. Derechos que confiere el registro de un diseño industrial y alcance de su protección. Cotejo entre diseños industriales. Los elementos de uso común y las diferencias secundarias.⁴²
- La novedad como requisito de registrabilidad. Las diferencias secundarias.⁴³
- Oposición a un procedimiento de registro de diseño industrial. Notificación del informe técnico. La protección del derecho de defensa y el debido proceso.⁴⁴
- Conflictos entre marcas tridimensionales y diseños industriales.

Marcas

- Concepto de marca. Requisitos para el registro de marca. Comparación entre signos mixtos y denominativos.⁴⁵
- Irregistrabilidad de signos por falta de distintividad. La distintividad intrínseca y extrínseca. El origen empresarial de una marca.⁴⁶
- Irregistrabilidad de signos por identidad y similitud. Riesgo de confusión directo, indirecto y de asociación. Similitud ortográfica.

41 Ver interpretación en el proceso 555-IP-2016, de 3 de abril de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3028.pdf>.

42 Ver interpretación en el proceso 89-IP-2017, de 7 de julio de 2017, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/89_IP_2017.pdf

43 Ver interpretación en el proceso 278-IP-2017, de 15 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3270.pdf>.

44 Ver interpretación en el proceso 486-IP-2016 de 16 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3010.pdf>.

45 Ver interpretación en el proceso 127-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203502.pdf>.

46 Ver interpretación en el proceso 128-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3185.pdf>.

fica, fonética, conceptual o ideológica o figurativa. Reglas para realizar el cotejo de signos distintivos. Examen de registrabilidad y la debida motivación de los actos. Comparación entre signos denominativos.⁴⁷

- Registrabilidad de signo por falta de distintividad. Irregistrabilidad de signos engañosos. Partículas de uso común en la conformación de marcas farmacéuticas.⁴⁸
- Sobre la posibilidad de presentar medios probatorios adicionales para sustentar el uso de una marca en un procedimiento.⁴⁹
- Derechos y limitaciones conferidos por la marca. Usos que no requieren autorización del titular de la marca.⁵⁰
- Comparación entre signos. La marca derivada.⁵¹
- Comparación entre signos mixtos.⁵²
- Comparación entre signos denominativos compuestos.⁵³
- Comparación entre un signo mixto con elemento denominativo compuesto y un signo denominativo.⁵⁴
- La marca tridimensional. Reglas para realizar el cotejo de marcas tridimensionales.⁵⁵

47 Ver interpretación en el proceso 120-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3197.pdf>.

48 Ver interpretación en el proceso 234-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3213.pdf>. - Ver interpretación en el proceso 12-IP-2017 de 13 de junio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3213.pdf>.

49 Ver interpretación en el proceso 02-IP-2017 de 12 de junio de 2017, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/02_IP_2017.pdf.

50 Ver interpretación en el proceso 409-IP-2016 de 16 de julio de 2018 – Ver interpretación en el proceso 457-IP-2017 de 16 de julio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203372.pdf>.

51 Ver interpretación en el proceso 83-IP-2017 de 7 de julio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3131.pdf>.

52 Ver interpretación en el proceso 125-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3198.pdf>.

53 Ver interpretación en el proceso 207-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3212.pdf>.

54 Ver interpretación en el proceso 51-IP-2017 de 7 de julio de 2017, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/51_IP_2017.pdf.

55 Ver interpretación en el proceso 25-IP-2017 de 13 de junio de 2017, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3074.pdf>.

- Formas usuales o necesarias de los productos, envases o envolturas en la conformación de marcas tridimensionales.⁵⁶
- Primacía del ordenamiento jurídico comunitario andino. La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y su relación con el Convenio de París para la protección de la Propiedad Intelectual. Marcas conformadas por letras.⁵⁷
- Marcas evocativas.⁵⁸
- Signos conformados por descripciones descriptivas. (Sin conexión competitiva). Signos conformados por denominaciones descriptivas (con conexión competitiva).⁵⁹
- Signos conformados por descripciones descriptivas. genéricas y de uso común (sin conexión competitiva). Signos conformados por descripciones descriptivas genéricas y de uso común (con conexión competitiva).⁶⁰
- Conexión competitiva entre productos y/o servicios de la Clasificación Internacional de Niza.⁶¹
- Derechos y limitaciones que confiere la marca. Usos que no requieren autorización del titular de la marca.⁶²
- Renovación del Registro Marcario.⁶³
- Determinación de la fecha de concesión de un registro marcario.

56 Ver interpretación en el proceso 384-IP-2017 de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203330.pdf>.

57 Ver interpretación en el proceso 50-IP-2017 de 7 de julio de 2017, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/50_IP_2017.pdf.

58 Ver interpretación en el proceso 20-IP-2017 de 13 de junio de 2017, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3074.pdf>.

59 Ver interpretación en el proceso 05-IP-2017 de 12 de junio de 2017.

60 Ver interpretación en el proceso 551-IP-2016 de 11 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3052.pdf>.

61 Ver interpretación en el proceso 236-IP-2017 de 7 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203393.pdf>.

62 Ver interpretación en el proceso 367-IP-2017 de 15 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3262.pdf>.

63 Ver interpretación en el proceso 11-IP-2017 de 16 de julio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203376.pdf>.

- Transferencias de marcas. Requisitos y efectos.⁶⁴
- Cancelación parcial y total de registros de marcas por falta de uso. Procedimiento. Carga de la prueba en la acción de cancelación de marca por falta de uso. El uso efectivo de la marca, la puesta a disponibilidad de los productos en el comercio. El uso de la marca de manera diferente a la registrada.⁶⁵
- Derecho preferente originado en la cancelación por no uso de una marca registrada.⁶⁶
- Derecho preferente derivado de una acción de cancelación de marca y el derivado de una solicitud de registro presentada con antelación (signos idénticos similares⁶⁷).
- Acción por infracción de derechos marcarios. Los sujetos y el objeto de dicha acción. Derechos del titular de una marca para impedir que un tercero use en el comercio un signo idéntico o similar.⁶⁸
- Nulidad de registro de una marca. Palabras de uso común en la conformación de marcas (sin conexión competitiva). Palabras de uso común en la conformación de marcas (con conexión competitiva).⁶⁹
- La nulidad relativa del registro de marca obtenida de mala fe.⁷⁰
- La oposición andina. El real interés en el mercado.⁷¹

64 Ver interpretación en el proceso 143-IP-2017 de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203327.pdf>.

65 Ver interpretación en el proceso 159-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3186.pdf>.-Ver interpretación en el proceso 174-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3210.pdf>.

66 Ver interpretación en el proceso 443-IP-2015 de 11 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3111.pdf>.

67 Ver interpretación en el proceso 382-IP-2016 de 6 de julio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203372.pdf>.

68 Ver interpretación en el proceso 359-IP-2017 de 15 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3266.pdf>.

69 Ver interpretación en el proceso 42-IP-2017 de 7 de julio de 2017, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3063.pdf>.

70 Ver interpretación en el proceso 375-IP-2017 de 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%203311.pdf>.

71 Ver interpretación en el proceso 107-IP-2016 de 17 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203377.pdf>.

- Signos conformados por palabras en idioma extranjero.⁷²
- Irregistrabilidad de signos no tradicionales (textura, idioma *quechua*, etc.).
- La marca notoriamente conocida. Su protección y su prueba.⁷³
- Familia de marcas.⁷⁴
- Las marcas colectivas.
- Las marcas de fantasía.⁷⁵
- Coexistencia pacífica de signos.⁷⁶
- La distintividad adquirida o “secondary meaning”⁷⁷
- Confundibilidad de marcas compuestas por nombre propios.⁷⁸
- Utilización de apellidos, protección legal y la afectación a la identidad.⁷⁹
- Registro de un color delimitado por la forma⁸⁰

72 Ver interpretación en el proceso 471-IP-2016 de 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203319.pdf>.

73 Ver interpretación en el proceso 269-IP-2016 de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203340.pdf>.

74 Ver interpretación en el proceso 76-IP-2017 de 7 de julio de 2017.

75 Ver interpretación en el proceso 620-IP-2016 de 12 de junio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3072.pdf>.

76 Ver interpretación en el proceso 31-IP-2017 de 26 de junio de 2017, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/31_IP_2017.pdf. - Ver interpretación en el proceso 554-IP-2016 de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203349.pdf>.

77 Ver interpretación en el proceso 586-IP-2015 de 25 de julio de 2016, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2804.pdf>.

78 Ver interpretación en el proceso 01-IP-2018 de 2 de febrero de 2018, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/01_IP_2018.pdf.

79 Ver interpretación en el proceso 558-IP-2016 de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203333.pdf>.

80 Ver interpretación en el proceso 35-IP-2018 de 11 de mayo de 2018, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/35_IP_2018.pdf.

Nombre comercial

- El nombre comercial, características y su protección. El registro de nombre comercial. La nulidad de registro de nombre comercial.⁸¹
- Ámbito de territorialidad de protección del nombre comercial. La coexistencia.⁸²
- Acción por infracción de derechos. Los sujetos y el objeto de dicha acción. Derecho al titular de un nombre comercial a impedir que un tercero use en el comercio un signo distintivo o similar.

La enseña comercial

- La enseña comercial y su ámbito de protección.⁸³
- Derecho al uso exclusivo de una acción por infracción de derechos. Situaciones que no requieren autorización del titular del signo.⁸⁴

Lema comercial

- El lema comercial. Aplicación de las normas sobre marcas al registro de los lemas comerciales.⁸⁵

Las denominaciones de origen

- Protección jurídica de las denominaciones de origen. Protección especial para denominaciones de origen que identifiquen vinos o bebidas espirituosas.⁸⁶

81 Ver interpretación en el proceso 221-IP-2017 de 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3213.pdf>. - Ver interpretación en el proceso 81-IP-2017 de 16 de junio de 2018.

82 Ver interpretación en el proceso 334-IP-2017 de 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%203311.pdf>.

83 Ver interpretación en el proceso 175-IP-2016, de 9 de marzo del 2017.

84 Ver interpretación en el proceso 294-IP-2015, de 26 de junio del 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3109.pdf>.

85 Ver interpretación en el proceso 505-IP-2016 de 3 de abril de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3026.pdf>.

86 Ver interpretación en el proceso 474-IP-2017 de 16 de marzo de 2017.

Medidas en frontera

- Naturaleza. Procedimiento y Medida cautelar. Similitudes de diferencias entre medidas cautelares y de frontera. Las garantías en las medidas cautelares y en las medidas de frontera.⁸⁷
- Intervención de la Autoridad de Propiedad Intelectual.
- La competencia desleal vinculada a la Propiedad Industrial.
- Actos de competencia desleal vinculados a la Propiedad Industrial. Actos de confusión. Actos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena.⁸⁸
- Solicitud de registro de un signo para perpetrar un acto de competencia desleal.⁸⁹

12.2 Derecho de Autor y Conexos⁹⁰

- El derecho de autor, objeto y su protección. Derechos Morales. Obras plasmadas sobre un soporte físico de propiedad de un tercero. Criterios para evaluar conflictos entre derechos de propiedad y derecho moral a la integridad de la obra. Infracción a derecho de autor por vulneración a la integridad de la obra. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integración.⁹¹
- Obras derivadas. La obra creada por encargo o bajo relación laboral. Indemnización de daños y perjuicios en los casos derecho de autor.⁹²
- Programas de Ordenador, derecho de distribución, de importación y comunicación pública.

87 Ver interpretación en el proceso 27-IP-2017 de 7 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203386.pdf>.

88 Ver interpretación en el proceso 25-IP-2017 de 13 de junio de 2017, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3074.pdf>

89 Ver interpretación en el proceso IP-188-2018 de 3 de diciembre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203503.pdf>.

90 La norma pertinente es la Decisión 351.

91 Ver interpretación en el proceso 47-IP-2017 de 7 de julio de 2017, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE3118.pdf>

92 Ver interpretación en el proceso 125-IP-2016 de 9 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3000.pdf>.

- Incumplimiento del pago por la comunicación pública de fonogramas.
- Uso indebido de obras.
- Excepciones y limitaciones a los derechos de autor.
- Facultad de los organismos de radiodifusión para autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.
- De la comunicación y ejecución pública no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una sociedad colectiva.⁹³
- Las diferencias entre el reconocimiento de personas jurídicas y autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva.
- Los derechos patrimoniales. Excepciones al ejercicio de los derechos patrimoniales. Usos honrados. Explotación normal de la obra. Las citas como excepción al derecho exclusivo de reproducción de la obra. La reproducción con fines informáticos.⁹⁴
- La figura de “downgrade” y su aplicación para el cálculo de la reparación o indemnización de daños y perjuicios.⁹⁵
- La obra fotográfica.⁹⁶

12.3. Obtenciones vegetales⁹⁷

- Requisitos que deben reunir las variedades para ser objeto de protección. El requisito de novedad de la obtención vegetal. El requisito de descripción detallada del procedimiento de obtención de la variedad vegetal. El principio de complemento indispensable.⁹⁸

93 Ver interpretación en el proceso 613-IP-2016 de 12 de junio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3072.pdf>.

94 Ver interpretación en el proceso 14-IP-2016 de 9 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2994.pdf>.

95 Ver interpretación en el proceso 440-IP-2016 de 9 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2956.pdf>.

96 Ver interpretación en el proceso 219 -IP- 2017 de 14 de junio del 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203335.pdf>.

97 La norma pertinente es la Decisión 345.

98 Ver interpretación en el proceso 314-IP-2017 de 3 de febrero de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203336.pdf>.

12.4. *Acerca de Competencia Desleal*⁹⁹

- Actos de engaño, aprovechamiento injusto de la reputación ajena.
- Solicitud de registro de un signo para perpetrar un acto de competencia desleal.¹⁰⁰

12.5. *Aduanas*¹⁰¹

- Armonización de Regímenes Aduaneros.
- Obligación de entregar el manifiesto de carga marítima antes de la llegada del medio de transporte al puerto.
- Operación de los almacenes de almacenamiento temporal.
- Adopción del Documento Único Aduanero.
- Obligatoriedad de uso uniforme del DUA.
- Adopción del certificado de reconocimiento como documento de soporte a la declaración aduanera.¹⁰²
- Requisitos para el transito aduanero. Autoridad competente para conceder tránsito. Modalidades de transito Aduanero. Uso de rutas autorizadas en el transito aduanero. Descarga de mercancías en tránsito en Puertos autorizados.
- Régimen Andino de Control Aduanero. Facultades de la autoridad aduanera en el control aduanero por parte de los países miembros. Alcances de su actuación. Control anterior, durante y posterior al despacho¹⁰³. La norma aplicable en el tiempo res-

99 La norma pertinente es la Decisión 608.

100 Ver interpretación en el proceso 01-IP-2018 de 8 de febrero de 2018, disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/01_IP_2018.pdf.

101 Las normas pertinentes son las Decisiones 371, 670, 636, 574 y 571.

102 Sentencia emitida en el Proceso 01-AN-2014, disponible en: Acción de Nulidad interpuesta por la República del Ecuador contra las Resoluciones 1695 y 1716 emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina. (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 de 8 de febrero de 2017).

103 Ver interpretación en el proceso 86-IP-2016 de 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE3112.pdf>.

pecto del control posterior a cargo de la administración aduanera.¹⁰⁴

- Los métodos para determinar el valor en aduana. Su orden de aplicación en casos en que la administración de aduanas tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado¹⁰⁵. El Tercer Método de Valoración de Aduanas. Requisitos. Carga de la prueba relacionada al uso del Tercer Método para determinar valor en aduana¹⁰⁶. La utilización de precios de referencia¹⁰⁷. La Duda Razonable. Oportunidad dentro de la cual se puede presentar la Duda Razonable. Procedimiento de la Duda Razonable. Las facultades de la Autoridad Aduanera. La carga de la prueba. La fundamentación de la Duda Razonable. Procedencia del procedimiento de Duda Razonable por observaciones planteadas por el administrado¹⁰⁸. Del pago de regalías por importación de productos¹⁰⁹. Importación de insumos para la fabricación local de productos con licencia de uso de marca y venta en el país de productos fabricados localmente¹¹⁰. Los descuentos o rebajas otorgados por el vendedor de la mercancía importada. Momentos en que debe acreditarse el descuento¹¹¹. Los bancos de datos de las autoridades aduaneras¹¹². Importación de insumos para la fabricación local de productos con licencia de uso de marca y venta en el país de productos fabricados localmente.

104 Ver interpretación en el proceso 609-IP-2016 de 08 de noviembre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203442.pdf>.

105 Ver interpretación en el proceso 86-IP-2016 de 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3112.pdf>.

106 Ver interpretación en el proceso 360-IP-2016 del 27 de julio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3115.pdf>.

107 Ver interpretación en el proceso 86-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3112.pdf>.

108 Ver interpretación en el proceso 123-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2881.pdf>.

109 Ver interpretación en el proceso 599-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3087.pdf>.

110 Ver interpretación en el proceso 614-IP-2016 del 27 de julio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3118.pdf>.

111 Ver interpretación en el proceso 196-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3114.pdf>.

112 Ver sentencia en el proceso 52-IP-2017 del 03 de octubre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203429.pdf>.

12.6. Acerca de las normas de origen¹¹³

- Normas de origen y certificado de origen andino de las mercancías. Control y calificación de certificados de Origen de Mercancías¹¹⁴. Importación de bienes no producidos en la Sub Región¹¹⁵. Mercancías originarias de un país miembro transportadas en tránsito por un país no miembro de la Comunidad Andina.¹¹⁶
- Impuestos al comercio exterior: derechos *ad-valorem*, derechos específicos, derechos mixtos.
- Derechos por licencias por propiedad intelectual.
- Arancel Externo Común.
- Nomenclatura y Clasificación Arancelaria (NANDINA).
- Descuentos en la importación de mercaderías.

12.7. Transporte terrestre, marítimo, aéreo, multimodal¹¹⁷

- Transporte de mercancías por cabotaje.¹¹⁸
- El vehículo vinculado y el contrato de vinculación en el marco de transporte internacional de mercancías por carretera.¹¹⁹
- Derechos y obligaciones de los usuarios, transportistas y operadores de los servicios de transporte aéreo en la Comunidad Andina. Derechos de los usuarios ante la cancelación de vuelos imputables al transportista aéreo en el régimen Comunitario

113 La norma pertinente es la Decisión 416.

114 Ver interpretación en el proceso 408-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE3116.pdf>.

115 Ver interpretación en el proceso 302-IP-2016 del 03 de octubre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%203425.pdf>.

116 Ver interpretación en el proceso 181-IP-2018 del 01 de febrero de 2019, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%203549.pdf>.

117 Las normas pertinentes son: Decisión 288, Decisión 314 modificada por la Decisión 532, la Decisión 544, Decisión 609, Decisión 582, Decisión 619, Decisión 650, Decisión 331 modificada por la Decisión 425.

118 Ver interpretación en el proceso 135-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE3113.pdf>.

119 Ver interpretación en el proceso 56-IP-2017 del 15 de marzo de 2018, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetitas/GACE3261.pdf>

Andino. Las compensaciones. Retraso en la entrega de equipaje a los usuarios.¹²⁰

- Circunstancias imprevistas como caso fortuito fuerza mayor en la cancelación o retraso de vuelos programados por los operadores de servicio de transporte aéreo en la Comunidad Andina. Las causas no imputables al transportista aéreo que origina la cancelación o retraso de vuelos.¹²¹

12.8. En lo referente a telecomunicaciones¹²²

- La autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión. La protección de la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones.¹²³
- Las condiciones para la interconexión de redes telefónicas.¹²⁴
- La transmisión de señal abierta y por cable.
- Contratos en telecomunicaciones.
- Dimensionamiento de la interconexión de redes de Telefonía Pública.
- Medios alternativos de solución de Controversias.
- Condiciones del valor a pagar por cargos y acceso de la interconexión de redes o servicios públicos de telecomunicaciones.
- Derechos de los Usuarios del Servicio de Telecomunicaciones.
- Prácticas anticompetitivas por parte de los proveedores que presten servicios de telecomunicaciones.

120 Ver interpretación en el proceso 313-IP-2015 del 26 de junio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3081.pdf>.

121 Ver interpretación en el proceso 173-IP-2016 del 15 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3263.pdf>.

122 Las normas pertinentes son: Decisión 395, Decisión 429, Decisión 462, Decisión 480, Decisión 559, Decisión 509 y su modificación efectuada mediante la Decisión 560.

123 Ver interpretación en el proceso 560-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3108.pdf>.

124 Ver interpretación en el proceso 82-IP-2017 del 16 de julio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203365.pdf>.

12.9. *Tributario*¹²⁵

- El Principio de Complemento Indispensable respecto a la caducidad de la facultad de la Administración para determinar la obligación tributaria.¹²⁶
- Gravamen sobre los beneficios de las actividades empresariales.¹²⁷
- El Principio de la fuente productora del ingreso tributario. Artículo 3 de la Decisión 578. Gravamen sobre los beneficios obtenidos por las empresas de servicios profesionales, técnicos, de asistencia técnica y consultoría.¹²⁸
- Doble tributación. Decisión 40.¹²⁹
- Impuesto sobre el patrimonio. Las cuentas por cobrar en otros Países Miembros de la Comunidad Andina.¹³⁰
- El principio de trato nacional en la tributación en los países miembros.¹³¹
- Devolución de tributos por concepto de regalías.
- Retención del impuesto a la renta y complementarios.
- Pago indebido de tributos.
- Armonización de impuestos indirectos.
- Rectificación de tributos.

125 Las normas pertinentes son: Decisión 388, Decisión 600 modificada por la Decisión 635, Decisión 599 modificada por la Decisión 635 y Decisión 578.

126 Ver interpretación en el proceso 599-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3129.pdf>.

127 Ver interpretación en el proceso 106-IP-2017 del 03 de octubre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203432.pdf>.

128 Ver interpretación en el proceso 432-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3116.pdf>.

129 Ver interpretación en el proceso 515-IP-2015 del 17 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2967.pdf>.

130 Ver interpretación en el proceso 116-IP-2016 del 15 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3263.pdf>.

131 Ver interpretación en el proceso 85-IP-2017 y 106-IP-2017 del 03 de octubre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203431.pdf>.

12.10. Minería¹³²

- Decomiso, incautación, destrucción e inutilización de maquinaria pesada de minería.¹³³

12.11. Derechos del consumidor¹³⁴

- La libertad de expresión de los consumidores.¹³⁵
- Derechos de los usuarios ante la cancelación de vuelos por causas imputables al transportista aéreo en el régimen Comunitario Andino. Compensaciones. Retraso en la entrega de equipaje a los usuarios.¹³⁶

12.12. Derecho de la Libre Competencia¹³⁷

- La defensa de la ley de competencia en la Comunidad Andina. El ámbito de aplicación de la Decisión 608. Naturaleza del procedimiento de investigación. El principio “non bis in ídem” en materia de defensa de la competencia.¹³⁸
- Adopción de una conducta anticompetitiva.
- Presunto desacato de obligaciones Comunitarias por parte de Autoridades Nacionales mediante la emisión de normas internas.

12.13. Sobre otros Asuntos

- Obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial.

132 La norma pertinente es la Decisión 774.

133 Ver interpretación en el proceso 69-IP-2015 de 17 de febrero de 2017, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/gacetas/GACE2837.pdf>

134 La norma pertinente es la Decisión 619.

135 Ver interpretación en el proceso 294-IP-2015 de 26 de junio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3109.pdf>.

136 Ver sentencia en el proceso 313-IP-2015, de 26 de junio del 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3081.pdf>.

137 La norma pertinente es la Decisión 608.

138 Ver interpretación en el proceso 78-IP-2018, de 7 de septiembre del 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203383.pdf>.

- Primacía del ordenamiento jurídico comunitario andino. La Decisión 486 de la Comunidad Andina y su relación con el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial.
- Autonomía de la oficina nacional competente para tomar sus decisiones.¹³⁹
- Criterios a tomarse en cuenta en el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios – signos distintivos.¹⁴⁰
- El principio de complemento indispensable vinculado a la propiedad industrial.
- El principio de complemento indispensable vinculado al derecho de autor.¹⁴¹
- La norma comunitaria en el tiempo.¹⁴²
- Peculado, uso indebido de bienes y servicios, uso indebido de influencias, contratos lesivos al estado y conducta antieconómica.
- Las sociedades de gestión colectiva. Naturaleza jurídica. Justificación de la existencia de las sociedades de gestión colectiva. Composición y relación con sus afiliados. Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva. Límites de su actuación. Participación en recaudaciones y los requisitos de cumplimiento para la concesión de la autorización de funcionamiento. Las diferencias entre reconocimiento de personería jurídica y autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva.¹⁴³
- Los principios de preeminencia, aplicación y efecto directo del Derecho Comunitario andino.¹⁴⁴

139 Ver interpretación en el proceso 66-IP-2017 de 7 de Julio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3098.pdf>.

140 Ver interpretación en el proceso 588-IP-2016 de 4 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3018.pdf>.

141 Ver interpretación en el proceso 613-IP-2016 de 12 de junio de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3072.pdf>.

142 Ver interpretación en el proceso 566-IP-2016 de 14 de junio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3072.pdf>.

143 Ver interpretación en el proceso 387-IP-2016 de 11 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203560.pdf>.

144 Ver interpretación en el proceso 609-IP-2016 del 8 de noviembre de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203442.pdf>.

- Comunitarización de la normativa OMC en el ámbito de la valoración aduanera.¹⁴⁵
- Definición de regalía en la Decisión 40. Regalías derivadas de la cesión en uso de derechos de propiedad intelectual.¹⁴⁶

13. Conclusiones

- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es una corte internacional, de única y de última instancia.
- El Tribunal solo conoce de las controversias reguladas por el derecho comunitario andino que se susciten en el territorio de los 4 países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú).
- Los asuntos y materias comerciales, de cooperación o de relaciones de otra naturaleza entre los Países Miembros de la CAN y los Países Asociados se rigen por los Acuerdos de Complementación Económica celebrados individualmente entre cada uno de ellos y en otras normas especiales de derecho derivado o secundario andino.
- Ante sus sentencias solo caben recursos horizontales de aclaración y ampliación, con excepción de la de Incumplimiento, respecto de la cual procede Demanda de Revisión.
- El Tribunal no tiene competencia para conocer y resolver recursos de apelación, ni de casación ni de acciones constitucionales en procesos internos.
- De las sentencias del Tribunal no se puede proponer acciones extraordinarias de protección.
- Los asuntos y materias que conoce el Tribunal solo están relacionadas con el derecho comunitario constitucional o primario y con el derecho derivado u secundario.
- El Tribunal no conoce ningún asunto o materia regulada por el derecho interno, las mismas que son conocidas y juzgadas por los jueces nacionales en todas las materias.

145 Ver interpretación en el proceso 86-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3112.pdf>.

146 Ver interpretación en el proceso 515-IP-2015 del 17 de febrero del 2017, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2967.pdf>.

- Tampoco el Tribunal conoce de materias reguladas por el derecho internacional a menos que haya sido comunitarizadas, es decir, incorporadas al derecho comunitarios andino por Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina.
- El Tribunal conoce y resuelve de asuntos y materias que han sido armonizadas, acordadas y consensuadas en el marco del desarrollo del proceso de integración.
- El Tribunal no es una corte que conoce de Asuntos y materias relacionadas con derechos humanos, materia penal internacional, o de delitos de lesa humanidad, de genocidio, ni de trata de personas, ni asuntos sobre conflictos armados, etc.

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.
- 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
- Testimonio Comunitario. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Agosto del 2014. Artes Gráficas Señal. Impreseñal Cía. Ltda. Quito- Ecuador
- Tratado de Creación del TJCA, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina del 16 de setiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de setiembre de 1999.

Capítulo VI

La función Arbitral en la Comunidad Andina ¿Hasta dónde podemos llegar?

Luis Felipe Aguilar Feijoó

Secretario

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

1. De la prohibición al arbitraje a la función arbitral.

Hace 40 años, el 28 de mayo de 1979, cuando se suscribió el *“Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”* no se previó la posibilidad de conceder funciones arbitrales al organismo jurisdiccional andino. Las competencias otorgadas se limitaron en ese entonces a la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, y la interpretación prejudicial.

17 años después, el 28 de mayo de 1996, fue suscrito el *Protocolo de Cochabamba*¹. Instrumento que introdujo, en el *“Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*², los principios jurídicos del derecho andino: primacía, aplicación directa y efecto directo; y otorgó tres nuevas competencias, a saber, el recurso de omisión o inactividad, la jurisdicción laboral, y la función arbitral.

La inclusión de la función arbitral como competencia —una acción de carácter extrajudicial— es demostrativa del nivel de aceptación que ya había adquirido el arbitraje entre los países miembros de la Comunidad Andina al momento de suscripción del Protocolo de Cochabamba. En 1979, tras la primera década de la Comunidad Andina, habría sido al menos difícil avizorar que la función arbitral formaría parte del futuro del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Es que a lo largo de los ochenta el arbitraje en Latinoamérica era poco aplicado en comparación con los países desarrollados, como lo demostraba la falta de una legislación especializada al respecto, y el hecho que la normativa andina existente, como se verá más adelante, era contraria a permitirlo.

Para Conejero Roos es posible distinguir dos factores que permitieron un cambio de actitud hacia el arbitraje en Latinoamérica. El primero,

1 Protocolo de Cochabamba en vigencia el 25 de agosto de 1999.

2 Mediante el Protocolo de Trujillo, de 10 de marzo de 1996, se modificó el nombre del “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, por “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

una necesidad de satisfacer los requerimientos impuestos por el proceso de desarrollo económico y tráfico comercial, surgida a raíz de la interacción entre los países latinoamericanos y los países desarrollados; y el segundo, palpable a través de: i) la ratificación de tratados universales y regionales, en los que se destacan la “Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros” de 1958³ y la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional” de 1975⁴; y, ii) la modernización de la normativa concerniente al arbitraje a nivel nacional.^{5, 6}

Dentro del ordenamiento jurídico andino también es posible apreciar una evolución a favor del arbitraje. La primera norma que reguló el “*Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*”, adoptada en 1970 mediante la Decisión 24, era completamente contraria a permitir que los países comunitarios pacten mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues prohibía a través de su artículo 51 el abstraer del conocimiento de los jueces nacionales las controversias de inversión o de transferencia de tecnología.⁷

La Decisión 24 —cabe mencionar, una norma adoptada poco más de un año después del nacimiento de la Comunidad Andina— per-

3 Los países suscriptores del *Acuerdo de Cartagena* ratificaron esta Convención en las siguientes fechas: Bolivia el 27 de julio de 1995, Colombia el 24 de diciembre de 1979, Ecuador el 3 de abril de 1995, Perú el 5 de octubre de 1988, y por Venezuela el 9 de mayo de 1995. Información disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

4 Los países suscriptores del *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* ratificaron esta Convención en las siguientes fechas: Bolivia el 10 de agosto de 1998, Colombia el 18 de noviembre de 1986, Ecuador el 6 de agosto de 1991, Perú el 2 de mayo de 1989, y Venezuela el 22 de marzo de 1985. Información disponible en <http://www.oas.org>.

5 Cristián Conejero, Roos, *La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional en América Latina: Un análisis comparativo*. Revista Chilena de Derecho [en línea] 2005, número 32 (enero-abril), pág. 91. Descargado el 17 de marzo de 2019 de: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021316005>> ISSN 0716-0747

6 Los países suscriptores del *Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* promulgaron las siguientes leyes de arbitraje: Bolivia, Ley No 1770 sobre Arbitraje y Conciliación el 10 de marzo de 1997; Colombia, Decreto No 1818 el 7 de septiembre de 1998, el cual compila todas las normas aplicables a la Conciliación y el Arbitraje; Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial No 145 del 4 de septiembre de 1997; Perú aprobó la Ley No 26572 que contiene la Ley General de Arbitraje el 6 de enero de 1996 [la actual ley peruana de arbitraje fue promulgada mediante el Decreto Legislativo N° 1071 de 1 de septiembre de 2008]; y, Venezuela, Ley sobre Arbitraje Comercial el 7 de abril de 1998. (Íbidem pág. 98).

7 Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, adoptada mediante la Decisión 24 durante el tercer periodo de sesiones extraordinarias de sesión de la Comisión Andina, entre el 14 y el 31 de diciembre de 1970.-

maneció inalterada hasta la emisión de la Decisión 220 de 11 de mayo de 1987 que sustituyó a la primera sin incorporar un texto similar al artículo 51; y además, en lo que parece ser una provisión destinada a evitar cualquier posible discusión posterior, reconoció la capacidad de cada país para legislar sobre mecanismos de controversias en materia de inversión extranjera o transferencia de tecnología, de la siguiente forma:

“Artículo 34.- En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas.”

Pocos años después, el 4 de abril de 1991, se publicó la Decisión 291 en reemplazo de la Decisión 220⁸. La nueva norma, según consta en su parte considerativa, fue acordada como producto de la “*convergencia creciente entre las políticas económicas de los Países Andinos (...) en búsqueda de una mayor eficiencia y competitividad de sus economías, mediante la liberalización y apertura al comercio y la inversión internacional*”⁹, esta Decisión al igual que su predecesora eliminó la prohibición de pactar mecanismos alternativos de solución de conflictos en materias de inversión o transferencia de tecnología; y reiteró la autonomía de los países miembros¹⁰ para legislar acerca de dichas materias.

Prácticamente a renglón seguido los países miembros de la Comunidad Andina suscribirían tratados bilaterales de protección de inversiones (TBIs) con cláusulas arbitrales. Así, Venezuela suscribiría el

“Artículo 51.- En ningún instrumento relacionado con inversiones o transferencia de tecnología se admitirán cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus nacionales inversionistas.”

8 Sustitución de las Decisiones 24 y conexas, sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, adoptada mediante la Decisión 220, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 20 de 18 de mayo de 1987.

9 “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”, adoptada mediante la Decisión 291, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.

10 Ibídem

“Artículo 10.- En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas”.

22 de julio de 1991 uno de estos convenios con el Reino de los Países Bajos; sería seguido pocos meses después por Perú quien celebraría su primer tratado el 15 de noviembre de 1991 con Tailandia; luego sería el turno de Bolivia quien pactaría, el 6 de marzo de 1993, un acuerdo con Alemania; después lo haría Ecuador, el 27 de mayo de 1993, al celebrar un tratado con los Estados Unidos; y, por último, Colombia, con varios años de diferencia respecto al resto, firmaría el 31 de marzo de 2005 un TBI con España.¹¹

A nivel comunitario, como se indicó al inicio de este texto, mediante el Protocolo de Cochabamba se produciría un nuevo hito a favor del arbitraje, que no es otro que el otorgamiento al TJCA de la función arbitral, competencia que permite al Tribunal dirimir a través de arbitraje las controversias que surjan por la aplicación de los contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los organismos del Sistema Andino de Integración¹², entre estos y particulares, y entre particulares que acuerden someter a arbitraje las disputas que provengan de contratos

11 Información disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/bitindex_e.asp [Fecha de consulta: 17 de marzo de 2019]

12 Acuerdo de Cartagena, codificado por Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina del 1 de julio de 2003.-

“Artículo 6.- *El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones:*

- *El Consejo Presidencial Andino;*
- *El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;*
- *La Comisión de la Comunidad Andina;*
- *La Secretaría General de la Comunidad Andina;*
- *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;*
- *El Parlamento Andino;*
- *El Consejo Consultivo Empresarial;*
- *El Consejo Consultivo Laboral;*
- *La Corporación Andina de Fomento;*
- *El Fondo Latinoamericano de Reservas;*
- *El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;*
- *La Universidad Andina Simón Bolívar;*
- *Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,*
- *Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.*

privados en los que se aplique la normativa andina, pudiendo en este caso resolver el Tribunal la disputa en derecho o en equidad.¹³

Sin embargo, pese al cambio diametral en el ordenamiento comunitario que pasó en unas décadas de no contemplar el arbitraje y oponerse al mismo para las controversias de inversión y de transferencia de tecnología, a dar libertad a los países miembros para legislar sobre los mecanismos de solución de disputas, y hasta a conceder la función arbitral para su organismo jurisdiccional, no es posible decir que en el ordenamiento andino se haya utilizado todo el potencial del arbitraje como herramienta para impulsar la integración. Al contrario, la función arbitral otorgada al TJCA tiene un rango limitado, diríase conservador, ya que bajo su diseño actual solo es posible resolver una pequeña fracción de las disputas que bien podrían ventilarse ante un organismo jurisdiccional diseñado para revisar las medidas tomadas por el imperio estatal contra particulares, medidas, además, que pueden tener un impacto en las inversiones y en la economía de los países miembros. Adicional a lo anterior, es necesario mencionar que más allá de su ámbito de acción actual, la función arbitral no ha podido ser

13 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina del 16 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de septiembre de 1999.-

“Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.”

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.”

probada ante el TJCA por la inexistencia de la reglamentación necesaria¹⁴ que permitiría su aplicación.¹⁵

En cualquier caso, es interesante considerar que el abanico de competencias del TJCA permite cubrir varios frentes procesales. El ex Magistrado Guillermo Chahin Lozano ha señalado que las competencias originarias del TJCA están destinadas a controlar la intangibilidad del ordenamiento jurídico —mediante el control de legalidad—, a velar el cumplimiento por parte de los países miembros de sus obligaciones —a través del control de cumplimiento—, y a mantener la uniformidad en cuanto a la aplicación de las normas andinas, y que estos objetivos se materializan a través de las acciones de nulidad y de incumplimiento, y en la consulta prejudicial¹⁶. El ex Magistrado Chahin, comenta también que el recurso de omisión permite al TJCA obligar, mediante sentencia, la ejecución de una determinada función que debiendo ser cumplida no es ejecutada por un órgano de la comunidad andina, y que, por su parte, la acción laboral establece al TJCA como el único

14 El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, contenido en la Decisión 500, establece aspectos procedimentales de todas las competencias del TJCA, salvo de la función arbitral; sobre ella, la Disposición Transitoria Segunda, establece lo siguiente:

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. -

“Disposición Transitoria Segunda. - El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal, adoptará la Decisión referente a la función arbitral prevista en la Sección V del Capítulo III del Tratado, la que se incorporará al presente Estatuto en lo pertinente.”

15 Auto de 28 de junio de 2018, caso N° Arbitraje 01-2018:

“3.7. La falta de expedición de una Decisión por medio de la cual se desarrolle el marco normativo de la función arbitral prevista en la Sección V del Capítulo III del Tratado de Creación del Tribunal, impide que este órgano jurisdiccional pueda admitir y sustanciar controversias sometidas a su conocimiento en la vía arbitral, ya que su actuación debe respetar el principio de legalidad al que se encuentra sometido, principio fundamental en base al cual este Organismo debe observar que la mencionada disposición transitoria contiene el límite de su actuación, la que ha establecido que dicha normativa tendrá el rango de Decisión, expedida por un alto Organismo comunitario como es el CAMRE. El ejercicio de las potestades del TJCA, como la arbitral, debe sustentarse en normas jurídicas que determinen, además de su competencia, la forma de ejercer la misma.”

16 Guillermo Chahin Lizcano, *Fundamentos constitucionales del Derecho Comunitario Andino, 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. 117.

juzgador exclusivo de los conflictos laborales que se susciten en los órganos comunitarios andinos.¹⁷

En virtud de lo mencionado, salta a la vista que la función arbitral fue creada para contar con un procedimiento apto para ventilar aquellas disputas de naturaleza contractual que por su naturaleza no pueden ser resueltas mediante las acciones de nulidad, incumplimiento, laboral, el recurso de omisión, menos aún por la interpretación prejudicial.

Y, sin embargo, el otorgamiento de la función arbitral al TJCA permanece todavía en una etapa incipiente, no ha alcanzado todo su potencial. Es que, el arbitraje por su flexibilidad podría ser apto, no solo para ventilar disputas relativas a la materia contractual en la esfera andina, sino también para conocer disputas relacionadas a inversión extranjera. Permitir este tipo de arbitraje, y ese es el punto central de este artículo, daría más atractivo a la subregión, impulsaría su desarrollo, y fomentaría el proceso de integración. Para alcanzar estas metas es necesario ampliar la función arbitral del TJCA, es decir formar un foro regional para la solución de controversias de inversión.¹⁸

2. El arbitraje de inversión ante el TJCA puede ayudar a la integración andina y a los países miembros.

Para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), es necesaria de manera fundamental la inversión internacional para lograr un desarrollo industrial sostenible¹⁹. Dicha aseveración no causará extrañeza. La

17 Guillermo Chahin Lizcano Op. Cit., pp. 123 y 124.

18 Anaya Vera y Rodrigo Polanco sostienen que considerando que la Decisión 291 es una normativa andina que contiene derechos de protección de la inversión, como son: el Trato Nacional (Art. 2) y los Derechos de libre transferencia y convertibilidad (art. 4), sería factible que el TJCA conozca un caso de inversión por vía de una acción de incumplimiento de violación de la Decisión 291, lo que convertiría al TJCA en una corte de inversión. Sin embargo, los autores aclaran que no existiría bajo este supuesto posibilidad de que el TJCA conozca controversias respecto a la mayoría de estándares de protección establecidos regularmente en los acuerdos internacionales de inversión como son el Trato Justo y Equitativo, Protección y Seguridad Plena, o la compensación en caso de expropiaciones regulatorias o indirectas. Véase: Anaya Vera y Rodrigo Polanco Lazo. *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?* Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Bogotá, Colombia, agosto 14, 15 y 16 de 2014. [Fecha de consulta: 20 de marzo de 2019] Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2515242> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2515242>

19 UNCTAD, 2019. Informe sobre las inversiones 2018, las inversiones y las políticas industriales. Descargado el 25 de marzo de 2019. p. iii disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf.

“Las inversiones transfronterizas en las economías desarrolladas y en transición se redu-

importancia de la inversión, especialmente de la inversión extranjera directa (IED)²⁰, ha sido recomendada desde hace varios años como un mecanismo para fomentar el crecimiento económico. Así, por ejemplo, Mallampally y Sauvart establecían en 1999 —en un artículo que a las generaciones más jóvenes puede resultar lejano— que la IED se había convertido en una importante fuente de financiamiento externo privado para los países en desarrollo, que conllevaba además otros beneficios:

*“Si bien la IED representa una inversión en instalaciones de producción, su importancia para los países en desarrollo es mucho mayor. No sólo permite incrementar los recursos disponibles para la realización de inversiones y la formación de capital; sino que constituye también un vehículo de transferencia de tecnología de producción, capacidad técnica, capacidad de innovación y prácticas institucionales y de gestión entre distintos sitios, y además permite obtener acceso a redes internacionales de comercialización.”*²¹

jerón considerablemente, mientras que el crecimiento fue casi nulo en las economías en desarrollo. Teniendo en cuenta que para 2018 se prevé una recuperación muy leve, esta tendencia negativa es un motivo de preocupación a largo plazo para los gobernantes de todo el mundo, pero en particular los de los países en desarrollo, que necesitan de manera fundamental la inversión internacional para lograr un desarrollo industrial sostenible.”

- 20 Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, adoptada mediante la Decisión 291, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.-

“Artículo 1.- Para los efectos del presente Régimen se entiende por:

Inversión Extranjera Directa: los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios

(...)

Inversionista Subregional: el inversionista nacional de cualquier País Miembro distinto del país receptor.”

- 21 Padma Mallampally y Karl P. Sauvart. “La inversión extranjera en los países en desarrollo” pp. 34 – 35 disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/1999/03/pdf/mallampa.pdf> / Finanzas & Desarrollo. Revista trimestral del FMI.

En virtud de lo anterior, y considerando que el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena²² señala al desarrollo equilibrado de sus miembros como uno de los medios para la formación gradual del mercado común, no sería equivocado sostener que entre los peldaños previstos para alcanzar dicho desarrollo está la atracción de IED. Siendo así, bien valdría implementar nuevas acciones para atraerla al nivel regional.

Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones²³ (APRIs), entre los que se cuenta a los TBIs, son instrumentos de política económica que desde la perspectiva del Estado receptor de la inversión están ideados para atraer la inversión extranjera. Estos acuerdos a su vez contienen derechos específicos a favor de los inversionistas, y su gran mayoría contemplan cláusulas de solución de controversias entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión, que tienen por objetivo establecer la constitución de un mecanismo arbitral internacional para la solución de disputas.

Es un hecho que más allá de una posición política o ideológica los países latinoamericanos han suscrito varios tratados bilaterales de inversión²⁴. Es así que, concentrándonos exclusivamente en los países de la Comunidad Andina, encontramos que Bolivia, Ecuador y Perú mantienen cada uno un tratado de este tipo entre sí, y Colombia tiene un TBI con Perú. Todos los acuerdos suscritos entre los países andinos contienen una cláusula de solución de controversias que establece como foro para la solución de controversias al Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversión – CIADI²⁵, y además los suscritos

22 Acuerdo de Cartagena, codificado por Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina del 1 de julio de 2003.-

“Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.”

23 Luz María de Mora Sánchez, *Políticas para la atracción de inversión extranjera directa como impulsora de la creación de capacidades locales y del cambio estructural*, p. 22. Ed. CEPAL: “Estos acuerdos [los APRIs] son instrumentos jurídicos internacionales con los que se busca promover la captación de mayores flujos de inversión, contribuir a diversificar el origen de los capitales productivos, así como brindar seguridad jurídica y certidumbre a los inversionistas.” Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43136/1/S1701070_es.pdf

24 Tan solo los países miembros de la Comunidad Andina han suscrito un total de 75 TBIs. Véase: <http://www.sice.oas.org/>

25 “El Gobierno de la República de Bolivia firmó el Convenio del CIADI el 3 de mayo de 1991 y depositó su instrumento de ratificación el 23 de junio de 1995. El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995. El 2 de mayo de 2007, el depositario recibió

entre Ecuador y Bolivia por una parte, y Perú y Colombia por otra, incluyen como foro alternativo al CIADI el establecimiento de un Tribunal Ad-Hoc que se conformaría de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI.²⁶

En el hipotético de una controversia entre un inversionista peruano y la República de Colombia esta se resolvería a través de un arbitraje ante el CIADI o un arbitraje Ad-Hoc, pero no a través del organismo comunitario andino a pesar de que entre los dos países existen 50 años de un proceso de integración. Sería así, porque a través del TBI suscrito entre estos dos países se otorgan derechos a sus inversionistas, como el derecho a una compensación por expropiación directa o indirecta o el Trato Justo y Equitativo —por nombrar tan solo dos— que simplemente no están contemplados en el ordenamiento jurídico comunitario.

Pese a lo anterior, se debe rescatar que, al existir los acuerdos de inversión entre Bolivia, Ecuador y Perú, de facto se ha creado un punto de convergencia de los derechos de los inversionistas en los tres países, los cuales además estarían incluso nivelados por efecto de la cláusula de Nación Más Favorecida. Razón por la cual se puede sostener que existe entre estos países una plataforma común de tratamiento a las inversiones mutuas. En adición, es pertinente considerar que Colombia y Perú también han concedido mutuamente derechos a sus inversionistas, los cuales no distan conceptualmente de los de-

una notificación por escrito de la denuncia de Bolivia del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación de Bolivia, es decir el 3 de noviembre de 2007. El Gobierno de la República del Ecuador firmó el Convenio del CIADI el 15 de enero de 1986 y depositó su instrumento de ratificación en la misma fecha. El Convenio entró en vigor para el Ecuador el 14 de febrero de 1986. El 6 de julio de 2009, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia del Ecuador del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación del Ecuador, es decir el 7 de enero de 2010.” Disponible en: “LISTA DE ESTADOS CONTRATANTES Y SIGNATARIOS DEL CONVENIO” [CIADI] (al 21 de febrero de 2019) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>.

- 26 Véase: Artículo IX del “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre promoción y protección de inversiones” suscrito el 30 de julio de 1993; Artículo XI del “Convenio entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la promoción y protección recíproca de inversiones” suscrito el 25 de mayo de 1995; Artículo 8 del “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República del Ecuador sobre promoción y protección recíproca de inversiones” suscrito el 7 de abril de 1999; y, el artículo 20 del “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección de inversiones” suscrito el 11 de diciembre de 2007. Disponible en <http://www.sice.oas.org>.

rechos concedidos por Bolivia y Ecuador en otros tratados; por lo que al menos se podría argumentar que la subregión comparte, en buena medida, un mismo terreno de trato a las inversiones; y, por lo tanto al existir comunión sobre los derechos sustantivos, faltaría para instituir la función arbitral de inversión en el organismo jurisdiccional andino una acción legislativa andina destinada a diseñar aspectos procesales, la cual puede ser lograda mediante la ampliación de la función arbitral.

No obstante, lo anterior, el arbitraje de inversión a nivel comunitario no tendría que verse limitado a los inversionistas subregionales. La IED como se dijo es un motor del desarrollo, uno de los objetivos de la integración, y ciertamente no se limita a los posibles intercambios entre los países miembros de la Comunidad Andina. Bastaría, dado el efecto de la IED en la economía del país receptor y sus potenciales consecuencias en la Comunidad Andina, que una de las partes en controversia sea un país comunitario para que su disputa sea sometida a un arbitraje ante el TJCA; después de todo, el ordenamiento andino ya ha marcado pauta para este camino al conceder a los inversionistas extranjeros el derecho de Trato Nacional.²⁷

Por otro lado, la Decisión 291, después de todo, concede derechos a los inversionistas extranjeros y subregionales —aunque en menor número que los que se han desarrollados en los APRI—, los cuales de ser incumplidos podrían ser conocidos por el órgano jurisdiccional andino vía acción de incumplimiento²⁸. Sin embargo, es necesario reconocerlo, este camino no resultaría lo suficientemente atractivo para un potencial inversionista, simplemente no podrían ventilarse bajo esta acción todos los derechos que usualmente tiene un APRI. Es por ello, que en lugar de crearse una normativa común o si se quiere armonizada para conceder a los inversionistas extranjeros los derechos tradicionalmente contenidos en los TBI, los países andinos podrían ampliar la función arbitral en el TJCA con el propósito de convertir a dicha competencia en un mecanismo de solución que examine dispu-

27 Decisión 291, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, adoptada por la Decisión 291, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.

“Artículo 2. Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.”

28 Ver Nota Supra N° 17.

tas caso por caso, es decir atendiendo a las disposiciones del acuerdo en discusión y en función de las pretensiones y defensas de las partes.

Sería entonces necesario realizar un acto legislativo que amplíe la función arbitral a las controversias de inversión ante el TJCA, para ello se podría aprovechar que la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto del Tribunal prevé la creación de un reglamento de arbitraje²⁹ para a través de este definir el alcance de un procedimiento arbitral sobre inversión internacional. De llegarse a tal resultado, el TJCA podría ser un foro exclusivo o alternativo para la solución de disputas de inversión suscitadas en la subregión, que tendría al menos las siguientes consecuencias positivas:

- **Reducción de costos inherentes al arbitraje.** Sería de esperar que los costos incurridos tanto por transporte y alojamiento de funcionarios y expertos locales, así como los gastos administrativos relativos al manejo de la disputa, sean menores en el TJCA. Este, como foro arbitral de inversión internacional, por un hecho de simple economía local exigiría menos gastos que aquellos en los que se puede incurrir en ciudades como Washington o La Haya que usualmente son seleccionadas como sedes del arbitraje de inversión.
- **Posibilidad de que los estudios jurídicos de la subregión adquieran una mayor presencia en el litigio arbitral de inversiones,** lo que a su vez implicaría una reducción de costos, esta vez los vinculados directamente a la defensa, con el adicional que aplicaría tanto para inversionistas como para los países involucrados.
- **El que los costos de los arbitrajes sean menores posibilitaría que inversionistas de menor envergadura sometan sus controversias de inversión a arbitraje.** Lo que atiende a una de las críticas del sistema de inversión, su dificultad de acceso. ¿Los efectos? Una mayor cantidad de inversionistas protegidos en sus derechos, una mayor atracción de capitales extranjeros.
- **Ejecución directa de laudos.** No habría causa para dudar respecto la ejecutabilidad del Laudo. Al ser el TJCA el organismo jurisdiccional comunitario, y el arbitraje que se diseñe parte del ordenamiento andino, los laudos que se produzcan serían de

29 Ver Nota Supra N° 14.

aplicación directa, y no existiría riesgo de nulidad alguna u obstáculos para su reconocimiento ante las cortes locales.

- **Mayor consistencia en las decisiones.** Al ser efectuado dentro una corte regional constituida con Magistrados se tendría, incluso a pesar de la variación de los compromisos de cada APRI, una mayor consistencia en el contenido de los laudos arbitrales. El TJCA sería el garante de un sistema arbitral único circunscrito a los países andinos, por lo tanto, la dispersión de resultados sería mucho menor que en los centros de arbitraje que someten las controversias de varios países, distintos tratados, y sin un superior que vele por la consistencia de sus fallos.
- **Posibilidad para crear un mecanismo de arbitraje más equilibrado.** Al establecerse en un momento en el que el sistema arbitral internacional de inversiones ha sido ya probado y criticado, se tendría la oportunidad de diseñar un mecanismo que considere de mejor forma las legítimas aspiraciones de los países receptores de la inversión y las de los inversionistas.
- **Los países miembros podrían obtener una elevación de los flujos de inversión subregional y extranjera.** Con costos de defensa menores, mayor consistencia, riesgos inexistentes de revisión por las cortes domésticas, y un tribunal que produzca resultados técnicos, la subregión andina podría atraer aún más a los capitales externos.

Ciertamente lo dicho está todavía en el campo de la especulación, los primeros laudos que produciría el TJCA serían una verdadera prueba de vida para su futuro. El examen de estos primeros laudos debería demostrar que el arbitraje ante el TJCA, cualquiera sea la forma que escoja —un procedimiento con árbitros convocados de una lista o un arbitraje directo ante los propios magistrados o incluso el mantener a estos últimos solo como instancia de anulación o apelación— es resultado de un producto técnico alcanzado en la aplicación de un sistema ecuaníme que garantiza los derechos de inversionistas y los países miembros.

3. La necesidad del Ecuador de un foro regional de solución de disputas de inversión y la oportunidad de diseñar un foro de regional.

Desde el año 2009 el Estado ecuatoriano inició un proceso de denuncia de sus tratados bilaterales de inversión que culminó en mayo de 2017 con la denuncia de un último grupo de este tipo de instrumentos. Dicha decisión que fue realizada dentro del gobierno del ex Presidente Rafael Correa, tuvo por justificación el artículo 422³⁰ de la Constitución de la República del Ecuador, disposición que de acuerdo con la interpretación efectuada por la Corte Constitucional de transición³¹ prohíbe al Estado ecuatoriano el celebrar tratados en los cuales

30 Constitución de la República del Ecuador:

“Artículo 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

31 Mediante Oficio N°. T. 4766-SNJ-10-21 de 6 de enero de 2010, el entonces Presidente de la República del Ecuador, Eco. Rafael Correa Delgado, solicitó a la Corte Constitucional para el periodo de transición la emisión de dictamen favorable para la denuncia de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones. La mencionada Corte analizó cada uno de los acuerdos de este tipo suscrito por el Ecuador concluyendo que estos eran contrarios al artículo 422 de la Constitución, a manera de ejemplo en el dictamen N° 026-10-DTI-CC de 29 de julio de 2010, en el que se analizó el Convenio celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, la Corte sostuvo en la parte pertinente:

“En este sentido y de conformidad con lo expuesto en el análisis del artículo en cuestión, se evidencia que por expresa prohibición constitucional esta divergencia no puede ser sometida a un Tribunal Arbitral, puesto que aquello implicaría ceder la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Ecuador y personas naturales o jurídicas privadas, como es el caso del presente artículo del tratado internacional.

Por lo expuesto, la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, que constituye un Estado en los asuntos que regula este tratado por mandato constitucional, no podría someterse a un tribunal de arbitraje ya que se estaría vulnerando el principio constitucional contenido en el artículo 422 de la Carta Fundamental, que dice: ‘No se podrá celebrar tratados o instrumentos, internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole.’”

ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia de inversión, a excepción de aquellas controversias que sean resueltas en foros regionales.

El escenario actual para el Estado ecuatoriano es que los TBIs por él suscritos están viviendo sus últimos años, pues solo continúan en vigencia en virtud de las cláusulas de sobrevivencia que brindan, en el menor de los casos una vigencia adicional luego de la denuncia de 5 años³²; y, en el más amplio de 15 años³³. Por otra parte, no ha existido hasta el momento, pese a anuncios públicos³⁴, la celebración de nuevos TBIs en reemplazo de los denunciados o con nuevos países. Dentro de dicho escenario, es posible imaginarse que debido a la obligación de elegir un foro regional las negociaciones de futuros APRIs serán al menos difíciles. Todo esto coloca al Ecuador en una desventaja competitiva.

No obstante, más allá de la necesidad exclusiva del Ecuador de contar con un foro regional, la totalidad de los países de la subregión andina cuentan con un proceso de integración que con sus altos y bajos se ha mantenido por 50 años, cuentan además con un tribunal que ha efectuado una gestión jurisdiccional por cuatro décadas, regímenes comunes, instituciones, todas ellas características que permitirían contar con cimientos fuertes para mirar nuevos horizontes en el proceso de integración. Considérese que al inicio de este artículo se expuso cómo a nivel andino se dio un cambio de actitud hacia el arbitraje que permitió que los países legislen individualmente sobre los mecanismos de solución de conflictos de inversión y se otorgue una función arbitral al TJCA. De la misma forma, ahora la Comunidad Andina tiene un ambiente propicio para crear un foro arbitral internacional de

32 Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Italiana sobre la promoción y protección de inversiones.

“Artículo 14.- Duración y Expiración. 2. En el caso de inversiones efectuadas antes de las fechas de expiración, según lo previsto en el párrafo 1 de este Artículo, las disposiciones de los Artículos 1 a 12 seguirán vigentes por un periodo adicional de 5 años después de las fechas antes mencionadas.”

33 Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre el fomento y la protección recíproca de Inversiones.

“Artículo. - 12 (3) Para inversiones de capital realizadas hasta el momento de expiración del presente Tratado, las disposiciones de los artículos 1 al 11 seguirán rigiendo desde los quince años subsiguientes a la fecha en que hará expirado la vigencia del presente Tratado.”

34 <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/ecuador-esta-en-proceso-para-suscribir-nuevos-tbi>. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2019]

inversiones, no hay obstáculos insalvables, y existe la motivación para implementar factores que atraigan al capital extranjero. Hay, en suma, la posibilidad de dar mayor vela al proceso de integración.

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.
- Anaya Vera y Rodrigo Polanco Lazo. *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?* Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Bogotá, Colombia, agosto 14, 15 y 16 de 2014. Descargado el 20 de marzo de 2019 de: <https://ssrn.com/abstract=2515242> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2515242>.
- Cristián Conejero, Roos, *La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional en América Latina: Un análisis comparativo*. Revista Chilena de Derecho [en línea] 2005, número 32 (Enero-Abril). Descargado el 17 de marzo de 2019 de: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021316005>> ISSN 0716-0747.
- Guillermo Chaín Lizcano, *Fundamentos constitucionales del Derecho Comunitario Andino*, 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.
- Lista de estados contratantes y signatarios del Convenio [CIADI] (al 21 de febrero de 2019) descargado el 28 de marzo de 2019 de: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>.
- Luz María de Mora Sánchez, *Políticas para la atracción de inversión extranjera directa como impulsora de la creación de capacidades locales y del cambio estructural*, Ed. CEPAL: Descargado el 17 de marzo de 2019 de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43136/1/S1701070_es.pdf
- Padma Mallampally y Karl P. Sauvart, *La inversión extranjera en los países en desarrollo*. En Finanzas & Desarrollo, Revista trimestral del FMI. 1999. Descargado el 17 de marzo de 2019 de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/1999/03/pdf/mallampa.pdf> /

Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, adoptada mediante la Decisión 24 durante el tercer periodo de sesiones extraordinarias de sesión de la Comisión Andina, entre el 14 y el 31 de diciembre de 1970.

Sustitución de las Decisiones 24 y conexas, sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, adoptada mediante la Decisión 220, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 20 de 18 de mayo de 1987.

Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, adoptada mediante la Decisión 291, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina del 16 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de septiembre de 1999.

UNCTAD, 2019. Informe sobre las inversiones 2018, las inversiones y las políticas industriales. Descargado 25 de marzo de 2019 de https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf.

Testimonios

Vivencia Judicial: Mi paso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Luis José Díez Canseco Núñez
Ex Magistrado por la República de Colombia
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Haber sido designado como Magistrado por la República del Perú ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, posteriormente haber sido elegido su Presidente, constituye sin la menor duda el hito más importante de una carrera profesional que ha estado principalmente vinculada con el derecho internacional en general y el derecho de la integración en particular.

Recuerdo cuando en 1985, recién graduado, ingresé como abogado en la Oficina de Asesoría Legal de la entonces Junta del Acuerdo de Cartagena, hoy Secretaría General de la Comunidad Andina. En ese entorno tuve el privilegio de conversar con varios de los Magistrados del nascente Tribunal. Me imaginaba el reto que significaba para ellos y, debo confesarlo, en varias ocasiones pasó por mi mente que algún día podría estar en su lugar. Sueños de un joven abogado que desde los inicios de su carrera estuvo profundamente involucrado con la integración.

Uno se traza metas y me puse como una de ellas materializar ese sueño.

Es por ello que, a lo largo de más de 30 años de ejercicio profesional, el mismo que me llevó por diferentes entidades y países, nunca perdí de vista el proceso de integración andino y fui intentando direccionar y consolidar mi experiencia para que, si llegaba el momento, pudiera servirlo. Y esa gran oportunidad se me confirió a finales de 2013 cuando se me eligió para tan importante cargo.

En ocasiones los sueños se hacen realidad y es la razón por la que tomé la decisión que mi paso por el Tribunal debía ser consecuente con el profundo cariño y fe por la integración andina como la mejor manera que nuestros ciudadanos tuvieran un mejor nivel de vida. No podía ser un mero cargo honorífico. Tenía que hacer algo para honrar mi sueño.

Es por ello que desde el primer día en mi cargo intenté trasladar la experiencia adquirida con objeto de posicionar la imagen y elevar la credibilidad de una entidad internacional que tiene por objeto difundir el ordenamiento jurídico andino y brindar seguridad jurídica a través de pronunciamientos serios y bien fundamentados. Ello fue una labor complicada y no exenta de frustraciones puesto que los gobiernos no le conferían atención. Del mismo modo, las empresas y una mayoría abrumadora de abogados negaban sistemáticamente su utilidad. Finalmente, el sector académico desconocía mayoritariamente de su existencia. Es más, corrían insistentes voces en el sentido de que el Tribunal debía desaparecer puesto que su labor judicial era repetitiva, poco original, además de lenta por decir lo menos. En efecto, este parecer, casi unánime, paralizó el proceso de reforma de su normativa.

Revertir esta opinión, injusta, por cierto, era algo sumamente complejo y no exento de imponderables y hasta críticas. En efecto, los jueces no están llamados a hacer activismo. Se deben limitar a sentenciar. Sin embargo, puedo decir con gran satisfacción que tuve el apoyo invaluable de uno de mis colegas magistrados en el Tribunal, así como de su pequeña y sacrificada Secretaría, conjuntamente con los pocos abogados que nos asistían en las magistraturas, pudimos iniciar un proceso creativo de auto-reforma que ha permitido, eso espero, recolocar al Tribunal en el sitio que se merece.

Así, por ejemplo, se trabajó arduamente para cambiar el formato y redacción en la parte deliberativa de las sentencias con objeto de que su lectura fuera más amigable para los intervinientes en los procesos, así como ser mucho más concretos y directos en la parte resolutive. Se logró incorporar al proceso de interpretaciones prejudiciales, que corresponde a la mayoría de su carga judicial, a diversas entidades administrativas, con lo que se abrió la posibilidad de abreviar plazos en los procedimientos. Se llevaron a cabo infinidad de cursos de capacitación y difusión de nuestro ordenamiento jurídico, así como reuniones de trabajo con las judicaturas de los Países Miembros. Dicha labor, inédita, por cierto, generó un incremento importantísimo de casos

ante el Tribunal pero que, sin embargo, no afectó la celeridad con que se resolvían. Del mismo modo se procedió a suscribir convenios con entidades académicas y profesionales que ven temas asociados con la normativa andina vigente, así como participar en innumerables foros internacionales en los que se hizo notar la presencia del Tribunal Andino. Del mismo modo tuvo el atrevimiento, según algunos, de sugerir la adopción de diversas normas que coadyuvaran con el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico andino. Dos de ellas, la normativa sobre el denominado Signo País o Marca País, así como la necesidad de reformar la normativa sobre libre competencia, actualmente son objeto de análisis y, esperamos, de normas en los próximos meses. Sobre este particular la Secretaría General de la Comunidad Andina tiene la responsabilidad de tomar la posta y complementarla con disposiciones sobre, por ejemplo, la protección al consumidor andino.

Lo descrito someramente hasta ahora fue una labor agotadora que me enriqueció sobremanera puesto que sentía que estaba cumpliendo con mi objetivo inicial. Para ello se tuvo que desplegar un gran esfuerzo no exento de una importante cuota de sacrificio. Pero los resultados fueron los deseados. El Tribunal inició el proceso de auto-reforma que los Países Miembros no supieron impulsar.

Se cumplen 40 años de creado el Tribunal Andino de Justicia y me honra haber sido parte del mismo. Puse lo mejor de mí a través de acciones concretas y de buena voluntad puesto que nuestro proceso de integración, que este año también cumple 50 años, no puede ser un mero foro de histrionismo y de palabras sin contenido. Nunca debemos olvidar que en su esencia se proyecta un proyecto histórico que a pesar de momentos difíciles ha sabido perdurar gracias a la institucionalidad.

Invoco a quienes en el futuro tengan la misma responsabilidad para que sigan la senda del trabajo y la creatividad jurídica. Los jueces estamos llamados a hacer que el derecho evolucione.

Del Grupo Andino a la Comunidad Andina de Naciones, Cincuenta años de vicisitudes y de realizaciones.

Guillermo Chahin Lizcano
Ex Magistrado por la República de Colombia

La Comunidad Andina es y ha sido, sin duda alguna, el proceso de integración más avanzado del continente americano y junto con la Unión Europea, uno de los dos exponentes a nivel mundial, de un verdadero sistema de Derecho Comunitario; que no obstante los avatares y desencuentros, normales en estos procesos, llega por estas calendas al medio siglo de existencia, motivo por el cual, quienes de una u otra forma hemos sido protagonistas o simples testigos de su desarrollo, nos encontramos de plácemes y nos honramos en saludar con regocijo a las diferentes instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración.

Hace ya medio siglo líderes andinos con diferentes posturas ideológicas, pero con ansias de ver una América integrada, propusieron al Continente la creación de un grupo de seis países (Bolivia, Ecuador, Chile, Colombia, Perú y Venezuela) que operara en su interior como sistema de integración económica dentro del ámbito de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC y que los posibilitara para que, dado el menor desarrollo de ellos, pudieran beneficiarse más aceleradamente de los logros de la integración latinoamericana, la cual, en gran medida, aportaba crecimiento sólo a las tres grandes economías del subcontinente, esto es, Argentina, Brasil y México (ABRAMEX). Esta la razón por la cual en sus comienzos el Grupo Andino tuvo tan sólo la pretensión de una existencia dependiente de la ALALC y con la precaria duración necesaria para que sus integrantes, catalogados entonces como de “menor desarrollo relativo”, pudieran considerarse

con niveles comparables a los de los demás países de ésta. Cumplido tal objetivo transitorio, el Grupo Andino estaba llamado a desaparecer subsumido dentro de ALALC. En efecto, este acuerdo de integración que se denominó “Grupo Andino” tomó su punto de partida con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969.

Empero, diferentes circunstancias de índole política y económica signaron de ineficiencia el proceso integrador latinoamericano y determinaron al final, la abolición de la ALALC y su sustitución por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), dándole al Grupo Andino la viabilidad que ya venía trabajando para constituirse en un esquema independiente y autónomo de integración, inspirado en las concepciones, para entonces novedosas, del Derecho Comunitario regente de los países europeos en su afán de construir la unión socio-política y económica de ese continente.

El primer gran paso en la dirección de abandonar sus condiciones de precariedad y dependencia y de constituirse como organismo autónomo, con vocación de permanencia y regido por instituciones de Derecho Comunitario, se da con la suscripción del Acuerdo de Cartagena de 1979, por medio del cual se estructura el ordenamiento Jurídico del Grupo Andino y se crea como mecanismo de solución de diferencias un sistema judicial, semejante al de la Comunidad Europea, a cuya cabeza se coloca al Tribunal de Justicia. Posteriormente se dio la celebración de los acuerdos modificatorios del Acuerdo Cartagena de 1969, denominados Protocolo de Trujillo y Protocolo de Sucre, mediante los cuales se introdujeron al proceso importantes reformas institucionales conducentes al establecimiento formal de la Comunidad Andina y del Sistema Andino de Integración, tanto como reformas programáticas y estratégicas tendientes a proyectarlo a campos que trascienden lo exclusivamente económico y que ponen en el primer orden de sus objetivos y preocupaciones, los aspectos sociales y políticos y; finalmente, se da la suscripción del Protocolo de Cochabamba, destinado a modificar el Acuerdo de Cartagena de 1979, creador del Tribunal de Justicia, con miras a reforzar sus competencias y a propiciar una mayor participación de los particulares en el control del orden jurídico comunitario.

Es por esta vía que quien esto escribe adquiere un compromiso más relevante con la Comunidad Andina, toda vez que, aunque participe de antaño de los esfuerzos de Colombia por darle vigor a dicho proceso, en su condición de funcionario del Instituto Colombiano de Comercio

Exterior (INCOMEX), llegó a desempeñarse como integrante de la delegación de este país en la actuación tendiente a negociar el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

Con el transcurrir de los años esta compenetración llegó a su mayor nivel cuando tuve el honor de ser designado por el Gobierno Colombiano como Magistrado del Tribunal para el período de 1999 a 2005, llegando a compartir con grandes juristas del foro andino y comunitario como son los venezolanos Luis Henrique Farías y Moisés Troconis, el ecuatoriano Rubén Herdoíza, los bolivianos Gualberto Dávalos y Walter Kaune y los peruanos Juan José Calle y Ricardo Vigil; personas de quienes guardo imperecedera memoria y a quienes agradeceré siempre sus valiosas enseñanzas y, sobre todo, su denodada contribución al afianzamiento de nuestra comunidad andina.

Y fue en este periodo en el que el Tribunal afinó y afianzó sus competencias mediante la aplicación del Protocolo de Cochabamba, en procura de vincular tanto a los Países Miembros, a todos los organismos de la comunidad como a los particulares nacionales de los Países Miembros al influjo de su jurisdicción, llevándolo al nivel institucional del otro Gran Tribunal de Derecho Comunitario, hoy actuante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En estos cincuenta años de integración, la conformación de la Comunidad Andina ha llegado a implantar en nuestras Constituciones Políticas, de una manera clara y contundente, el Derecho Comunitario y la institucionalidad común con la característica de supranacionales, lo cual constituye el mayor de sus logros, bajo cuya tutela se amparan los otros no menos significativos, de carácter económico, social y político, los que seguramente serán objeto de tratamiento por parte de especialistas en este aniversario.

Ahora bien, no todo ha sido exitoso en este proceso; ni todos los objetivos que se trazaron con ambición y confianza en el destino común de nuestros pueblos se han podido materializar: Circunstancias tan dolorosas como la defección de Chile y el posterior y siempre lamentado retiro de Venezuela asestan duro golpe al ideal comunitario. Así mismo, el incumplimiento pertinaz de los Países Miembros respecto de algunas de las Decisiones comunitarias o aún de los Tratados Constitutivos, contribuye a minar la confianza en el proceso y a hacer más dificultoso el camino a recorrer; pero cincuenta años de andadura,

remarcando los pasos, permiten vislumbrar como alcanzables los objetivos comunes.

Por todo lo anterior y desde mi condición de ex Magistrado del Tribunal de Justicia, saludo alborozado los cincuenta aniversarios de la Comunidad Andina y los cuarenta años de su Tribunal, reiterando que lo más valioso que le ha dado el proceso a la integración americana es su institucionalidad, la cual no puede perderse ni debilitarse y, por el contrario, con el añorado regreso de Chile y Venezuela, arraigarse y seguir madurando.

Una experiencia y reflexión singular desde la mitad del mundo

Carlos Oswaldo Salgado Espinoza
Ex Magistrado por la República del Ecuador

En primer lugar, felicito al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), por sus cuarenta años de vida institucional, órgano fundamental que ha generado la seguridad jurídica adecuada, para que la Comunidad Andina (CAN) esté cumpliendo medio siglo de existencia. Felicitaciones que las hago por intermedio de su Presidente del TJCA, el Señor Magistrado, Doctor Hugo R. Gómez Apac, por la fructífera labor que siguen dando al órgano de justicia comunitario, que se ha constituido por sus resultados, en un referente de las américas y del mundo.

En mi caso particular, luego de una trayectoria en mi ciudad natal, Cuenca¹, como catedrático de la Universidad de Cuenca², primer Gerente General de la Empresa Municipal de Aseo de Cuenca, EMAC EP³, mediador y árbitro de la Cámara de Comercio de Cuenca y de las Cámaras de la Producción del Azuay, asesor jurídico y empresarial de varias

1 Tercera ciudad en importancia del Ecuador, declarada Patrimonio Cultural de la Humanidad, desde diciembre de 1999.

2 Profesor ganador de concurso de oposición y méritos de todas las cátedras de legislación y derecho (Laboral, Tributario, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; Mercantil; Societario; y, Derecho Económico); de las cuatro Escuelas (Economía, Administración de Empresas, Contabilidad Superior y Sociología) la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Cuenca, desde 1989.

3 Desde 1999 a 2005, en cuya gestión, se logró implantar y certificar con el sistema integrado de las normas ISO 14001 & Ohsas 18001, el primer relleno sanitario impermeabilizado del Ecuador y el único a aquella fecha, certificado, con la norma de calidad ISO 14.001(norma voluntaria de máxima exigencia de cumplimiento normativo y respeto ambiental) en Sudamérica.

empresas; así como, abogado de libre ejercicio profesional desde 1989, tuve el altísimo honor de ser designado Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por la República del Ecuador, siendo el primer y único cuencano hasta la fecha, que haya logrado esta dignidad.

El TJCA, cuya sede se encuentra en Quito, en la “Mitad del Mundo”, fue un espacio de aprendizaje y capacitación permanente, por la exigencia que imprimimos en nuestra época, en la calidad de las sentencias y su oportunidad, buscando reducir los tiempos de despacho, en la perspectiva de una justicia ágil.

Nos tocó vivir la salida de la República de Venezuela (2006) como miembro de la CAN y con ello, la desvinculación del Magistrado de dicha nacionalidad, lo cual le dejó al TJCA con cuatro miembros y con la dificultad de resolver aquellas resoluciones en donde el Pleno tenía criterios divididos y empatados; ante ello, hicimos un pacto entre los magistrados de hacer todo esfuerzo necesario para lograr los consensos y acuerdos, de forma tal que, no se empantanen por esta circunstancia, las decisiones. Esta tarea nos llevó a la tolerancia y comprensión de las otras visiones opuestas y adaptarnos a aquella realidad.

No pudimos avanzar en la digitalización, tramitación online, utilización de plataformas digitales y el uso de las TIC en general, por el temor manifiesto de algunos colegas, dado que, no hubo lamentablemente, la debida información y conocimiento sobre lo bueno en que se constituyen estas herramientas tecnológicas, para contribuir en el acercamiento de los ciudadanos o usuarios del Tribunal Andino a los órganos de justicia, que están situados en lugares lejanos de sus domicilios, tanto más que, siendo el TJCA, un órgano de justicia subregional, cuya sede la tiene centralizada en Quito, los países, órganos facilitadores, personas naturales o jurídicas, que no tienen esta posibilidad en su país, deben hacer esfuerzos por llegar in situ al lugar físico (no online) del Tribunal Andino, lo que en algunos casos, hace onerosa su participación siendo aún peor, en otros casos, impide su acceso y con ello, lamentablemente, se llega a la indefensión.

La experiencia actual del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sobre todo en su primera fase, de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), vía online o en plataforma digital, es muy buen ejemplo, para reflexionar, en la necesidad que tienen los sistemas de solución de controversias regionales y de

integración, de facilitar el acceso a la justicia, por medio de las TIC y permitir con ello, la tutela efectiva de los derechos generados en los procesos de integración, sean de derecho comunitario (supranacional) o intergubernamental, de justicia ordinaria (jurisdiccional) o alternativa⁴ y arbitral.

El SIDH dispone de una plataforma amigable, transparente y completa, donde es muy fácil acceder a conocer las fechas y contenido de las audiencias⁵, las causas, la jurisprudencia (disponiendo de buscadores), los seguimientos que hace a la sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pero además, podríamos —con criterio innovador— posibilitar los procesos digitales y su acceso con las TIC. Esto sería lo que se espera de los órganos de justicia regional, para contribuir con la efectividad⁶ a la justicia.

En nuestra época, de los múltiples logros y experiencias, quiero compartir tres, que considero fueron muy valiosos:

El haber generado el debate sobre la conveniencia de que las opiniones consultivas (OC)⁷ del MERCOSUR, sean obligatorias y, no facultativas y las ventajas de los sistemas supranacionales o comunitarios, antes que, los intergubernamentales. En efecto, tanto en seminarios, foros, congresos sobre la temática de justicia y procesos de integración; así como, en las reuniones de jueces y magistrados de las Cortes Supremas de Justicia y Regionales de la CAN (TJCA) y MERCOSUR (Tribunal Permanente de Revisión), pudo el TJCA abrir los debates y fundamentos sobre la necesidad de dar seguridad jurídica a las OC del

4 Como los mecanismos autocompositivos: diálogo directo, mediación, negociación u otras denominaciones, sea que haya o no terceros (diferentes a las partes) que faciliten los acuerdos, pero que no decidan por ellos.

5 Están los vídeos y se transmiten en vivo las mismas.

6 La efectividad, entendida como la sumatoria de la eficacia (cumplir los objetivos y metas en los plazos establecidos o fijados), más la eficiencia (optimización de los recursos económicos, materiales, financieros y del talento humano) y comprendiendo tanto las restricciones y limitaciones de arranque (coyunturales y estructurales), así como, las oportunidades y potencialidades (de coyuntura y estructura).

7 Son las equivalentes a las Interpretaciones Prejudiciales (IP) de la CAN.

MERCOSUR y tomar el ejemplo de los procesos de integración, como la CAN, SICA⁸ y UE⁹, entre otros.

En Ginebra-Suiza, se construyó la reflexión, respecto de los debates del tiempo que deben tener las patentes de invención. Dejando un criterio muy importante sobre el número de años que se debería otorgar al titular de tal derecho de invención, sobre todo en asuntos de salud pública, en el sentido que, los años de duración deberían responder -antes que a una determinación subjetiva o genérica enunciativa- al fundamento de la inversión real y el justo beneficio por el esfuerzo y aporte lícito del inventor, sea persona natural o jurídica. Este debate dejó a los expertos de la OMC¹⁰ y de la OMPI¹¹, sin argumentos y planteamientos que puedan desvanecer la propuesta innovadora, que se la realizó en calidad de Magistrado del TJCA.

En el ambiente académico vinculado a la Justicia Regional de los Procesos de Integración, se hablaba y siempre se destacaba la función, participación y producción del TJCE¹²; sin embargo, en una investigación comparativa de los productos (sentencias) per cápita del TJCA, comparado con el resto de órganos de justicia de los procesos de integración, el TJCA, fue el mejor puntuado en nuestra época: en el primer lugar, con el 60,47% respecto de los Países Miembros (PM) y el 50,15% por cada millón de habitantes; en segundo lugar, el TJUE, con el 37,01 y el 42,25%, respectivamente. Para ello, comparto este Cuadro 3.11, tomado de la obra: El ABC del Derecho para la Integración, El Surco dela Neo-Integración (2010), de mi autoría:

Cuadro 3.11 *

Comparativo entre Países Miembros (PM), Nro. de Habitantes de los Sistemas de Integración (SI) y Órganos para la Solución de las Controversias, respecto del total de Resoluciones de las causas conocidas y resueltas encaminadas al Incumplimiento e Uniformidad de la Normativa Comunitaria e Intergubernamental (IUNC/IUNI) de Europa, Latinoamérica y del Caribe.

- 8 Sistema de Integración Centroamericano, cuyo órgano de justicia es la Corte de Justicia Centroamericana (CJC).
- 9 La Unión Europea, con su actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), antes: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).
- 10 Organización Mundial del Comercio (OMC).
- 11 Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI).
- 12 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Sistemas de Integración (SI)[Año Creación]	Órgano de Solución de Controversias [Año Funcionamiento]	PM/ Nro. de Habitantes del PI en Millones	Promedio IUNC ó IUNI a) Por PM b) Por cada millón de habitantes	%
Unión Europea UE [1951]	TJUE ** [1952]	27/501	a) 303,18 b) 16,50	a) 37,01 b) 42,25
Sistema de Integración Centroamericano SICA [1958]	CCJ [1994]	7/43	a) 15,28 b) 2,48	a) 1,86 b) 6,35
Comunidad Andina CA/CAN [1969]	TJCA [1985]	4/100	a) 495,25 b) 19,81	a) 60,47 b) 50,15
Comunidad del Caribe CARICOM [1973]	CJC [2005]	15/15	a) 0,26 b) 0,26	a) 0,00 b) 0,66
Mercado Común del Sur MERCOSUR [1990]	TAAH [1999] TPR [2004]	4/231	a) 5 Res. a) 3,75 Ksos. b) 0,0086 Res. b) 0,0064 Ksos.	a) 0,6 a) 0,45 b) 0,00 b) 0,00
Total			a) 818,97 Res. a) 817.72 Ksos. b) 39.05 Res. b) 39.05 Ksos.	100 100

Res. = Resoluciones (Sentencias/Laudos) Ksos= Casos * La información, está actualizada hasta el 17 de agosto de 2010. ** La información que se tiene es solo hasta el año 2009, por ello, para el cálculo promedio por año, no se considera los 57 años de funcionamiento, sino sólo 56, no así en los demás casos y, se vería distorsionado por algo más de cuatro meses, esto es, entre mediados de agosto a diciembre de 2010.

Siendo los niveles de productividad del SICA, CARICOM y MERCOSUR, insignificantes en relación a la CAN y la UE.

Sin duda, la fortaleza del TJCA, está en muchos ámbitos y por ello, es un referente de las américas y del mundo.

Testimonio

Olga Inés Navarrete Barrero
Ex Magistrada por la República de Colombia

Como nacional comunitaria andina registro con grata complacencia 40 años de la creación del Tribunal Andino, hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano del que hice parte en calidad de Magistrada a propuesta de la República de Colombia.

La justificación de la existencia del Tribunal está profundamente ligada al sueño de lograr la integración entre nuestros Países Miembros, mejorar la vida de sus habitantes y facilitar el comercio, el intercambio cultural y el libre tránsito de personas, bienes y servicios, y que se concretó con la suscripción en mayo de 1969 del Acuerdo de Cartagena de Indias (Colombia).

Algunos procesos de integración entre países pueden apostar por la mediación, la conciliación o la amigable composición para resolver las discrepancias que surjan de la interpretación de los tratados fundacionales y para decidir sobre los incumplimientos a la norma fundamental y al derecho derivado, pero lo cierto es que en el caso de la Comunidad Andina, el paso del tiempo puso de presente que no resultaba suficiente la expedición de normas comunitarias sino que era imperioso contar con la existencia de un órgano judicial encargado de las competencias prenombradas.

Ciertamente, aunque no fue previsto desde el comienzo un sistema judicial de solución de las controversias, desde temprano se sintió la urgente necesidad de la implementación de un Tribunal, a raíz de los incumplimientos de los Países suscriptores del Acuerdo de Cartagena

y, además, para contar con la interpretación, por vía de autoridad judicial, de las normas del proceso de integración andino, realidad que se concretó el 28 de mayo de 1979, 10 años después de la suscripción del Acuerdo de Cartagena.

Fortalecer el sistema de integración y dar firmeza al orden jurídico comunitario motivaron la creación de un órgano permanente e independiente que asegurara el acatamiento cabal del Derecho Comunitario Andino, creación que responde a la filosofía que plasmaron los Presidentes de los Países Andinos en la declaración de 1978:

“Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de:

- 1) Declarar el derecho comunitario*
- 2) Dirimir las controversias que surjan del mismo*
- 3) Interpretarlo uniformemente...”*

Pensamiento que fue reiterado en el Tratado Modificatorio de la Creación del Tribunal Andino del 10 de marzo de 1996, suscrito en Perú:

“PERSUADIDOS de que la integración económica latinoamericana y particularmente la consagrada en el Acuerdo de Cartagena constituye un propósito común de desarrollo económico y social; y teniendo en cuenta la Declaración de los Presidentes de los Países Andinos formulada en Bogotá el 8 de agosto de 1978;

CONSCIENTES de que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros;

CONVENCIDOS de que algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico;

SEGUROS de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguar-

dados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.”

El recorrido de 10 años demostró que no resultaba suficiente plasmar el sueño de un proceso de integración de un grupo de Países con la suscripción de tratados, sino que era necesario disponer de un organismo, que con la fuerza de la sentencia judicial supranacional asegurase el éxito de los objetivos de la integración. Es así como a lo largo de 40 años el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina viene vigilando la legalidad de las normas expedidas por los órganos del Sistema de Integración y, con base en los principios básicos que conforman el andamiaje jurídico, a través de la Interpretación Prejudicial que solicitan los jueces nacionales de los Países Miembros para resolver las causas que se someten a su juzgamiento y donde se alega la aplicación de normas comunitarias, procura una interpretación uniforme para las mismas.

La profundización del proceso de integración llevará seguramente a que, día a día, muchos aspectos de la vida de nuestros conciudadanos se regulen por normas comunitarias bajo el marco del respeto de los derechos humanos plasmados en las Tablas de Derechos Humanos de diversos Tratados Internacionales y en la Carta Andina de Derechos Humanos, alcanzando un amplísimo espectro regulatorio que abarque campos tales como la posibilidad de homologación de títulos de estudios y la expedición y puesta en vigencia de un documento que posibilite no solo el libre tránsito por la región andina, sino también el poder trabajar en cualquiera de los Países Miembros, con la seguridad de que sus derechos fundamentales serán resguardados y protegidos por el Sistema de Integración Andina SAI, debido a que en su labor el Tribunal de Justicia Andino interpretará siempre la normativa andina conforme a los postulados filosóficos que inspiraron este modelo de integración, haciendo realidad el anhelo integracionista de nuestros pueblos.

Nuestros ciudadanos andinos pueden sentirse orgullosos y confiados de contar, dentro del proceso andino, con un organismo de carác-

ter jurisdiccional, que ha sabido cumplir a cabalidad con la tarea encomendada, respondiendo a las motivaciones que inspiraron su creación.

Con sentimientos de admiración y respeto,

Olga Inés Navarrete Barrero

Bogotá, Colombia. Marzo de 2019.

Testimonio

Gustavo García Brito
Ex Secretario

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En abril del año 2006 la República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena y la Comunidad Andina (CAN) quedó conformada por cuatro países: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Una de las consecuencias de dicha decisión fue que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) quedó integrado por cuatro Magistrados. En ese sentido, la estructura orgánica, funcional y económica del órgano jurisdiccional de la CAN fue alterada y pese a las reiteradas solicitudes para que esa situación se resuelva por la vía legislativa, la solución nunca llegó. De esta manera, la imprevista e inédita situación de contar con un número par de Magistrados generó un desafío para el TJCA, especialmente en relación con el quorum decisorio, ya que naturalmente podría presentarse un empate durante la deliberación y posterior votación de providencias y sentencias.

En el mes de enero del año 2014, el TJCA recibió una demanda laboral (Proceso 01-DL-2014) y después de la deliberación sobre su admisibilidad no fue posible alcanzar consenso. El resultado de la votación fue de dos votos a favor de la admisión de la demanda y dos votos por el rechazo in límine. Este hecho generó que el Pleno del TJCA iniciara una profunda reflexión acerca del problema derivado de su composición par, concluyendo que de ninguna manera la omisión legislativa podía impedir la oportuna administración de justicia y la eficaz tutela jurisdiccional. El TJCA consideró además que la inacción frente a una laguna normativa vaciaría de contenido su misión esencial de adminis-

trar justicia y colocaría a los ciudadanos andinos en una situación de total indefensión.

Como resultado de intensos debates al interior del TJCA, el 13 de mayo de 2014 se aprobó por mayoría la Resolución 01/2014 “Procedimiento para resolver la falta de quórum decisorio en asuntos judiciales”. En dicha Resolución, el TJCA utilizó la integración del derecho como un mecanismo para superar los efectos del vacío normativo mencionado anteriormente. En ese sentido, realizó una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 13, literal d) y 70 de su Estatuto, con el objeto de evidenciar que, únicamente cuando el impedimento o recusación del Magistrado titular (situación fáctica) genere una afectación sustancial al proceso y no sea posible alcanzar el quórum deliberatorio o decisorio (consecuencia jurídica), el TJCA debe convocar a un Magistrado suplente (solución normativa). Es decir, la convocatoria de un Magistrado suplente no responde a una determinada situación fáctica, sino que está justificada por las consecuencias prácticas y jurídicas de dicha situación. El TJCA entendió que el empate en la votación (situación fáctica) generaba la misma consecuencia jurídica de falta de quórum deliberatorio y decisorio y, por tanto, debería aplicarse la misma solución normativa de convocar a un Magistrado suplente¹. Así, sería posible dirimir el empate, alcanzar el quórum decisorio requerido y cumplir su principal misión de administrar justicia. La Resolución 01-2014 ha sido aplicada 6 veces desde su entrada en vigencia.

Es evidente que la Interpretación Prejudicial —mecanismo de colaboración judicial entre el Tribunal Andino y las autoridades nacionales— constituye la pieza esencial de la comunidad de derecho que representa la CAN. A través de este mecanismo se asegura la interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino en el territorio de los cuatro países miembros. Es cierto también que el TJCA se ha destacado en el ejercicio de esta competencia, especialmente en materia de propiedad intelectual. En el año 2014, el Pleno del TJCA decidió llevar adelante un diálogo franco y directo con las autoridades judiciales que utilizaban este mecanismo, así como con las entidades administrativas nacionales que aplicaban su jurisprudencia. Esta iniciativa permitió que los Magistrados

1 De acuerdo con el artículo segundo de la Resolución 01-2014, el TJCA realizará anualmente un sorteo público entre los primeros Magistrados suplentes de cada País Miembro, a fin de establecer el orden de intervención de cada uno de ellos en los procesos en que sea aplicable dicha Resolución.

juntamente con las autoridades nacionales realizaran una adecuada evaluación sobre la forma en que se estaba aplicando la norma andina y las interpretaciones prejudiciales en la solución de casos en sede nacional. De esta manera fue posible identificar aspectos procesales y cuestiones sustanciales que podrían optimizar la labor del TJCA.

Un resultado concreto del trabajo realizado en los países miembros fue la solicitud de interpretaciones prejudiciales, presentada casi simultáneamente, por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual del Estado Plurinacional de Bolivia (Proceso 105-IP-2014) y la Dirección de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la República del Perú (Proceso 121-IP-2014). Ambas consultas permitieron que el TJCA realice un aporte fundamental al derecho comunitario andino, toda vez que en los dos casos se reconoció la legitimidad activa de los solicitantes. De esta manera, las entidades administrativas permanentes, constituidas por mandato constitucional o legal, que acrediten el carácter obligatorio de sus competencias, el deber de aplicar normas andinas, el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo, así como el respeto al debido proceso y su independencia y autonomía funcional, tienen la facultad de solicitar una Interpretación Prejudicial.

El análisis que realizó el Tribunal Andino partió de la premisa de que el término “juez nacional” contenido en los artículos 33 del Tratado de creación del TJCA y 122 y 123 de su Estatuto, es un concepto autónomo del derecho comunitario andino que debe ser definido por el TJCA, tomando en cuenta el objeto y la finalidad del instituto de la Interpretación Prejudicial. Así, para asegurar la aplicación uniforme del derecho andino se debe tomar en cuenta que el mismo no solamente se aplica en sentencias judiciales, sino también en actos administrativos que reconocen o deniegan derechos, y resuelven controversias. El TJCA reconoció que la independencia de las entidades que emiten dichos actos promovió la “jurisdiccionalización” de los procedimientos que tramitan, en los que se observan las garantías del debido proceso. Asimismo, consideró que, de acuerdo con el principio de legalidad, el límite de actuación de las administraciones nacionales también está determinado por el ordenamiento jurídico comunitario andino. En ese sentido, si las entidades competentes cuentan con una Interpretación Prejudicial antes de emitir un acto administrativo, se garantiza la “aplicación uniforme de la norma comunitaria desde el primer momento en que es invocada”, reduciendo así la discrecional-

dad de la administración y otorgando mayor predictibilidad, seguridad jurídica y protección de los derechos de los administrados.

Este avance jurisprudencial que profundizó lo que ya se había hecho en los procesos 14-IP-2007, 130-IP-2007 y 03-AI-2010, sirvió posteriormente de base para la emisión de los Acuerdos 08/2017 y 04/2018 que establecen el Reglamento que regula aspectos vinculados con la emisión y solicitud de interpretaciones prejudiciales, en el que, entre otros, se establece la posibilidad de que las partes en los procesos internos formulen preguntas, presenten informes técnicos o normativos, y participen en informes orales, en el marco de una solicitud de Interpretación Prejudicial.

Una de las funciones más importantes del TJCA es realizar actividades de difusión del ordenamiento jurídico comunitario andino. A partir del año 2015, especialmente con el impulso y liderazgo del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez, se comenzaron a desarrollar varias actividades de esta naturaleza en los cuatro países miembros. El resultado es evidente, gracias a todo el trabajo realizado por el TJCA y a la apertura y compromiso de las autoridades nacionales, entre 2014 y 2018 se triplicó el número de causas recibidas y resueltas por parte de este órgano jurisdiccional. Asimismo, se suscribieron una serie de Convenios interinstitucionales entre los que me permito destacar los siguientes: el suscrito con la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz, Bolivia, que permitió capacitar a más de 100 profesores titulares de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios; el firmado con el Indecopi del Perú, gracias al cual, desde el segundo semestre del 2014, cada dos meses el TJCA recibe a dos profesionales de esa institución para realizar prácticas profesionales. Por último, el Convenio suscrito con la Universidad de Nariño de Colombia que posibilitó institucionalizar un concurso anual de ensayo con los estudiantes de esa Universidad y los ganadores tienen la oportunidad de realizar pasantías pre profesionales de un mes en el TJCA.

Entre los años 2012 y 2018 tuve el honor de ejercer el cargo de Secretario del TJCA y ser testigo de las situaciones mencionadas y de muchas otras que, del mismo modo, contribuyeron a fortalecer el proceso de integración andino. Asimismo, tuve la oportunidad de compartir y aprender con los Magistrados y los funcionarios que dedican su vida y su trabajo a la Comunidad Andina. El servicio público que a diario se realiza en el Tribunal permite generar una verdadera identidad comunitaria, que está al servicio de todos los ciudadanos andinos. En todos

esos años, pude evidenciar que la labor del TJCA es esencial para que la CAN cumpla con la finalidad prevista en el artículo primero del Acuerdo de Cartagena que es mejorar persistentemente el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

Quito, marzo de 2019.

Reseña de autores

Hugo R. Gómez Apac

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Actualmente, Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el que es Magistrado Principal por la República del Perú. Es profesor del curso “Derecho procesal administrativo: procedimiento administrativo general, sancionador y trilateral” en la Maestría de Derecho Público Económico en la Universidad del Pacífico.

Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia y Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor.

Ha sido profesor de los cursos Regulación de Servicios Públicos, Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Instituciones Jurídicas de la Regulación (Maestría Derecho de la Empresa), Derecho Administrativo, Metodología de la Investigación Jurídica y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Organización del Estado y Derecho Público Administrativo (Maestría en Gestión Pública) en la Universidad del Pacífico; y Derecho Administrativo II y Derecho Medioambiental en la Universidad ESAN.

Coautor del Anteproyecto de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, participó en la elaboración de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina y en el Anteproyecto del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Autor, coautor y director de libros; autor de diversos artículos publicados en libros y revistas de Economía & Derecho, y expositor en

diplomados, congresos, seminarios y cursos, tanto internacionales como nacionales.

Luis Rafael Vergara Quintero

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Externado de Colombia (1979), especialista en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios (1980 y 1191), con reconocimiento académico al Mérito Judicial. Diplomado en Acción de Tutela (1993) y becario del Aula Iberoamericana del Poder Judicial Español – Derecho Laboral, Coruña, Galicia (2000).

Actualmente, Magistrado Principal por la República de Colombia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Expresidente de la misma Institución en el año 2018 y Magistrado Suplente en el año 2016.

Ha sido Presidente del Consejo de Estado de la República de Colombia; Miembro de los Consejos de Gobierno Judicial y Superior de Carrera Notarial y de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial en el año 2015; Presidente Sección Segunda del Consejo de Estado; Consejero de Estado de la Sección Segunda - Asuntos administrativos laborales desde el año 2008 al 2016; Delegado por la República de Colombia ante la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo – O.I.T., Ginebra, Suiza desde el año 2012 al 2014.

A su vez, ejerció la Presidencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; fue Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la Sección Segunda - Asuntos Administrativos Laborales (1995-2008); Presidente del Tribunal Administrativo de Sucre; Magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre (1989-1995); Abogado asesor y Jefe de Departamento Administrativo y de Contratos (E) de la Empresa de Energía de Bogotá (1987-1989); Jefe de División, Secretario General (E) y Director Regional del extinto Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente – Inderena (1980-1986); Secretario Privado del Ministro de Agricultura (1980); Presidente Colegio de abogados ambientalistas de Colombia y Abogado consultor RCTV y FONADE.

Docente en varias ciudades de Colombia de las cátedras a nivel de posgrado en Derecho Administrativo; Derecho Laboral Adminis-

trativo; Función Pública; Derecho Procesal Administrativo; Práctica forense administrativa; Teoría del Estado en distintas universidades y Docente Orientador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla por más de 25 años.

Finalmente, ha participado como autor y coautor de diversas publicaciones e investigaciones en la República de Colombia.

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador. Magíster en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar. Título de Especialista en Derecho Tributario (Aduanas y Comercio Exterior) Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Experto en Negociación de Conflictos, United States Legal System and Business, Expert Litigator Certification, Nueva York, marzo 2014. Expert Litigator Avanzado, Interrogatorio y Contrainterrogatorio, Nueva York, octubre 2014, Law University of Miami. Advanced Negotiation Workshop, Harvard Law School, 1999. Theory and Tool of the Harvard Negotiation Project, Massachusetts 1997. Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en Colombia 1995; en Portugal 1998; en Brasil 2002; en Génova-Italia 2002; en Buenos Aires 2003, en Quito, 2004. Tópicos sobre Reformas Financieras, en el Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, en México, 1995: Comercio e Inversiones, Bahamas 1994. Criminología, Delitos Económicos, la Habana-Cuba 1987-

Primer Magistrado Suplente por la República del Ecuador en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desde el año 2011. Magistrado presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Año 2015-2016. Magistrado Titular del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por la República del Ecuador (2015 – 2023).

Director del Bufete Jurídico ROMERO & ASOCIADOS – ALEGA, Asesoría Legal Especializada desde 1986. Presidente de la Corporación Ecuatoriana de Estudios Aduaneros, Comercio Exterior e Integración – “CORPEACI”. Asesor y Consultor Nacional e Internacional en diferentes áreas del Derecho Económico Internacional. Asesor Jurídico Institucional en el Área Aduanera, Tributaria y Comercio Exterior.

Catedrático de la Maestría en Derecho Societario, Financiero y Mercado de Valores, Especialización Derecho Tributario, Aduanero, Comercio Exterior e asociados conferencista Integración, del Instituto Superior de Post Grado de la Universidad Central del Ecuador.

Panelista y Conferencista invitado en varias Universidades del País, en temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual, Aduana, Integración y Comercio Exterior.

Publicaciones: Los delitos Penales Aduaneros en la Legislación Ecuatoriana, 1986, La Modernización Aduanera y los Procesos de Integración 1995: Derecho Penal Aduanero y Derecho Penal Económico.

Luis Felipe Aguilar Feijóo

Abogado por la Universidad del Azuay, Magíster en Derecho Internacional y Política Económica (LL.M) por la Universidad de Barcelona, y Magister en Derecho con mención en contratación pública por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Actualmente, Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Como profesor ha sido invitado a dictar un módulo sobre el Arbitraje en el Sector Público dentro de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional de la Universidad San Francisco de Quito.

En la Procuraduría General del Estado del Ecuador formó parte del equipo de defensa encargado de litigar varios arbitrajes internacionales de inversión ante la Corte Permanente de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión, CIADI.

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y egresada de la Maestría en Derecho de la Empresa en la misma casa de estudios.

Actualmente, se desempeña como Asesora de la Magistratura de la República del Perú del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Fue Secretaria General ad interim del TJCA; Abogada del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); Secretaria Técnica de los Procedimientos Administrativos Disciplinarios del OEFA; Coordinadora General (e) de Integridad, Responsabilidad, Ética y Anticorrupción del OEFA; Abogada de la Presidencia de Consejo Directivo del OEFA; y, Abogada en el Gabinete de Asesores del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

Ha sido asistente de cátedra de los cursos de Derecho Administrativo II, Derecho de la Competencia y Derecho Civil II en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Es miembro fundador y Presidenta del Consejo de Egresados del Taller de Investigación en Derecho Administrativo - TIDA de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en donde fue Coordinadora General durante el año 2012. Asimismo, es miembro fundador de la Asociación Peruana para el Desarrollo de Técnicas de Argumentación (APTA – Perú).

Es Árbitro de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada anualmente por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y por la Universidad del Rosario (Colombia).

Cuenta con publicaciones académicas en derecho administrativo y contrataciones públicas.

Agradecimientos

El director del presente libro agradece la valiosa colaboración de Marcelo Farfán Intriago, Eugenio Radamés Borroto Cruz, Tania Gabriela Villacreses Briones y María Elena Torrens Pérez de la Universidad San Gregorio de Portoviejo; Luis Felipe Aguilar Feijoó y Karla Margot Rodríguez Noblejas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y de Anyhela Ibeth Herrera Cabrera, Eva Yaseny Guerrero Adrianzén, Tania Jackeline Llave Fernández y Elvis Joel Acuña Vera del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú.

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