

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024

45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración

Directores
Hugo R. Gómez Apac
Alejandro D. Perotti
Jorge Antonio Quindimil López
Íñigo Salvador Crespo

Coordinadora general
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Tomo II

Quito - 2024

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024

45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración

Directores
Hugo R. Gómez Apac
Alejandro D. Perotti
Jorge Antonio Quindimil López
Íñigo Salvador Crespo

Coordinadora general
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Curaduría
Mario Mateo Santos Pérez

TOMO II

Quito - 2024

AA.VV. (Hugo Gómez, Alejandro Perotti, Jorge Quindimil & Íñigo Salvador, directores), *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024. 45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración,* Tomo II, primera edición, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2024.

© Hugo R. Gómez Apac, Alejandro D. Perotti, Jorge Antonio Quindimil López, Íñigo Salvador Crespo & Karla Margot Rodríguez Noblejas.

Primera edición: Quito, mayo de 2024.

Directores:
Hugo R. Gómez Apac
Alejandro D. Perotti
Jorge Antonio Quindimil López
Íñigo Salvador Crespo

Coordinadora general:
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Curaduría:
Mario Mateo Santos Pérez

Con el auspicio de:
- Secretaría General de la Comunidad Andina
- Embajada de la República del Perú en la República de Ecuador

Diseño de portada y contraportada:
Andrea Carolina Hidalgo Nevárez

Editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

ISBN 978-9942-45-664-9

Impreso por Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda.

Cantidad de ejemplares: 300

NOTA

Todos los textos que aparecen en esta publicación, con excepción del capítulo X, han sido objeto de curaduría. Sin embargo, ni el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ni los directores, ni la coordinadora general, ni los curadores se hacen responsables de la exactitud, licitud, veracidad y/o actualidad de sus contenidos u opiniones, los cuales son responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores.

Las declaraciones, ideas y opiniones vertidas en la presente obra colectiva son de exclusiva responsabilidad de sus autores, y no comprometen ni vinculan, ni directa ni indirectamente, a la jurisprudencia o posición oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Los autores son responsables exclusivos de la interpretación que efectúan en el presente libro sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como de su lectura y sentido. Dicha interpretación, lectura y sentido no vinculan a la corte andina, y esta no necesariamente las comparte.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina apoya el estudio y difusión del derecho comunitario andino por parte de docentes, profesionales, especialistas, estudiantes, doctrinarios y la academia en general.

La posición oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se encuentra en su jurisprudencia.

El capítulo X no ha sido objeto de curaduría con la finalidad de respetar la originalidad de cada testimonio contenido en dicha sección.

***

ÍNDICE (TOMO II)

[Continuación del subcapítulo VI del capítulo V]

Apartado III: La trascendente labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el campo del Derecho de Marcas
Gustavo Arturo León y León Durán…….…….. 11

Apartado III: La distintividad de la marca y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Juan Felipe Acosta Sánchez…… 39

Capítulo VI: Doctrinas judiciales elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – competencias jurisdiccionales…….……... 59

Subcapítulo I: La acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz……. 61

Subcapítulo II: La fase prejudicial de la acción de incumplimiento: una mirada "in house"
Sara Rosana Rosadio Colán & María de los Ángeles Arévalo Albornoz….. 103

Subcapítulo III: La acción de incumplimiento como garantía de la eficacia del derecho comunitario andino
Gustavo García Brito…… 127

Subcapítulo IV: Mecanismo de aplicación homogénea de normas en la Comunidad Andina: la interpretación prejudicial
Jorge Javier Salas Vega…..……..…… 157

Subcapítulo V: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la teoría del acto aclarado: un cambio histórico
Alejandro D. Perotti…….. 167

Subcapítulo VI: La responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la Comunidad Andina
María Ángela Sasaki Otani…… 201

Subcapítulo VII: La jurisdicción arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Patricia Alvear Peña & Carlos S. Garcés Vásconez…….. 217

Subcapítulo VII: La función arbitral prevista en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Genaro Baldeón Herrera…….. 239

Subcapítulo VIII: La competencia laboral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Karla Margot Rodríguez Noblejas…… 253

Subcapítulo IX: El recurso por omisión en el derecho comunitario andino
Juan Manuel Indacochea Jauregui…… 277

Capítulo VII: Aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al derecho comunitario comparado…….……..……. 293

Subcapítulo I: Los informes orales en los procesos de interpretaciones prejudiciales
Fernando Triana, Sandra Méndez & Sandra Ávila-González…….…. 295

Subcapítulo II: El arbitraje y la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Jorge Antonio Quindimil López …….…….…. 311

Subcapítulo III: El método creativo e inclusivo de interpretación del Tribunal andino: los órganos administrativos con función jurisdiccional dentro del marco de la interpretación prejudicial
Jackeline Patricia Céspedes Arteaga…..……. 339
Capítulo VIII: Trascendencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina……..……. 353
Subcapítulo I: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La integración a través del derecho
Koen Lenaerts……..……..…. 355
Subcapítulo II: A 45 años del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Carlos Antonio Guerra Gallardo……..…….. 369
Subcapítulo III: The Court of Justice of the Andean Community through the lens of the Caribbean Court of Justice
Adrian Saunder……..……..…….. 385
Subcapítulo IV: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina visto desde el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur
Gisele Ricobom & Natasha Suñé……..…… 395
Capítulo IX: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Poder Judicial de los Países Miembros…..……..……. 405
Subcapítulo I: Integración subregional andina y justicia contencioso administrativa en Colombia
Oswaldo Giraldo López……..……..…. 407
Subcapítulo II: Experiencia judicial ecuatoriana en la actividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Patricio A. Secaira Durango……. 415
Subcapítulo III: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Poder Judicial de Perú
Ramiro A. Bustamante Zegarra……. 425
Capítulo X: Testimonios…….. 449
Subcapítulo I: Testimonios y vivencias de mis días en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina…….. 451
Patricio Bueno Martínez…….. 453
Guillermo Chaín Lizcano……. 463
Luis José Diez Canseco Núñez……. 469
Rubén Herdoíza Mera…….. 479
Walter Kaune Arteaga…….. 483
Olga Inés Navarrete Barrero……... 491
Hernán Rodrigo Romero Zambrano……. 497
Carlos Oswaldo Salgado Espinoza…….. 505
Luis Rafael Vergara Quintero…….. 515
Subcapítulo II: Testimonios de usuarios del sistema andino de solución de controversias……. 521
Sujey Torres Armendáriz…….. 523
Karin Cáceres Durango …….. 531
Rodrigo Javier Garrón Bozo…… 537
Fernando Triana…….. 545
Xavier Rosales Kuri……. 551
Luis Alonso García Muñoz Najar…… 555
Juan Carlos Durand Grahammer…… 561

Capítulo XI: Galería fotográfica conmemorativa…….. 565
Subcapítulo I: Magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina……... 567
Subcapítulo II: Exmagistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina……... 571
Subcapítulo III: Recuento de secretarios generales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina……... 583
Subcapítulo IV: Eventos protocolares con autoridades nacionales e internacionales……... 587
Reuniones con jefes de Estado
Reuniones con funcionarios comunitarios
Reuniones con ministros de Estado
Eventos protocolares con autoridades judiciales
Eventos con autoridades internacionales
Eventos protocolares de los magistrados del TJCA
Eventos académicos
Sedes e instalaciones del TJCA
Subcapítulo V: Colaboradores del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina……... 619

***

[CONTINUACIÓN DEL
SUBCAPÍTULO VI DEL CAPÍTULO V]

APARTADO III

LA TRASCENDENTE LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN EL CAMPO DEL DERECHO DE MARCAS

Gustavo Arturo León y León Durán

Gustavo Arturo León y León Durán

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de postgrado en Propiedad Intelectual en la Universidad Católica de Lovaina. Realizó una pasantía en la Oficina de Patentes y Marcas del Japón.

Actualmente es socio de León & León Abogados de Lima, Perú. Exdirector de las Oficinas de Signos Distintivos y de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. Exdirector general de Propiedad Industrial del ITINTEC. Exdirector General de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC). Exdirector de la Oficina de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Cultura (hoy Ministerio de Cultura). Exdirector de la Dirección General de Derechos de Autor de la Biblioteca Nacional del Perú.

Autor del libro *Derecho de Marcas en la Comunidad Andina. Análisis y comentarios*, que cuenta con dos ediciones y autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas nacionales y extranjeras tales como la Revista de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI), la Revista del Foro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, la Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la revista ASIA-IP, el Anuario Andino de Derechos Intelectuales, la Revista de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otras.

***

LA TRASCENDENTE LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN EL CAMPO DEL DERECHO DE MARCAS

Gustavo Arturo León y León Durán

Palabras clave

Derecho de Marcas. Comunidad Andina. Criterios jurisprudenciales. Interpretación prejudicial. Acción de incumplimiento. Mala fe. Doctrina del acto aclarado.

Keywords

Trademark law. Andean Community. Jurisprudential criteria. Preliminary ruling. Non-compliance action. Bad faith. Doctrine of the clarified act

Resumen

En el presente trabajo se pretende presentar los criterios jurisprudenciales que, a nuestro juicio, han resultado los más saltantes establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia del Derecho de Marcas, regulado por la Decisión 486 de la Comunidad Andina, los cuales, en muchos casos, han servido para adecuar la norma a la evolución que ha tenido este derecho desde la aprobación de la normativa comunitaria y con ello poner en relieve el trascendente rol que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tenido en este proceso, en particular en los años más recientes.

Abstract

The present work aims to present the jurisprudential criteria that, in our opinion, have been the most outstanding established by the Court of Justice of the Andean Community in matters of Trademark Law, regulated by Decision 486 of the Andean Community. In many cases, these criteria have served to adapt trademark law to the evolution that it has had since the approval of the community regulation and thereby highlight the transcendent role that the Court of Justice of the Andean Community has had in this process, particularly in more recent years.

1. Introducción

No cabe duda la importancia que reviste la jurisprudencia como fuente del Derecho. La jurisprudencia es al derecho lo que la práctica es a la teoría en todas las demás ramas de las ciencias humanas. Cuando la jurisprudencia se perpetúa en el tiempo a través de las sentencias de los tribunales, adquiere firmeza y nos ofrece las más útiles y fecundas enseñanzas en la interpretación de la norma, sin perjuicio de la existencia de la libertad de crítica para examinarla. En cualquier caso, la jurisprudencia nos muestra la aplicación práctica de los principios de la ley y las ideas generales contenidas en ella adquieren la precisión necesaria, así como las doctrinas se modifican y atemperan para hacerse adaptables a la naturaleza de las cosas y a las necesidades de las sociedades.

Particularmente, para la Comunidad Andina, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**) adquiere especial relevancia y en materia del Derecho de Marcas resulta esencial, habida cuenta que este es uno de los de mayor actividad e involucra la mayor cantidad de procesos tanto en cada país miembro de la Comunidad Andina como en el propio Tribunal de Justicia de aquella. El Derecho de Marcas está normado por la Decisión 486 que establece el Régimen común sobre Propiedad Industrial[1], norma de rango supranacional que goza de preeminencia frente a las legislaciones internas de la materia que cada país miembro tiene sancionada.

En materia del Derecho de Marcas, la labor del TJCA ha sido destacada a lo largo de su historia; sin embargo, especialmente en estos últimos años, las sentencias dictadas vía la figura de la Interpretación Judicial han sido relevantes y notables por establecer los criterios jurídicos interpretativos novedosos con relación a diversos temas, adecuando la norma a la evolución que han tenido los avances tecnológicos, sociales y jurídicos, clarificando la legislación en aquellos puntos divergentes o controvertidos y en fin, garantizando su aplicación uniforme.

2. Contenido

A continuación, vamos a resumir algunas interpretaciones judiciales que consideramos significativas en cuanto han establecido criterios jurídicos interpretativos novedosos en el tema que nos ocupa.

2.1. Ampliación de Interpretaciones Prejudiciales

Mediante Interpretación Prejudicial 121-IP-2014 de fecha 20 de noviembre de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **GOAC**) N° 2427 del 11 de diciembre de 2014, el TJCA, establece jurisprudencialmente la figura de la ampliación de interpretaciones judiciales, interpretando que el Tribunal tiene la

[1] Decisión 486 - «Régimen Común sobre Propiedad Industrial» de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 600 del 19 de septiembre de 2000.

competencia para ampliar sus fallos y extenderse en conceptos que requieran una mayor precisión en su tratamiento; tema que no había sido discutido en interpretaciones anteriores. En efecto, en el artículo cuarto de la parte resolutiva del fallo, se resuelve lo siguiente:

> «Se podrá realizar una nueva consulta especificando claramente cuáles son los puntos sobre los que desea que este Tribunal se pronuncie. Cabe indicar que la interpretación prejudicial será obligatoria cuando se trate de la única o última instancia ordinaria y no exista una interpretación prejudicial facultativa anterior, sea en el marco del procedimiento administrativo o en la primera instancia judicial. Finalmente, cabe precisar que este Tribunal se reserva el derecho de evaluar cada caso concreto sometido a su conocimiento.»[2]

2.2. Improcedencia de la nulidad de registro cuando el signo ya fue materia de oposición declarada infundada

Lo que era una disposición específica de la legislación interna peruana terminó siendo adoptada como un criterio interpretativo del TJCA. Esta disposición señala que no procederá la acción de nulidad de un registro de marca si el asunto fue materia de oposición por los mismos fundamentos entre las mismas partes o la que de ellas derive su derecho.[3] Si en el procedimiento de oposición el opositor argumentó riesgo de confusión de la marca con una anteriormente registrada y el asunto concluyó de manera definitiva con un pronunciamiento de la autoridad competente determinando la inexistencia del riesgo de confusión, ya no procede un proceso de nulidad entre las mismas partes invocando el mismo fundamento del riesgo de confusión con la misma marca, pues se entiende que el asunto ya fue decidido y no habría razón que amerite volverlo a discutir en la misma sede y por la misma autoridad.

El criterio fue adoptado en la Interpretación Prejudicial 49-IP-2018 de fecha 7 de setiembre de 2018 publicado en la GOAC N° 3388 del 3 de octubre de 2018.[4]

---

2 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 121-IP-2014 de fecha 20 de noviembre de 2014, GOAC Nº 2427 publicada el 11 de diciembre de 2014, p. 19 de 20.

3 El artículo 73 del Decreto Legislativo Nº 1075 que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 1309, en cuyo tercer párrafo se incluye la norma comentada, señala textualmente lo siguiente:

«**Artículo 73.- Solicitud de nulidad.**
La solicitud de nulidad del registro de una marca se presenta ante la Dirección competente y debe cumplir, en cuanto corresponda, con las formalidades previstas en el artículo 54.

Pueden ser aplicadas las disposiciones contenidas en los artículos 55, 57 y 71.2.

No procede la solicitud de nulidad, si el asunto fue materia de oposición por los mismos fundamentos entre las mismas partes o la que de ellas derive su derecho.»

4 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 49-IP-2018 de fecha 7 de septiembre de 2018, GOAC Nº 3388 publicada el 3 de octubre de 2018, p. 14. El criterio se desarrolla bajo el párrafo 3 que lleva por título «Riego de confusión y aprovechamiento indebido de la reputación ajena».

2.3. La probanza del uso de la marca

En el primer párrafo del artículo 166 de la Decisión 486 se señala que se entenderá que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado. En el pasado, tanto el TJCA como las oficinas nacionales competentes eran muy restrictivas en la interpretación de la norma exigiendo usualmente una cantidad de ventas determinada poniendo énfasis en el primer supuesto del párrafo del mencionado artículo, mientras que la puesta a disposición en el mercado de productos con la marca pasaba prácticamente inadvertida.

Mediante Interpretación Prejudicial 244-IP-2015 de fecha 9 de marzo de 2017, publicada en la GOAC N° 2990 del 21 de abril de 2017, el TJCA, modifica este criterio jurisprudencial respecto del segundo supuesto contenido en el primer párrafo del artículo 166 de la Decisión 486, estableciendo que, para probar el uso real, sustancial y efectivo de una marca, el titular de esta puede acreditarlo con pruebas directas o indirectas que ofertó al mercado —es decir, que ofreció a los consumidores— los bienes o servicios identificados con su marca.

Así, por ejemplo, se tiene por prueba válida del uso de la marca el tener un establecimiento abierto al público, la contratación de publicidad (a través de distintos medios: televisión, radio, prensa escrita, internet, redes sociales, folletería, etc.) y, de ser el caso, las ofertas de ventas (mediante la remisión de cartas, correos electrónicos, proformas, etc.). Para estos efectos debe tenerse presente que, en concordancia a lo establecido en el artículo 165 de la Decisión 486, el propósito de la norma no es castigar al titular de una marca que, si bien diligentemente publicita, promociona y pone a disposición de potenciales clientes o consumidores sus productos en el mercado, no obtiene los resultados esperados; es decir, que su esfuerzo no se ve reflejado en una gran cantidad de productos comercializados o servicios ofertados. Y ello es así puesto que no es intención del Artículo 165 de la Decisión 486 que el titular de la marca tenga que probar haber tenido éxito comercial en su negocio para acreditar el uso de la marca. Lo señalado encuentra sustento cuando nos detenemos a analizar el primer párrafo del artículo 166 de la Decisión 486, norma que señala que se entenderá que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca. Como puede apreciarse, la norma comunitaria es clara al reconocer como uno de los dos supuestos de acreditación del uso de la marca el hecho de que el titular ha puesto a disposición del mercado los productos o servicios

Para más detalle: Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal*, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Portoviejo, 2019, pp. 136 y 137.

identificados con su marca, no dependiendo de él si dicha oferta tiene o no la aceptación esperada por parte de clientes o consumidores.[5]

2.4. El plazo de 60 días para probar el uso de la marca ya no se entiende preclusivo

El artículo 170 de la Decisión 486 dispone que:

> «**Artículo 170.-** Recibida una solicitud de cancelación, la oficina nacional competente notificará al titular de la marca registrada para que dentro del plazo de sesenta días hábiles contados a partir de la notificación, haga valer los alegatos y las pruebas que estime convenientes.
>
> Vencidos los plazos a los que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre la cancelación o no del registro de la marca, lo cual notificará a las partes, mediante resolución.»

Las oficinas nacionales competentes de algunos de los países miembros interpretaban dicho plazo como preclusivo e improrrogable, es decir, que toda prueba presentada vencido el referido plazo era declarada improcedente. Asimismo, el referido artículo guardaba silencio respecto de la presentación de prueba adicional en los procesos recursivos administrativos y judiciales de revisión de la actuación administrativa, dando lugar a interpretaciones con criterios divergentes.

Mediante Interpretación Prejudicial 2-IP-2017 de fecha 12 de junio de 2017, publicada en la GOAC N° 3073 del 4 de agosto de 2017, el TJCA, modifica este criterio jurisprudencial estableciendo que si el titular de la marca solicita una ampliación del plazo de 60 días en petición debidamente motivada, se podrá aceptar la presentación de pruebas vencido dicho plazo siempre y cuando la autoridad administrativa no se haya pronunciado y se asegure el respecto al principio de contradicción, esto es, que las nuevas pruebas sean trasladadas a la otra parte para que esta se pronuncie al respecto.

Igualmente, y salvo que la legislación interna lo prohíba expresamente, las partes involucradas pueden presentar pruebas adicionales en los procesos recursivos y en los procesos judiciales correspondientes con la finalidad de acreditar el uso o no uso de una marca, en aplicación del principio de verdad material y en aras de garantizar un debido procedimiento.[6]

---

[5] Una explicación detallada del criterio jurídico adoptado puede verse en: Hugo R. Gómez Apac, *La probanza del uso de la marca la luz de los nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,* en AA.VV., *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina. A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*, Hugo R. Gómez Apac, Pablo Daniel Solines Moreno, Karla Margot Rodríguez Noblejas (Directores), Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual *(AEPI)*, Quito, Ecuador, 2019, pp. 135-178.

[6] *Ibidem*, pp. 168 y ss.

2.5. Ámbito territorial de protección del nombre comercial no registrado

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 190 y 191 de la Decisión 486 el derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio, lo cual constituye una excepción a la regla general de que la protección legal de un signo distintivo nace a partir de su inscripción en el registro correspondiente. Siendo así, el titular de un nombre comercial no registrado y protegido por su primer uso en el mercado puede atacar usos posteriores al suyo de otros signos distintivos iguales o similares en grado de confusión que han sido registrados con posterioridad. La orientación jurisprudencial del TJCA en el pasado era la de reconocer que el nombre comercial debía tener protección en todo el territorio del país miembro respetivo y no solo en una parte del mismo, privilegiando la protección de la actividad empresarial por sobre la seguridad jurídica.

Mediante Interpretación Prejudicial 42-IP-2017 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la GOAC N° 3063 del 21 de julio de 2017, el TJCA modifica este criterio jurisprudencial estableciendo que el nombre comercial no registrado debe protegerse dentro del ámbito territorial en que es realmente conocido por el público. Para tales efectos y considerando que es una realidad de los países miembros de la Comunidad Andina que dos o más empresas pequeñas que operan en ámbitos geográficos diferentes usen nombres comerciales idénticos o similares, sin que haya riesgo de confusión o asociación, lo que debe determinarse caso por caso en función de la amplitud de las operaciones de las empresas respectivas, de manera excepcional y con relación a signos distintivos que ya operan en el mercado, se podrá establecer la coexistencia de los signos en conflicto, analizando caso por caso, bajo los siguientes parámetros:

a) Que los titulares de los signos distintivos en conflicto hayan actuado de buena fe y sin generar actos de competencia desleal al momento de obtener el registro o el primer uso;
b) Que los signos distintivos en conflicto identifiquen productos o servicios del mismo rubro o actividad económica, sin importar si dicha actividad se realiza a través del comercio tradicional o mediante canales virtuales;
c) Que no se haya presentado anteriormente ninguna acción o reclamación administrativa o judicial que cuestione el derecho de uno de los titulares de los signos en conflicto;
d) Que los titulares de los signos distintivos en conflicto se encuentren operando en ámbitos geográficos distintos y no exista riesgo de confusión o asociación en el público consumidor, teniendo en cuenta el grado de conocimiento de los signos en conflicto y la percepción del público consumidor.

Este nuevo criterio es reforzado y ampliado en la Interpretación Prejudicial 317-IP-2017 de fecha 14 de junio de 2018, publicada en la GOAC N° 3328 del 28 de junio de 2018, para precisar que el titular de un nombre comercial no registrado y protegido por su uso, que acredita su difusión, influencia o conocimiento de alcance nacional, puede oponerse a la solicitud de registro, así como solicitar la nulidad del registro obtenido de una marca idéntica o similar capaz de generar riesgo de confusión con el

nombre comercial en cuestión, debido a la ausencia de buena fe del titular de la marca. Del mismo modo, si el registro de una marca se obtiene de buena fe en el sentido de que su titular desconocía de la existencia del uso previo del nombre comercial no registrado susceptible de generar riesgo de confusión con la referida marca debido a que dicho nombre comercial no era conocido en todo o en un gran porcentaje del ámbito del territorio de un país miembro (alcance nacional), sino solo a nivel local o incluso menos (por ejemplo, un barrio), el referido nombre comercial —pese a que su uso fue antes del registro de la marca— no puede anular el mencionado registro marcario.[7]

2.6. Marca Renombrada, Marca Notoria Andina y Marca Notoria Extracomunitaria

La Decisión 486 no contiene una definición de la marca notoria y su distinción con la marca renombrada; aunque históricamente, en los fallos del TJCA, se reconoció que tal distinción existía reconociendo a esta última:

> «un mayor prestigio o un *goodwill* más valioso, así como el hecho de ser conocida por diferentes mercados, sectores y grupo de consumidores -más allá del sector pertinente-; a pesar de lo cual no atribuyó ningún efecto jurídico a tal distinción, otorgando a ambas idéntico alcance de protección.»[8]

Mediante Interpretación Prejudicial 50-IP-2017 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la GOAC N° 3063 del 21 de julio de 2017, el TJCA por vez primera le atribuye a la marca renombrada un diferente alcance de protección respecto de la marca notoria, estableciendo que la protección de la marca renombrada es más amplia y va más allá de los principios de especialidad, territorialidad, principio registral y uso real y efectivo, precisándose que la protección es extendida a todo tipo de bienes y servicios, incluso si dicha marca no se encuentra registrada en el país donde se invoca su protección e incluso si no se ha usado o no se está usando en el país donde se solicita su protección. Siguiendo la doctrina más acusada se toma en consideración que:

> «A diferencia de la marca notoria, la marca renombrada es conocida prácticamente por el público en general; por diferentes tipos de segmentos de consumidores y

---

7 Una explicación precisa del criterio jurídico adoptado puede verse en el ensayo: Karla Margot Rodríguez Noblejas, *El nuevo criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto del ámbito territorial de protección del nombre comercial no registrado,* en AA.VV., *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina. A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*, Hugo R. Gómez Apac, Pablo Daniel Solines Moreno, Karla Margot Rodríguez Noblejas (Directores), Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual *(AEPI)*, Quito, Ecuador, 2019, pp. 179-204.

8 Juan Manuel Indacochea Jáuregui, *La distinción entre marca renombrada y marca notoria. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la luz del derecho comparado*, en AA.VV., *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina. A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*, Hugo R. Gómez Apac, Pablo Daniel Solines Moreno, Karla Margot Rodríguez Noblejas (Directores), Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual *(AEPI)*, Quito, Ecuador, 2019, pp. 253 y 254.

> proveedores, incluso por aquellos que no consumen, ni fabrican, ni comercializan el producto o servicio identificado por la marca renombrada; es decir, es conocida más allá del sector pertinente (Por ejemplo, Coca Cola, Toyota, Facebook, Google, etc.).»[9]

Cabe anotar que esta misma Interpretación Prejudicial también establece una distinción entre la marca notoria andina y la marca notoria no andina (o marca notoria extracomunitaria) anotando que:

> «La marca notoria andina rompe los principios de territorialidad, principio registral y uso real y efectivo, lo que significa que no se negará la calidad de notorio al signo que no lo sea en el país andino donde se solicita su protección si es que es notorio en cualquier otro país andino, incluso si dicha marca no se encuentra registrada en el país andino donde se solicita su protección, e incluso si no se ha usado o no se esté usando en el país andino donde se solicita su protección. Sin embargo, su protección no se da respecto de todos los bienes y servicios, sino únicamente respecto de aquellos bienes y servicios relacionados o conexos que generen la posibilidad de causar riesgo de confusión o asociación.
>
> La marca notoria no andina (o marca notoria extracomunitaria) se rige por los principios de especialidad, territorialidad, principio registral y uso real y efectivo.»[10]

2.7. Oposición temeraria

Conforme al tercer párrafo del artículo 146 de la Decisión 486, las oposiciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las normas nacionales. La normativa comunitaria guarda silencio respecto de las circunstancias en que una oposición puede ser considerada temeraria y, por tanto, ser susceptible de una sanción en caso que así lo permita la legislación interna de casa país miembro.

Mediante Interpretación Prejudicial 562-IP-2018 de fecha 1 de febrero de 2019, publicada en la GOAC N° 3554 del 4 de marzo de 2019, el TJCA establece, como criterio orientativo, que se entenderá por oposición temeraria cuando: (i) sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la oposición; (ii) a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; (iii) se utilice la oposición y el procedimiento contencioso iniciado como consecuencia de ella, para fines claramente ilegales o con propósitos ilegales o fraudulentos; o (iv) la oposición se ha formulado con evidente mala fe.[11]

---

9 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 50-IP-2017 de fecha 7 de julio de 2017, GOAC Nº 3063 del 21 de julio de 2017, nota a pie de página Nº 33, p. 20.

10 *Ibidem*, párrafos 5.6 y 5.7, p. 20.

11 En la presentación de la segunda edición de la obra *Derecho de Marcas en la Comunidad Andina. Análisis y comentarios*, del autor de este artículo, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2022, Tomo I, p. 22, el Magistrado del TJCA, Hugo R. Gómez Apac, manifiesta que el Tribunal se apoyó en el razonamiento esbozado por el autor de este artículo al comentar el tercer párrafo del artículo 146 de la Decisión 486 a fines de establecer el criterio jurídico orientativo sobre la oposición temeraria.

2.8. Registro de una marca de color delimitado por una forma

De conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 134 de la Decisión 486, podrá constituirse como marca un color delimitado por una forma, o una combinación de colores. A su turno, el literal h) del artículo 135 de la citada Decisión dispone que no podrán constituir marca, aquellos signos que consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica. La orientación jurisprudencial del TJCA en el pasado era la de entender que la prohibición del registro de un color aisladamente considerado no era absoluta, pues ella sólo operaba cuando el color no se encontrara delimitado por una forma específica, es decir que cuando el mismo se encontrara comprendido en una silueta o trazo podía acceder al registro como marca, al igual que cuando hacía parte integrante de un signo tridimensional, obviamente, siempre que este no caiga en alguna otra causal de irregistrabilidad. En primer lugar, la prohibición se refería a los siete colores fundamentales del arco iris cuyo número es muy limitado y el fin era evitar que una empresa pudiese apropiarse de un color fundamental obteniendo una ventaja competitiva desmesurada y, al mismo tiempo, que los competidores tropiecen con un gran obstáculo que podría llegar a bloquear el libre acceso al mercado.[12]

Mediante Interpretación Prejudicial 619-IP-2019 de fecha 7 de octubre de 2020, publicada en la GOAC N° 4087 del 13 de octubre de 2020, el TJCA, modifica la orientación jurisprudencial en lo relativo a considerar la forma como un aspecto accesorio, secundario o meramente formal del signo de color solicitado a registro, y por el contrario se establece que las autoridades competentes de los países miembros deben tomar en cuenta en el examen de registrabilidad del signo solicitado, en especial en lo que atañe al análisis de la distintividad intrínseca del signo en su conjunto. Es decir que:

> «A efecto de evitar que el registro de una marca de color delimitado por una forma sirva como herramienta para restringir la competencia en el mercado, la oficina nacional de propiedad industrial deberá tener en consideración, como contexto real del mercado y en aplicación del principio de primacía de la realidad, que los colores (registrados o no como marca) no se presentan aislados en el comercio, sino que están acompañados de elementos denominativos y/o figurativos, de las formas y colores de los productos o sus empaques, envases, envolturas, embalajes, etc., o de otros elementos diferenciadores que, de manera integral, son apreciados por los consumidores en el momento de identificar y escoger un producto o servicio.»[13]

El TJCA establece que:

---

[12] TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 232-IP-2016 de fecha 11 de mayo de 2018, GOAC Nº 3314 publicada el 14 de junio de 2018, pp. 7 y 8. Esta sentencia es reiterativa de fallos anteriores tales como el Proceso 111-IP-2009 de fecha 2 de diciembre de 2009, publicado en la G.O.A.C. Nº 1809 del 22 de marzo de 2010.

[13] TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 619-IP-2019 de fecha 7 de octubre de 2020, GOAC Nº 4087 publicada el 13 de octubre de 2020, párrafo 4.4. p. 57 de 61.

> «No debe perderse de vista que esta clase de signos distintivos deben ser vistos en conjunto, tanto en la oportunidad de realizar el análisis de registrabilidad como en el momento de evaluar si existe o no una infracción marcaria. Así, la forma bajo la cual está delimitado el color es un componente esencial y de vital importancia, toda vez que la marca de color delimitado por una forma no es otra cosa que un signo distintivo en el que el color tiene una "posición" determinada, que es precisamente la forma específica que contiene o aloja un color determinado.»[14]

El criterio en cuestión ya había sido tomado en cuenta en la sentencia del proceso 1-AI-2017 expedida con fecha 16 de mayo de 2019[15] y auto complementario de fecha 9 de junio de 2019[16], expedidos en la acción de cumplimiento interpuesta contra la República de Colombia por la empresa Acava Limited quien cuestionó que la oficina nacional competente de dicho país otorgara los registros de la marca «Color Rosado Pantone 183C» con Certificados Nº 507285 y Nº 508271 a favor de Gaseosas Posada Tobón S.A. POSTOBON S.A., sosteniendo que la normativa andina había sido vulnerada alegando que las formas de una botella y un vaso que delimitaban al color solicitado eran usuales y comunes para el mercado de bebidas y carecían de distintividad.

La sentencia y auto aclaratorio mencionados, al declarar infundada la demanda, concluyeron que el criterio jurídico adoptado por la oficina nacional competente colombiana no era un acto que se oponga a lo regulado en la normatividad andina ni obstaculizaba su aplicación.[17]

2.9. Riesgo de confusión entre una marca tridimensional y un diseño industrial

Mediante Interpretación Prejudicial 476-IP-2019 de fecha 10 de septiembre de 2021, publicada en la GOAC N° 4336 de la misma fecha, el TJCA, ha establecido criterios jurídicos interpretativos con relación al posible riesgo de confusión entre un diseño industrial y una marca tridimensional, y la existencia de infracción a una marca tridimensional cuando los productos materia de la presunta infracción han venido siendo comercializados con anterioridad al otorgamiento del registro de la marca que fundamenta el reclamo. No obstante de tratarse de derechos de naturaleza diferente, resulta posible que una creación tridimensional pueda merecer protección tanto como

14 *Ibidem*, párrafo 4.6. p. 58 de 61.

15 TJCA, Acción de Incumplimiento Nº 1-AI-2017, Sentencia de fecha 16 de mayo de 2019, GOAC Nº 3654 publicada el 4 de junio de 2019.

16 TJCA, Acción de Incumplimiento Nº 1-AI-2017 Auto Aclaratorio de fecha 9 de julio de 2019, GOAC Nº 3693 publicada el 15 de julio de 2019.

17 Una explicación detallada del criterio jurídico adoptado puede verse en: Juan Manuel Indacochea Jauregui, *El tratamiento de las marcas de colores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Revista Tribuna Internacional*, Universidad de Chile Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional, Santiago de Chile, Volumen 9, Nº 17 (2020), Primer Trimestre, Disponible en: https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/issue/view/5466 (consultado el 12 de enero de 2024).

un diseño industrial como por una marca tridimensional y que ambos derechos se encuentren en cabeza de titulares distintos. Igualmente, que ambos derechos de propiedad industrial versen sobre un objeto o producto similar o parecido y que tal situación pueda conllevar un riesgo de confusión o asociación. En caso de presentarse un conflicto entre un diseño industrial y una marca tridimensional, en el sentido de que los consumidores podrían estar siendo inducidos a riesgo de confusión con relación al origen empresarial de los productos que se comercializan en el mercado y que se encuentran protegidos por ambos derechos de propiedad industrial, pero en cabeza de titulares diferentes, habrá que privilegiar el registro más antiguo, en aplicación del principio «primero en el tiempo, primero en el derecho» (*prior in tempore, potior in iure*).[18]

Respecto de la posibilidad de la existencia de infracción a una marca tridimensional cuando los productos materia de la presunta infracción han venido siendo comercializados por años con anterioridad al otorgamiento del registro marcario, el TJCA sostiene que la autoridad competente debe verificar si ha habido o no una coexistencia pacífica entre los signos (y productos) en conflicto sobre la base del análisis retrospectivo (mirar el pasado) y de este modo alcanzar convicción sobre si el público consumidor no incurrió ni incurrirá en riesgo de confusión. La coexistencia debe estar complementada con otros elementos que generen total convicción acerca de la inexistencia de riesgo de confusión o asociación en el público consumidor. Esos otros elementos pueden ser los signos denominativos o gráficos que acompañan a los productos materia de controversia.[19] La inexistencia de riesgo de confusión o de asociación, descarta la existencia de infracción marcaria.

---

18 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 476-IP-2019 de fecha 10 de septiembre de 2021, GOAC Nº 4336 publicada el 10 de septiembre de 2021, párrafos 5.4. y 5.8 pp. 31 de 85 y 32 de 85, respectivamente.

19 *Ibidem*, párrafo 6.2, p. 33 de 85. La propia sentencia, en los párrafos 4.5 al 4.7, pp. 27 y 28 de 85, señalan que la coexistencia pacífica de los signos por varios años, si bien no es concluyente por sí misma para establecer el riesgo de confusión o asociación en el público consumidor, puede tomarse como un indicio desde un análisis retrospectivo (mirar el pasado). En ese sentido, la coexistencia de los signos es un elemento que debe ser valorado junto con otros, para generar la total convicción de que el público consumidor no incurrirá en error al adquirir los bienes y/o servicios amparados por lo signos. Esto implica que quien alegue la coexistencia podrá aportar otros elementos como análisis estadísticos de diferenciación en el público consumidor y en las personas que participan en los canales de distribución, o pruebas que demuestren que se han compartido escenarios de publicidad efectiva (revistas especializadas, eventos deportivos y musicales, entre otros), sin que hubiera riesgo de confusión. La coexistencia pacífica debe cumplir los siguientes requisitos: a) ser pacífica (no debe existir reclamos privados ni procesos administrativos o judiciales donde se advierta el riesgo de confusión o asociación); b) debe presentarse en el mismo mercado físico o virtual, es decir, los signos deben compartir el mismo espacio geográfico o virtual de intercambio de bienes y servicios; c) debe darse por un período de tiempo razonable para su efectiva incidencia en la percepción del consumidor; d) la coexistencia no puede presentarse para perpetrar, facilitar o consolidar actos de competencia desleal; e) la coexistencia debe estar complementada con otros elementos que generen total convicción de la inexistencia de riesgo de confusión o asociación en el público consumidor.

2.10. Interrupción del plazo de prescripción por interposición de una Medida Cautelar

Mediante Interpretación Prejudicial 490-IP-2019 de fecha 21 de junio de 2021, publicada en la GOAC N° 4290 del 6 de julio de 2021, el TJCA, ha señalado que la interposición de una medida cautelar interrumpe el plazo de prescripción de la acción de infracción a los derechos de propiedad industrial siempre y cuando al momento de la presentación de la medida cautelar el plazo de prescripción no haya vencido. Si, por el contrario, al momento de la presentación de la medida cautelar el plazo de prescripción ha vencido, la petición de la medida cautelar deviene en ineficaz, lo mismo que la acción de infracción que se presente luego, si ello ocurriese.[20]

2.11. Árbitros y Tribunales Arbitrales que actúen en calidad de jueces nacionales están obligados a solicitar la Interpretación Prejudicial del TJCA

Mediante Interpretación Prejudicial 01-IP-2021 de fecha 6 de mayo de 2021, publicada en la GOAC N° 4230 de la misma fecha, el TJCA, aclara la sentencia expedida en el proceso 03-AI-2010[21] en la cual se sustentó, con acierto, que los árbitros y tribunales arbitrales que, al resolver la controversia puesta a su conocimiento, van a aplicar el derecho andino, califican como jueces nacionales para efectos de la solicitud de interpretación prejudicial. En ese sentido, la mera alegación de una de las partes de una norma andina no genera la obligatoriedad de solicitar una interpretación prejudicial a cargo del TJCA. Para que sea exigible dicha solicitud, es imprescindible que el árbitro o tribunal arbitral tenga que aplicar o interpretar la norma andina para resolver la controversia, lo que significa la necesidad de establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de alguna disposición del ordenamiento jurídico comunitario para solucionar la disputa de que se trate.[22]

2.12. Desaparición del riesgo de confusión por la caducidad del registro de la marca que podía haber generado la confusión

Mediante Interpretación Prejudicial 171-IP-2021 de fecha 21 de septiembre de 2022, publicada en la GOAC N° 5043 del 23 de septiembre de 2022, el TJCA establece el criterio jurídico de que la caducidad del registro marcario determina su ineficacia jurídica y, por ende, si al momento que la autoridad nacional competente practica el examen del riesgo de confusión, a efectos de determinar si la solicitud de registro puede o no acceder al registro, el registro de la marca que sustentaba el presunto riesgo

---

20 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 490-IP-2019 de fecha 21 de junio de 2021, GOAC Nº 4290 publicada el 6 de julio de 2021, párrafo 2.5, p. 7.

21 TJCA, Acción de Incumplimiento Nº 03-AI-2010 de fecha 26 de agosto de 2011, GOAC Nº 1985 publicada el 11 de octubre de 2011.

22 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 01-IP-2021 de fecha 6 de mayo de 2021, GOAC Nº 4230 publicada el 6 de mayo de 2021, párrafo 3.12, p. 8.

de confusión ha caducado, entonces se produce la inexistencia del riesgo de confusión. El TJCA consigna el siguiente ejemplo:

> «…si en un primer momento la autoridad de propiedad industrial deniega la solicitud de registro de A por considerar que su signo distintivo es idéntico o similar a la marca registrada de B, en la medida que se generaría entre ambos riesgo de confusión en el mercado, y mientras se da la tramitación de las instancias recursivas incoadas por A, el registro marcario de B caduca, esta caducidad hace desaparecer el mencionado riesgo de confusión, habilitando la procedencia del registro solicitado por A.»[23]

Es de anotarse que, la Interpretación Prejudicial dictada en este proceso es encauzada como una ampliación de un fallo anterior conforme al criterio jurisprudencial establecido en el Proceso 121-IP-2014 de fecha 20 de noviembre de 2014 que ya ha sido mencionado en la nota a pie de página 2. El TJCA advirtió que, al no haberse dictado sentencia, pese a que el Tribunal ya había emitido la Interpretación Prejudicial 297-IP-2015 de fecha 8 de octubre de 2015, la cuestión controvertida en el proceso judicial interno había mutado debido a la existencia de un hecho sobreviniente: la caducidad de un registro marcario por la falta de renovación.[24] En consecuencia, la ampliación de la interpretación prejudicial anterior resultaba pertinente.

2.13. La solicitud de transferencia de un registro marcario como fundamento del legítimo interés para presentar oposición a una solicitud de registro de marca

Mediante Interpretación Prejudicial 65-IP-2022 del 13 de enero de 2023, publicada en la GOAC Nº 5101 del 19 de enero de 2023, el TJCA ha establecido, como criterio jurídico interpretativo, que una solicitud de transferencia de registro marcario fundamenta el legítimo interés para presentar oposición a una solicitud de registro de marca, aclarando fallos anteriores en los que se señalaba en términos más generales los alcances del primer párrafo del artículo 146 y artículo 147 de la Decisión 486 en cuanto a los criterios a considerar a efectos de acreditar el interés legítimo en caso de oposiciones.[25] Al igual que en fallos precedentes, el criterio se sustenta en los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material, dirigidos a favorecer el reconocimiento de la verdad y justicia como valores que deben inspirar la conducta de los individuos en la sociedad y los agentes económicos en el mercado y que deben regir en todo proceso así como resguardar el interés colectivo de los consumidores. Es por ello que todos los medios probatorios que contribuyen a acreditar un derecho o interés legítimo protegido por la normativa andina, siempre y

---

23 TJCA, Interpretación Prejudicial Nº 171-IP-2021 de fecha 21 de septiembre de 2022, GOAC Nº 5043 publicada el 23 de septiembre de 2022, pp. 2 y 3.

24 *Ibidem*, p. 2.

25 Por citar un ejemplo de sentencias anteriores en la que el TJCA expresaba los criterios jurídicos para acreditar el interés legítimo en oposiciones, podemos anotar la sentencia expedida en el proceso de Interpretación Prejudicial Nº 76-IP-2020 de fecha 18 de junio de 2020, GOAC Nº 4005 publicada en la misma fecha, párrafos 1.21 al 1.31, pp. 6 al 10.

cuando pertenezcan al período en que se alegó la existencia de dicho interés y además sean pertinentes, deben ser admitidos y merituados por las autoridades competentes.[26]

En concordancia con lo expuesto, la sentencia de la Interpretación Prejudicial 65-IP-2022 aclara que:

> «La persona que todavía no es titular de un registro marcario, pero si beneficiaria de una solicitud de transferencia (en trámite) de un registro marcario a su favor, cuenta con legítimo interés para presentar una oposición —sobre la base de la expectativa de ser en el futuro titular del mencionado registro marcario— a una solicitud de registro de marca.»[27]

2.14. La actividad de exportación constituye una forma efectiva de probar el uso de una marca así dicho producto no sea comercializado en el país miembro o en otro Estado miembro de la Comunidad Andina

Mediante Interpretación Prejudicial 05-IP-2021 del 6 de mayo de 2022, publicada en la GOAC Nº 4474 del 23 de mayo de 2022, el TJCA ha aclarado que la actividad de exportación constituye una forma efectiva de probar el uso de una marca así dicho producto no sea comercializado en el país miembro o en otro Estado miembro de la Comunidad Andina. Si bien en sentencias anteriores se afirmaba que la exportación de un producto identificado con una marca determinada es prueba de uso de este signo distintivo, en el territorio del país miembro de la Comunidad Andina desde donde se exporta, la presente sentencia aclara que incluso si dicho producto no fuera comercializado en ese territorio o en el de otro Estado integrante del proceso de integración subregional andino, la exportación en cuestión igualmente constituirá una prueba efectiva del uso de este signo distintivo en la medida o volumen que corresponda a la naturaleza del producto.

En ese sentido, el TJCA señala que:

> «En efecto, si estamos ante productos respecto de los cuales no hay comercialización en el territorio de cualquier País Miembro de la Comunidad Andina, sino solo su producción a efectos de su exportación (dentro o fuera de la Comunidad Andina), dicha producción y exportación califican como tráfico económico a efectos de demostrar el uso de la marca de que se trate en el mencionado territorio. De esta forma, quedan protegidas las marcas vinculadas, por ejemplo, a las actividades de maquila (con marca), o a aquellas situaciones en las que una empresa, por el motivo que fuese, si bien no comercializa sus productos en el territorio de un País Miembro de la Comunidad Andina, ha instalado en él una fábrica que produce dichos productos únicamente para fines de exportación (hacia dentro o fuera de la Comunidad Andina).»[28]

---

[26] TJCA Interpretación Prejudicial Nº 76-IP-2020 de fecha 18 de junio de 2020, GOAC Nº 4005 publicada en la misma fecha, párrafos 1.30 y 1.31, p. 9.

[27] TJCA Interpretación Prejudicial Nº 65-IP-2022 de fecha 13 de enero de 2023, GOAC Nº 5101 publicada el 20 de enero de 2023, párrafo 2.4, p. 5.

[28] TJCA Interpretación Prejudicial Nº 05-IP-2021 de fecha 6 de mayo de 2022, GOAC Nº 4474 publicada el 23 de mayo de 2022, párrafo 4.27, pp. 14 y 15.

De este modo corresponderá a la autoridad nacional competente analizar los medios probatorios ofrecidos para probar el uso de la marca para determinar si suficientemente prueban o no que la marca ha sido usada en la exportación de un producto desde un País Miembro.

2.15. La probanza de una infracción marcaria a través de un establecimiento virtual identificado con un nombre de dominio que actúa como nombre comercial

La Decisión 486 omite señalar disposiciones para normar conflictos entre nombres de dominio y signos distintivos que no ostentan la calidad de notoriamente conocidos[29]. Claro está que en la práctica se presenten esta clase de conflictos, mucho más en la actualidad por el desarrollo y popularidad que ha adquirido la internet y el comercio virtual o electrónico.

En la Interpretación Prejudicial 578-IP-2016 de fecha 14 de diciembre de 2018, publicada en la GOAC Nº 3565 del 19 de marzo de 2019, el TJCA ya había manifestado que, en aplicación del principio de complemento indispensable, la autoridad nacional competente debería analizar en cada caso cual sería el trámite interno que se pueda seguir para perseguir una infracción de esta naturaleza o en su defecto verificar las posibilidades que brindan algunas organizaciones internacionales especializadas en la materia para solucionar este tipo de controversias. En cualquier caso, la autoridad nacional competente podía tomar, en cuenta a modo orientativo, los criterios no taxativos enunciados en el fallo según corresponda y en cuanto fuere aplicable, para resolver los conflictos que se pudieran suscitar en sus respectivas jurisdicciones.

Mediante Interpretación Prejudicial 140-IP-2021 de fecha 6 de mayo de 2022, publicada en la GOAC Nº 4476 del 25 de mayo de 2022, el TJCA evoluciona su criterio a fin de especificar que, cuando un nombre de dominio, especialmente la parte que constituye el Dominio de nivel secundario (más conocido por sus siglas y denominación en inglés SLD o *Second Level Domain*), satisface una función distintiva obrando como si fuera un nombre comercial, esto es, identificando un establecimiento comercial virtual, a la persona que opera dicho establecimiento virtual o a la actividad

[29] En el Título XIII de la Decisión 486 que trata de los signos distintivos notoriamente conocidos, se incluye el artículo 233 sobre la cancelación o modificación de nombres de dominio o direcciones de correo electrónico confundibles con la marca notoria, en el que se dispone que la autoridad nacional competente ordenará, a pedido del titular legítimo de la marca notoria, la cancelación o modificación de la inscripción de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico efectuada por un tercero no autorizado siempre que el uso de ese nombre de dominio o dirección electrónica fuese susceptible de causar un riesgo de confusión o de asociación con el titular de la marca o con sus establecimientos comerciales, actividades, productos o servicios, o un daño económico o comercial injusto al titular de la marca notoria por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial de la marca notoria o un aprovechamiento injusto del prestigio del signo notorio.

económica que desarrolla dicha persona en el establecimiento comercial, de hecho puede infringir un derecho marcario obtenido con anterioridad.

Efectivamente, dado que el nombre comercial es aquel bajo el cual un agente económico, en su sentido más amplio, ejerce sus actos de comercio y se vincula e identifica con su clientela, el uso de un nombre de dominio que incluya una marca denominativa puede constituir una infracción a los derechos sobre la marca que hayan sido obtenidos con anterioridad, en la medida que distinga un determinado producto o servicio ajeno, o a la persona que desarrolla una actividad comercial con la marca, provocando que la clientela asocie dicho nombre de dominio con la marca en cuestión. Por lo tanto, el uso de un nombre de dominio cumple en este supuesto una función distintiva que lesiona derechos marcarios anteriores que la ley andina de propiedad industrial busca evitar.[30]

2.16. Infracción marcaria e incumplimiento de contrato de franquicia

Mediante Interpretación Prejudicial 45-IP-2020 de fecha 13 de enero de 2023, publicada en la GOAC Nº 5100 del 18 de enero de 2023, el TJCA establece el criterio jurídico de que existe infracción a los derechos de propiedad industrial por el uso de una marca cuando las partes en controversia han celebrado un contrato de franquicia y este ha terminado unilateralmente por el franquiciante siempre que conste fehacientemente o haya sido sancionada por la autoridad o árbitro competente, que el contrato de marras ha quedado definitivamente resuelto.

En ese sentido, el TJCA sostiene que:

> «…la existencia o no de una infracción marcaria está supeditada a la determinación de la vigencia de la relación contractual. Si la relación contractual no está vigente (*v.g.*, porque habría operado la figura de la resolución contractual) el uso de la marca por parte de "B" con posterioridad a la terminación de la relación contractual, constituiría una infracción marcaria. En cambio, si la relación contractual está vigente, "B" no habría perdido el derecho a usar la marca, por lo que no habría cometido infracción al derecho de propiedad industrial de "A", basada exclusivamente en la terminación de la relación contractual.
>
> En el escenario descrito, la vigencia de la relación contractual será determinada por el mecanismo de solución de controversias acordado en el contrato. Si en el contrato se pactó que el Poder Judicial o un tribunal arbitral nacional o extranjero será competente para resolver cualquier controversia relacionada con la vigencia del contrato, entonces dicha autoridad jurisdiccional será la encargada de verificar si existió o no incumplimiento de las obligaciones contractuales, si se produjo o no el vencimiento del plazo de vigencia del contrato o si se presentó o no una condición resolutoria del vínculo contractual, entre otros.»[31]

---

30 TJCA Interpretación Prejudicial Nº 140-IP-2021 de fecha 6 de mayo de 2022, GOAC Nº 4476 publicada el 25 de mayo de 2022, párrafos 4.2 a 4.9, pp. 23 y 24.

31 TJCA Interpretación Prejudicial Nº 45-IP-2020 de fecha 13 de enero de 2023, GOAC Nº 5100 publicada el 18 de enero de 2023, párrafo 2.3, p. 12.

2.17. Acción Reivindicatoria, indicios de mala fe y prescindencia del principio de territorialidad

Mediante Interpretación Prejudicial 80-IP-2021 de fecha 15 de diciembre de 2022, publicada en la GOAC Nº 5106 del 25 de enero de 2023, el TJCA establece los criterios jurídicos sobre los indicios razonables que demostrarían la mala fe en el registro de la marca cuya reivindicación se solicita y se precisa que la acción reivindicatoria no guarda relación con el principio de territorialidad, es decir, que la persona que interpone la acción reivindicatoria puede estar domiciliada en un país distinto de aquel donde la acción reivindicatoria es interpuesta.

En efecto, el TJCA expresa que en el proceso en el cual se tramita la acción reivindicatoria la autoridad competente debe examinar el caso materia de controversia examinando todos los "indicios razonables"[32] y medios probatorios que le permitan inferir que el solicitante del registro procedió de mala fe y con el propósito de aprovecharse unilateral e indebidamente del posicionamiento de la marca o de su capacidad distintiva, de su penetración en el mercado o de su recordación por parte del público consumidor, en fin, de explotar la marca económicamente sin brindar al demandante ninguna participación económica.

Por lo expuesto y precisando conceptos, el TJCA sostiene que:

> «…se deberá analizar, entre otros factores, el conocimiento previo que tenía el solicitante sobre la existencia de otra persona, natural o jurídica, que tuviera también el derecho de solicitar (cosolicitante) u obtener el registro como marca del signo solicitado (cotitular). En el caso de la cotitularidad, esta bien podría ser originaria, por ejemplo, en el caso que demandante y demandado fuesen cotitulares del registro de una marca idéntica o similar en otro país; o, derivada, por ejemplo, de un acto por el cual el demandante se asoció al demandado, o como consecuencia de un contrato de cesión o transferencia, o por compartir una sucesión. Por otra parte, la mala fe también podría

---

32 En sentencias anteriores el TJCA ha definido con gran acierto lo que se define por "indicios razonables", entendiendo que es:

> «…todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, puede generar una gran probabilidad de que el registro se solicitó con el ánimo de aprovechar toda la carga económica, de penetración en el mercado y de calidad de los productos y servicios que conlleva una marca, sobre todo si dicho signo ha generado recordación en el público consumidor o ha alcanzado el estatus de notorio. Por tal razón se deberá analizar, entre otros factores, el conocimiento previo que tenía el solicitante del signo idéntico o similar a la marca, lo que se podría concretar con compras realizadas del producto o visitas a los sitios web de la marca; inclusive este conocimiento previo se podría inferir de la participación de los productos amparados con dicha marca en espectáculos de alto impacto masivo mundial, como un mundial de fútbol, unos juegos olímpicos, conciertos televisados, entre otros. Esto tiene su razón de ser en la facilidad con que el mundo de la información genera datos al instante y al detalle para la generalidad de la población y, por lo tanto, el conocimiento de los productos y servicios es de muy fácil acceso, inclusive en países donde no se han ingresado empresarialmente.»

La cita corresponde a la sentencia emitida en el Proceso 508-IP-2018 de fecha 29 de marzo de 2019, publicada en la GOAC Nº 3681 del 3 de julio de 2019, párrafo 2.13, p. 10.

> materializarse mediante la intención de explotar una marca en un determinado País Miembro sin brindar al demandante la posibilidad de poder obtener alguna participación económica, pese a tener el derecho de ser reconocido como cotitular del registro marcario correspondiente.»[33]

Además, la sentencia objeto de comentario precisa que el principio de territorialidad no tiene implicancia en la acción reivindicatoria, en los siguientes términos:

> «La acción reivindicatoria no se relaciona con el principio de territorialidad. La persona afectada, con derecho a reclamar la reivindicación, puede tener su domicilio en un país distinto (incluso en un país ajeno a la Comunidad Andina) al del lugar donde se presenta la acción reivindicatoria. Por tanto, registros marcarios obtenidos en otros países pueden ser merituados, conjuntamente con otros medios probatorios, al momento de analizar el derecho que sustenta la acción reivindicatoria.»[34]

En un proceso paralelo, ilustrativamente se especifica que:

> «La condición de socio o accionista en una o más empresas (ubicada o ubicadas en el país o en el extranjero) y la existencia de registros marcarios (en el país o en el extranjero) son medios probatorios que deberán ser analizados (merituados) por la autoridad nacional competente a efectos de determinar si sustentan o no el derecho que fundamenta la acción reivindicatoria.»[35]

2.18. Ampliación de criterios para considerar la mala fe en la obtención de un registro marcario

En sendas interpretaciones prejudiciales, el TJCA estableció diversos criterios jurídicos respecto de la irregistrabilidad de signos distintivos que sean idénticos o se asemejen a un signo distintivo de un tercero cuando el registro se haya solicitado de mala fe, en particular, cuando el solicitante haya sido representante o distribuidor expresamente autorizado por el titular, así como para la procedencia de las acciones de nulidad de registro obtenido de mala fe, esto es, de las normas contenidas en los artículos 136 literal h) y 172 de la Decisión 486; y en tal virtud se estatuye que para determinar si una persona actuó de mala fe era necesario que su actuación sea consecuencia de la intención o de la conciencia de violar una disposición legal o contractual, o causar algún perjuicio injusto o ilegal.

En tal sentido, se presume que todo comportamiento de los agentes del mercado debe estar en conformidad con los deberes que se desprenden del principio de la buena fe y toda conducta en contrario está reñida con el ordenamiento jurídico andino, razón

---

33 TJCA Interpretación Prejudicial Nº 80-IP-2021 de fecha 15 de diciembre de 2022, GOAC Nº 5106 publicada el 25 de enero de 2023, párrafo 2.1, p. 28 de 29.

34 *Ibidem*, párrafo 2.2, p. 28 de 29.

35 TJCA Interpretación Prejudicial Nº 78-IP-2021 de fecha 15 de diciembre de 2022, GOAC Nº 5106 publicada el 25 de enero de 2023, párrafo 2.1, p. 18 de 29.

por la cual la autoridad competente debe examinar todos los "indicios razonables"[36], de una actuación de mala fe y, si de ellos se puede inferir que el solicitante de un registro pretende aprovecharse injustamente del posicionamiento de la marca y su capacidad distintiva, los alcances de su penetración en el mercado o su recordación por parte del público consumidor, se configuraría así un típico acto de mala fe. En este contexto, mediante Interpretación Prejudicial 90-IP-2022 de fecha 11 de julio de 2023, publicada en la GOAC Nº 5247 del 13 de julio de 2023, el TJCA ratifica los indicados criterios y, en aplicación de la doctrina del acto aclarado, determina que ya han sido objeto de interpretación por parte del Tribunal, existiendo, a la fecha, un criterio uniforme, estable y coherente sobre su objeto, contenido y alcance.[37]

Pues bien, mediante Interpretación Prejudicial 128-IP-2022 de fecha 6 de octubre de 2023, publicada en la GOAC Nº 5337 del 11 de octubre de 2023, el TJCA establece los criterios jurídicos adicionales para la determinación de las actuaciones de mala fe sobre los indicios razonables que demostrarían la mala fe en el registro de la marca, precisando lo siguiente:

> «Una persona actúa con mala fe si al momento de solicitar el registro marcario de un signo distintivo sabe, o debía saber, que dicho signo es idéntico o similar al signo distintivo que utiliza un tercero en el extranjero, al punto que puede dar lugar a confusión con el signo cuyo registro se solicita en el mercado local. Es el tercero, que luego solicita la nulidad del registro otorgado, el que tiene la carga de probar dicho conocimiento.
>
> Tal conocimiento se puede probar, por ejemplo, si el tercero, titular o licenciatario del signo distintivo utilizado en el extranjero, acredita que la persona solicitante (en el mercado local) había sido su socio, distribuidor, comercializador o que por cualquier otra relación contractual tomó conocimiento del signo distintivo que el tercero utiliza en el extranjero. Es una prueba de que el solicitante sabía del signo distintivo del tercero la existencia de relaciones previas entre ellos.
>
> Si el signo distintivo que utiliza el tercero en el extranjero es notorio o renombrado, la oficina nacional competente deberá tomar en consideración esta circunstancia al momento de evaluar el conocimiento previo que acredita la mala fe. Si el signo distintivo utilizado en el extranjero era renombrado, posiblemente no sea necesario probar la existencia de relaciones previas entre el solicitante y el tercero. Si el signo distintivo utilizado en el extranjero era notorio, posiblemente baste probar que el solicitante formaba parte del sector pertinente o relevante (de fabricantes, distribuidores, comercializadores, clientes, consumidores, etc.) que debía conocer el signo notorio.
>
> Para probar la mala fe, en principio, basta probar ese conocimiento previo. No se requiere probar la intención del solicitante de impedir que el mencionado tercero utilice su signo distintivo en un País Miembro de la Comunidad Andina; es decir, no es

---

36 Ya nos hemos referido al concepto de "indicios razonables" establecido por el TJCA en la nota a pie de página 32.

37 TJCA Interpretación Prejudicial Nº 90-IP-2022 de fecha 11 de julio de 2023, GOAC Nº 5247 publicada el 13 de julio de 2023, parte C: Normas objeto de la consulta prejudicial, punto 2, pp. 5 y 6. El detalle de los criterios esbozados por el Tribunal está en las pp. 5 a 19.

necesario comprobar la intención del solicitante de entorpecer la entrada del signo distintivo extranjero en el mercado local.

La posición asumida en el párrafo anterior tiene por objeto incentivar la creación de signos distintivos locales. Es infinita la posibilidad de crear marcas, nombres comerciales, diseños industriales, etc. Los signos distintivos no son recursos escasos. Todo lo contrario. El ingenio humano puede crear una infinitud de signos distintivos, por lo que carece de sentido proteger la copia que hacen algunos con relación a los signos distintivos que terceros utilizan en el extranjero.

Sin perjuicio de lo expuesto, si lo considera pertinente, la oficina nacional competente podrá rechazar la solicitud de nulidad de un registro marcario por presunta mala fe si:

a) No obstante acreditarse el conocimiento previo, el signo distintivo utilizado previamente en el extranjero era ordinario (es decir, no era notorio ni renombrado) al momento de presentarse la solicitud de registro local; y,

b) Adicionalmente, no existe conexión competitiva entre los productos o servicios que el signo extranjero distingue y los productos o servicios que distingue el signo local.

Otro indicio de mala fe que puede tener en consideración la oficina nacional competente es el comportamiento oportunista del solicitante del registro marcario. Si es una persona que busca acaparar diversas marcas que ya existen en el extranjero, sin que en verdad las esté usando en el comercio en el mercado local, es un indicio relevante de mala fe que posiblemente indique que el único propósito de conseguir el registro local de una pluralidad de marcas que ya existen en el extranjero, es su intención de venderlas, con posterioridad, a los titulares extranjeros, cuando estos estén interesados en el mercado local.»[38]

2.19. Adopción de la doctrina del acto aclarado

En un acto de trascendencia para la agilización de la tramitación de los procesos e inspirado en el principio de economía procesal, mediante Interpretaciones Prejudiciales emitidas en los procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022 todas de fecha 13 de marzo de 2023, las tres primeras publicadas en la GOAC Nº 5146 y la última en la GOAC 5147, ambas del 13 de marzo de 2023, el TJCA adopta la doctrina del acto aclarado especificando que la misma es plenamente compatible con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 33 del Tratado de

[38] TJCA Interpretación Prejudicial Nº 128-IP-2022 de fecha 6 de octubre de 2023, GOAC Nº 5337 publicada el 11 de octubre de 2023, párrafo 6.2, pp. 12 al 14.

creación del Tribunal[39] y el artículo 123 de su Estatuto[40]. Siguiendo en esto a Bueno Martínez y Perotti, podemos definir la doctrina del acto aclarado, como:

> «la teoría por la cual un juez interno, cuya sentencia no es susceptible de recursos ordinarios según el derecho nacional y, por lo tanto, estando obligado a remitir la consulta al Tribunal de Justicia, podrá eximirse de llevar adelante dicho reenvío en los casos en los que el Tribunal supranacional haya sentado previamente jurisprudencia en un expediente que guarda sustancial analogía, de hecho y de derecho, con el asunto que tramita ante la justicia nacional, solo y únicamente en función de dicha circunstancia.»[41]

Dado que el TJCA ha sido ha sido muy uniforme, estable y predictible en sus sentencias carece de propósito efectivo y práctico que el Juez o autoridad nacional competente vuelva a requerir interpretaciones judiciales de los mismos artículos de la normativa andina que han sido ya materia de un pronunciamiento previo que ya ha sido publicado en la GOAC y por ello, mediante la doctrina del acto aclarado, se ha limitado la obligación de los jueces y autoridades nacionales competentes de solicitar una nueva interpretación prejudicial solamente a los siguientes casos:

(i) Cuando no ha existido un pronunciamiento previo del TJCA sobre la norma objeto de la controversia.

---

39 Tratado de creación del TJCA, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la GOAC Nº 483, de fecha 17 de septiembre de 1999.-

«**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.»

40 Estatuto del TJCA, aprobado por la Decisión 500 del del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicado en la GOAC Nº 680, de fecha 28 de junio de 2001.-

«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.»

41 Patricio Bueno Martínez y Alejandro Daniel Perotti, *La teoría del acto aclarado ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?, en Revista Díkaion*, Universidad de La Sabana, Colombia, Nº 14, noviembre de 2005, p. 138. Disponible en:
https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1324/1461
(consultado el 16 de enero de 2024)

(ii) Cuando la controversia versa sobre varias normas andinas y al menos una de ellas no ha sido materia de un pronunciamiento previo del TJCA; en este supuesto deberá solicitarse la interpretación prejudicial obligatoria solamente respecto de aquella norma que no ha sido materia de un pronunciamiento previo del TJCA.
(iii) Cuando se requiere que el TJCA precise, amplíe, aclare o modifique los criterios interpretativos sobre los pronunciamientos ya emitidos; en este supuesto, el juez nacional o autoridad nacional competente deberá explicar las razones que justifican su solicitud de nuevo pronunciamiento.
(iv) Cuando el juez nacional o autoridad nacional competente tenga cuestionamientos hipotéticos cuya respuesta sea necesaria para la resolución del caso controvertido.

La adopción de la doctrina del acto aclarado tiene por claros objetivos simplificar la labor tanto de los jueces nacionales y autoridades nacionales competentes como del propio Tribunal, acortando los tiempos de tramitación de los procesos ya que, alivia la tarea de los primeros en la preparación de la consulta prejudicial y redacción de las preguntas que serán materia de la consulta y evita la paralización del proceso interno hasta la recepción de la interpretación prejudicial necesaria para emitir la resolución del asunto controvertido sometido a su competencia y en los segundos, la elaboración y envío de la respuesta del TJCA; en este último caso, evitando pronunciamientos reiterativos sobre la misma materia, esto es, la emisión de interpretaciones prejudiciales sobre los mismos artículos de la normativa andina que ya han sido objeto de una sentencia sin la necesidad de que se requiera aportar algún criterio nuevo o aclaratorio.

Para facilitar la tarea de los jueces y autoridades nacionales competentes y que puedan aplicar en sus decisiones la figura del acto aclarado, el TJCA ha elaborado una «Guía para la aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado en las solicitudes de interpretación prejudicial», la cual ha sido aprobada en el Acuerdo Nº 06-2023-TJCA del 7 de julio de 2023[42]. En esta guía se establecen los cuatro pasos que deben seguir los jueces y autoridades nacionales competentes para la aplicación efectiva de la figura del acto aclarado.

Estos cuatro pasos, en el orden que van indicados, son los siguientes: 1) Determinar si en el caso concreto debe aplicarse o se controvierte una norma andina y si tiene la obligación de solicitar la interpretación prejudicial; 2) Determinar si existe un acto aclarado, dejando en claro que conforme a la jurisprudencia del acto aclarado no es necesario formular una nueva consulta; 3) Identificar claramente la sentencia de interpretación prejudicial que contiene el criterio jurídico interpretativo de la norma en cuestión; y 4) Determinar que no se encuentra en alguno de los cuatro supuestos de consulta obligatoria, según la jurisprudencia del TJCA.[43]

42 Publicada en la GOAC Nº 5241 de fecha 10 de julio de 2023, disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205241.pdf

43 *Ibidem*, p. 4.

Igualmente, el TJCA ha elaborado un «Índice de criterios jurídicos interpretativos que constituyen acto aclarado»[44] que contiene una exhaustiva recopilación de la jurisprudencia en temas puntuales, que resulta en una valiosa herramienta para los jueces nacionales y autoridades nacionales competentes.

El fiel cumplimiento de estos cuatro pasos garantiza un debido proceso ya que, conforme a las reglas procesales, la resolución de los jueces y autoridades nacionales competentes emitan deberá estar debidamente motivada precisando en sus fundamentos que la decisión cuenta con un acto aclarado y permite a las partes estar debidamente informados de la aplicación de la figura del acto aclarado.

Finalmente, el TJCA ha publicado el 16 de enero de 2024, el «*Brochure* Informativo sobre el Acto Aclarado», en el que se difunde información sobre la Guía para la aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado en las solicitudes de interpretaciones prejudiciales y una explicación de la regla de los cuatro pasos para la utilización de la figura del acto aclarado. Además, el mencionado *brochure* contiene una sección tercera en la que se glosan, a modo de ejemplo, varias sentencias de interpretación prejudicial en las que se reconoce un acto aclarado, y una sección cuarta en la que se mencionan, como ejemplo, sentencias de interpretación prejudicial que reconocen un acto aclarado en conjunto con la emisión de un criterio jurídico novedoso[45].

3. Conclusiones

La labor del TJCA, sobre todo en los años recientes, ha sido trascendental no solo por su predictibilidad, uniformidad y estabilidad; cumpliendo el objetivo de cimentar el proceso de integración comunitaria de los países miembros de la Comunidad Andina y garantizar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria, sino también por su activa participación en la difusión de los alcances de la legislación andina y la doctrina correspondiente.

Se aprecia en las interpretaciones prejudiciales de los años más recientes una tendencia muy positiva en beneficio de lograr una adecuada protección de los elementos que componen el Derecho de Marcas y una loable iniciativa de modificar, atemperar y adaptar la norma comunitaria a los cambios y evolución tecnológica, a fin de mantenerla vigente y eficaz para tutelar eficientemente los derechos de propiedad intelectual y satisfacer las necesidades de la sociedad actual.

---

44 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/indice-de-criterios-juridicos-interpretativos-que-constituyen-acto-aclarado/* (consultado el 16 de enero de 2024)

45 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/publicacion/publicaciones-tjca/#Bolivia#Colombia#Ecuador#Peru* (consultado el 16 de enero de 2024)

4. Bibliografía complementaria

Hugo R. Gómez Apac, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Luis Felipe Aguilar Feijoó, Karla Margot Rodríguez Noblejas. *Apuntes de Derecho Comunitario Andino a propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribu al de Justicia*, Universidad San Gregorio, Portoviejo, Ecuador, 2019.

León y León Duran, Gustavo Arturo. *Derecho de Marcas en la Comunidad Andina. Análisis y Comentarios*, Segunda Edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2 Tomos, Bogotá, 2022.

Lima, enero de 2024.

***

APARTADO III

LA DISTINTIVIDAD DE LA MARCA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Juan Felipe Acosta Sánchez

Juan Felipe Acosta Sánchez

Abogado colombiano de la Universidad del Rosario, con dos postgrados de especialización en Derecho Económico y de los Mercados y Propiedad Intelectual de la misma institución, y una maestría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Universidad Austral de Argentina. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP), de la Asociación Colombiana de la Propiedad Intelectual (ACPI), de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI) y de la International Trademark Association (INTA), en donde ha presidido o liderado diversos comités o subcomités. Profesor universitario y conferencista. Socio y director de Litigios y MASC de la firma de abogados OlarteMoure.

***

LA DISTINTIVIDAD DE LA MARCA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Juan Felipe Acosta Sánchez

Palabras clave

Marcas. Distintividad. Propiedad Intelectual. Signos Distintivos. Propiedad Industrial. Notoriedad. Distintividad Adquirida. Jurisprudencia. Principios del Derecho de Marcas. Funciones de la marca.

Keywords

Trademarks. Distinctiveness. Intellectual Property. Distinctive Signs. Industrial Property. Notoriety. Acquired Distinctiveness. Jurisprudence. Principles of Trademark Law. Trademark Functions.

Resumen

Este artículo explora la evolución del derecho de marcas en la Comunidad Andina, centrándose en la historia jurisprudencial y la evolución del concepto de distintividad. En un análisis detallado, se examinan las interpretaciones prejudiciales que delinean la comprensión de la distintividad, incluida la distintividad intrínseca y extrínseca. Se investigan los factores que han influido en la construcción del concepto de distintividad de las marcas, desde influencias legislativas hasta la posición de los magistrados. Finalmente, el artículo culmina con una visión del concepto moderno de distintividad, destacando cómo la jurisprudencia andina ha depurado esta noción clave para adaptarse a los desafíos actuales del derecho de marcas. El artículo no solo otorga luces sobre el trayecto jurídico de las marcas en la Comunidad Andina, sino que también ofrece perspectivas sobre la importancia de la distintividad en una materia tan dinámica como la Propiedad Intelectual.

Abstract

This article explores the evolution of trademark law in the Andean Community, focusing on the history of jurisprudence and the evolution of the concept of distinctiveness. Through a detailed analysis, we examine the prejudicial interpretations that have shaped the understanding of distinctiveness, including intrinsic and extrinsic distinctiveness. The factors

that have influenced the construction of the concept of distinctiveness of trademarks are investigated, from legislative influences to the position of magistrates. Finally, the article culminates with an overview of the modern concept of distinctiveness, highlighting how Andean jurisprudence has refined this key notion to adapt to the current challenges of trademark law. This study not only sheds light on the legal trajectory of trademarks in the Andean Community, but also offers perspectives on the importance of distinctiveness in the dynamic field of intellectual property.

1. Introducción

La Comunidad Andina (en adelante, la **CAN**) es una organización conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Si bien cumple varias funciones de integración y desarrollo económico, ha sido reconocida por sus aportes al mundo jurídico. Se ha encargado de regular asuntos de tanta trascendencia como la propiedad industrial, regulación sanitaria, derecho de la competencia, asuntos aduaneros, telecomunicaciones, transporte, medidas sanitarias y más[1]. Las normas emitidas por la CAN facilitan la cooperación y armonización entre sus miembros, y son un medio para unificar los criterios aplicados por las autoridades locales y fortalecer la integración regional que busca la organización.

Además, el órgano judicial de la CAN es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**[2]), que garantiza la aplicación correcta y efectiva de la normatividad común y resuelve las controversias relativas a estas. Esta institución contribuye y fortalece la seguridad jurídica al proveer un medio por el cual se puede resolver los conflictos de manera pacífica. Algunas de las funciones que desarrolla el Tribunal incluyen el control de legalidad de los actos y omisiones de los órganos comunitarios y la interpretación de las normas andinas. En ese contexto, el

[1] Ver: https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/comunidad-andina#:~:text=La%20CAN%20posee%20una%20normativa,denominaciones%20de%20origen%2C%20entre%20otros

[2] El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena nace en 1979. Hasta 1984 entraría en vigencia a ejercer las facultades para las que se creó. Aunque ya hemos mencionado algunos rasgos de este, es pertinente ahondar en ellos y en las características del TJCA. Esta entidad ha sido una pieza clave para el desarrollo de la CAN y ha podido ir construyendo una jurisprudencia que se acoja y represente los fines que tiene la organización.

El TJCA está compuesto por cuatro magistrados, lo que corresponde a un magistrado por cada país miembro. Es un órgano que funciona de manera permanente y tiene su sede en Quito. Esta entidad emite sentencias y autos vinculantes. Los casos que maneja el tribunal son las interpretaciones prejudiciales de normas de la comunidad, control de legalidad sobre actos y omisiones de las entidades comunitarias y resolver las controversias que puedan surgir entre los países andinos. Además de las funciones oficiales que tiene asignada la entidad, es claro que la construcción de jurisprudencia ha generado un impacto positivo en el proceso de integración andino.

TJCA se ha ocupado extensamente de la propiedad industrial y, para efectos de este trabajo, de los signos distintivos.

Para comprender el concepto de signos distintivos debemos recurrir a la semiótica y la semiología. Se dice que la semiótica es la teoría de los signos y la semiología es el estudio de su impacto en la vida social. De difícil definición, la semiótica es una ciencia posterior al fenómeno marcario, pero debe servir como su principal herramienta auxiliar por razones obvias. La doctrina científica define a la semiótica así:

> «La semiótica se ha perfilado lo mismo como una teoría general de los signos que como el estudio de la significación y el sentido en ciertos contextos y fenómenos de comunicación. Ahí donde hay producción e interpretación de sistemas de signos la semiótica tiene algo que decir. La semiótica es el saber contemporáneo (aun cuando como veremos sus orígenes vienen de muy lejos) que específicamente pretende ocuparse del sentido; en otra acepción también se ve la semiótica como una teoría del signo (Cf. Ducrot y Schaeffer, 1998). Para Greimas y Courtés (1982) la semiótica es aquello que permite las operaciones de paráfrasis (explicar o interpretar "amplificativamente" un texto) o de transcodificación (traducir de un código a otro), aquello que fundamenta la actividad humana en tanto que es intencional.»[3]

Mientras la semiótica se ocupa del estudio de los signos como una abstracción, los sistemas de signos son estudiados por la semiología, que es «la ciencia que estudia los sistemas de signos; lenguas, códigos, señalaciones, etc.» [4]. La mencionó por primera vez Ferdinand de Saussure, quien además de bautizarla la cualificó como género, en la que la lingüística es especie. Este tema adquiere relevancia como introducción, porque las marcas son definidas en toda la legislación histórica andina como signo distintivo. Varias instituciones usan esa expresión como nombre, como sucede con la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, cuya sección administrativa dedicada a administrar el registro de marcas, se llama Dirección de Signos Distintivos.

La ausencia de una aproximación desde la semiología y la semiótica a los signos distintivos ha originado conclusiones basadas en reglas de la experiencia para el análisis marcario, que, afortunadamente, quizá porque la profesión jurídica es una de constante hermenéutica, no se divorcian del todo de aquellos razonamientos que hubieren resultado de un estudio más puro de los signos involucrados.

En ese mar de conclusiones, a veces sin origen distinguible, existe hoy una línea jurisprudencial diáfana que permite elucubrar con menor incertidumbre sobre la verdad que esconde el sentido de los axiomas elevados como paradigmas del Derecho de Marcas contemporáneo. Esa línea es la del TJCA, primero llamado del Acuerdo de Cartagena, luego Pacto Andino hasta llegar al nombre actual.

---

3 Tanius Karam, *Introducción a la semiótica,* en *PortalComunicación.com*., 2020. Obtenido de: *https://incom.uab.cat/portalcom/wp-content/uploads/2020/01/18_esp.pdf*

4 Pierre Guiraud, *La semiología*, Siglo XXI Editores S.A. de C.V., México, 1972.

La razón detrás de la importancia de la jurisprudencia del TJCA en materia de marcas está asociada a la teleología de la organización internacional, que se constituyó para construir un mercado común interno, entre países unidos geográficamente en un mundo en que la bilateralidad ponía en debilidad a muchos de los que tenían menor ingreso *per cápita* y mercados más reducidos. Las marcas han sido y serán instrumentos de comunicación fundamentales para la circulación de productos y servicios entre los países, y es por eso por lo que la eliminación de la natural barrera impuesta por divergentes legislaciones nacionales pasaba por una reglamentación común de la adquisición, explotación y pérdida de la marca.

Como prueba plena de esa aserción, la Decisión 85[5] fue una de las primeras normas andinas que irrumpió los sistemas u ordenamientos locales[6], gracias a la preeminencia

[5] Respecto al contenido de la decisión, esta incluye los requisitos para el registro de una marca, el procedimiento para efectuar este registro, los derechos que confiere el registro, la cesión o transmisión de un registro y otras disposiciones relativas a las marcas. Este conjunto de normas además obligaba a los países firmantes a acogerlas a su legislación nacional y tomar los pasos adecuados para garantizar el cumplimiento del reglamento. Para los fabricantes traía consigo el gran beneficio de tener una mayor protección de las marcas que registrasen. Pues esta norma fijaba oportunidades y acciones para defender derechos preexistentes. Además, facilitaba el acceso a otros mercados, pues si bien cada país incorporaba estas disposiciones en su sistema jurídico, el peticionario de una marca en un país miembro tenía preferencia para solicitar el registro de la misma marca en cualquier otro país de la subregión.

[6] Previo a la firma del Acuerdo de Cartagena, ya habían existido diferentes intentos de una integración regional. Cabe destacar la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante, la **ALALC**). Esta Asociación creada en 1960 tenía como objeto el desarrollo y creación de una zona libre de comercio. Sin embargo, en 1966 se firma la Declaración de Bogotá «Bases de una Común Política Internacional» en la cual Colombia, Chile, Perú y Venezuela se vieron en la necesidad de ejecutar acciones en conjunto con base en las disposiciones de la ALALC.

La historia de la CAN comienza en 1969 cuando Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú firman el Acuerdo de Cartagena. En respuesta a los escasos resultados de los previos intentos de integración, se firma el Acuerdo. Previo a este, la propiedad industrial era una temática regulada de manera individual por cada país. Existían tratados internacionales acerca de la materia, como el Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Intelectual (1891) pero, no fue hasta más adelante que los países firmantes del Acuerdo de Cartagena se unirían a este.

Las primeras normas respecto a la propiedad industrial en la región comienzan a aparecer a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Estas versaban en lo principal sobre las patentes, marcas o signos distintivos y los derechos de autor. A lo largo del siglo XX, cada país seguía ampliando su legislación nacional. Si bien cada nación logró avances en respecto a la regulación de diferentes componentes de la propiedad industrial, no fue hasta la integración regional que se notaron cambios significativos.

Bolivia introdujo la Ley Reglamentaria de Marcas de Fabrica el 15 de enero de 1918. Posteriormente, no hubo mayores desarrollos hasta la firma del Acuerdo de Cartagena. A su vez, Chile introduce la primera ley sobre propiedad industrial mediante el Decreto Ley N°588 de 1925. Mas adelante, esta misma norma es modificada y se continuó la producción de diferentes leyes relevantes al asunto. Cabe aclarar que, si bien Chile fue uno de los países que se adhiere inicialmente al Acuerdo de Cartagena, este mismo sale del Acuerdo en 1976. Por su parte, Colombia introduce la primera ley acerca de la propiedad industrial en 1925. Esta norma en conjunto con la Ley 94 de 1931 del 9 de julio estuvieron vigentes hasta la introducción del Código de Comercio en 1971. No fue hasta la introducción de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que se volvieron a presentar cambios en la legislación colombiana. Ecuador introduce la primera

de las normas comunitarias, cuyo efecto fundamental es suspender las normas locales que las contradigan o regular fenómenos que aquella optó por gobernar. La Decisión 85 fue la norma de los 80s, su vigencia solo se vio afectada por la aparición de las negociaciones en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (**GATT**) de los países miembros, que trajo como primera consecuencia la Decisión 275 que suspendió el artículo 83 de la Decisión 85. Posteriormente, se emitirían las fugaces Decisiones 311 de 1991, y 313 de 1992, cuyos contenidos sentarían las bases de la Decisión 344 de 1993, que permanecería vigente por cerca de 7 años hasta que apareciera la Decisión 486 de 2000 como primer ejercicio mundial de adaptación de legislaciones locales a los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en lo sucesivo, **ADPIC**) en el marco de la Organización Mundial del Comercio (**OMC**).

Esa Decisión 486 ha permanecido prácticamente inmaculada, solo la Decisión 689 vino a crear algunas flexibilidades por cuenta de tratados de libre comercio suscritos por algunos de los países miembros de la CAN con la Unión Europea y Estados Unidos de América y apenas si ha sido complementada por normas como la Decisión 876 sobre marca país. Desde luego, existen otras normas que incorporan disposiciones relevantes, como la Decisión 291 en lo que concierne a licenciamiento, pero sería injusto no señalar que es una de las normas andinas más duraderas.

2. La historia de la conceptualización de la marca en las normas andinas

El tránsito legislativo desde la Decisión 85 hasta la Decisión 486 en materia marcaria refleja un proceso paulatino de depuración del concepto de marca, y de su función basal que es la de distinguir productos y servicios. Para entender esa evolución, tenemos que resaltar que las Decisiones se han emitido en contextos políticos, sociales y económicos muy variantes.

En los 80s, el paradigma era el de una división entre países desarrollados y no desarrollados guiado por una doctrina ideológica que insistía en que la propiedad industrial era herramienta de opresión y no necesariamente de desarrollo, acompasado todo con una incipiente introducción de marcas y productos en los mercados andinos. En paralelo, se presentaban unas legislaciones nacionales que usaban expresiones (marcas de fábrica) para informar que un producto lo fabricó el titular del signo,

ley de marcas en 1899. A pesar de ser uno de los primeros países en la región en presentar una norma de este talante, su contenido era bastante general y no existía una autoridad encargada de enforzar las disposiciones acarreadas en este texto. Por último, Perú introdujo mediante la Ley 13270 de 1959 un reglamento para la propiedad industrial. A este la antecedía la Ley de Privilegios de 1869 que trataba exclusivamente sobre patentes y no hacía alusión al concepto de marcas.

Es claro que, aunque cada país comenzó a desarrollar reglamentos concernientes a la propiedad industrial, estos carecían de profundidad y se dificultaba la aplicación de las disposiciones ya existentes. Las diferencias entre los reglamentos de la región podían generar conflictos para registrar marcas en el exterior y ponía trabas en el tan anhelado proceso de integración. Por fortuna, con la creación del Acuerdo de Cartagena se logró establecer un reglamento unificado entre los países firmantes para así ponerle fin a esta problemática.

marcas comerciales para las que incorporaban comerciantes no productores como indicadores de procedencia empresarial, y marcas de servicios para quienes cuidaban intereses o satisfacían necesidades mediante el ofrecimiento de obligaciones de hacer y querían señalar así su origen empresarial. Era un mundo que todavía hablaba de la marca como fenómeno de mercado que apenas la legislación reconocía, en el que se juntaban signo y clientela y no necesariamente signo y producto. Una interpretación prejudicial emitida en la mitad de los 90s todavía daba fe de esa concepción:

> «En consecuencia, el signo per se, no constituye marca, mientras aquél no distinga, dentro del comercio, bienes y servicios de una persona o empresa, frente a bienes o productos y servicios de otra persona o empresa.»[7]

En los 90s, se dio la aparición de los primeros modelos de apertura derivados del Consenso de Washington, y el comienzo y posterior consolidación de las negociaciones para la formación de la Organización Mundial del Comercio y con ella la suscripción de los ADPIC. La historia no acaba allí, pero dado que la Decisión 486 es expedida en el año 2000, y como se sabe, sigue vigente en su mayoría de disposiciones, lo posterior ha influenciado su entendimiento que no su tesitura.

Así, la marca no fue definida directamente por la Decisión 85, pero sí era posible deducir su significado de la interpretación del artículo 56 que señalaba que serían registrables como tal aquellos signos que fueran novedosos, visibles y suficientemente distintivos. La doctrina en paralelo intentó definiciones; uno de los primeros en escribir sobre la temática en la región fue Manuel Pachón Muñoz quien, con base en lo anotado, definió la marca como un signo visible que, puesto sobre un producto o servicio, estaba destinado a distinguirlos de otros[8].

La Decisión 311 eliminó el requisito de novedad, modificó el de visibilidad por uno más abierto: el de perceptibilidad y agregó el de representación gráfica, al tiempo que en el inciso segundo del artículo 71 intentó una primera definición de marca como «todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona». La misma definición fue conservada por la 313 y por la 344.

La adaptación del sistema a los ADPIC trajo como consecuencia varias modificaciones. El artículo 134 de la Decisión 486 definió la marca como cualquier signo que fuere apto para distinguir productos o servicios en el mercado, pero supeditó su protección a la representación gráfica. Esa misma norma incorporó un listado abierto de signos que pueden ser marca como las palabras y sus combinaciones, las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas,

---

7 Caso "DIDA" (mixta), 09-IP-94, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en ese entonces llamado del Acuerdo de Cartagena—, 24 de marzo de 1995.

8 Manuel Pachón Muñoz, *Manual de Propiedad Industrial*, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984.

emblemas y escudos, sonidos y olores, letras y números, colores delimitados por formas o su combinación, formas de productos, envases y envolturas o su combinación.

3. El concepto de distintividad, desde la antigua novedad relativa hasta su transformación en distintividad pura y simple

En este trasegar normativo podemos observar con claridad cómo la distintividad evolucionó de un primer concepto que incorporaba dos elementos: la novedad y la suficiente distintividad, hasta uno unitario: la capacidad o aptitud para distinguir.

La palabra novedad ha sido motivo de dramáticas exposiciones en su contra por ser más propia del mundo de las patentes; pero lo que se pasa por alto es que se trata de un uso anfibológico del vocablo, pues esta novedad marcaria se usaba como sinónimo de lo que hoy se conoce como distintividad extrínseca. El mismo Pachón explicaba sucintamente la comprensión que se tenía de tal vocablo para la época, por parte de la doctrina:

> «En sentido diferente del empleado en materia de patentes de invención y de modelos y dibujos industriales, por lo cual la doctrina moderna se inclina a señalar que el signo tiene que estar disponible, esto es que un tercero no debe haber adquirido derecho para utilizarlo como marca.»[9]

Esa claridad de Pachón no era tan común. Las primeras interpretaciones prejudiciales del TJCA, como las emitidas en los procesos de los años 1988, 1989, y 1990, reafirmaron características estructurales del ordenamiento andino; entre ellas: su preeminencia, la posibilidad o imposibilidad de reglamentación interna, algunos principios cardinales de la interpretación prejudicial, en los que está, por ejemplo, que no es una prueba o que solo podía solicitarla un juez nacional —en este caso porque una abogada consultó directamente al Tribunal—.

Son pocas las interpretaciones prejudiciales de los 80s y principios de los 90s, y podemos decir que hubiera sido ideal para esta investigación que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se hubiere referido en extenso al llamado requisito de novedad, pero lo más cercano a ello, se encuentra en la 1-IP-87 y la 3-IP-91, esta última sobre la marca "SASONED", en donde esa corporación aprovechó para referirse a los requisitos para el registro, utilizando las expresiones NOVEDAD y DISTINTIVIDAD indistintamente; veamos:

> «El literal b) del artículo 58 prohíbe el registro como marca de "las formas usuales o necesarias de los productos, sus dimensiones y colores", y el literal d) prohíbe dicho registro cuando se trate de las palabras que, en la práctica, "se hayan convertido en una designación usual de los productos o servicios de que se trate". Ambas normas prohíben, en el fondo, el uso de marcas engañosas, capaces de confundir al público consumidor o de inducirlo a engaño, reglamentando así, para las hipótesis concretas a

[9] Manuel Pachón Muñoz, *op. cit.*

> las cuales se refieren, el principio general y básico contenido en el artículo 56 de la misma Decisión 85, según el cual el signo que se pretenda utilizar como marca debe ser en todo caso NOVEDOSO Y DISTINTIVO.
>
> La marca debe cumplir antes que nada con la función específica que le corresponde, o sea con una función "diferenciadora" que le permita al público individualizar sin equívocos el producto o servicio de que se trate. De allí, por ejemplo, el fenómeno conocido como "la vulgarización de una marca", al que correspondería la hipótesis que contempla el literal d), y que se presenta, según la doctrina, cuando el signo distintivo que está siendo utilizado como marca se convierte más adelante, para el público consumidor, en la denominación general y objetiva de todos los productos o servicios de la correspondiente clase. Cuando esto ocurre, el signo pierde su capacidad distintiva o diferenciadora y no puede seguir siendo utilizado válidamente como marca.»[10]

En verdad no se trataba de un tema simple, porque la expresión novedad admite diversos significados técnicos. En justicia, la referencia a la novedad de la marca en la jurisprudencia andina no es vasta por varias razones. En primer lugar, la Decisión 85 no fue interpretada prejudicialmente con la masividad que la que han sido interpretadas las normas que le sucedieron y en segundo lugar el término nunca fue unívocamente tratado pues a veces se le usó incluso como adjetivo asociado a la originalidad. De hecho, en una de las interpretaciones prejudiciales de la mitad de los 90s que ya se citaron, el Tribunal dio cuenta del debate:

> «Los tratadistas discrepan en cuanto a los elementos esenciales que intrínsecamente deben reunir un signo para contar con la protección jurídica. Coinciden sí en conceder importancia a la fuerza distintiva del signo con respecto a una clase de productos o servicios, a la que también se ha denominado aptitud distintiva suficiente, condición que se traduce en esa potestad necesaria de individualizar los productos o los servicios designados por una marca para diferenciarlos y distinguirlos de los otros, o sea, de aquellos a los que la marca no protege, individualización y diferenciación o identificación que corresponde al consumidor. Este carácter distintivo está directamente relacionado con los productos o servicios que va a distinguir, y mientras el signo esté más alejado de las características genéricas y descriptivas de los productos, será más distintivo de ese producto.
>
> La novedad y originalidad, que se exige también a los signos como elementos constitutivos para su protección legal, son relativas -así se ha pronunciado este Tribunal- y así lo considera parte de la doctrina.»[11]

El elusivo significado solo hallaría sentido tras años de debate doctrinario que sirvieron para clarificar por completo que la novedad de la Decisión 85 en materia de marcas no era más que una forma de referirse a la distintividad extrínseca. El TJCA perfeccionó la descripción de lo que implicaba el requisito de novedad así:

---

[10] Caso "SASONED", 3-IP-91, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en ese entonces llamado del Acuerdo de Cartagena—, 21 de octubre de 1991.

[11] Caso "DIDA" (mixta), 09-IP-94, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en ese entonces llamado del Acuerdo de Cartagena—, 24 de marzo de 1995.

> «La novedad exigida para que un signo pueda ser registrado como marca no hace referencia necesariamente a la capacidad creativa del signo por parte de su titular. Esta condición hace relación a la aplicación que el signo tiene con respecto a los servicios o a los productos que va a identificar, evitando que el signo describa las características del producto que va a proteger. En consecuencia no será novedoso un signo que se identifique plenamente con las características del servicio o producto o un signo que se encuentra anteriormente registrado o que se haya convertido en una denominación usual y genérica.
>
> Un signo marcario reunirá la condición de novedad o será nuevo, no por su uso anterior, sino porque para el producto que va a distinguir e individualizar, es apropiado en virtud de que el signo será inconfundible con otros registrados para la misma clase de productos. El signo es novedoso si en su aplicación actual va a servir para identificar la marca.»[12]

Como la novedad y la distintividad en la norma andina no podían significar lo mismo, por aquel principio del efecto útil (*Ut res magis valeat quam perat*), el citado caso representó el de mayor claridad en la jurisprudencia del Tribunal sobre el elusivo concepto de novedad, pero no fue la última vez que se pronunció sobre ella y en casos posteriores, incluso, volvería a afirmaciones que implicarían que la novedad era también distintividad, perdiendo la claridad que alcanzó en el caso anotado[13].

Pero, que la Decisión 85 hubiera sido retadora para la hermenéutica, no implicó que el TJCA no acertara en la búsqueda de sentido. Tal vez porque reunía varios de los más connotados juristas de la época, como el colombiano Fernando Uribe Restrepo, el ecuatoriano Galo Pico Mantilla, el venezolano José Guillermo Andueza, el boliviano Hugo Poppe, el peruano Nicolás de Piérola con secretaría de Rubén Herdoíza quien posteriormente fuere también magistrado y presidente del Tribunal; todos con importante experiencia jurídica y directiva antes de asumir el reto que imponía ser parte del judicial andino.

Una muestra de su acierto está en que más allá de las palabras, el TJCA siempre le dio un papel protagónico a la distintividad, fuere como fuere que le hubieren llamado en la norma. Así se refería en ese entonces a ella:

> «**La función distintiva es la característica más importante** que el ordenamiento jurídico andino atribuye a las marcas pues las demás se derivan de ella; así la visibilidad de la marca y su novedad a que se refiere el mismo artículo 56 son calidades que precisamente permiten la identificación de la marca y su diferenciación con respecto a otros productos.»[14]
>
> (Énfasis agregado).

---

12 Caso "LAURA" (mixta), 2-IP-95, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 19 de septiembre de 1995.

13 Así sucedió en el caso 12-IP-95.

14 Caso "BENETTON", 5-IP-94, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en ese entonces llamado del Acuerdo de Cartagena—, 23 de febrero de 1995.

En todo caso, el requisito de novedad se abandonó en la Decisión 311, y nunca más volvió a ser relevante para la definición de marca en las Decisiones posteriores. No sucedió lo mismo con el vocablo «suficientemente distintivos», que hizo parte del artículo 56 de la Decisión 85, continuó haciendo parte de la definición en el artículo 71 de la Decisión 311 y de la Decisión 323, así como del artículo 81 de la Decisión 344. Solo fue la Decisión 486 la que eliminó definitivamente esa redacción del requisito, e incorporó el de aptitud para distinguir, al tiempo que incorporó en el literal b) del artículo 135 una prohibición de registrar como marcas los signos que carecen de distintividad. En realidad, la expresión "suficientemente" era confusa, pues el atributo de distintividad no admite puntos medios, o se trata de una expresión distintiva o no lo es[15].

Tuvo mucho que ver en ese cambio de suficientemente distintivo a simplemente "apto para distinguir" la jurisprudencia del TJCA; pues la norma que parecía incorporar un cierto tipo de signos que eran distintivos, pero no lo suficiente para acceder al registro, por lo que el TJCA a bien tuvo esclarecer la norma de la Decisión 344 así:

> «Las expresiones utilizadas por el artículo 81 de la Decisión 344, de que el signo sea "suficientemente distintivo", no se ha de tomar como un doble requisito o condición del signo, esto es que a más de "distintivo," sea "suficientemente", pues si el signo a criterio del administrador es distintivo para el objeto que persigue (función identificadora marca-producto), no ha de estimarse que el signo sea de tal naturaleza que elimine la posibilidad de registro de signos que siendo por sí discrecionalmente distintivos no tengan el carácter de "suficientemente distintivos".
>
> Lo distintivo es lo que hace que una persona, cosa u objeto, por sus características subjetivas u objetivas o por rasgos, naturaleza, funciones o condiciones interiores o exteriores sea distinta a la otra. Y lo distintivo, por lo tanto, conduce a diferenciar a dos personas y objetos.
>
> Sin embargo, esta norma contrapone dos conceptos: el suficientemente distintivo o simplemente distintivo, frente al insuficientemente distintivo, y si el signo se agrupa en esta última categoría, dejará de ser registrable. Hay signos que no son genéricos ni descriptivos ni que se refieren a un objeto o servicio determinado y que no reúnen la distintividad necesaria para diferenciar un producto de otro, razón por la que, no posee la condición de "distintividad" para constituirse en marca.»[16]

4. De los requisitos de registro a las prohibiciones absolutas y relativas

Con la depuración del concepto de distintividad por parte del TJCA, reflejado posteriormente en la Decisión 486 se produjo una sofisticación del concepto de distintividad, entendiéndolo como elemento cardinal con dos acepciones particulares,

---

15 Si algo no es suficientemente distintivo, no es distintivo; algo no puede ser un poco distintivo tampoco.

16 Caso "EXCLUSIVA" (nominativa), 27-IP-95, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en ese tiempo llamado del Acuerdo de Cartagena—, 25 de octubre de 1996.

la distintividad inherente o intrínseca y la extrínseca o exógena. La primera se refiere a la aptitud objetiva del signo para diferenciar el producto o servicio de cualquier otro signo que se use para proporcionar información sobre el producto o servicio del que se trate, bien sea su nombre, su origen o sus características. La segunda, al ser diferenciable de otros signos adquiridos antes —como podría suceder con enseñas y nombres comerciales adquiridos por su primer uso en el mercado o marcas que hubieren sido registradas— o estén en camino de adquirirse como sucede con las marcas cuyo registro se haya solicitado previamente[17]. Así lo reconoció el TJCA con ponencia del magistrado Luis Díez Canseco:

> «Asimismo se debe tener en cuenta que la falta de distintividad está consagrada de manera independiente como causal de nulidad absoluta en el artículo 135, literal b). La distintividad tiene un doble aspecto: 1) distintividad intrínseca, mediante la cual se determina la capacidad que debe tener el signo para distinguir productos o servicios en el mercado. Y 2) distintividad extrínseca, por la cual se determina la capacidad del signo para diferenciarse de otros signos en el mercado.»[18]

La sofisticación del entendimiento de la distintividad y de su función, signó el camino para que hoy la Decisión 486 incorpore más y precisas prohibiciones de registro, cuyo fin último es proteger al signo como verdadero medio de comunicación y elección. Lo anterior porque su propósito no se restringe a identificar un origen empresarial, sino que es instrumento de elección de los consumidores y de apropiación de la renta generada por el esfuerzo propio de cada empresario que incorpora productos o servicios al mercado. De igual manera, porque así lo exige el fenómeno de la globalización —por cuenta del diálogo cultural y jurídico con legislaciones como las de la Unión Europea y Estados Unidos de América—.

Las citadas prohibiciones las divide el artículo 172 de la Decisión en generadoras de nulidad absoluta y relativa. Las del artículo 135, que incorporan un listado de escenarios en que la aptitud de distinguir es inexistente o contrarían el orden público o social, se llaman, por esa razón, absolutas. Las del artículo 136, que no solo se refieren a derechos sobre signos distintivos clásicos previos —como marcas, nombres o enseñas comerciales—, sino también a diseños industriales, denominaciones de origen, derechos de autor, entre otros.

Estas prohibiciones son complementadas por la prohibición de registrar signos como marcas de mala fe, cuya existencia se deriva del principio general del derecho según el cual el ilícito no puede producir derechos y se reconoce en el artículo 172 de la Decisión 486. La nulidad por mala fe, no obstante, su gravedad, está restringida a 5

---

17 Aunque es relevante señalar que el listado de prohibiciones relativas es más amplia y no se reduce a lo concerniente a signos previamente adquiridos o en expectativa de obtenerse y ello se debe a que las funciones del signo son vitales e interactúan con más derechos en el mercado, los cuales también pueden perturbar ese vínculo entre prestación y signo.

18 Caso "COOLECHERA" (mixta), 23-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 13 de mayo de 2014.

años de prescripción y por eso hace parte en la legislación andina de las nulidades relativas y no de las absolutas.

Uno de los actos aclarados[19] más novedosos y trascendentales fue precisamente acerca de la nulidad de mala fe, pues esta había carecido de contenido concreto hasta hace poco, cuando el TJCA, con ponencia del magistrado peruano Hugo R. Gómez Apac, sostuvo que actúa de mala fe quien registra un signo a sabiendas de que es idéntico o similar a un signo extranjero; en esa providencia, el TJCA sentó también las bases para una aplicación de la teoría anglosajona del *constructive knowledge*, según el cual

[19] **Doctrina del acto aclarado**

La doctrina del acto aclarado es una figura que se ha incorporado recientemente en la CAN. Para poder explicar esta doctrina es pertinente referirse a la interpretación prejudicial. Según Alejandro Perotti y Patricio Bueno Martínez — véase Patricio Bueno Martínez y Alejandro Daniel Perotti, *La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?*, 2005—, la interpretación prejudicial se entiende como la consulta que hace un juez nacional al TJCA para que este rinda una interpretación sobre una de las normas comunitarias. Ahora bien, la doctrina del acto aclarado se incorpora inicialmente en el 2023. Por esta doctrina se entiende que una vez el TJCA ha rendido una interpretación prejudicial sobre una de las normas andinas, no tendrá que volver a realizar el análisis, pero en vez, remitirá al consultante a la interpretación que fue realizada en el pasado. La implementación de esta doctrina va de la mano con afirmaciones pasadas del Tribunal, de que las interpretaciones que emite son con el fin de construir jurisprudencia. Además, el uso de esta herramienta facilitará la labor del Tribunal pues no tendrá que realizar múltiples interpretaciones para una misma norma. De igual forma observaremos los cuatro procesos mediante los cuales se introdujo este concepto en el sistema normativo andino.

Asunto que introducen la doctrina del acto aclarado

En el 2023, se publicaron cuatro interpretaciones prejudiciales que introdujeron el concepto de la doctrina del acto aclarado. Todas estas solicitudes de interpretación versaban sobre las mismas normas andinas por las que el Tribunal decide afirmar que al ya existir una interpretación prejudicial frente a las normas, no existía la necesidad de redactar otra interpretación para la misma norma.

En el proceso 145-IP-2022, donde un juez del Consejo de Estado de Colombia (Juez de lo Contencioso Administrativo) solicita una interpretación prejudicial del literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 del 2000. El Tribunal comienza por afirmar que ya se ha interpretado esta norma y no emitirá un nuevo pronunciamiento, pero remitirá al juez a la interpretación preexistente. El tribunal argumenta que algunos procesos como el 10-IP-94, aunque afirmaron que para cada caso era pertinente emitir una interpretación prejudicial, no se podía descartar que el Tribunal se apartase de esa postura. De esta manera, aplicar la doctrina del acto aclarado descongestionaría el tráfico procesal y a su vez le daría mayor eficacia al TJCA para nutrir de jurisprudencia al sistema normativo andino. Esta postura que se presenta es replicada en los procesos 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022. Se reitera que mediante el uso de la jurisprudencia preexistente se puede descongestionar no solo el TJCA, pero también los juzgados nacionales que cuentan con procesos sin movimientos al estar a la espera de una interpretación prejudicial. Por último, el proceso 351-IP-2022 si bien no entra en detalle como lo hacen los otros, afirma que al ya existir una interpretación acerca de la norma consultada, no existe la necesidad de volver a realizar el análisis y remite la consulta a interpretaciones prejudiciales previas en donde ya se ha dado una respuesta.

por cuenta de las circunstancias del caso se puede llegar a la presunción de que sabía de la existencia del signo previo.[20]

5. Las principales herramientas para determinar la existencia de distintividad de un signo

El TJCA ha construido toda una doctrina para el análisis de distintividad según el tipo de signo involucrado. Ha reconocido la existencia del signo genérico como el que responde al nombre del producto o servicio, y suele encontrarse con la pregunta ¿qué es lo que se pretende distinguir?; del signo descriptivo, consistente en información sobre las características o cualidades del producto o servicio, y que respondería a la pregunta ¿cómo es?[21]. Se ha ocupado del signo de uso común y ha eventualmente invitado a casos no regulados a que se use la cláusula general que prohíbe signos que simplemente carezcan de distintividad.

Hoy podemos decir que las principales herramientas para los particulares y las autoridades son esas preguntas, pero que estas no constituyen una prueba infalible. Quien analice la distintividad del signo no debe abandonar el uso de la semiótica y la semiología, así como de los recursos disponibles tales como diccionarios, estudios de mercado, noticias, entre otros, para determinar si un signo es o no apto para ser utilizado y por tanto registrado como marca.

Incluso, en atención a un fenómeno que naturalmente se puede dar por el uso que se le da a un signo carente de distintividad, el sector pertinente de un producto o servicio puede llegar a asignarle un segundo significado, diferente del que le habría vedado ser un signo registrado. Este fenómeno se conoce en la legislación andina como distintividad adquirida y responde a la importancia de cómo realmente se entiende un signo por el público, en concordancia con el principio de primacía de la realidad[22]. Para su comprobación, siempre se requerirá evidencia contundente. Si se requiere para probar la distintividad obtenida por el uso, también se puede probar contra la aparente distintividad de un signo, como sucederá cuando la expresión no sea de conocimiento común, pero sí genérica o descriptiva en un mercado especializado, o se haya vulgarizado antes del registro.

La distintividad es hoy en día tan relevante, que su pérdida posterior al registro puede ocasionar su cancelación por vulgarización. La extrínseca igual que la intrínseca, pues para el titular de una marca notoria que haya visto vulnerado su derecho por cuenta de un registro no solo está disponible la acción de nulidad sino la de cancelación por notoriedad.

---

[20] Caso "TAPOUT", 128-IP-2022, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 6 de octubre de 2023.

[21] Caso "COLMED", 344-IP-2022, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 11 de abril de 2023.

[22] Sobre la materia de la distintividad adquirida véase el caso 223-IP-2020.

6. La distintividad según el tipo de signo

La limitada lista de signos nominativos[23], mixtos y figurativos que protagonizaba las interpretaciones prejudiciales de la Decisión 85, fue paulatinamente cambiando para reconocer las llamadas marcas no tradicionales; se trata de signos no convencionales pero cada vez más comunes, como las marcas olfativas, de textura, de posición, tridimensionales, de color, etc. El TJCA ha reconocido implícitamente que se deben ajustar las reglas de análisis dependiendo del signo.

Así, para las marcas tridimensionales la distintividad intrínseca estará dada porque el diseño sea característico y no corresponda a la forma usual de que lo que se pretende registrar ni a una necesidad funcional del respectivo producto o servicio[24]; para las de color en que esté delimitado por una forma y no responda a necesidades propias de la naturaleza del producto o corresponda a uno usado para designar una categoría de producto o una de sus cualidades[25].

7. La clasificación de los signos según el grado de información que permiten entender del producto o servicio que identifican

En recolección de las diversas posiciones doctrinales, el Tribunal ha señalado que los signos pueden ser evocativos cuando el consumidor adquiere información sobre el producto pero debe hacer un esfuerzo para ello[26], arbitrarios cuando tienen una connotación comprensible y conocida en un país miembro pero esta no es transferible a las características o al género del producto que pretende identificar y de fantasía cuando carecen de cualquier significado[27]. Las marcas en idioma extranjero son muy importantes, pues el TJCA sigue insistiendo en que mientras el idioma en que viene el signo no sea ampliamente conocido o por cualquier motivo el signo fuere comprensible para los hispanohablantes, los signos de este tipo deben analizarse como marcas de fantasía[28].

En realidad, esta posición debe armonizarse con el comercio internacional, en el que es sumamente común que se importen productos que incorporan expresiones en la etiqueta en otro idioma; comprensibles o no, si una persona, bien o mal intencionada,

---

23 Las marcas conformadas por una o pocas letras también han merecido pronunciamientos particulares por el TJCA, véase, por ejemplo, el caso 121-IP-2020.

24 Caso "COLOR", 450-IP-2022, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 10 de noviembre de 2023.

25 *Ibidem.*

26 Caso "MALTA REAL", 256-IP-2020, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 19 de mayo de 2021.

27 Caso "PEGATEC", 63-IP-2019, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 19 de noviembre de 2019.

28 Caso "FOREVER 21", 266-IP-2021, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 21 de septiembre de 2022.

registra el signo que es genérico o descriptivo en otro idioma, podría terminar obstaculizando el comercio mediante acciones de infracción, y medidas en frontera.

Los Estados Unidos de América reconociendo esa realidad hace ya tiempo utilizan una doctrina de equivalentes para marcas según la cual el signo genérico o descriptivo es analizado como si se pretendiera el registro de su traducción. En Colombia, se dio el caso, por ejemplo, de "SRS AIRBAG", en el que una persona de mala fe registró esa denominación con un diseño menor y pretendió demandar a toda la industria automotriz por infracción; también se dio el caso de un producto cuyo nombre fue negado como marca en su país de origen, pero en Colombia fue objeto de registro y después fue la base de una acción por infracción.

8. Conclusiones y futuro del concepto de distintividad en la jurisprudencia del TJCA

Se ha expuesto en el artículo el camino recorrido por la jurisprudencia del TJCA sobre el concepto de distintividad, inicialmente subdividido en novedad relativa y distintividad extrínseca, pasando por el concepto de suficiencia hasta llegar a la hoy depurada noción de distintividad a secas. En el camino, se expuso la importancia de la jurisprudencia del TJCA, sin cuyas reflexiones, la Comisión de la Comunidad Andina, —responsable de la expedición de las Decisiones— no hubiera podido pulir progresivamente el concepto de marca y el requisito fundamental de distintividad.

Sin dejar de lado los aportes del Tribunal, se resaltaron algunas ambivalencias que resultan naturales en una corte dinámica y cambiante, y sugerimos la modernización de la doctrina sobre las marcas de fantasía en idioma extranjero como paso necesario a seguir. El Tribunal ha respondido a retos internacionales como los de brindar verdaderas herramientas para analizar la distintividad de los signos, sin importar si son o no tradicionales por lo que es de esperar que vengan más de esos aportes en el futuro.

En su aniversario, el Tribunal representa hoy una entidad viva, activa y cada vez más relevante en los ordenamientos jurídicos nacionales. Construye una base de principios que ha ido convirtiendo cierta doctrina en necesario criterio interpretativo, lo que ha facilitado la labor de jueces nacionales y autoridades competentes y es un protagonista actuante de la integración subregional andina, sin cuyo papel la Comunidad Andina se habría desintegrado hace tiempo.

Bogotá, enero de 2024.

***

CAPÍTULO VI

DOCTRINAS JUDICIALES ELABORADAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA – COMPETENCIAS JURISDICCIONALES

SUBCAPÍTULO I

LA ACCIÓN DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático y director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Nacional de Rosario de Argentina y la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica. Ha dedicado su carrera a la enseñanza e investigación del Derecho Administrativo, gestionando diversas instituciones públicas en tareas vinculadas con esta rama del Derecho. Ha sido consultor de organizaciones internacionales, destacándose su membresía en el Comité de las Naciones Unidas de Expertos en Administración Pública. En 2003 fue premiado con la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica por sus servicios civiles excepcionales en la contribución a España y sus relaciones con la Comunidad Internacional. Autor de diversas obras, libros y artículos académicos.

***

LA ACCIÓN DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Palabras clave
Acción de nulidad. Control de legalidad. Derecho comparado. Jurisprudencia.

Keywords
Annulment action. Legality control. Compared law. Jurisprudence.

Resumen

El presente artículo revisa el tratamiento normativo y jurisprudencial del mecanismo procesal de control de legalidad de los actos comunitarios en la Comunidad Andina: la acción de nulidad, de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El trabajo aborda cómo está regulada la acción de nulidad en el Tratado de creación del Tribunal supranacional y su Estatuto, y se compara su naturaleza jurídica con otros mecanismos procesales que conoce la corte andina. Con ello, se procede a comparar la acción de nulidad andina con otras figuras jurídicas similares en el derecho español y europeo. Finalmente, se recopilan distintos desarrollos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que brindan mayores luces sobre el funcionamiento real de la acción de nulidad en el sistema jurídico de la Comunidad Andina.

Abstract

This paper reviews the normative and jurisprudential treatment of the procedural mechanism of legality control in the Andean Community: the annulment action in the jurisdiction of the Court of Justice of the Andean Community. The work asses how the annulment action is regulated in the Tribunal Creation Treaty and its Statute and compares its juridical nature with other procedural mechanisms that the Andean court examines. That said, it compares the annulment action with other similar juridical figures in Spanish and European law. Finally, the article compiles a diverse group of jurisprudential developments of the Andean Community Court of Justice to

analyze more deeply how the annulment action functions in the Andean community law.

1. Introducción

Cuarenta años contemplan la relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**). Sus sentencias, como es bien sabido, son referencia para todos los juristas del mundo en la voluntad constante y perpetua —en palabras del Digesto— de hacer justicia a través de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, ejercida por sus Magistrados Principales[1] por la República de Colombia, por la República de Ecuador, por la República del Perú y por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Es un honor como jurista y como miembro de la comunidad iberoamericana, poder rendir homenaje al Tribunal y a quienes son y han sido sus miembros, mediante la amable invitación para analizar la cuestión de la acción de nulidad ante el mismo. Mi agradecimiento nunca sería suficiente porque, como decían los clásicos, todas las gracias brillarían, por la ausencia de bastantes gracias.

2. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[2] (en adelante, el **TCTJCA**), como sabemos, regula la acción de nulidad en la Sección Primera de su Capítulo III, sobre las competencias del Tribunal, en sus artículos 17 y ss.; y el Estatuto del Tribunal[3] (en adelante, **ETJCA**), en el Capítulo I del Título Tercero, sobre las acciones en particular, en sus artículos 101 y ss.; teniendo en cuenta, por supuesto, el Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[4] (en adelante, **RITJCA**).

Lógicamente, referido a la acción de nulidad, no nos referiremos a las nulidades procesales reguladas en la Sección Segunda del Capítulo Cuarto del ETJCA, que regula los incidentes procesales.

Pues bien, el artículo 4 del TCTJCA establece lo siguiente:

> «**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**.

---

1 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/nosotros/magistrados/*

2 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Tratado_Creación_TJCA.pdf*

3 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/EstatutoTJCA.pdf*

4 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Reglamento_Interno_TJCA.pdf*

> Se comprometen, asimismo, a **no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.**»
>
> (Negrita agregada)

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina[5] comprende, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del TCTJA: 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 (en adelante, la **SGCA** o **Secretaría General**); 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.

A su vez, el artículo 2 del ETJCA, en relación con la naturaleza y características[6] del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dispone que:

> «**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.»
>
> (Negrita agregada)

Como es sabido, todas las normas mencionadas en el artículo 1 del TCTJCA y en el artículo 2 del ETJCA, ya sea que se trate de normas de derecho primario (normas fundamentales o constitucionales) o de derecho secundario (normas derivadas), constituyen **fuentes típicas**[7] pues han sido reconocidas de modo expreso por el derecho positivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

---

5 Hugo R. Gómez Apac, *Capítulo II. El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, director), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de la creación de su Tribunal de Justicia*, Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019, p. 60. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf

6 Jorge Enrique Santos Rodríguez. *El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* no. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 21-44. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/5038/503856213004.pdf

7 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf

Las fuentes típicas a su vez pueden ser clasificadas 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, nos encontramos con que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina tienen efectos jurídicos generales, mientas que las Resoluciones de la SGCA y los Convenios a que se refiere el artículo 1 del TCTJCA pueden tener efectos jurídicos generales, en unos casos, o efectos jurídicos particulares, en otros casos, según la situación de que se trate.

En efecto, centrándonos en las Resoluciones de la SGCA, aquellas que reglamentan Decisiones disponen de carácter normativo, es decir, de efectos jurídicos generales. En cambio, una Resolución de dicha instancia que se pronuncie sobre el cumplimiento de las normas de origen de la Comunidad Andina por parte de una mercancía determinada, tiene efectos jurídicos particulares, similar al que tiene un acto jurídico emitido por autoridad nacional competente, como es el caso del acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública[8].

Todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como las actuaciones de los Países Miembros y de los Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración, siempre deben ser interpretadas, evaluadas y juzgadas a través del prisma del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, que establece los objetivos y la finalidad del proceso de integración subregional andino, los cuales se constituyen como los fundamentos y pautas básicas que guían a la Comunidad Andina[9].

En su artículo 5, el Tratado crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, con la organización y las competencias —establecidas en su Capítulo III— que se establecen en el TCTJCA y sus Protocolos Modificatorios.

---

8 **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 fecha 14 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.»

Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC425.pdf*

9 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

El TJCA es el intérprete auténtico[10] de la normativa andina que, a través de sus interpretaciones prejudiciales y de sus sentencias es que el define el objeto, contenido y alcance del ordenamiento jurídico comunitario andino.

3. Sobre la acción de nulidad: generalidades

Tal y como enseña la jurisprudencia del Tribunal[11], de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del TCTJCA, el órgano jurisdiccional tiene competencia para analizar la validez de las normas de derecho derivado o secundario que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino:

> «**Artículo 17.-** 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** a que se refiere el literal e) del Artículo 1, **dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder**, cuando sean **impugnados 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 en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado.»
>
> (Negrita agregada)

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 101 del ETJCA, la acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que este declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la SGCA y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del TCTJCA, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

La Sección Primera del Capítulo III del TCTJCA y el Capítulo Primero del Título Tercero del ETJCA regulan la acción, que tiene por objeto la declaración de nulidad de: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, Resoluciones de la Secretaría General, así como los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 (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).

---

10 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

11 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf*

Como estudiaremos al revisar su jurisprudencia[12], el análisis de legalidad o validez que realiza el TJCA tendrá sus particularidades si la norma cuestionada tiene efectos jurídicos generales o si tiene efectos jurídicos particulares[13].

Tratándose de actos comunitarios 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: a) si la norma fue emitida por autoridad competente; b) si la norma respeta la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía; y, c) si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente *test* de razonabilidad. En primer lugar, si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho comunitario andino. En segundo lugar, 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. Y, en tercer lugar, si el objeto de la norma es proporcional; esto es, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

En esa línea, para declarar la nulidad de un acto comunitario de efectos jurídicos generales bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados. Asimismo, para declarar su nulidad por falta de razonabilidad, resulta suficiente que no se cumpla uno de los elementos del *test* de razonabilidad antes mencionado.

Igualmente, según la referida jurisprudencia[14], en el caso de actos comunitarios que tienen efectos jurídicos particulares, que tienen la naturaleza de actos administrativos, el control de legalidad es similar al realizado a través de un proceso contencioso administrativo[15], por lo que dicho control de legalidad tiene por objeto analizar los siguientes elementos de validez del acto administrativo comunitario. Primero, si el acto fue emitido por autoridad competente. Segundo, si el objeto del acto es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa). Tercero, si el objeto del acto es determinado y físicamente posible. Cuarto, si el acto se encuentra debidamente motivado, esto es, que no contiene falsos supuestos de hecho o de derecho. Quinto, si el acto se ha

12 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf*

13 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

14 Ver : ST. 23 de septiembre de 2021 (PR. 01-AN-2019), ST. 9 de marzo de 2017 (PR. 05-AN-2015), ST. 23 de agosto de 2018 (PR. 01-AN-2015), ST. 25 de septiembre de 2018 (PR. 04-AN-2016) y ST. 30 de abril de 2019 (PR. 04-AN-2017).

15 Para un análisis detallado de esta cuestión, ver Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *La acción de nulidad en el derecho comunitario andino como un proceso contencioso administrativo*. En *USFQ Law Review*, Universidad San Francisco de Quito, vol. 7, núm. 1, Quito, septiembre de 2020, p. 317. Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/libros/2020_LaAccionDeNulidadEnElDerechoComunita.pdf*

dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento. Y, sexto, si el acto fue dictado en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no haya desviación de poder.

De acuerdo con ello, el TJCA ha establecido[16] que para declarar la nulidad de un acto comunitario de efectos jurídicos particulares (propiamente actos administrativos) bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados.

Teniendo en cuenta, igualmente, en el caso del control de legalidad de los procedimientos para la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la SGCA, así como de los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General, lo dispuesto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina[17], aprobado por Decisión 425 del Consejo andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina de 14 de diciembre de 1997, que regula los principios aplicables al procedimiento, los requisitos de las resoluciones, los vicios de nulidad o anulabilidad de los mismos, los procedimientos administrativos, sus reglas, la revisión de oficio, el recurso de reconsideración.

Están legitimados activamente para accionar los Países Miembros, en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales y jurídicas, que podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

4. Interposición de la demanda en acción de nulidad

En relación con el plazo de caducidad (artículo 103 del ETJCA), 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 Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

El artículo 48 del ETJCA establece requisitos adicionales de la demanda en acción de nulidad, que deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

a) Si el actor es un País Miembro, la demostración de que la Decisión impugnada no fue aprobada con su voto afirmativo;

---

16 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf*

17 Ver: *https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC425.pdf*

b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos;
c) La copia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio que se impugna;
d) La indicación de las normas que se estimen violadas y las razones de la transgresión; y,
e) Cuando la acción se interponga contra una Resolución de efectos particulares, la designación y lugar en el que se debe notificar a los destinatarios o beneficiarios del acto impugnado.

5. Medidas cautelares

La regulación de la acción prevé la posibilidad de acordar medidas cautelares, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del TCTJCA y en el artículo 105 ETJCA.

La regla general es que la interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados; pero el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva; de conformidad con las siguientes reglas:

a) Primera, si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre esta y aquélla;
b) Segunda, si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
c) Tercera, si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Pues bien, si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares.

Mediante Auto interlocutorio de fecha 31 de julio de 2020[18], emitido dentro del Proceso 02-AN-2019[19], el Tribunal se ha pronunciado acerca de la oportunidad procesal para solicitar una medida cautelar en el marco de una acción de nulidad.

En el Auto interlocutorio el Tribunal realiza una interpretación sistemática del artículo 21 del TCTJCA, conjuntamente con los artículos 35 y 105 de su ETJCA, que considera para el efecto el elemento teleológico (la finalidad de la norma) y el de la *ratio legis* (la razón de ser de la norma), que le lleva a concluir que la regla específica contenida en el numeral 3 del artículo 105 del ETJCA no establece una limitación temporal en relación con el ejercicio del derecho que tiene el demandante de solicitar la suspensión provisional de la ejecución de una norma o acto impugnado en una acción de nulidad, o de requerir la aplicación de otra medida cautelar; y el ejercicio de la potestad del TJCA de ordenar la aplicación de una medida cautelar durante la tramitación de una acción de nulidad y antes de dictar la correspondiente sentencia de mérito.

6. Audiencia o conclusiones

Conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del ETJCA, en el proceso, a la expiración del término de prueba si lo hubiere, o al darse por contestada la demanda, el Tribunal definirá, si es del caso, la celebración de la audiencia y dispondrá la convocatoria a las partes, o en su defecto, la emisión del auto para que estas presenten sus alegatos de conclusiones.

7. Sentencia

Según establece el artículo 22 del TCTJCA y el artículo 106 del ETJCA, la sentencia que declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo y, dentro del plazo fijado por el Tribunal, el órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Una vez notificada la sentencia, el Secretario del Tribunal la comunicará a la Secretaría General para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (artículo 94 del ETJCA).

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 (artículo 4 del ETJCA).

---

18 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/2020/08/05/pronunciamiento-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina-acerca-de-la-oportunidad-procesal-para-solicitar-una-medida-cautelar-en-el-marco-de-una-accion-de-nulidad/*

19 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/02-AN-2019.pdf*

Y el artículo 35 del ETJCA establece que los procedimientos previstos en el presente Estatuto tienen por objeto asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, la garantía del debido proceso.

8. Efectos de la sentencia declarativa de nulidad total o parcial

Como acabamos de señalar, la sentencia que declare la nulidad señalará los efectos de la sentencia en el tiempo y, dentro del plazo fijado por el Tribunal, el órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar su cumplimiento efectivo.

Ningún acto anulado o suspendido por el Tribunal podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada.

El artículo 91 del ETJCA reconoce la fuerza obligatoria y el carácter de cosa juzgada de sus sentencias, estableciendo que tendrán fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación y son aplicables en el territorio de los Países Miembros sin necesidad de homologación o exequátur.

Ni siquiera la interposición del recurso extraordinario de revisión, contra las sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento, interrumpirá la ejecución de la sentencia.

9. Incumplimiento de los efectos de la sentencia declarativa de nulidad total o parcial

Corresponde ahora analizar el procedimiento aplicable para el caso en que el órgano incumpla lo establecido en los artículos 22 del TCTJCA y 106 del ETJCA. Esto es, si dentro del plazo fijado por el Tribunal, el órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado no adopta las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia o reproduce el acto anulado o suspendido conservando en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, sin que hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada.

En este punto, a la vista del TCTJCA y del ETJCA, debemos plantear que no existe un procedimiento específico establecido para la ejecución de las sentencias declarativas de nulidad como sí existe para las dictadas en acciones de incumplimiento.

Por tanto debemos plantearnos si resulta aplicable el procedimiento para la ejecución, precisamente, de las acciones de incumplimiento o el recurso por omisión o inactividad.

En primer lugar, recordamos que, en un supuesto con identidad de razón, la acción de incumplimiento se contempla específicamente en el supuesto regulado en el artículo 128 del ETJCA, referido al supuesto en que el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal. Aplica asimismo a los supuestos detallados a continuación.

Resulta relevante, por lo tanto, que en ese supuesto no proceda el recurso por omisión o inactividad, regulado en los arts. 37 y ss. del TCTJCA y en los arts. 129 y ss. del ETJCA.

10. Recurso por omisión o por inactividad y acción de incumplimiento

Con el recurso por omisión o por inactividad se persigue que cuando el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, puedan ser compelidos a ejecutarla. Por supuesto, la obligación debe traer causa directamente de lo dispuesto en una norma jurídica y no de una resolución judicial o acto administrativo.

Por el contrario, la acción de incumplimiento[20] 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 la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del TCTJCA, 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 para la acción de incumplimiento.

Estableciendo, en su párrafo siguiente, que 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.

Precisamente, según el artículo 31 las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las

[20] Alejandro Daniel Perotti, *Acción de nulidad de registro patentario y acción de incumplimiento en la Comunidad Andina. Recursos internos y comunitarios. Relación entre ambos*, en *Agenda Internacional* Año IX, Nº 18, 2003, pp. 241-308. Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/download/8283/8588/

prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del TCTJCA, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

11. Efectos de la sentencia de incumplimiento

El artículo 30 del TCTJCA establece que la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere. El ETJCA, en su aplicación, dispone el mérito ejecutivo de la sentencia de incumplimiento que, dictada por el Tribunal en una acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que este pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

Los artículos 110 y 111 del ETJCA regulan los efectos de la sentencia de incumplimiento que, al declarar como contraria al ordenamiento jurídico andino la conducta de un País Miembro le obliga a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación.

Siendo esencial tener en cuenta que el Tribunal de Justicia velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del TCTJCA y lo que se regula al respecto en el ETJCA.

12. Procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento

Precisamente en sus artículos 112 y ss., el ETJCA regula el procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento, cuando se trate de determinar el incumplimiento en que pudiera haber incurrido un País Miembro, en la ejecución de una sentencia dictada en su contra en desarrollo de una acción de incumplimiento.

El procedimiento para determinar el incumplimiento de la sentencia que se iniciará por el Tribunal de oficio, con fundamento en su propia información, o «por denuncia de los Países Miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular».

Cuando de la apertura del procedimiento sumario se adviertan serios motivos de credibilidad acerca del incumplimiento de la sentencia, el Tribunal mediante auto, ordenará formular pliego de cargos al País Miembro sentenciado, en el que deberá consignarse la información que se tenga respecto del supuesto desacato, indicando las normas comunitarias que con la conducta asumida se estarían infringiendo y señalando las que contemplan las sanciones en que incurriría, de resultar probada su conducta. En caso contrario, se ordenará archivar la actuación.

Comprobado el desacato a la sentencia, el Tribunal dictará un auto en el que así lo declare y solicitará a la Secretaría General que emita la opinión a que se refiere el inciso segundo del artículo 27 del TCTJCA:

> «Si dicho País Miembro no cumpliere la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y **previa opinión de la Secretaría General**, **determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena** que beneficien al País Miembro remiso.»
>
> (Negrita agregada)

En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido.

En efecto, el 10 de octubre de 2023, el número 5334 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena publica el auto[21] emitido en el proceso 118-AI-2003, segundo procedimiento sumario iniciado contra la República de Colombia por el desacato a la sentencia del 14 de abril de 2005 emitida por el TJCA en la que se decide:

> «Declarar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en aplicación de los principios de legalidad y razonabilidad, es competente para imponer la sanción de multa pecuniaria al País Miembro que de manera reiterada desacata una sentencia de incumplimiento, en tanto:
>
> a) La multa se encuentra inmersa en el tipo sancionatorio abierto denominado "otras medidas", establecido expresamente en el artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA;
> b) La multa se aplicará subsidiariamente (proporcionalidad), solo si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz; y,
> c) Para los ciudadanos andinos la multa es una medida menos gravosa (razonabilidad) que la suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena.»

El Tribunal resolverá sobre el levantamiento o no de las sanciones cuando el País Miembro sancionado manifieste que ha dado pleno cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia, previo requerimiento a los Países Miembros y a la Secretaría General para que en un término máximo de cinco días emitan su opinión.

Si luego del levantamiento de las sanciones se verificara nuevamente el incumplimiento de la sentencia, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario por desacato.

---

21 Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205334.pdf

13. Derecho comparado

En el Derecho comparado, en concreto el artículo 107[22] de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España, en relación con las sentencias declarativas de nulidad, prevé a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriere causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique.

Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el secretario del órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.

En el caso de sentencias de condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, su artículo 108[23] establece que el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto, y adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.

Por último, nos referiremos al incidente de ejecución, regulado en su artículo 109[24], que permite a la Administración pública, a las demás partes procesales y a las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, promover incidente para decidir mediante auto, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes: el órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones; el plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran; y los medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

---

22 Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&p=20230629&tn=1#a107

23 Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&p=20230629&tn=1#a108

24 Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&p=20230629&tn=1#a109

Por todo lo anterior, a la vista del TCTJCA y del ETJCA, entendemos que el procedimiento aplicable si el órgano correspondiente incumple lo establecido en las sentencias pronunciadas en acciones de nulidad, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 del TCTJCA y 106 del ETJCA, es el procedimiento establecido para la acción de incumplimiento, regulada en los artículos 23 y ss. del TCJCA y en los artículos 107 y ss. del ETJCA.

Por tanto, si dentro del plazo fijado por el Tribunal, el órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado no adopta las disposiciones que se requieran en la sentencia pronunciada en acción de nulidad para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, o reproduce el acto anulado o suspendido conservando en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, sin que hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento podrán: acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24 del TCTJCA para la acción de incumplimiento; vía que excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la prevista en el artículo 31, por la misma causa, ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno.

14. Sobre la solicitud de inaplicabilidad

Los apartados segundo y tercero del artículo 20 del TCTJCA, y el artículo 104 del ETJCA, regulan la solicitud de inaplicabilidad, no sujeta al plazo de dos años establecido para el ejercicio de la acción de nulidad.

Aunque hubiere expirado el plazo de dos años desde su entrada en vigencia, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél.

El Tribunal notificará la solicitud de inaplicabilidad a los Países Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión y a la Secretaría General, los cuales en un plazo de treinta días tendrán derecho a presentar al Tribunal alegaciones u observaciones escritas.

En todo caso de incompatibilidad entre las normas superiores del ordenamiento jurídico andino y otras de inferior categoría del mismo ordenamiento, el Tribunal aplicará las primeras.

15. Diferencia con la interpretación prejudicial

La solicitud de inaplicabilidad jurídica y sistemática es diferente de la interpretación prejudicial, regulada en los artículos 32 y ss. en la Sección Tercera del TCTJCA y artículos 121 y ss. del ETJCA y en el Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Judiciales (Acuerdos 08/2017[25], 9/2017[26], 04/2018[27] y 03/2022[28]).

En este supuesto, el Tribunal interpretará por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros. El procedimiento distingue entre procesos cuya sentencia fuere susceptible de recursos en derecho interno —consulta facultativa— o no lo fuere —consulta obligatoria—.

En el caso de la 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 decidir el proceso.

En el caso de la 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.

En estos casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. En este caso, el Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, no obstante lo cual,

---

25 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Reglamento_IP_AC_08-2017.pdf*

26 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Nota_transf_acceso.pdf*

27 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Reglamento_IP_AC_04-2018.pdf*

28 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Reglamento_de_Interpretaciones_Prejudiciales.pdf*

podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Sus efectos son vinculantes, ya que el juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal. Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. Los Países Miembros y los particulares tendrán 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, aplique una interpretación diferente a la dictada por el Tribunal. En cumplimiento de las disposiciones del ETJCA, los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.

16. Derecho comparado

En el Derecho Comparado, por su relación con la interpretación prejudicial, debemos recordar la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales, regulada en los artículos 35[29] y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

En efecto, cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Recordamos que en el Derecho Español, conforme a lo dispuesto en el artículo 5[30] de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

En relación con las normas con rango inferior a Ley, su artículo 6 establece que los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

---

29 Disponible en: *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709&p=20151017&tn=1#ciii*

30 Disponible en: *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666&p=20221223&tn=1#aquinto*

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida esta, el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso. Y cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

El Tribunal Constitucional comunicará inmediatamente su sentencia al órgano judicial competente para la decisión del proceso, quedando vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas. La sentencia tendrá el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los Poderes Públicos y producirá efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

17. Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Igualmente, por idénticas razones, debemos traer a colación en este momento el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contemplado en el artículo 19[31] del Tratado de la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en el artículo 267[32] del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 TCE); siguiendo las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01)[33], en vigor desde el 8 de noviembre de 2019 y «reflejo de las

31 Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12016M019*

32 Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12016E267*

33 Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32019H1108(01)*

disposiciones del título tercero del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia[34]».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

El procedimiento distingue entre que la decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial de Derecho interno, sí lo sea o se trate de un asunto en relación con una persona privada de libertad. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

18. Jurisprudencia del Tribunal sobre la acción de nulidad

A continuación procedemos a estudiar la doctrina establecida por el Tribunal sobre la acción de nulidad al pronunciarse en las sentencias de fechas 23 de mayo de 2023 (PR. 05-AN-2016)[35], 14 de octubre de 2022 (PR. 02-AN-2020)[36], 6 de septiembre de 2022 (PR. 02-AN-2019)[37], 19 de abril de 2022 (PR. 01-AN-2018)[38], 23 de septiembre de 2021 (PR. 01-AN-2019)[39], 7 de noviembre de 2018 (PR. 03-AN-2016)[40], 25 de septiembre de 2018 (PR. 04-AN-2016)[41], 23 de agosto de 2018 (PR. 01-AN-2015)[42],

34 Ver: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012Q0929(01)*

35 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Caso_Mabe,Proceso_05-AN-2016.pdf*

36 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Proceso_02-AN-2020.pdf*

37 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf*

38 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2018.pdf*

39 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Gaceta_4352.pdf*

40 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

41 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/04-AN-2016.pdf*

42 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf*

26 de abril de 2018 (PR. 04-AN-2015)[43] y demás providencias emitidas por el TJCA sobre el tema en cuestión.

19. Naturaleza y alcances de la acción de nulidad[44]

La acción de nulidad es el medio jurídico por el cual el TJCA garantiza y controla que los actos de los órganos de la Comunidad Andina se adopten bajo el principio de legalidad: es decir, de conformidad con el ordenamiento jurídico comunitario, asegurando además el respeto y la vigencia del principio de jerarquía normativa. Corresponde al TJCA el control de legalidad de las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, vía acción de nulidad[45].

La jurisprudencia del Tribunal se ha pronunciado de la siguiente manera respecto de la acción de nulidad[46]. 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 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.

Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta —la intangibilidad de dicho ordenamiento— no resulte pasible de desistimiento o de transacción.

En el ordenamiento jurídico andino, la acción de nulidad ha sido diseñada, en efecto, con apego a la mayoría de las características anteriormente descritas, pero desde luego, señalándole algunas particularidades que, aunque la singularizan, no llegan a desnaturalizarla en su esencia. Encuentra además y como corresponde a su naturaleza

---

43 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/04-AN-2015.pdf*

44 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Caso_Mabe,Proceso_05-AN-2016.pdf*

45 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/04-AN-2015.pdf*

46 Ver PR. 1-AN-96. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/procesos-del-tjcan/?ressources_term=1-AN-96&ressources_order=DESC*

un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del TCTJCA, los cuales regulan cuanto concierne a la definición, conformación, caracterización y jerarquización del ordenamiento jurídico comunitario; y también le proporcionan ese apoyo, las normas que en el mismo Tratado han institucionalizado y regulado, como competencia de esta jurisdicción comunitaria, la función de darle trámite a las demandas en ellas sustentadas, ejercitadas por quienes han sido señalados como sus titulares, en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22.

Igualmente, el TJCA ha señalado en su jurisprudencia[47] los supuestos de nulidad que afectan el acto administrativo, señalando lo siguiente[48]. En efecto, conforme a lo expresado por la jurisprudencia andina, los motivos de impugnación en un proceso de nulidad son «todos aquellos que pueden afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma, y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto» (Sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela). Estas causales de anulación han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo; 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 de este (ver al respecto, caso Contrachapados de Esmeraldas S.A. y otros, Proceso 04-AN-97).

La incompetencia y el vicio de forma —tanto en la formación (irregularidad en el procedimiento) como en la expresión del acto— constituyen lo que la doctrina francesa conoce como la legalidad externa del acto, sobre los cuales se ejerce un control formal, mientras que la desviación de poder y la ilegalidad relativa al objeto y a la causa o motivos, configurarían los vicios que afectan la legalidad interna, sobre los cuales se ejerce un control material o de fondo de la actividad administrativa[49].

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal[50], tratándose de actos comunitarios 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. Si la norma fue emitida por autoridad competente. Si la norma respeta la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; es

47 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/04-AN-2015.pdf*

48 Ver PR. 01-AN-98. Disponible en : *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE631.PDF*

49 ST. del PR. 01-AN-98. República de Colombia contra las Resoluciones 476 y 505 de la Junta del Acuerdo de Cartagena (actualmente, SGCA) citada en la obra Testimonio Comunitario: TJCA, Primera Edición, Quito, Ecuador, p. 276.

50 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf*

decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía. Y si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente *test* de razonabilidad a partir de estos criterios. Primero, si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho comunitario andino. Segundo, 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. Y, tercero, si el objeto de la norma es proporcional; esto es, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

Para declarar la nulidad de un acto comunitario de efectos jurídicos generales bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados. Asimismo, para declarar su nulidad por falta de razonabilidad, resulta suficiente que no se cumpla uno de los elementos del *test* de razonabilidad antes mencionado.

Igualmente, en reiterada jurisprudencia[51] el Tribunal ha sostenido que, tratándose de actos comunitarios que tienen efectos jurídicos particulares que tienen la naturaleza de actos administrativos, el control de legalidad es similar al realizado a través de un proceso contencioso administrativo, por lo que dicho control de legalidad tiene por objeto analizar los siguientes elementos de validez del acto administrativo comunitario. Primero, si el acto fue emitido por autoridad competente. Segundo, si el objeto del acto es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa). Tercero, si el objeto del acto es determinado y físicamente posible. Cuarto, si el acto se encuentra debidamente motivado, esto es, que no contiene falsos supuestos de hecho o de derecho. Quinto, si el acto se ha dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento. Y, sexto, si el acto fue dictado en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no haya desviación de poder.

En este sentido, el TJCA ha establecido[52] que para declarar la nulidad de un acto comunitario de efectos jurídicos particulares (propiamente actos administrativos) bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados.

Respecto del control de legalidad de actos comunitarios de efectos jurídicos particulares, la jurisprudencia[53] del TJCA ha precisado que el papel de la corte internacional no se restringe a ser solo un agente "nulificador" de actos, sino que —en ejercicio de la competencia de ejercer el control de legalidad del ordenamiento jurídico comunitario andino prevista en el artículo 17 del TCTJCA— se encuentra

51 Ver ST. 23 de septiembre de 2021 (PR. 01-AN-2019), ST. 9 de marzo de 2017 (PR. 05-AN-2015), ST. 23 de agosto de 2018 (PR. 01-AN-2015), ST. 25 de septiembre de 2018 (PR. 04-AN-2016) y ST. 30 de abril de 2019 (PR. 04-AN-2017).

52 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf

53 Auto 27 de septiembre de 2017 (PR. 02-AN-2017), Auto 12 de abril de 2018 (PR. 04-AN-2017) y Auto 19 de octubre de 2018 (PR. 04-AN-2018).

facultada para efectuar una revisión profunda de cada uno de los requisitos de validez del acto comunitario de efectos jurídicos particulares impugnado y pronunciarse conforme a Derecho sobre el fondo del asunto controvertido, cuando así corresponde.

De esta manera, el Tribunal ha precisado[54] que 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 Tribunal consiste en velar por el control de legalidad desde una perspectiva de tutela amplia, al amparo de la cual se encuentra autorizado para realizar una revisión autónoma de los requisitos de validez del acto administrativo impugnado e incluso, facultado para emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda.

Como puede apreciarse, el TJCA ha reiterado en su jurisprudencia[55] que le corresponde realizar una revisión integral y profunda de los elementos de validez del acto administrativo impugnado, pudiendo 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[56].

Dado que el control de legalidad de una Resolución de la SGCA (que califica de acto administrativo) puede implicar la emisión de un pronunciamiento de fondo, es evidente que se encuentra dentro del marco de competencias del Tribunal el verificar si dicha resolución cumple o no con lo establecido en una determinada Decisión, lo que podría involucrar, eventualmente, la determinación de si la SGCA efectuó o no un correcto análisis en el asunto de fondo[57].

Sobre el particular, el TJCA ha señalado[58] que, en la medida que la acción de nulidad planteada contra un acto administrativo tiene la naturaleza de un proceso contencioso administrativo, resulta consustancial para que proceda dicha acción que el acto administrativo impugnado sea uno que cause estado; es decir, que agote la vía administrativa[59].

---

54 Auto 27 de septiembre de 2017 (PR. 02-AN-2017), Auto 12 de abril de 2018 (PR. 04-AN-2017), Auto de 25 de septiembre de 2018 (PR. 03-AN-2018), Auto de 28 de junio de 2018 (PR. 01-AN-2018) y Auto 19 de octubre de 2018 (PR. 04-AN-2018).

55 Auto de fecha 17 de noviembre de 2017 (PR. 04-AN-2016), Auto de fecha 12 de abril de 2018 (PR. 04-AN-2017), Auto de fecha 19 de octubre de 2018 (PR. 04-AN-2018).

56 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Proceso_02-AN-2020.pdf*

57 Auto de 28 de junio de 2018 (PR. 01-AN-2018).

58 Auto de 19 de octubre de 2018 (PR. 04-AN-2018), Auto de 7 de noviembre de 2018 (PR. 05-AN-2018).

59 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Proceso_02-AN-2020.pdf*

En reciente jurisprudencia[60], el Tribunal ha afirmado que la tutela jurisdiccional de la que se beneficia la parte demandante en este tipo de procesos, puede incluir el restablecimiento de un derecho vulnerado, a través del reconocimiento o declaración de una situación jurídica, de la imposición de obligaciones, de hacer o no hacer o el dictado de medidas de precaución o de prevención, entre otras, y según corresponda en cada caso, cuando así ha sido solicitado en la demanda o el Tribunal lo considere de oficio, en atención a la naturaleza jurídica del acto impugnado y a las circunstancias particulares del caso concreto, lo que se traduce en el reconocimiento de una modalidad de acción de nulidad con las características propias de un proceso contencioso administrativo de restablecimiento o de «plena jurisdicción», que no incluye en la legislación y jurisprudencia comunitaria condenas indemnizatorias ni el pago de daños y perjuicios por vía de restablecimiento de derechos.

También en su jurisprudencia[61], el Tribunal ha señalado que en la tramitación de las acciones de nulidad es procedente la aplicación del principio de justicia material, por virtud del cual el órgano jurisdiccional está llamado a encontrar la verdad real más allá de lo alegado por las partes procesales.

Si tenemos presente la naturaleza de la acción de nulidad como un proceso contencioso administrativo (en caso de que el acto comunitario impugnado sea un acto administrativo) con rasgos de plena jurisdicción que, cuando corresponda, podría justificar un pronunciamiento de fondo del asunto controvertido, así como la aplicación de los principios de justicia material (que implica buscar la verdad real) y *iura novit curia* («el juez conoce el Derecho»), queda claro que el análisis que haga el Tribunal sobre los elementos de validez del acto administrativo (comunitario) impugnado trasciende lo alegado por las partes demandante y demandada, máxime si tenemos presente que es misión subyacente del Tribunal, en ejercicio de la competencia para conocer y resolver una acción de nulidad, la protección de fines públicos de carácter comunitario (interés público, orden público), lo que se traduce en la más amplia salvaguarda de los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

En las acciones de nulidad de actos comunitarios de efectos jurídicos generales[62], el control de legalidad o validez que debe realizar el Tribunal en el presente caso privilegiará el carácter normativo de la disposición cuestionada.

20. Principio de trascendencia

En el caso[63], el Tribunal considera importante destacar que, dentro del análisis que efectúa de cada una de las alegaciones de nulidad propuestas por el demandante, toma

60 ST. 6 de septiembre de 2022 (PR. 02-AN-2019).

61 Auto 31 de julio de 2020 (PR. 02-AN-2019).

62 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/3.%20Proceso%202-AN-2019,%20sentencia.pdf

63 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/04-AN-2015.pdf

en cuenta el criterio adoptado en la sentencia emitida dentro del Proceso 01-AN-2014 (Acción de Nulidad interpuesta por la República del Ecuador contra las Resoluciones 1695 y 1716 de la SGCA), en el cual, se pronunció sobre el principio de trascendencia, aplicable en materia de nulidades procesales, y dejó sentado que el vicio que se alega debe tener relevancia jurídica. Si el supuesto vicio del acto no tiene la capacidad de afectar el fondo del pronunciamiento, no podría producirse invalidez o nulidad del acto.

21. Principio de jerarquía normativa comunitaria[64] y principio de especialidad[65]

Sobre la base del principio de jerarquía normativa, corresponde contrastar el acto comunitario impugnado con una norma comunitaria de mayor jerarquía, ya sea de derecho primario (Acuerdo de Cartagena o TCTJCA) o de derecho secundario o derivado de mayor jerarquía, según corresponda.

De la misma manera en que resultaría un sinsentido evaluar la validez de una ley a la luz de su reglamento, sería absurdo descalificar una decisión de la Comisión por existir aparentemente una violación al reglamento de una entidad creada también por la Comisión a través de otra Decisión de igual jerarquía. Las normas inferiores no tienen autoridad sobre las normas superiores.

Así[66], si una Decisión es de igual jerarquía que otra Decisión, no podría la segunda desautorizar a la primera. Y menos aún podría considerarse inválida esta segunda Decisión por haber sido aprobada bajo una presunta vulneración de una norma de inferior jerarquía.

Así, por ejemplo, la sentencia de 23 de agosto de 2018 (PR. 01-AN-2015)[67], en su punto 3.2 analiza si una resolución de la SGCA viola el objeto, contenido y alcance del artículo 98 del Acuerdo de Cartagena[68] —artículo que regula la salvaguardia por devaluación monetaria—, abordando las características comunes a todas las modalidades salvaguardias reguladas por el Acuerdo de Cartagena, para luego precisar el objeto, contenido y alcance de la salvaguardia por devaluación monetaria regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.

En la misma sentencia se estudia pormenorizadamente si, como sostiene la SGCA, la Decisión 425, que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la

---

64 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Gaceta_4352.pdf

65 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf

66 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Gaceta_4352.pdf

67 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf

68 Ver: https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/tratados-y-protocolos/

Secretaría General de la Comunidad Andina[69] es la norma supletoria de lo dispuesto en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena. Razón por la cual al ser la salvaguardia una medida de defensa comercial distinta a la de los artículos 96 y 97 del Acuerdo de Cartagena, prevalece la ley especial sobre la general. El Tribunal declara que no existió en el caso inobservancia de los principios de jerarquía normativa y de especialidad por parte de la SGCA.

22. Principios de seguridad jurídica, pretensión de corrección y confianza legítima[70]

El TJCA considera que una resolución de la SGCA —acto administrativo de carácter particular— no constituye precedente, debido a que contiene periodos de tiempo estudiados disímiles y atienden a los argumentos presentados por las partes en el caso concreto.

Es necesario aclarar que solo constituye un precedente un acto que decide sobre hechos análogos a los que se configuran en un nuevo proceso, teniendo la autoridad competente la posibilidad de aplicar la misma regla de conducta a situaciones de hecho similares en lo relevante.

Pero, si a pesar de existir elementos comunes entre el caso previamente decidido y el actual, también se evidencian aspectos que los diferencian o existen razones para modificar el rumbo previamente trazado, es válido apartarse del principio o regla de decisión contenida en una decisión previa.

Por tal razón, en el caso[71] el TJCA declaró infundada la demanda respecto a los argumentos concernientes a los principios Seguridad Jurídica, Pretensión de Corrección y Confianza Legítima, debido a que no configura vicio alguno de nulidad el hecho consistente en que la SGCA modifique sus propios criterios en determinado acto de carácter particular.

23. Discrecionalidad conferida a los Países Miembros en materia regulatoria mediante una Decisión[72]

Aunque la Decisión conceda a los Países Miembros cierto margen para establecer sus propias regulaciones y procedimientos internos, la norma comunitaria —prevalente sobre el derecho interno de los países— fija varios límites que, de una o de otra manera, deben ser acatados por la regulación nacional de cada país, restringiendo su discrecionalidad.

---

69 Ver: *https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC425.pdf*

70 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf*

71 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf*

72 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Gaceta_4352.pdf*

Establecidos los parámetros para la regulación del procedimiento, deben ser respetados por los Países Miembros y sobre los cuales no cabría mayor ampliación en la legislación interna que en cuestiones eminentemente logísticas y formales.

En el caso[73], la Decisión no contradecía el espíritu del Acuerdo de Cartagena de promover un desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros. Primero, porque mantiene la línea normativa vigente. Segundo, por contar con un amplio espectro normativo que restringe la discrecionalidad regulatoria de los Países Miembros. Y, tercero, por estar actualmente reglamentada, al punto de reducir el margen de actuación de los Países Miembros al momento de expedir las normas nacionales complementarias pertinentes, que puntualmente deben referirse a aspectos meramente logísticos y formales.

24. Supuestas facultades arbitrarias y desproporcionadas conferidas a los Países Miembros en asuntos de «seguridad nacional»[74]

El Tribunal observa que el establecimiento de una excepción a la restricción de controles en lugares distintos a los de frontera a vehículos habilitados que estén prestando servicio de transporte internacional, de conformidad con las Decisiones 399 y 837, por razones de seguridad nacional responde a una costumbre normativa de larga data que, si bien es perfectible, no por eso deja de ser razonable en sí misma.

Asimismo, es conveniente hacer énfasis en que el tipo de medidas previstas es precisamente excepcional, lo que significa que la generalidad de los casos estará exenta de ellos. Mientras tanto, su ejecución deberá atenerse a los escenarios y condiciones concretas que los Países Miembros establezcan en sus legislaciones internas, debiendo además justificar razonable y proporcionalmente los motivos de seguridad nacional que les sirven de fundamento.

Evidentemente, cada país puede enfrentarse a amenazas, desafíos e imponderables de toda índole que, al ser extraordinarios, requieran controles extraordinarios. Así, por ejemplo, ante la presencia de contrabando, narcotráfico, terrorismo u otras actividades ilícitas en alguno de los Países Miembros, su respectivo gobierno deberá adoptar medidas especiales de control interno del transporte por carretera para asegurarse de que no haya vehículos facilitando secretamente operaciones ilegales. Ante la presencia de un desastre natural en otro país, su gobierno podría adoptar otras medidas de control para supervisar que no se desvíen suministros de emergencia o que los vehículos estén adecuadamente equipados para transitar por vías de eventual difícil acceso. Ante un escenario de altos índices de contrabando, otro País Miembro podría requerir implementar controles especiales para verificar el contenido de ciertos vehículos. Todos estos son supuestos válidos de control interno de los vehículos que transitan las carreteras de los Países Miembros.

---

73 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Gaceta_4352.pdf*

74 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Gaceta_4352.pdf*

En este sentido, es necesario reducir las brechas regulatorias entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, sobre todo en aquellos campos donde esté en juego el normal funcionamiento del mercado subregional. La existencia de un marco regulatorio armónico entre los Estados garantiza previsibilidad y seguridad jurídica; y esto, a su vez, se traduce en confianza para los agentes económicos que, con el tiempo, se hacen más propensos a invertir en proyectos de alcance nacional y comunitario andino. Ciertamente, eso es lo más deseable.

Sin embargo, no puede ignorarse por ello la cantidad de situaciones particulares y diversas que atraviesa cada País Miembro, situaciones que demandan formas de intervención estatal diferenciadas que, evidentemente podrían eventualmente resultar innecesarias, impertinentes o inútiles en otros Países Miembros. Es por ello, que se concede a los diferentes Estados la posibilidad de establecer controles excepcionales: para adaptar una política comunitaria a los pormenores específicos de su realidad nacional.

25. Principio de cooperación leal y buena fe. Abuso del derecho[75]

El artículo 4 del TCTJCA dispone respecto de la responsabilidad de los Países Miembros de cumplir las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario andino, lo siguiente:

> «**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.»

Esta disposición normativa establece el denominado principio de cooperación leal, por el cual los Países Miembros deben asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas en virtud del derecho comunitario andino, adoptando las medidas nacionales que sean necesarias para tal fin y evitando incurrir en alguna conducta que sea contraria a sus disposiciones.

En ese sentido, a través de la cooperación leal se materializa también el principio de buena fe que debe prevalecer en las relaciones de los Países Miembros, en el marco del proceso de integración subregional andino. Así, una conducta que, al margen de ser contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, atente contra el principio de buena fe puede configurar, además un abuso de derecho.

En relación con la posibilidad de aplicar garantías de conformidad con lo previsto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 416[76], los Países Miembros, actuando de buena fe

---

75 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Caso_Mabe,Proceso_05-AN-2016.pdf*

76 Decisión 416. Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías.

y en el marco del deber de cooperación leal previsto en el citado artículo 4 del TCTJCA, deberán acompañar a la medida, en todos los casos, los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que la justifican.

Caso contrario, se produciría una ruptura de dicho deber que, naturalmente, sería contraria al principio de buena fe[77].

26. Falta de motivación[78]

El vicio derivado de la falta de una debida motivación —sea como resultado de un error de derecho (por falta de base legal o por un error en la aplicación o interpretación de la norma), inexactitud o incorrecta calificación de los hechos, así como también de una ausencia o insuficiente motivación— constituye causal de impugnación**,** incluso de acuerdo con el Reglamento de la SGCA[79, 80].

Al respecto, el Tribunal sostuvo en la sentencia de 26 de febrero de 1998 recaída en el proceso 1-AN-97[81], lo siguiente:

> «La motivación de los actos administrativos refleja las razones que inclinan al funcionario a pronunciarse en uno u otro sentido tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o las situaciones fácticas que precedieron a la expedición de un acto. La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué del acto y la razón de ser de la Resolución o declaración, constituyendo por ello una formalidad sustancial cuya ausencia, insuficiencia, error o falsedad puede llevar a la nulidad del acto. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por el administrador sobre el derecho y los hechos y la resolución adoptada frente a los efectos que el acto va a producir, constituirá la ecuación jurídica para hablar de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación.
>
> La motivación jurídica y de hecho, vendría a constituir la causa del acto, emitida por el sujeto del mismo (la administración) que expresa su voluntad con el objeto de producir efectos jurídicos concretos encaminados a alcanzar una finalidad necesariamente vinculada con el interés general o colectivo.
>
> La motivación de un acto dependerá muchas veces de su propia naturaleza o de su materia y de los efectos que el acto pueda producir en el administrado, por lo que en unos actos tal motivación puede tener una extensión mayor que en otros, pero en todo caso deberá

Ver: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace284.pdf*

77 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/04-AN-2016.pdf*

78 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Caso_Mabe,Proceso_05-AN-2016.pdf*

79 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/normativa/DEC425.pdf*

80 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2018.pdf*

81 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-1997.pdf*

> contener los antecedentes necesarios mínimos para la resolución, lo que en otras palabras significa que en la motivación deben aparecer de "manera clara y no equivoca las razones sobre las cuales se basa el acto"[82]»

El objeto de la motivación es el «...de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la Decisión está bien fundada o si eventualmente está afectada por algún vicio que permita impugnar su validez [83]».

Un acto administrativo 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 TCTJCA que abre la vía contenciosa comunitaria para que las Resoluciones de la Junta (hoy, SGCA) 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.

El acto administrativo carente de una efectiva motivación o contentivo de disgregaciones legales que sólo conduzcan a que los hechos no concuerden con el objetivo o esencia de la norma impugnada, o que estén tergiversados, alterados o interpretados erróneamente, lleva a la nulidad del acto.

La motivación en los actos no ha de pretender recoger todas y cada una de las condiciones o de las circunstancias de los hechos que han servido de base o de fundamento para su expedición. Basta que la motivación se reduzca a la esencia del razonamiento, interpretada esta como la correspondencia jurídica y real entre la parte motiva y la parte declarativa del acto, vale decir, entre el procedimiento constitutivo y la expresión de la voluntad del administrador. Será suficiente que el acto en cuestión destaque lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución y que «los elementos de hecho y de derecho» que constituyen su objetivo «estén en armonía con el Sistema Normativo del que forma parte» (Rec... 1987-9 Pág. 4153, caso: Reino de España contra el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas). En el acto debe proporcionarse a los interesados las indicaciones necesarias sobre fundamento de si la Decisión, está o no fundada, de manera que este pueda ejercer con conocimiento de causa su derecho de defensa.

Por la importancia del tema, merece mención la cita que Canasi recoge sobre las reglas establecidas por el Consejo de Estado de Francia, que se aplican a la motivación de un acto administrativo:

> «'1a regla: 'Los agentes públicos están obligados a motivar sus actos, cuando la ley o un reglamento así lo dispone', pero ello no quita que pueda motivarse o tenerse en cuenta

82 Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas 9.7, 1969, Italia c/ Comisión, as 1/69. Rec. 277).

83 Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1994-6, p. 257,2 asunto C-292/93 Norbert Lieber contra Willi S. Gobel y Siegrid Gobel. Ver Pr. 29-IP-96, disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/29-IP-96.doc*

> dicha motivación de los demás casos. 2a regla: 'Cuando un agente público está obligado, según las leyes y reglamentos, a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad del acto. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical'. 'Esta laguna -agrega- hace suponer que el *motivo* determinante no es un motivo de interés público'. 3a regla: 'Cuando un agente público expresa, en el acto mismo, los motivos que le han hecho obrar, estos motivos, por lo mismo que están expresados en el acto, se consideran, en principio, determinantes'. 4a regla: 'Cuando la ley o un reglamento obligan a un agente público a dar a conocer los motivos del acto jurídico que realiza, debe exponer dichos motivos de manera clara y precisa, y no mediante fórmulas de estilo, fórmulas *ganzúas*, o frases sin significación exacta'. 5a regla: '*Los motivos alegados deben ser materialmente exactos'*. 6a regla: *'El motivo determinante invocado debe ser lícito'*. 7a regla: 'Cuando los motivos de derecho determinantes son múltiples, si uno de ellos se considera ilícito, el juez deberá investigar si, fuera del motivo *determinante* de derecho que subsisten, son suficientes para legitimar el acto jurídico'. 8a regla: 'Los agentes públicos no pueden sustraerse al control jurisdiccional, sosteniendo que los *motivos determinantes son de orden político'*. Aquí se vincula con la célebre teoría de los actos de gobierno en que juegan los móviles políticos'. 9a regla: 'En principio el juez no investiga de *oficio* los motivos determinantes; solamente los examina si se le señalan y si se los critica. Sin embargo, se admite que cuando el motivo determinante es **flagrante** y tiene por resultado hacer salir *manifiestamente* al agente público de su competencia legal para invadir la competencia de otro agente, el juez tiene el deber de comprobar de oficio el motivo determinante ilícito; en efecto, debe comprobar de *oficio* el vicio de incompetencia, lo que pone de manifiesto el motivo determinante. En el hecho esto se produce muy raramente'. 10a regla: 'El juez no puede apreciar la *oportunidad* de las medidas adoptadas por los agentes administrativos. No puede dictar una sentencia sobre la aptitud del agente administrativo, cuando deduce consecuencia de motivos determinantes materialmente exactos y lícitos'. 11a regla: *'La prueba del motivo determinante* incumbe a aquel que critica el motivo, debiendo resultar de las piezas del expediente'[84]».

El juez para establecer o no la falsa motivación de un acto, debe analizar los hechos para deducir de ellos si el motivo invocado tiene existencia real y material «porque la legalidad del acto se funda en la realidad de los hechos invocados[85]».

La falsa motivación o falso supuesto son términos contrarios al principio de veracidad que rige todo acto administrativo que debe cimentarse en antecedentes, hechos o supuestos verdaderos; quien juzga o emite un acto valiéndose de hechos falsos, está viciando la realidad fáctica de un proceso y la esencia de la motivación, circunstancias que darían lugar a la nulidad del acto por un vicio intrínseco en su fundamentación.

El nombrado tratadista Vidal pone como ejemplo de nulidad de un acto, fundamentándose en un hecho que no existió, el caso de aceptación de la renuncia de un empleado que en verdad no ha renunciado.

---

84 José Canasi, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Parte especial, Editorial Depalma, pp. 174-175. Ver Pr. 29-IP-96, disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/29-IP-96.doc

85 Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1972, p. 328. Ver Pr. 29-IP-96, disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/29-IP-96.doc

En cuanto a la nulidad de un acto fundamentado en un error de hecho o de derecho sobre los motivos, anota el ejemplo de que se impone una sanción a un empleado por un hecho que jurídicamente no constituye falta disciplinaria.

Impugnado un acto por falsa motivación correspondería a quien lo alega, desvirtuarlo dentro del juicio respectivo para de esta forma desvanecer la causal de invalidez del acto impugnado.

Un error en una motivación de hecho por sí solo no constituiría causa de invalidez del acto, si del contexto de los considerandos se desprende con claridad y objetividad cual es la intención del administrador y las razones que le han llevado a la expedición de dicho acto. Así el Tribunal de las Comunidades Europeas ha dicho: «'sin embargo, este vicio de forma no puede conducir a la anulación del Reglamento N° 569/86, dado que los demás considerandos de dicho reglamento proporcionan una motivación suficiente por sí misma para la instauración del régimen de vigilancia en él establecido.'[86]».

El derecho al debido proceso tiene por objeto garantizar, entre otros, que toda resolución esté debidamente fundamentada. Es decir que toda autoridad que dicte una resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, evaluar los medios probatorios, realizar la correspondiente fundamentación legal y citar las normas que sustentan a parte dispositiva de la misma.

Al realizar el análisis sobre la debida motivación de las Resoluciones impugnadas es imprescindible constatar que estas no contengan falsos supuestos de hecho o de derecho[87].

27. Falta de valoración de medios probatorios

En el caso[88], el demandante argumentaba que no existía evidencia en el texto de la Resolución de la SGCA sobre algún tipo de análisis de los documentos, lo que acreditaría una evidente falta de valoración de los medios de prueba aportados al procedimiento, situación que conllevaría la adopción de una decisión que adolecería de falta de motivación.

El Tribunal constató que determinada documentación fue declarada confidencial y, naturalmente, el detalle de la información contenida en la misma no podría constar como parte integrante de la Resolución, habiendo sido revisada internamente y verificando que se ajustaba a las disposiciones aplicables, por lo que no puede afirmarse que exista falta de motivación.

---

86 Pág. 4168 - Volumen 1987-9, Caso Reino de España contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas. Ver Pr. 29-IP-96, disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/29-IP-96.doc*

87 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

88 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

28. Falsos supuestos de hecho y derecho[89]

Con el fin de determinar la falsa motivación de un acto, el juez debe analizar los hechos, para deducir de ellos si el motivo invocado tiene existencia real y material, debido a que «'la legalidad del acto se funda en la realidad de los hechos invocados'[90]».

La falsa motivación o falso supuesto son términos contrarios al principio de veracidad que rige todo acto administrativo, el cual debe cimentarse en antecedentes, hechos o supuestos verdaderos; quien juzga o emite un acto valiéndose de hechos falsos, está diciendo la realidad fáctica de un proceso y la esencia de la motivación, circunstancias que darían lugar a la nulidad de este por contener un vicio intrínseco en su fundamentación.

Impugnado un acto por falsa motivación correspondería a quien lo alega, desvirtuarlo dentro del juicio respectivo para de esta forma desvanecer la causal de invalidez del acto impugnado. Cabe aclarar que, un error en la motivación de hecho por sí solo no constituiría causa de invalidez del acto, si del contexto de los considerandos se desprende con claridad y objetividad cual es la intención del administrador y las razones que le han llevado a la expedición de dicho acto.

Así, el Tribunal de las Comunidades Europeas[91] señaló:

> «Del presente debate se desprende que el considerando controvertido contiene una afirmación de hecho errónea. Sin embargo, este vicio de forma no puede conducir a la anulación del Reglamento n° 569/86, dado que los demás considerandos de dicho Reglamento proporcionan una motivación suficiente por sí misma para la instauración del régimen de vigilancia en él establecido.»

Pues bien, sobre la base de las precedentes consideraciones, el Tribunal examina la motivación del acto impugnado.

29. Principio de contradicción o del contradictorio e indefensión[92]

El principio de contradicción o del contradictorio es aquel por el cual quienes mantienen una contienda judicial están en la posibilidad de presentar sus opiniones,

---

89 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf*

90 Jaime Vidal Perdono, *Derecho Administrativo*. Editorial Temis, Bogotá, 1972, p. 328. Ver Pr. 29-IP-96, disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/29-IP-96.doc*

91 Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 1987, en el asunto 119/86. Disponible en: *https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=63BC01055256439697EE1531866DCE23?text=&docid=94657&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10389320*

92 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/03-AN-2016.pdf*

alegatos y pruebas y de oponerse (contradecir) a las posiciones de la contraparte y a las pruebas que les son adversas. La vigencia de este principio permite el derecho a la defensa y a la igualdad. De no aplicarse una de las partes quedaría en indefensión y sería discriminada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cinco Pensionistas *vs*. Perú[93] y en muchos otros —casi en todos— se ha referido así al principio del contradictorio.

En primer lugar, es importante señalar que en materia probatoria rige el principio del contradictorio, en el cual se respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos del artículo 43 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba con el fin de que haya igualdad entre las partes[94].

Al respecto, corresponde precisar que la debida fundamentación y motivación de las resoluciones, constituyen la garantía del sujeto procesal por la cual el juzgado, al momento de emitir una decisión, explicará de manera clara, sustentada en derecho, los motivos que lo llevaron a tomar una decisión; argumentación que deberá seguir un orden coherente respecto a los hechos demandados y exponer con puntualidad los elementos jurídico-legales que determinaron su posición, por lo que toda resolución emitida dentro de un proceso judicial o administrativo, debe inexcusablemente contener una adecuada motivación respecto a los hechos en los que se base a las pruebas que se aportaron y a las disposiciones legales en las que se sustente su decisión, puesto que el relacionamiento de estas con los hechos que le dieron origen, constituye la fundamentación y motivación a la que el debido proceso se refieren.

30. Desviación de poder[95]

La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se configura cuando la autoridad competente, en el ejercicio de sus funciones y siguiendo lo prescrito en la norma, usa su potestad con fines distintos a los que fueron conferidos por el ordenamiento jurídico[96].

En este sentido, la Sentencia de 23 de agosto de 2018 (PR. 01-AN-2015)[97] recuerda la definición de desviación de poder de Maurice Hauriou, en su obra titulada *Précis de droit administratif et de droit public général*[98], como:

---

93 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf

94 Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 86. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf

95 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2018.pdf

96 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf

97 Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2015.pdf

98 Ver: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105506c

> «"el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio". Según Carmelo Quintana Redondo, la desviación de poder "supone un desajuste entre el fin querido por la ley y el fin del acto".»

En relación con la desviación de poder, en la Sentencia recaída en el Proceso 214-AN-2005[99], el Tribunal señaló que la desviación de poder es aquel vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y que contradice el hecho o regla de especialidad que establece en materia administrativa, que los órganos o entes administrativos no pueden ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones. Esta desviación se expresa en tres formas: la decisión carente de todo objetivo de interés público; decisión con un objetivo de interés público que no es el correcto; y la desviación del procedimiento.

El TJCA ha establecido que la desviación de poder implica la afectación de la finalidad pública del acto emitido y una actuación de la SGCA por fuera de las atribuciones que le han sido conferidas. Se puede incurrir en desviación de poder cuando dicho acto carece de todo objetivo de interés público, tiene un objetivo de interés público incorrecto, o cuando se incurre en el supuesto de desviación de procedimiento.

31. Allanamiento a la demanda[100]

El allanamiento es una de las formas a través de las cuales puede darse por terminado un proceso judicial, que consiste en el reconocimiento de la parte demandada de las pretensiones formuladas por el demandante; es decir, el asentimiento del demandado de lo expuesto y solicitado por el actor, por lo que corresponde al juzgador dictar una sentencia favorable al demandante.

El artículo 58 del ETJCA prevé la figura del allanamiento a la demanda en el siguiente sentido:

> «**Artículo 58.- Allanamiento a la demanda**
> En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia el demandado podrá, si la naturaleza de la acción lo permitiere, allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, caso en el cual se proveerá de acuerdo con lo solicitado en ella.»

El escrito de allanamiento de la SGCA cumple con las condiciones establecidas en el citado artículo 58 del ETJCA, pues ha sido presentado antes de la emisión de la sentencia y sobre la totalidad de la demanda del Ecuador, sin salvedades o excepciones, pues en dicho escrito se declara expresamente que «se allana a la

99 Ver: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1498.pdf*

100 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/Sentencia_Proceso_02-AN-2020.pdf*

demanda presentada por la República del Ecuador con la pretensión de lograr la nulidad de la Resolución 2019 de 2018 de la SGCAN».

En consecuencia, corresponde a este Tribunal aceptar el allanamiento a la demanda planteado por la SGCA en todos sus extremos y declarar la nulidad total de la Resolución 2019 de fecha 14 de agosto de 2018, emitida por la SGCA.

32. Condena en costas[101]

El primer aparte del artículo 90 del ETJCA establece lo siguiente:

> «La sentencia incluirá el pronunciamiento del Tribunal en materia de costas, **siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación.**»
>
> (Negrita agregada)

El artículo 2 del Reglamento Interno sobre costas del TJCA[102], aprobado mediante Acuerdo 01 de 1998 de 20 de mayo de 1998, señala lo siguiente:

> «De acuerdo con el artículo 81 del reglamento interno del Tribunal, **la norma general es la de que las costas correrán a cargo del demandante cuando se declare infundada su acción y a cargo del demandado cuando la acción se declare fundada** y no habrá lugar a condena en costas **cuando la acción sea parcialmente fundada o cuando a juicio del Tribunal se estime que existieron motivos razonables para litigar.**»
>
> (Negrita agregada)

Pues bien, conforme a lo establecido en los precitados artículos, la Sentencia deberá incluir el pronunciamiento del TJCA en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado, y que no habrá lugar a la condena en costas cuando, pese a que la demanda es declarada infundada, existieron, a juicio del TJCA, motivos razonables para litigar.

Por tanto, el Tribunal valorará en cada caso si considera que la demanda tuvo argumentos razonables y pertinentes dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica y la sana crítica, existiendo motivos jurídicos para litigar; supuesto en el que no correspondería proceder con la condena en costas solicitada.

---

101 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/01-AN-2018.pdf*

102 Ver: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Reglamento_Interno_Costas.pdf*

33. Reflexión final

A través de la jurisprudencia del Tribunal Andino se pone de manifiesto que el control de legalidad contenido en la acción de nulidad del derecho andino se asemeja a un proceso contencioso administrativo cuando el acto comunitario impugnado es un acto administrativo.

En efecto, la doctrina pone de manifiesto su evolución al calificar, en un principio, determinadas resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina como actos administrativos, para posteriormente afirmar que el referido control de legalidad es equivalente a un proceso contencioso administrativo de tipo objetivo, como control de legalidad y, finalmente, que dicho control tiene rasgos iniciales de un proceso contencioso administrativo de tipo subjetivo; por lo que, además del control de legalidad, busca la protección efectiva del derecho o interés vulnerado.[103]

La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la tercera Corte internacional más activa del mundo[104], ejemplo de transparencia y accesibilidad a través de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, es un verdadero depósito de justicia.

La motivación de sus sentencias, siempre inextricable de la Justicia de sus fallos al ejercer la potestad jurisdiccional, es causa —por sus consecuencias— y efecto —por sus aplicaciones— del principio de seguridad jurídica, que preside cada una de sus actuaciones para que el "Fiel de la Balanza" siga donde debe estar.

Por ello, sus sentencias son referencia para todos los juristas a la hora de interpretar y aplicar cada uno de los ordenamientos jurídicos que regulen una cuestión o situación jurídica. Y no sólo teniendo en cuenta las materias propias de su jurisdicción, sino las garantías procesales y la interpretación y aplicación del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva.

No olvidamos que los procesos seguidos ante el Tribunal son gratuitos y se encuentran a disposición de todos los ciudadanos de la Comunidad Andina; al tiempo que no es necesaria la asistencia de profesional de la abogacía para acudir a la Secretaría General activando la fase administrativa, según los requisitos establecidos en las Decisiones 425 y 623.

---

103 Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *La acción de nulidad en el derecho comunitario andino como un proceso contencioso administrativo*, *op. cit.*

104 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.

La experiencia del Tribunal —que sus miembros recogen como verdaderos testigos— le ha permitido desempeñar diversos roles[105] de la máxima trascendencia para el ordenamiento jurídico, estableciendo las bases del derecho comunitario y del propio proceso de integración, definiendo los contornos de los principales mecanismos para la consolidación de un mercado ampliado y coadyuvando con la armonización de políticas económicas. Seguirá, sin duda, gracias a la imparcialidad y responsabilidad de sus miembros, impartiendo y "haciendo" justicia al andar, como diría el poeta.

Con el estudio de sus sentencias, hemos comprobado que el Tribunal ha valorado la equidad en la aplicación de las normas, de forma que la máxima de Cicerón, con su *summum ius summa iniuria,* nos contempla también desde sus sentencias.

Por último, no es necesario recordar la trascendencia, en todos los ámbitos, de sus resoluciones. Son cuestiones que afectan a bienes jurídicos, económicos e inmateriales que mueven esenciales intereses nacionales y comunitarios. Saben bien los miembros de este Tribunal y quienes desde él sirven a la justicia, el consejo de Circe a Ulises que, aún tras evitar los mortales cantos de las Sirenas, debía elegir entre Caribdis y Escila…

Y lo saben, porque bien saben que juzgar es, como hizo Ulises, mantener el rumbo junto a la roca de Escila y navegar, a toda vela, hacia lo Justo.

La Coruña, diciembre de 2023.

***

105 Gustavo García Brito, *El rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los 50 años de integración subregional*, en *Comentario Internacional. Revista Del Centro Andino De Estudios Internacionales* (20), 2021, pp. 167-199. doi: 10.32719/26312549.2020.20.1.6

SUBCAPÍTULO II

LA FASE PREJUDICIAL DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: UNA MIRADA "IN HOUSE"

Sara Rosana Rosadio Colán
María de los Ángeles Arévalo Albornoz

Sara Rosana Rosadio Colán

Abogada (PUCP), egresada de la Maestría en Derecho Internacional Económico (PUCP). Ha sido directora general de Gestión Jurídica Comercial Internacional y asesora legal en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR y el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales - MITINCI del Perú durante más de 27 años (septiembre de 1996 a enero de 2024). Ha sido segunda magistrada suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (enero de 2020 a noviembre de 2023). Actualmente se desempeña como jefa del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

María de los Ángeles Arévalo Albornoz

Bachiller en Negocios Internacionales y Administración (Universidad del Pacífico). Expasante del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Programa 2021). Actualmente presta servicios de asistencia técnica para la Dirección de Mercados Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR del Perú.

LA FASE PREJUDICIAL DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: UNA MIRADA "IN HOUSE"

Sara Rosana Rosadio Colán
María de los Ángeles Arévalo Albornoz[1]

Palabras clave
Acción de Incumplimiento. Fase Prejudicial. Reclamo. Secretaría General de la Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Keywords
Non-compliance action. Preliminary phase. Claim. Andean Community Secretariat. Court of Justice of the Andean Community.

Resumen

La acción de incumplimiento es uno de los mecanismos jurisdiccionales previstos en el ordenamiento jurídico andino. Sin embargo, a pesar de sus más de veinticuatro años de vigencia y su importancia para asegurar el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a los que se han obligado los Países Miembros, su conocimiento no resulta muy difundido en el ámbito andino. Más aún, considerando que, a diferencia de otras acciones judiciales andinas, no puede interponerse directamente ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sino que cuenta con una fase prejudicial, de carácter obligatoria, a cargo de la Secretaría General de la Comunidad Andina (**SGCAN**).

El presente artículo centra el análisis en esta fase, a cargo de SGCAN, con el propósito de ofrecer algunas reflexiones en cuanto al uso del mecanismo en los últimos años, incluyendo a los principales accionantes, su tasa de éxito y su importancia. A partir de una aproximación fáctica de los reclamos presentados por los Países Miembros y los particulares entre enero de 2021 y abril de 2024, se efectúa las reflexiones jurídicas más relevantes desde una óptica *in house*.

[1] Las autoras agradecen la valiosa colaboración de Marisol Bussalleu Vargas Quintanilla, MBA de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente se desempeña como funcionaria local en el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Abstract

The non-compliance action is one of the judicial mechanisms that the Andean law has established. Nonetheless its more than 24 years of validity and its importance to ensure the compliance of the commitments and obligations that the Member Countries of the Andean Community have acquired, this procedure is not well known in the subregion. Moreover, considering that the non-compliance action is different from other community judicial actions taking into account that it cannot be presented directly to the Court of Justice of the Andean Community. The non-compliance action has a mandatory preliminary phase which has to be processed by the Andean Community Secretariat.

This article analyzes the non-compliance action preliminary phase. The purpose is to offer some considerations about how this mechanism has been working in recent years, its principal actors, their success ratio, and its importance. By a factual analysis of the claims presented by Member Countries and persons between January 2021 and April 2024, the article reflects on the preliminary phase from an in house optic.

1. Introducción

Uno de los principales mecanismos jurisdiccionales previstos en el ordenamiento jurídico andino es la Acción de Incumplimiento. Sin embargo, pese a los más de veinticuatro años de vigencia[2], su conocimiento no resulta muy difundido. Más aún, resulta poco conocido que, a diferencia de lo que ocurre con las otras acciones judiciales a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **TJCA**) como son las Acciones de Nulidad, las Acciones Laborales, e incluso las Interpretaciones Prejudiciales; **la Acción de Incumplimiento no puede interponerse directamente ante el TJCA.** En su lugar, debe agotarse una etapa previa: la fase prejudicial, de carácter obligatoria, a cargo de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, **Secretaría General** o **SGCAN**). Este artículo se centrará en el análisis de esta fase de la Acción de Incumplimiento, con el propósito de ofrecer algunas reflexiones en cuanto al uso del mecanismo en los últimos años, incluyendo a los principales accionantes, su tasa de éxito, su importancia, entre otros temas.

[2] Conforme a lo establecido en el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba), que entró en vigencia el 25 de agosto de 1999, la Acción de Incumplimiento tiene más de 24 años de vigencia. No obstante ello, es preciso señalar que la referida acción ya se encontraba prevista en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, suscrito el 28 de mayo de 1979, Tratado antecesor del Protocolo de Cochabamba, pero con una fórmula menos desarrollada en la que no se preveía el derecho de acción a los particulares, por ejemplo.

A continuación, y con una aproximación principalmente fáctica sobre cómo se han venido desarrollando los procesos en la Fase Prejudicial de las Acciones de Incumplimiento ante la SGCAN durante el periodo comprendido entre enero de 2021 y abril de 2024, se alcanzarán algunos apuntes, con énfasis en la participación de los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, quienes se han convertido en los usuarios más frecuentes del mecanismo

2. La acción de incumplimiento

La Acción de Incumplimiento es un mecanismo jurisdiccional establecido para garantizar el respeto y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones jurídicas que han asumido de manera voluntaria los Países Miembros para poder pertenecer al bloque subregional de la Comunidad Andina (en adelante, la **CAN**). En este sentido, la Acción de Incumplimiento «busca garantizar la observancia de los objetivos del proceso, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena»[3].

Este mecanismo actualmente encuentra amparo jurídico, en primer término, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **TCTJCA**), así como en los artículos del 107 al 120 del Estatuto del TJCA. Haciendo referencia a la base normativa más específica, se puede apreciar que en los artículos del 23 al 31 del TCTJCA se establece el procedimiento de la Acción de Incumplimiento, que abarca la Fase Prejudicial, objeto de estudio en este artículo. Mientras que en los artículos del 107 al 120 del Estatuto del TJCA, se establece el objeto y el procedimiento judicial.

Por su parte, la Decisión 623, Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento[4], rige las actuaciones de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento establecida en la Sección Segunda del Capítulo III del TCTJCA[5].

Los fallos emitidos por el TJCA refuerzan la importancia de la Acción de Incumplimiento como una herramienta dirigida a asegurar que los Países Miembros cumplan con las obligaciones establecidas tanto en el derecho originario, como en el derecho derivado de la Comunidad Andina. Ello resulta piedra angular para mantener la coherencia y la integridad del sistema jurídico andino. En este sentido, por ejemplo, en el Proceso 01-AI-2021[6], se describe la Acción de Incumplimiento como:

---

3 Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2008.

4 De 16 de julio de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1221 de fecha 25 de julio de 2005.

5 Vale decir de los artículos 23, 24 y 25 del TCTJCA, por ser estos aplicables a la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento.

6 De fecha del 20 de mayo de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4476 de fecha 25 de mayo de 2022.

> «…una acción jurisdiccional destinada a garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración subregional, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos y las obligaciones que han asumido los Países Miembros, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario andino.»

El artículo 107 del Estatuto del TJCA, por su parte, establece el objeto y finalidad de la Acción de Incumplimiento de la siguiente manera:

> «La acción de incumplimiento podrá invocarse 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.»

Cabe señalar que, en el mencionado artículo, también se señalan las conductas que podrán ser objeto de censura. En ese sentido, se señala lo siguiente:

> «La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación».

De este modo, la norma andina identifica las conductas susceptibles de análisis para determinar si contravienen o no la normativa andina. En otras palabras, debe tenerse presente que un País Miembro de la CAN podría eventualmente incumplir sus obligaciones en el marco comunitario por no adoptar medidas a las que está obligado, por adoptar o emplear alguna medida contraria a sus obligaciones; o que de alguna manera dificulte u obstaculice la aplicación de la normativa andina, como se detalla en el Cuadro 1.

Cuadro 1: Conductas objeto de censura en una Acción de Incumplimiento

Conducta objeto de censura	Normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino
	No expedición de normas que den cumplimiento al ordenamiento andino
	Realización de actos u omisiones opuestos al ordenamiento andino o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación

En ese mismo sentido, en la sentencia del Proceso 2-AI-1997[7], el TJCA también ha destacado la importancia de la Acción de Incumplimiento para preservar la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, al establecer los dos tipos de obligaciones a las que se sujetan los Países Miembros de la CAN:

[7] De fecha del 24 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 391 de fecha 11 de diciembre de 1998.

> «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 de algún modo las obstaculicen.»
>
> (Énfasis añadido)

Por otra parte, el TJCA ha sido preciso al definir el alcance y el objetivo de la Acción de Incumplimiento. En este sentido, en el Proceso 05-AI-2021[8], el Tribunal ha afirmado que la Acción de Incumplimiento:

> «…no se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los Países Miembros para retribuirlas o sancionarlas, sino su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros.»

Luego de haber reseñado la naturaleza de la Acción de Incumplimiento, así como su objeto y fin, procederemos a referirnos específicamente a la Fase Prejudicial de la referida Acción, llegando de este modo al tema central del presente artículo: la mirada "in house" en torno al uso de la Fase Prejudicial en el período comprendido entre enero del 2021 y abril de 2024.

3. La fase prejudicial de la acción de incumplimiento

El Acuerdo de Cartagena establece que la SGCAN es el órgano ejecutivo de la CAN y, en tal carácter, actúa únicamente en función de los intereses de la subregión. Este órgano comunitario está encargado de velar por la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina[9].

Asimismo, de conformidad con los artículo 23 a 25 del TCTJCA y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es el órgano competente dentro del Sistema Andino de Integración para conocer, en fase prejudicial, las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten los Países Miembros y los particulares (personas naturales o jurídicas) que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro que, en su concepto, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

---

8 De fecha del 29 de junio de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5237 de fecha 04 de julio 2023.

9 Artículos 20 y 30 del Acuerdo de Cartagena.

3.1. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: naturaleza y objeto de la fase prejudicial

El TJCA, refiriéndose a la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, ha señalado en el Proceso 05-AI-2021[10], lo siguiente:

> «[L]a fase prejudicial de la acción de incumplimiento (…) tiene por objeto que la SGCA realice las gestiones conducentes a subsanar el presunto incumplimiento en el que estaría incurso un País Miembro.
> (….)
>
> [E]l propósito de la fase prejudicial (…) es facilitar a que el País Miembro observado o reclamado subsane el estado de incumplimiento; es decir, persuadir o convencer al País Miembro observado o reclamado de que está en incumplimiento y que regrese a un estado de cumplimiento.
>
> [En ese sentido] busca facilitar un proceso de diálogo e intercambio de información entre las partes involucradas.»

De acuerdo con lo expresado por el TJCA, resulta evidente que la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, a cargo de la SGCAN, debe enfocarse en realizar los esfuerzos necesarios para que el País Miembro reclamado, de ser el caso, subsane su incumplimiento y se restablezcan de esta manera, las condiciones previas al presunto incumplimiento.

3.2. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: ¿Quiénes están legitimados a accionar?

El artículo 108 del Estatuto del Tribunal establece que son titulares de la Acción de Incumplimiento «la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General».

En este sentido, los artículos 24 y 25 del TCTJCA, establecen que cuando un País Miembro, o un particular, una persona natural o jurídica considere que otro País Miembro está incumpliendo sus obligaciones comunitarias, podrán acudir a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.

En cuanto a la legitimación pasiva, las Acciones de Incumplimiento serán siempre interpuestas contra algún País Miembro de la CAN.

[10] De fecha del 29 de junio de 2023, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5237 de fecha 04 de julio 2023.

3.3. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: participación de particulares

Detengámonos en este punto a fin de resaltar la particularidad del ordenamiento jurídico comunitario y de su sistema de solución de controversias, los cuales reconocen el derecho de acción a los particulares[11]. Este aspecto no es para nada baladí, pues les permite tanto a las personas naturales y jurídicas accionar directamente (evidentemente sujeto al cumplimiento de determinados requisitos como se analizará más adelante), incluso contra su propio país.

Además, es pertinente reflexionar sobre cómo, con el transcurso del tiempo y la evolución de la historia de la Comunidad Andina, las circunstancias no necesariamente son las mismas que aquellas en las que nuestros legisladores originarios diseñaron el sistema de solución de controversias andino.

Nos referimos, particularmente, a la época en que se diseñó el sistema de solución de controversias andino (TCTJCA, Cochabamba 1996), y se definieron normativamente las acciones judiciales como las conocemos actualmente. En ese contexto, los legisladores andinos probablemente pensaron que las Acciones de Incumplimiento iban a ser iniciadas sobre todo entre Países Miembros, y que más bien el uso por parte de los particulares —a quienes conscientemente se les otorgó el derecho de acción directa respondiendo a la naturaleza de nuestro proceso de integración subregional[12]— sería ocasional.

Sin embargo, en la práctica, al menos en el período de estudio, ha ocurrido todo lo contrario. Como podrá apreciarse en el Gráfico 1, son los particulares los que más casos de Acciones de Incumplimiento han planteado, pudiendo apreciarse por otra parte, que han sido los Países Miembros los que, desde el 2022, no han iniciado casos de Acción de Incumplimiento, siendo el último del que se tiene registro el presentado por la República del Perú contra la República del Ecuador en el año 2021[13].

Así, como podrá verse en el cuadro siguiente que abarca el período de estudio (enero de 2021 hasta abril de 2024), según cifras de la SGCAN, a partir del año 2022 no se registran reclamos de incumplimiento promovidos por Países Miembros. En cambio,

---

11 **Artículo 25 del TCTJCA.-**

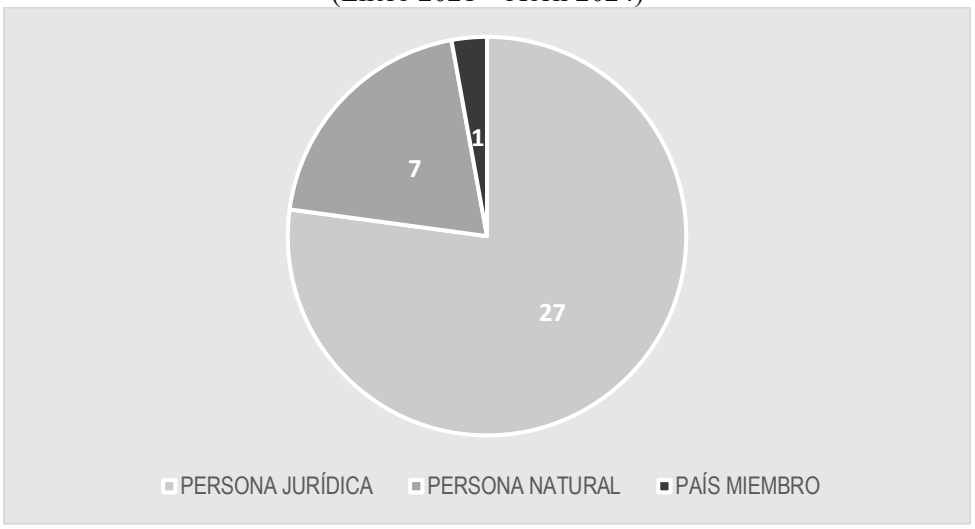
«**Artículo 25.-** Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.»

12 El Tratado de Creación del Acuerdo de Cartagena, no reconoció el derecho de acción de los particulares. Es en el marco de las reformas estructurales del proceso de integración andino (Protocolo de Trujillo, 1997) que condujeron a la creación de la Comunidad Andina como tal, que se les reconoce derecho de acción a los particulares a través del TCTJCA (Protocolo de Cochabamba).

13 Reclamo presentado por la República del Perú el 22 de enero de 2021, que motivó el Dictamen N° 002-2021.

durante el mismo período, han sido 35 los reclamos interpuestos por particulares (personas naturales y jurídicas), muchos de ellos contra sus propios Estados.

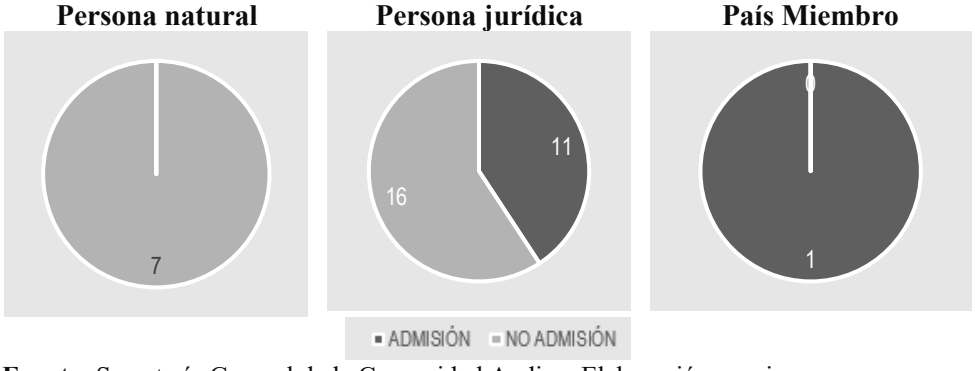
Gráfico 1: Estado de los reclamos presentados ante la SGCAN
(Enero 2021 – Abril 2024)



Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina. Elaboración propia.

Cabe señalar, sin embargo, que, sin perjuicio de lo antes manifestado, el hecho de que sean los particulares los que más han recurrido a las Acciones de Incumplimiento, lamentablemente no ha significado que lo hayan realizado con mucho éxito, pues la mayor parte de sus reclamos no han sido admitidos por la SGCAN, como puede apreciarse en el siguiente gráfico.

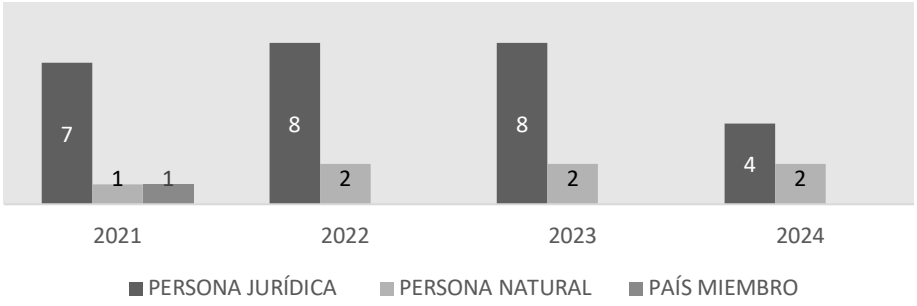
Gráfico 2: Estado de los reclamos presentados ante la SGCAN
(Enero 2021 – Abril 2024)



Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina. Elaboración propia.

Asimismo, podrá verse en el siguiente gráfico que la tendencia respecto de la presentación de reclamos por parte de las personas jurídicas y naturales se ha mantenido. En contraste, en el caso de los Países Miembros, como ya se mencionó previamente, solo se encuentra participación hasta enero del 2021.

Gráfico 3: Estado de los reclamos presentados ante la SGCAN
(Enero 2021 – Abril 2024)



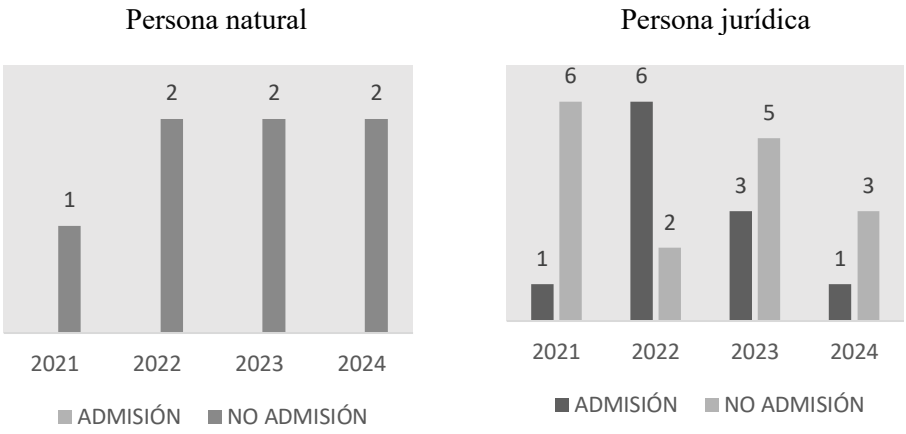
Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina. Elaboración propia.

Por otra parte, si se continúan revisando las cifras relativas a la presentación de reclamos por particulares durante el período de estudio podrá verificarse que los reclamos interpuestos por personas jurídicas fueron 27, en tanto que 7 reclamos fueron interpuestos por personas naturales.

En cuanto a la tasa de éxito en etapa prejudicial, puede apreciarse en el siguiente gráfico que, desafortunadamente, en el caso de las **personas naturales** durante el período señalado, no lograron en ningún caso que sus reclamos fueran admitidos. En cambio, en el caso de las **personas jurídicas**, aunque los índices mejoran, en promedio, durante el período de estudio, el número de reclamaciones no admitidas sigue siendo mayor que el de las reclamaciones admitidas.

[Gráfico en la siguiente página]

Gráfico 4: Evolución de la admisibilidad de los reclamos presentados ante la SGCAN según reclamante
(Enero 2021 – Abril 2024)



Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina. Elaboración propia.

De lo que ha podido observarse, la inadmisión de los reclamos se debe fundamentalmente a que los accionantes no logran cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623, Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, que se detallará en el siguiente apartado.

4. El procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento

Los Países Miembros o los particulares podrán presentar un escrito formulando su reclamo ante la SGCAN. Al respecto, los artículos del 13 al 23 de la Sección II de la Decisión 623, regulan la fase prejudicial al amparo de los artículos 24 y 25 del TCTJCA.

4.1. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: inicio

La Fase Prejudicial se inicia con la presentación, de manera física o virtual, de un reclamo escrito ante la SGCAN por parte de un País Miembro o de algún particular, por considerar que un País Miembro no está cumpliendo con alguna de las obligaciones a las que se ha comprometido en el marco de la Comunidad Andina. Este reclamo debe cumplir con una serie de requisitos que se detallan a continuación.

4.2. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: requisitos que debe cumplir un reclamo

El artículo 14 de la Decisión 623, establece lo siguiente:

> «**Artículo 14.-** El reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos **deberá contener**:

a) La identificación completa del reclamante;
b) La expresión de que actúa conforme al artículo 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se trate de reclamos formulados por un País Miembro; o del artículo 25 cuando se trate de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos;
c) La identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;
d) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;
e) Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas; y,
f) En el caso de que el reclamante considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante, las razones que sustenten dicha consideración.

Cuando el reclamo sea presentado por un País Miembro deberá ser suscrito por la autoridad nacional competente para efectos de los procedimientos previstos en la presente Decisión o por quienes fueren acreditados por dicha autoridad.

Cuando el reclamo sea presentado por personas naturales o jurídicas deberá contener, adicionalmente, la indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico. Asimismo, deberá acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.»

(Énfasis añadido)

Al respecto, corresponde señalar que prácticamente el 100% de los reclamos presentados ante la SGCAN requieren ser subsanados. A modo de ejemplo, puede mencionarse que, en lo que va del año 2024[14] se han interpuesto seis (6) reclamos, en todos los cuales, por diversas razones, la SGCAN ha requerido que sean subsanados por la parte reclamante.

A título ilustrativo, cabría mencionar que los requisitos que usualmente se solicita sean subsanados, son los establecidos en los literales a) La identificación completa del reclamante, fundamentalmente porque no se presentan debidamente los poderes correspondientes; en el literal c) La identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, pues no se logra efectuar esa identificación con nitidez; en el literal d) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento; y e) Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas.

[14] El presente análisis contempla los reclamos presentados ante la SGCAN hasta la primera quincena de abril del 2024.

Sin embargo, el requisito que se solicita corregir con mayor frecuencia, es el contenido en el párrafo final del artículo 14 de la Decisión 623, requerido a las personas naturales o jurídicas, que exige acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos. En ese sentido, para que su reclamo sea admitido, el reclamante debe demostrar en esta fase la afectación de un derecho subjetivo e interés legítimo. A tal efecto, para demostrar una afectación del derecho subjetivo, el reclamante debe demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo.

Respecto al derecho subjetivo e interés legítimo, el TJCA en su sentencia del Proceso 01-AI-2015[15], ha señalado lo siguiente:

> «…Para una adecuada comprensión de los requisitos de legitimación, es necesario diferenciar dos niveles, a saber:
>
> **Primer nivel:** El simple interés para presentar una acción, que es el interés común de todos los habitantes. En este caso, bastaría la identificación, existencia y debida representación del accionante. Este criterio de legitimación activa no se encuentra contemplado en la normativa comunitaria que regula la acción de incumplimiento.
>
> **Segundo nivel:** La afectación de un derecho subjetivo o un interés legítimo, como sigue:
>
> i. **Afectación de un derecho subjetivo**. Se refiere a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación, y al deber de éste de demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo, que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado.
>
> ii. **Afectación a un interés legítimo.** No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno particular en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de acción o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter real o potencial, patrimonial o moral.»
>
> (Énfasis añadido)

En ese sentido, para que el reclamo pueda ser admitido, las personas naturales y jurídicas deben acreditar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo en el marco del derecho comunitario andino conforme a lo dispuesto por el artículo 14 de la Decisión 623. La acreditación de este requisito a veces plantea las mayores dificultades para los particulares reclamantes, pues el interés que regularmente alegan es difuso, general, no directo.

[15] De fecha 07 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3100 de fecha 25 de septiembre de 2017.

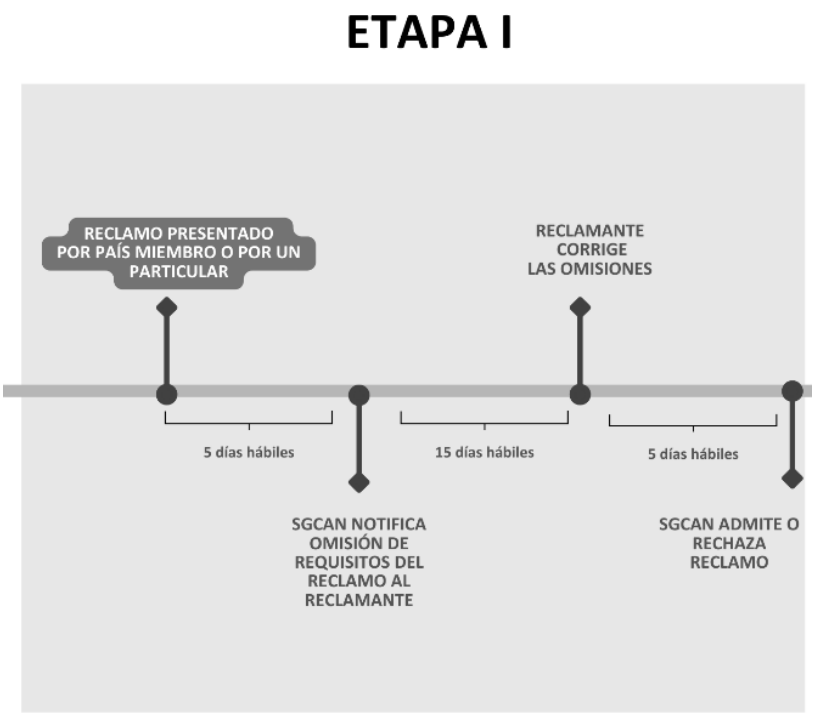
4.3. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: ¿Se puede rechazar *in limine* un reclamo en fase prejudicial?

En la Fase Prejudicial corresponde decir que un rechazo *in limine* no resultaría posible. Ello como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 de la Decisión 623, que obliga a la SGCAN, en caso de omisiones e insuficiencias en un reclamo, a brindar a los reclamantes la posibilidad de subsanar sus omisiones e insuficiencias.

En este sentido, y a efectos de evitar cualquier confusión, es preciso distinguir dos etapas que se presentan en la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento:

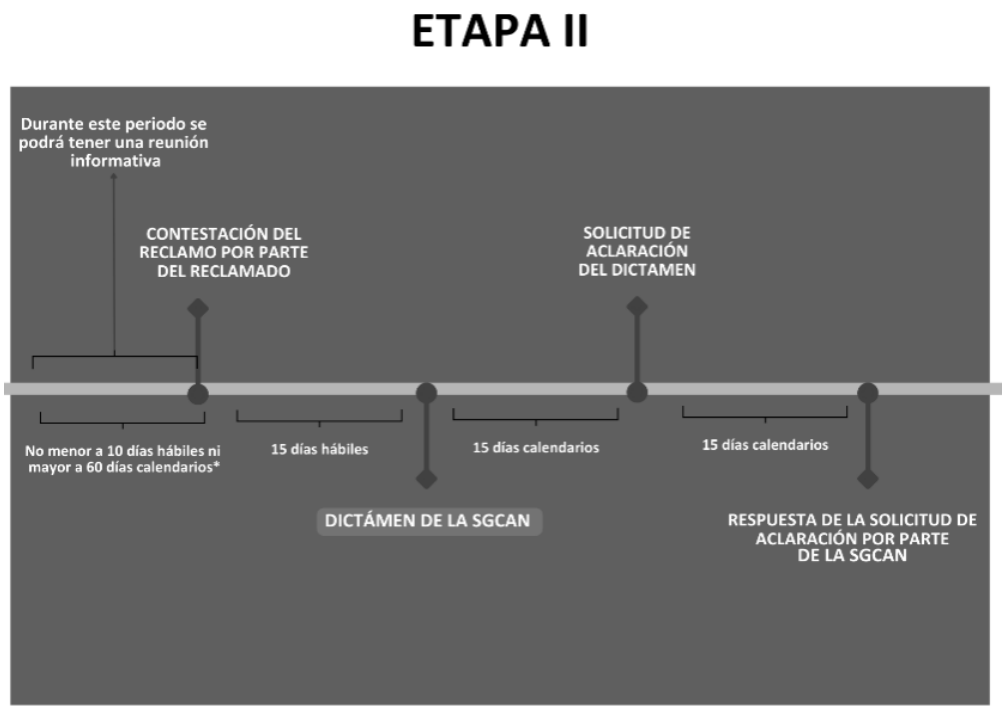
> **La Etapa 1, de evaluación de admisibilidad del reclamo**. Referida a la verificación que debe efectuar la SGCAN del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14. Esta etapa incluye brindar al reclamante la posibilidad de que pueda subsanar sus omisiones e insuficiencias conforme a lo establecido en el artículo 15. Solo en caso de no cumplir con la subsanación solicitada el reclamo será declarado inadmisible. Cabe señalar que, durante esta etapa, la SGCAN se limita a analizar únicamente el cumplimiento de los requisitos formales contenidos en el artículo 14.

Ilustración 1: Línea de tiempo de la primera etapa de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento



La Etapa 2, referida a la revisión del fondo del reclamo. Subsanadas las omisiones o insuficiencias, de haber existido, la SGCAN recién podrá efectuar el análisis de fondo del reclamo propiamente dicho.

Ilustración 2: Línea de tiempo de la segunda etapa de la fase prejudicial



Al respecto, resulta fundamental referirnos a lo opinado por el TJCA en el Proceso 01-AI-2022[16], con relación a lo que corresponde efectuar en la que se ha denominado Etapa 1 de la Fase Prejudicial:

> «De conformidad con el principio de atribución de competencias propio del derecho comunitario andino, las actuaciones de la SGCA, en la etapa de admisibilidad de un reclamo presentado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos o intereses legítimos, se encuentran debidamente regladas y deben limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos taxativamente enumerados en el Artículo 14 de la Decisión 623, con el único propósito de admitir a trámite el reclamo o, de ser el caso, conceder al reclamante un plazo de quince (15) días hábiles para su debida regularización.
>
> En ningún caso, durante la etapa de verificación de la admisibilidad de un reclamo, la SGCA podrá anticipar criterio y mucho menos realizar un análisis de fondo sobre el

16 Auto de fecha del 29 de abril de 2022, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4457 de fecha 04 de mayo de 2022.

> objeto del presunto incumplimiento reclamado o sobre las pretensiones del reclamante, con el propósito de inadmitirlo a trámite o archivarlo.
>
> La Decisión 623 no prevé ningún escenario en el que la SGCA pueda inadmitir o archivar un reclamo, sin antes haber otorgado el plazo correspondiente para que el reclamante, debidamente informado acerca de las omisiones o insuficiencias de su reclamo, tenga la oportunidad de subsanarlas o corregirlas.
>
> En efecto, la reclamante tiene el derecho de regularizar su solicitud, en el marco de la garantía del debido proceso y el ejercicio del derecho a la defensa que deben ser también reconocidos y observados en los procedimientos administrativos. En consecuencia, la SGCA solo podrá declarar la inadmisibilidad de un reclamo, cuando ha vencido el plazo otorgado [para la subsanación correspondiente], y no se hubiera aportado la información exigida o esta fuere aún insuficiente.»

Es evidente por lo antes expuesto el rol que debe cumplir la SGCAN en la etapa de evaluación de la admisibilidad del reclamo, lo que excluye la posibilidad de un rechazo *in limine*, debido a que la SGCAN siempre tendrá que brindarle la oportunidad al reclamante para que subsane (de ser el caso), en estricto respeto del debido proceso y del derecho de defensa. Cuestión diferente será si, en la fase de revisión de fondo del reclamo (Etapa 2), después del análisis concienzudo del caso, la SGCAN determine que el reclamo no resulta atendible, por alguna cuestión observada en esta segunda etapa.

Luego de cumplidos los requisitos formales establecidos fundamentalmente en el artículo 14 de la Decisión 623, la SGCAN en un plazo de 5 días hábiles admitirá o rechazará el reclamo presentado.

En caso de que se decida admitir el reclamo, conforme lo establece el artículo 16 de la Decisión 623, la SGCAN enviará al País Miembro reclamado una **nota** que adjuntará copia del reclamo, y le concederá entre 10 días hábiles y 60 días calendario para contestar. Cabe señalar que, conforme al mismo artículo, en el caso de incumplimientos flagrantes, el plazo no deberá exceder de 20 días hábiles.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 17 de la Decisión 623, la SGCAN podrá prorrogar el plazo concedido para dar contestación al reclamo, siempre que se cumpla con determinados requerimientos, tales como que la solicitud de prórroga sea presentada dentro del plazo original, que exponga motivos razonables para la concesión de la prórroga y que el plazo para contestar el reclamo, incluida la prórroga, no exceda de 60 días calendario o de 20 días hábiles en caso de incumplimientos flagrantes.

4.4. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: reuniones informativas

Cabe señalar que, en paralelo, y dentro del mismo plazo otorgado al País Miembro reclamado para presentar la contestación al reclamo presentado, de oficio o a petición del País Miembro al cual se dirigió la nota, la SGCAN podrá llevar a cabo reuniones para recabar información complementaria y realizar las gestiones necesarias para

subsanar el incumplimiento. En este sentido, de acuerdo con el artículo 18 de la Decisión 623, estas reuniones se podrán convocar con por lo menos 5 días hábiles de anticipación. Es importante tomar en cuenta que la petición del País Miembro será aceptada siempre que se formule dentro del plazo de 10 días contados a partir de la recepción de la nota de observaciones y se llevarán a cabo dentro del plazo de 60 días siguientes a la notificación del reclamo.

4.5. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: Dictamen

Luego de recibir y analizar tanto el reclamo como la respuesta del país reclamado, y vencido el plazo máximo de 60 días para realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, la SGCAN dentro de los 15 días hábiles siguientes, emitirá un Dictamen[17], conforme a lo establecido en el artículo 21 de la mencionada Decisión 623, el cual deberá contener lo siguiente:

> «**Artículo 21.-** El Dictamen de la Secretaría General deberá contener:
>
> a) Una relación de las actuaciones del procedimiento;
> b) La identificación y descripción de las medidas o conductas que fueron materia del reclamo;
> c) Una relación de los argumentos del reclamo y de la contestación;
> d) La exposición de los motivos de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias, sobre la base de los argumentos del reclamo y la contestación;
> e) La conclusión de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias;
> f) La indicación o sugerencia de las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el incumplimiento;
> g) Cuando corresponda, la indicación de un plazo compatible con la urgencia del caso, no menor de quince (15) ni mayor de treinta (30) días, para que el País Miembro informe sobre las medidas dirigidas a corregir el incumplimiento o exprese su posición en relación con el Dictamen.»

Transcurrido el plazo otorgado en el Dictamen, y si el País Miembro no cumple con informar sobre las medidas tomadas para corregir el incumplimiento la parte reclamante tiene expedito su derecho para demandarlo ante el TJCA. En ese sentido, si la SGCAN no ha acudido al TJCA y han transcurrido 60 días siguientes para realizar las gestiones conducentes para subsanar el incumplimiento, el particular o el País Miembro afectado puede dirigirse al TJCA, según los artículos 24 y 25 del TCTJCA.

Cabe señalar respecto del valor jurídico de los Dictámenes emitidos por la SGCAN, que los mismos contienen la opinión técnica del órgano ejecutivo de la CAN, respecto del "*estatus*" de cumplimiento de los Países Miembros de sus compromisos y obligaciones en el marco comunitario andino.

[17] Artículo 20 de la Decisión 623.

4.6. Fase prejudicial de la acción de incumplimiento: ¿es posible presentar un recurso de reconsideración contra un Dictamen?

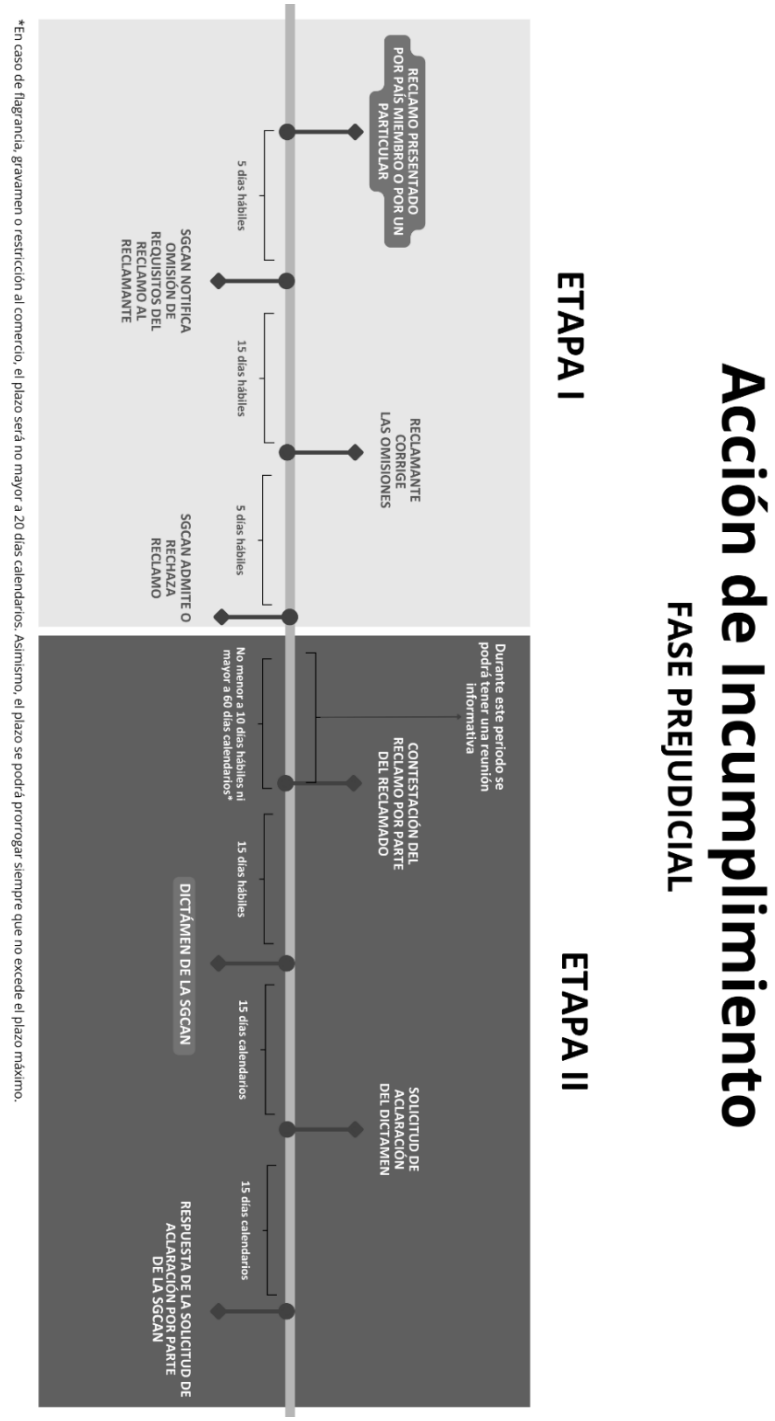
El artículo 22 de la Decisión 623 es claro al señalar que, contra el Dictamen de la SGCAN, no procede recurso de reconsideración; sin embargo, dentro de los 15 días calendario siguientes a su notificación, el País Miembro reclamado podrá solicitar su aclaración. Para ello, la SGCAN dará respuesta a la solicitud en el plazo de 15 días calendario. Sin perjuicio de lo antes manifestado, cabe mencionar que la SGCAN recibe con frecuencia recursos de reconsideración contra los Dictámenes emitidos.

De esta manera se ha brindado una apretada descripción de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, abarcando tanto su primera fase, que evalúa los aspectos formales del reclamo, como la segunda fase, que culmina con el dictamen de la SGCAN sobre los aspectos centrales del reclamo, y tratando de hacer hincapié en algunos aspectos que hemos querido compartir desde nuestra visión *“in house”*.

A fin de concluir, se brinda al lector un detalle del procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, el cual incluye los plazos correspondientes. Alcanzamos un diagrama completo del mismo.

[Ilustración en la siguiente página]

Ilustración 3: Línea de tiempo de la Fase Prejudicial



5. Conclusiones

Uno de los aspectos más relevantes de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento radica en que, además de alcanzar al TJCA el punto de vista técnico del órgano ejecutivo de la Comunidad Andina respecto del cumplimiento o no de las obligaciones jurídicas de un País Miembro, esta etapa permite de algún modo fijar los puntos que serán controvertidos en la fase judicial ante el TJCA. De allí que un requisito para admitir la demanda como tal ante el TJCA es que se adjunte el dictamen de la SGCAN alcanzado en la fase prejudicial.

La Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento es poco conocida, particularmente por las personas naturales y jurídicas, a pesar de que los particulares se encuentran legitimados a presentar directamente sus reclamos ante la SGCAN.

La Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento ha sido utilizada principalmente por particulares (personas naturales y jurídicas). En el caso de los Países Miembros, el último caso planteado durante el período de estudio, que comprende desde enero del 2021 hasta abril del 2024, ha sido en el año 2021. Lamentablemente los reclamos planteados por personas naturales no han superado la Etapa 1 de evaluación de admisibilidad; y en el caso de las personas jurídicas, el ratio de superación de dicha etapa es mejor.

La no superación de la evaluación de admisibilidad en muchos de los casos pone de manifiesto que los temas y procedimientos andinos no son de mayor conocimiento ni por parte de los particulares, ni de los profesionales que patrocinan y guían a los reclamantes.

Existen dos etapas dentro de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento: 1. la evaluación de admisibilidad; y, 2. la revisión de fondo del reclamo. En la etapa de evaluación de admisibilidad, la primera etapa de la fase prejudicial, la SGCAN únicamente debe realizar la revisión del cumplimiento de los requisitos formales del reclamo, debiendo otorgarle al reclamante siempre la oportunidad de subsanar el reclamo. Por su parte, en la Etapa 2, la SGCAN efectúa el análisis de fondo del reclamo, estableciendo, a través de un Dictamen, si considera que el País Miembro reclamado, ha incumplido alguna de sus obligaciones en el marco jurídico andino. Independientemente del sentido del Dictamen emitido, cumplidos los plazos establecidos en la Decisión 623, la parte reclamante, podrá interponer su demanda ante el TJCA, iniciándose con ello la fase judicial de la Acción de Incumplimiento.

El rol de la jurisprudencia del TJCA en relación con la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento ha resultado muy importante a efectos de brindar claridad respecto del rol de la SGCAN y de los estándares que deben cumplirse para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso en esta etapa.

Lima, 2024.

***

SUBCAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Gustavo García Brito

Gustavo García Brito

Abogado, especialista en Derecho de las TICs, magíster en Derecho Internacional Económico, candidato a doctor en Estudios Internacionales.

Actualmente, es docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Miembro de la Cátedra OMC – Ecuador. Profesor de la maestría en litigio y arbitraje internacional de la Universidad San Francisco de Quito y de la especialización en derecho comercial de la Universidad de Nariño, Colombia. Del mismo modo, ejerce la asesoría y consultoría jurídica en materia de integración económica, comercio exterior y negocios internacionales.

Fue magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entre 2020 y 2023. En la gestión 2021 asumió la presidencia de esa corte internacional, y entre 2012 y 2018 ejerció las funciones de secretario de dicho órgano jurisdiccional.

Entre 2010 y 2011 fue asistente legal de la Secretaría General de la Comunidad Andina y, anteriormente, ejerció funciones en la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, en la Corte Nacional Electoral y en la Corte Departamental Electoral de Chuquisaca, en Bolivia. Del mismo modo, ejerció la profesión de abogado en prestigiosos estudios jurídicos de Bolivia, Brasil y Ecuador.

***

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Gustavo García Brito

Palabras clave
Comunidad de derecho. Ordenamiento jurídico comunitario. Eficacia del derecho. Garantía jurisdiccional. Reconocimiento y protección de derechos.

Keywords
Community of law. Community legal system. Effectiveness of law. Jurisdictional guarantee. Recognition and protection of rights.

Resumen

La acción de incumplimiento es la garantía jurisdiccional de la eficacia del derecho comunitario andino. En el presente capítulo se realiza un estudio empírico de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, emitidos en el marco de acciones de incumplimiento iniciadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, Países Miembros y particulares afectados en sus derechos. Así, se puede evidenciar el rol de dicho Tribunal como garante de la eficacia del derecho comunitario y se demuestra además que sus sentencias han contribuido de manera decisiva para construir y consolidar una comunidad regional de derecho, en la que ha sido posible salvaguardar los intereses comunitarios, asegurar la efectiva aplicación de las normas andinas y proteger los derechos en ellas reconocidos.

Abstract

The non-compliance action is the jurisdictional guarantee of the effectiveness of Andean community law. In this chapter, an empirical study is carried out of rulings by the Court of Justice of the Andean Community, issued within the framework of non-compliance actions initiated by the General Secretariat of the Andean Community, Member Countries and individuals whose rights were affected. Thus, the role of said Court as guarantor of the effectiveness of community law can be evidenced and it is also demonstrated that its rulings have contributed decisively to building and consolidating a regional community of law, in which it has been possible to safeguard

community interests, ensure the effective application of Andean standards and protect the rights recognized therein.

1. Introducción

La eficacia del ordenamiento jurídico comunitario es un propósito mayor en el proceso andino de integración. Así se ha reconocido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal** o el **TJCA**), especialmente con la vigencia del principio de cooperación leal y con la delegación del control jurisdiccional del cumplimiento de sus disposiciones al mencionado Tribunal. La acción de incumplimiento se constituye como un mecanismo procesal, esencialmente contencioso, por medio del cual se busca salvaguardar los intereses comunitarios, asegurar el efectivo cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de los Estados, y proteger los derechos de los Países Miembros y sus ciudadanos, reconocidos en las normas andinas.

En ese sentido, en el presente capítulo se estudiará el concepto de eficacia del derecho comunitario andino y el rol que cumple el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina como garante de dicha eficacia y de la solución pacífica de controversias en la subregión. Al efecto, se realizará un estudio empírico de algunos pronunciamientos de la Corte andina, emitidos en el marco de acciones de incumplimiento iniciadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **Secretaría General** o la **SGCA**), los Países Miembros y particulares afectados en sus derechos por el incumplimiento de un país. De manera particular, se analizarán casos relacionados con los siguientes temas: i) incumplimiento y desacato continuado en el que pueden incurrir los Países Miembros; ii) libre circulación de personas y mercancías por el espacio subregional; y, iii) aplicación de salvaguardias como excepción al Programa de Liberación.

Con base en el estudio propuesto, se concluye que la Comunidad Andina es una comunidad de derecho en la que ha sido posible garantizar la eficacia de su ordenamiento jurídico gracias a la actuación del TJCA. En efecto, más allá de la vigencia formal de normas jurídicas y de la existencia de instituciones legalizadas, ha sido gracias a la judicialización de las decisiones políticas internas de los Países Miembros, por medio de la acción de incumplimiento, que se ha confrontado el ejercicio del poder público nacional con los compromisos y obligaciones comunitarias. Así, ha sido el Tribunal el que ha delineado con claridad los límites de actuación de los poderes públicos nacionales, salvaguardando los intereses comunitarios y protegiendo los derechos que reconocen las normas andinas a los Países Miembros, a los agentes económicos que actúan en el mercado ampliado y a los ciudadanos andinos.

2. La eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino

Un ordenamiento jurídico es eficaz cuando sus disposiciones son efectivamente aplicadas, garantizando los derechos que en él se reconocen, limitando el ejercicio del poder y asegurando la prevención o la solución pacífica de conflictos intersubjetivos.

La eficacia de las normas jurídicas constituye así un propósito esencial en el marco del proceso de consolidación de una sociedad democrática que reconoce al Estado de derecho como uno de los pilares fundamentales que la sustenta. Si bien el derecho es el resultado de una negociación política, no es menos evidente que una vez que un ordenamiento jurídico está vigente, sus disposiciones establecen los márgenes de decisión política que deben observar las autoridades públicas a él sometidas.

En ese sentido, cuando un grupo de Estados decide llevar adelante un proceso de integración económica, en el marco del cual adoptan un ordenamiento jurídico propio y reconocen expresamente que es vinculante y directamente aplicable, resulta esencial también asegurar su eficacia. En efecto, la debida aplicación de sus normas, la garantía del ejercicio de derechos y la solución pacífica de controversias coadyuvan de manera directa para alcanzar los objetivos de un proceso integrador y para construir una comunidad de derecho en un espacio regional.

En el ámbito del proceso andino de integración, fue mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969 que se plasmó el interés común por promover el desarrollo y crecimiento equilibrado, equitativo y armónico de los Países Miembros, por medio de su participación en un proceso de integración económica. En ese mismo instrumento, se establecieron los mecanismos necesarios para alcanzar los objetivos mencionados. Con el paso del tiempo y hasta el presente, dos de esos mecanismos: la armonización gradual de políticas económicas y sociales, y la liberalización del intercambio comercial de bienes fueron los principales propulsores de la integración.

En 1979, con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, los Países Miembros crearon un nuevo ordenamiento jurídico y otorgaron competencias administrativas y jurisdiccionales de control de sus disposiciones a la entonces denominada Junta del Acuerdo de Cartagena y al recién creado Tribunal, respectivamente. Es decir que, a partir de ese momento, se inició la legalización de la política en la integración andina, lo que posteriormente dio lugar a su judicialización[1]. En ese contexto, la eficacia del derecho comunitario andino fue reconocida de manera expresa en el citado Tratado como un objetivo mayor del proceso integrador[2].

---

1 Gustavo García Brito, *El Rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los 50 años de integración subregional*, en *Comentario Internacional*, Revista Del Centro Andino de Estudios Internacionales, número 20, 2021, p. 176. Disponible en: https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/1477/2644

2 Tanto en la parte considerativa como en su artículo 5 del Tratado original, en el que se plasmó el denominado principio de cooperación leal. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena está disponible en: https://www.wipo.int/wipolex/es/text/224102

En 1999, se realizó la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal (denominado ya como TJCA), con sus modificaciones, por medio de Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf
El principio de cooperación leal se plasmó en el artículo 4 de la versión codificada.

Un elemento clave para comprender la importancia asignada por los Estados a la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario es el reconocimiento del denominado principio de cooperación leal. En aplicación de dicho principio, los Países Miembros asumieron de manera voluntaria y en ejercicio pleno de su soberanía, la obligación jurídica —internacional primero y comunitaria después— de «adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena»[3]. Esta obligación positiva "de hacer" conlleva el compromiso ineludible de que todas las instancias públicas nacionales deben observar las disposiciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias.

Así, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, propio del derecho internacional público y recogido en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados; como, en virtud del *principio de legalidad*, propio del derecho comunitario y reconocido en la jurisprudencia del Tribunal andino[4], toda la estructura institucional de los Países Miembros está obligada a cumplir las normas andinas. En efecto, corresponde que, sobre la base de los compromisos asumidos por los países en su condición de miembros de la Comunidad Andina, los gobiernos nacionales realicen esfuerzos positivos para diseñar y ejecutar políticas públicas, adoptar medidas, leyes, normas, reglamentos o cualquier otra disposición jurídica, incluidos actos administrativos, con el fin de cumplir y, cuando corresponda, instrumentalizar las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico comunitario.

En aplicación del citado principio de cooperación leal, los Países Miembros asumieron también la obligación jurídica de «no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas [del ordenamiento jurídico andino] o que de algún modo obstaculice su aplicación»[5]. Esta obligación negativa de "no hacer" complementa la primera y genera un claro escenario de prohibición, el cual establece contornos bien definidos para el ejercicio de las funciones públicas nacionales. Es evidente que fueron los propios Estados, una vez más en ejercicio pleno de su soberanía, los que, motivados por el interés común de alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena, decidieron reducir o limitar su capacidad para tomar decisiones.

De esta manera, asumieron la obligación jurídicamente exigible de no adoptar políticas públicas, normas de cualquier rango o alcance, ni medidas en general —con la amplitud que dichos términos representan— que resulten contrarias al derecho

---

3 Artículo 5 del Tratado (original) de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; y en el mismo sentido, artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA (codificado).

4 Ver Sentencia del 16 de noviembre de 2001 recaída en el proceso 51-AI-2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 750 del 15 de enero de 2002. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE750.PDF

5 Artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA (codificado).

comunitario andino. E inclusive, en la tentativa de precisar aún más esa obligación, se estableció que no es tolerable una medida nacional que tenga el potencial de obstaculizar, vale decir impedir o dificultar, la aplicación de las normas andinas o la consecución de los propósitos en ellas reconocidos. Al respecto, deben tomarse en cuenta tanto los objetivos de cada norma en particular como las metas de mayor alcance que guían el proceso de integración y que están contenidas en el Acuerdo de Cartagena.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la buena fe es reconocida en el derecho internacional público como un principio general, el cual resulta aplicable también en el ámbito del derecho comunitario andino. Así, los Estados tienen el deber de actuar de conformidad con los compromisos adquiridos previamente y mantener una conducta leal, honesta, transparente y sobre todo coherente en sus relaciones recíprocas. Es decir, debe prevalecer el respeto a la finalidad de los acuerdos alcanzados, así como a los términos y condiciones mutuamente convenidos. La buena fe es un aspecto medular que debe orientar permanentemente la conducta de los países, sus funcionarios e instituciones, a fin de construir y mantener una relación estable y de confianza mutua, más aún en el marco de una iniciativa de integración económica.

No obstante, debe considerarse también que el proceso político de integración económica es dinámico, complejo y multidimensional, pues en la realidad no sigue una hoja de ruta predeterminada de manera lineal, sino que tiene avances y retrocesos[6]. Del mismo modo, enfrenta múltiples desafíos ocasionados, entre otros, por los cambios de orientación política de los gobiernos nacionales y por las tensiones propias de un mundo multipolar en el que las tendencias económicas y comerciales cambian en función de variables sistémicas, algunas previsibles como las directrices emanadas de instituciones multilaterales; y, otras imprevisibles, como la pandemia por el virus del Covid-19 que enfrentó el planeta a partir del año 2020 o los conflictos armados que surgieron en Europa y Oriente medio en los años posteriores.

Asimismo, los Estados que componen esos procesos de integración enfrentan situaciones diversas que plantean desafíos constantes, pues deben lidiar con las diferencias de intereses entre actores públicos y privados en el orden interno, y entre sus interlocutores estatales en el escenario internacional. La complejidad que representa la interacción simultánea que deben gestionar los gobiernos nacionales ha sido descrita por Putnam como «el juego de dos niveles»[7] y por Evans *et. al.* como la «diplomacia de doble filo»[8]. En ambos casos, se evidencian las tensiones internas y externas que influyen en las decisiones políticas de los gobernantes, con especial énfasis en la agenda económica y comercial de los países.

6 García Brito, *op. cit.*, p. 199.

7 Robert D. Putnam, *Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games*, en *International Organization*, 1988, pp. 437-470.

8 Peter B. Evans, Harold K. Jacobson & Robert D. Putnam (Eds.), *Double-edged diplomacy: International bargaining and domestic politics*, University of California Press No. 25, California, 1993.

En ese contexto de conflicto, más allá de la vigencia formal de normas jurídicas y la constitución de instituciones legalizadas, es necesario contar con garantías jurisdiccionales que aseguren la eficacia de un ordenamiento jurídico, especialmente cuando este reconoce intereses comunitarios legítimos que deben salvaguardarse, obligaciones cuyo cumplimiento debe exigirse y derechos que deben ser tutelados. En la Comunidad Andina esa garantía jurisdiccional es la acción de incumplimiento[9], por medio de la cual, el TJCA debe velar por el efectivo cumplimiento de los objetivos propuestos en el Acuerdo de Cartagena, así como por la debida observancia de los compromisos, derechos y obligaciones previstos en el derecho comunitario andino[10].

En esa línea, es particularmente relevante el mandato expreso que tiene el Tribunal para actuar en el ejercicio de sus competencias «salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino»[11]. Asimismo, el artículo 35 del Estatuto del TJCA establece claramente que el objeto de los procedimientos previstos en dicha norma, los cuales son naturalmente aplicables a las acciones de incumplimiento que tramita el Tribunal, es «asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, la garantía del debido proceso»[12].

Al respecto, corresponde recordar que según el artículo 5 de la norma citada, el Tribunal ejerce jurisdicción sobre la Comunidad Andina. Vale decir, sobre las instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración[13] y sobre el territorio de sus Países Miembros, lo que incluye a sus instituciones, a los agentes económicos que actúan en sus mercados y por supuesto a los ciudadanos andinos.

---

9 Prevista y regulada en la Sección segunda del Capítulo III del Tratado de Creación del TJCA y en la sección primera del Capítulo II del Título tercero del Estatuto del TJCA.

10 Ver sentencias recaídas en los procesos 1-AI-96, 7-AI-99 y más recientemente en el proceso 02-AI-2019; publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 234 del 21 de noviembre de 1996, 520 del 20 de diciembre de 1999 y 5252 del 19 de julio de 2023, respectivamente. Disponibles en:
- *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace234.pdf*
- *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace520.pdf*
- *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205252.pdf*

11 Segundo párrafo del artículo 4 del Estatuto del TJCA, codificado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001. Disponible en:
https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE680.PDF

12 Artículo 35 del Estatuto del TJCA, *op. cit.*

13 Artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003. Disponible en:
https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace940.pdf

Así, resulta evidente que, en el caso andino, la eficacia de las normas comunitarias se traduce, entre otros, en la salvaguardia de los intereses comunitarios *vis a vis* de los objetivos previstos en el Acuerdo de Cartagena, en el efectivo cumplimiento de sus disposiciones, y en la protección de los derechos en ellas reconocidos. En cuanto a la titularidad de esos derechos, es palmario que no está reservada únicamente a los Estados, en cuanto entidades abstractas que aglutinan instituciones por medio de las cuales se ejerce el poder público. Por el contrario, en los 55 años de vigencia del proceso integrador se han desarrollado mecanismos y normas comunitarias que tienen el propósito de materializar la finalidad del Acuerdo de Cartagena, que no es otra que: «procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión»[14].

En efecto, cuando se establece el principio de libre circulación de mercancías originarias de la subregión andina y se lo instrumentaliza mediante el Programa de Liberación[15], son los agentes económicos y las personas naturales o jurídicas que realizan operaciones de importación y exportación quienes gozan, en definitiva, del derecho de libre acceso al mercado ampliado, obviamente en la medida que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto. Lo propio ocurre cuando se armonizan, por ejemplo, los regímenes aduaneros[16], son los mismos actores quienes tienen derechos reconocidos en la norma andina. Ni qué decir de los regímenes comunes en materia de propiedad intelectual[17], las normas andinas sobre transporte[18] o aquellas que regulan aspectos migratorios y de seguridad social[19], entre otras. Así, además de los países, los ciudadanos andinos son titulares de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico comunitario andino.

Al respecto, el propio Tribunal reconoció desde su primer pronunciamiento emitido en el marco de una acción de incumplimiento, que su sentencia:

> «…no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera **declaración de la existencia de un derecho o de una obligación**, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, **la obligación de adoptar las medidas**

14 Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

15 Ver Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

16 Ver Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina.

17 Ver Decisiones 345, 351, 391, 486 y 876 de la Comisión de la Comunidad Andina.

18 Ver Decisiones 314 (Transporte marítimo) 582 y 619 (Transporte aéreo); 398 y 837 (Transporte terrestre); 331 y 393 (Transporte multimodal) de la Comisión de la Comunidad Andina.

19 Ver Decisiones 545, 583, 584, y 878 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

> **necesarias para la ejecución de la sentencia**, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación.»[20]
>
> (Énfasis agregado)

Esta fórmula, que ha sido reiterada inúmeras veces por el Tribunal, parte de la premisa de que el pronunciamiento de dicho órgano jurisdiccional en el marco de una acción de incumplimiento no se limita a declarar que existen derechos. Más aún en aquellos casos en los que dichos derechos resultan vulnerados como consecuencia del incumplimiento de las normas andinas que los reconocen o de que aquellas disposiciones que establecen obligaciones a cargo de los Países Miembros. Sobre la base de esa premisa, recuerda el Tribunal que por medio de su sentencia puede ordenar la realización de acciones concretas a los gobiernos nacionales, dirigidas especialmente a garantizar el cese de la conducta que configuró el incumplimiento declarado y el reconocimiento y protección de los derechos vulnerados.

Así, siguiendo la lógica del artículo 107 del Estatuto del TJCA, en el que se definen las conductas que pueden ser objeto de censura mediante la acción de incumplimiento[21], si el Tribunal declara que se vulneró el derecho comunitario por la expedición de una norma interna, cualquiera sea su jerarquía, objeto, alcance o efectos, bien podrá ordenar que el Estado respectivo deje sin efecto dicha norma. Del mismo modo, si el incumplimiento se genera por la falta de expedición de una norma interna, el Tribunal podrá ordenar que esta sea emitida. Lo propio ocurre cuando el incumplimiento se configure por «la realización de cualesquiera actos u omisiones» que resulten opuestos al ordenamiento jurídico comunitario o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación. En esos casos, el Tribunal podrá ordenar el cese o la realización de actos estatales, según corresponda.

De esta manera, más allá de reestablecer el estado de cumplimiento de un país en cuanto a sus compromisos y obligaciones como miembro de la Comunidad Andina, si es que dicho incumplimiento conlleva la vulneración de derechos del particular (persona natural o jurídica) que inició una acción de incumplimiento, es apenas obvio que el Tribunal así lo declare y ordene que el País Miembro correspondiente cese, en primer lugar, la conducta constitutiva de esa vulneración; y, reconozca expresamente, en segundo lugar, que en aplicación de las disposiciones de los artículos 30 del Tratado de Creación del Tribunal y 110 de su Estatuto, la sentencia en la que se establece la responsabilidad de un Estado por el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino, constituye un título legal y suficiente para que el particular afectado acuda ante la instancia judicial nacional competente y solicite, si así lo estima pertinente, la indemnización por los daños y perjuicios resultantes de la

---

20 Sentencia recaída en el proceso 1-AI-96, *op. cit*.

21 Adicionalmente, de conformidad con el artículo 128 del Estatuto del TJCA, cuando un juez nacional obligado a formular una consulta prejudicial se abstenga de hacerlo, o cuando habiéndola efectuado o ante la existencia de un acto aclarado aplique una interpretación distinta a la del Tribunal, podrá iniciarse también una acción de incumplimiento.

vulneración de derechos, que a su vez fue ocasionada por el incumplimiento declarado por el TJCA.

Así, la acción de incumplimiento[22] se constituye como la principal garantía jurisdiccional para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En efecto, si es que los Países Miembros, por medio de cualquier instancia administrativa o inclusive judicial, se apartan de los compromisos y obligaciones asumidos en su condición de miembros de la Comunidad Andina, la Secretaría General, otro País Miembro o un particular afectado en sus derechos por el incumplimiento de un Estado, pueden iniciar la fase prejudicial de dicha acción[23] y, si corresponde, presentar con posterioridad una demanda ante el Tribunal. Esta acción contenciosa es el mecanismo procesal para garantizar la efectiva aplicación de las normas andinas, la salvaguarda de los intereses y objetivos comunitarios, y la protección de los derechos previstos en dichas normas.

A continuación, se presenta el análisis de tres líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, vinculadas con los siguientes temas: i) incumplimiento y desacato continuado en el que puede incurrir un País Miembro; ii) libre circulación de personas y mercancías en el espacio subregional; y, iii) aplicación de medidas de salvaguardia como excepción al programa de liberación. A través del estudio de cada una de ellas, se evidenciará el rol del Tribunal como un garante de la eficacia del derecho comunitario andino y como una pieza fundamental para la creación de una comunidad de derecho en la subregión andina.

3. Las figuras del incumplimiento y el desacato continuado

De conformidad con los principios de cooperación leal, buena fe y legalidad, mencionados en el acápite precedente —los cuales forman parte del acervo comunitario andino, tal como ha sido reconocido en la jurisprudencia del TJCA—, corresponde que la conducta de los Países Miembros se ciña a los compromisos y obligaciones previstas en las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario. Es esencial que cada uno de los Estados asuma ese deber con la mayor responsabilidad, pues de ello depende la buena marcha del proceso integrador, el cumplimiento de los objetivos y metas comunes, y la materialización de la integración en beneficio de los ciudadanos andinos.

---

22 En cuanto al trámite que sigue una acción de incumplimiento, tanto en la fase prejudicial como judicial se sugiere revisar el Manual de procedimientos del Sistema Andino de Solución de controversias. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201166181126libro_patentes.pdf

23 Ver el «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento» aprobado por la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada con los representantes titulares ante la comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1221 del 25 de julio de 2005. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1221.pdf

De tal manera que, cuando un País Miembro se aparta de ese deber y por cualquier circunstancia incumple con sus compromisos y obligaciones, puede generarse una respuesta de la institucionalidad andina. En esos casos, corresponde que sea la propia Secretaría General la que, en cumplimiento del mandato del artículo 30, literal a), del Acuerdo de Cartagena, vele por la debida aplicación de dicho Acuerdo, así como por el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino y, en consecuencia, inicie de oficio la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Lo anterior, sin perjuicio de la iniciativa que puede tener otro País Miembro o, inclusive, un particular afectado en sus derechos por el incumplimiento de un Estado.

En esa línea de pensamiento, es menester destacar que la conducta de un país constituye el objeto de la investigación que va a llevar adelante la SGCA y del control jurisdiccional que va a efectuar el Tribunal por medio de esta acción. A su vez, el parámetro que será utilizado para verificar la compatibilidad de la conducta nacional (objeto) está conformado por todos los compromisos y obligaciones previstas en cualquiera de las normas andinas (primaria u originaria, secundaria o derivada). En tal sentido, la SGCA primero y el Tribunal después, concentran su atención en el análisis de una conducta estatal que bien puede materializarse con una acción positiva de la administración pública; o, inclusive, con una omisión (acción negativa) de cualquier instancia nacional frente a las obligaciones jurídicas reguladas en el nivel comunitario.

Esta puntualización adquiere trascendencia para distinguir una conducta estatal, que se reitera constituye el objeto de control en una acción de incumplimiento, del instrumento por medio del cual dicha conducta se materializa. Como, por ejemplo, la emisión de una ley, un decreto, un acto administrativo o una sentencia judicial nacional.

Fue en la sentencia recaída en el proceso 07-AI-98, iniciado por la Secretaría General contra la República del Ecuador por la modificación unilateral de aproximadamente 6.000 posiciones arancelarias (subpartidas), que resultaban contrarias al entonces vigente Arancel Externo Común, que el Tribunal realizó esta distinción y sentó las bases para el reconocimiento de la figura del incumplimiento continuado en la Comunidad Andina.

En dicho proceso, uno de los argumentos de defensa del Estado fue que el Decreto 1207 de 1998 que fue objeto de investigación en la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, había dejado de regir el 31 de diciembre de 1998. Vale decir, un día después de que se presentara la demanda de incumplimiento ante el Tribunal, y por tanto habría operado la sustracción de la materia. Frente a ello, el TJCA consideró lo siguiente:

> «…en las acciones de incumplimiento, **no se juzga una norma jurídica sino, esencialmente, una conducta**. La norma cuando existe es apenas un instrumento, un

> medio, para materializar la conducta objeto de censura; pero es claro que muchos de los incumplimientos pueden darse incluso, sin que se profiera norma jurídica alguna.»[24]
>
> (Énfasis agregado)

Así, el Tribunal reconoció que el decreto mencionado ya no tenía vigencia en el momento de emitir sentencia, pero constató que, con carácter previo, la SGCA había emitido tres Dictámenes analizando distintos actos del país demandado, los cuales configuraban en rigor la misma conducta. Del mismo modo, evidenció que con posterioridad al inicio del proceso judicial se habían emitido otros actos normativos nacionales con el mismo propósito. Así, el TJCA señaló que:

> «…la conducta asumida por el gobierno ecuatoriano y calificada como de incumplimiento frente al Arancel Externo Común por la Secretaría General, **ha ido evolucionando para presentar en las distintas fases características y modalidades diferentes pero que, en esencia, denotan una misma direccionalidad y finalidad conductual** de modificar unilateralmente dicho instrumento de la integración andina…
>
> No se trata, como pudiera pensarse (y parece sugerirlo la parte demandada), que varios incumplimientos se hayan acumulado en una misma demanda, sino de **un incumplimiento que ha sido reiterativamente consumado y que presenta la forma de un hecho continuado**.
>
> De esta manera y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en el sentido de que la norma legal comprometida solamente es un instrumento para materializar determinada conducta que puede ser contraria o no a lo previsto en el orden comunitario, **no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado**…»[25]
>
> (Énfasis agregado)

Como puede apreciarse, el Tribunal definió una línea clara de análisis a seguir en las acciones de incumplimiento, destinada a determinar la verdad material sobre la existencia y la permanencia en el tiempo de una conducta estatal con capacidad de configurar un incumplimiento. Esa decisión conlleva también la manifiesta intención de apartarse de un mero análisis formal sobre la vigencia de un acto específico de la administración pública nacional, pues reconoce el TJCA que ese es el camino por el cual la acción de incumplimiento podrá alcanzar su finalidad y asegurar la eficacia del derecho comunitario en la subregión.

---

[24] Sentencia del 21 de julio de 1999 recaída en el proceso 7-AI-98, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 490 del 4 de octubre de 1999, p. 35. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace490.pdf*

[25] Sentencia del 21 de julio de 1999 recaída en el proceso 7-AI-98, *op. cit*., pp. 36-37.

Esa línea de análisis que, como se mencionó, está orientada a privilegiar los principios de primacía de la realidad, así como la justicia y la verdad material, ha sido seguida por el Tribunal en diversos casos[26]. Es tan relevante ese entendimiento que, en uno de los casos de incumplimiento continuado más prolongado de un País Miembro, ha dado lugar a la creación por vía jurisprudencial de la figura del desacato continuado a las sentencias en acción de incumplimiento; la cual, como se verá más adelante, ha permitido al Tribunal justificar una de sus más grandes apuestas en ejercicio de esta competencia.

En efecto, en el año 1993 se inició la más larga secuencia de adopción de medidas, normas, reglamentos y otros instrumentos por los cuales uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina restringió las importaciones de arroz provenientes de los demás socios comerciales de la subregión. Al cabo de diez años de continúas restricciones, la Secretaría General, que previamente había emitido varias Resoluciones de calificación de restricciones y gravámenes, y había dictaminado el incumplimiento, demandó a la República de Colombia ante el Tribunal. En su sentencia, proferida dos años más tarde[27], se declaró el incumplimiento flagrante, objetivo y continuado del ordenamiento jurídico comunitario andino, específicamente de las disposiciones de uno de sus principales mecanismos: el Programa de Liberación. En ese sentido, se dispuso el cese de todas las medidas nacionales destinadas a restringir las importaciones de arroz al territorio colombiano.

No obstante lo anterior, la sentencia del Tribunal no fue suficiente para restaurar el estado de cumplimiento de las normas andinas vulneradas. Fue necesario iniciar dos procedimientos sumarios[28] por desacato de sentencia en acción de incumplimiento[29], hasta que, el 10 de octubre de 2023 —30 años después de la entrada en vigencia de la primera medida nacional restrictiva—, el Tribunal finalmente declaró que se había probado el cumplimiento de su sentencia. Es decir, que se había restaurado la libre circulación de arroz proveniente de los Países Miembros hacia Colombia y, en consecuencia, se ordenó el levantamiento de las sanciones autorizadas previamente.

---

26 Sobre el particular, ver por ejemplo las sentencias recaídas en los procesos 53-AI-2000, 50-AI-2002, 117-AI-2003, 118-AI-2003, 132-AI-2003, 134-AI-2003, 117-AI-2004, 131-AI-2004, 143-AI-2005, 200-AI-2005, 1-AI-2006, 5-AI-2007, y más recientemente el auto emitido en el proceso 02-AI-2019, el 16 de marzo de 2021, por el cual se resolvieron unas excepciones previas deducidas por el país demandado, y la sentencia emitida en el mismo proceso.

27 Sentencia del 14 de abril de 2005 recaída en el proceso 118-AI-2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1206 del 13 de junio de 2005. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1206.pdf*

28 El primer procedimiento sumario se inició en agosto de 2005 y concluyó en marzo de 2007. El segundo procedimiento sumario se inició en julio de 2009 y concluyó en octubre de 2023.

29 El procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acción de incumplimiento está previsto y regulado en el artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA y en los artículos 112 al 120 de su Estatuto.

Uno de los aspectos más relevantes de la providencia emitida por el Tribunal, en esa oportunidad, es que reconoce en primer lugar que se trata no solo de un incumplimiento continuado de las normas andinas, como de un desacato continuado de su sentencia. Lo que se traduce en que, en ese caso específico, más allá de la vigencia de normas jurídicas y de la actuación de las instituciones comunitarias, no había sido posible garantizar la eficacia del derecho comunitario andino por cerca de tres décadas.

En segundo lugar, se reconoció que la suma de las sanciones autorizadas por el Tribunal con el propósito de que los demás Países Miembros suspendan las ventajas previstas en el Acuerdo de Cartagena para Colombia, «…han resultado completamente ineficaces e inclusive han ocasionado mayores perjuicios a los ciudadanos andinos en su condición de consumidores»[30]. De esta manera, el Tribunal señala que coincide con la opinión de la SGCA, la cual fue respaldada por Ecuador y reconocida parcialmente por Perú dentro del procedimiento sumario *en comento*, en el sentido de que es el propio Tribunal el órgano competente para: «determinar el objeto, contenido y alcance de las disposiciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA». Al respecto, dicha norma dispone lo siguiente:

> «En todo caso, el Tribunal **podrá ordenar la adopción de otras medidas** si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.»
>
> (Énfasis agregado)

El Tribunal advierte que su Estatuto guarda silencio en cuanto al ejercicio de esa competencia originaria y recuerda que han transcurrido más de 25 años desde la expedición de esa disposición, sin que los órganos competentes del Sistema Andino de Integración hayan promovido su reglamentación en la forma prevista en el citado Tratado. Así, concluye el Tribunal que la omisión legislativa no puede ser óbice para el efectivo ejercicio de sus competencias, menos aun si se considera las consecuencias sistémicas que genera un incumplimiento o un desacato continuado de su sentencia. En tal virtud, afirma el TJCA que la aplicación de multas pecuniarias a aquellos países cuyo incumplimiento fue declarado y que se encuentran en desacato continuado de su sentencia es compatible con las disposiciones del citado artículo 27 del Tratado de su creación.

Sobre el particular, advierte dicha corte internacional que el cobro de multas pecuniarias será de *última ratio* y se aplicará únicamente de manera subsidiaria. Es decir, cuando la suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena no resulte eficaz

---

30 Auto emitido por el Tribunal el 10 de octubre de 2023, en el marco del segundo procedimiento sumario dentro del proceso 118-AI-2003, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5334 del 10 de octubre de 2023, p. 7. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205334.pdf

o agrave la situación que se pretende evitar; y, considerando que se trata una medida que, en efecto, es menos gravosa para los ciudadanos andinos que son los destinatarios últimos del proceso de integración. Adicionalmente, el Tribunal señala que el cobro de multas pecuniarias constituye un «mecanismo disuasivo más idóneo, lógico y razonable», porque quien tiene el cargo de hacerlas efectivas es quien realmente se encuentra incumpliendo el ordenamiento jurídico comunitario andino. Así, se evita generar un agravio mayor al sistema y, sobre todo, se precautela los derechos de los ciudadanos andinos.

Esta apuesta del Tribunal por fortalecer sus competencias como guardián último de la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino, no hace más que confirmar el propósito de su creación hace más de 45 años, pues no debemos olvidar que, en la parte considerativa de la versión original del Tratado de su creación, se deja claramente establecido que los Países Miembros eran conscientes, ya desde ese momento histórico, de que es:

> «…indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e 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.»

En la misma norma, los representantes de los Países Miembros señalaron que están 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 declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.»

Resulta evidente entonces que el Tribunal, en el momento de pronunciarse sobre el incumplimiento y el desacato continuado en el que puede incurrir un País Miembro, así como en la oportunidad de asumir competencia para determinar el cobro de multas pecuniarias, cuando corresponda según lo expuesto en líneas precedentes, ha cumplido a cabalidad con su mandato y con la actividad misional que le fue encargada en su norma constitutiva. Ante todo, corresponde asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

4. El transporte terrestre de pasajeros y mercancías en la Comunidad Andina

Uno de los principales logros del proceso andino de integración es la consolidación de la libre circulación de personas y mercancías originarias de los Países Miembros por el espacio subregional. De esta manera, los ciudadanos andinos pueden ingresar en calidad de turistas al territorio de todos los países de la Comunidad Andina, portando únicamente su documento nacional de identidad. Luego, si así lo desean, pueden cambiar su situación migratoria y optar por una residencia temporal o permanente, siguiendo para el efecto las disposiciones del Estatuto Migratorio

Andino[31]. Por otra parte, de conformidad con las reglas del Programa de Liberación del intercambio comercial de bienes, está prohibida la adopción de cualquier medida nacional unilateral que constituya una barrera directa o indirecta al comercio subregional. De esta manera, se busca asegurar el más amplio y libre intercambio transfronterizo de bienes en el mercado ampliado.

A 55 años de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, nadie pondría en duda los beneficios que genera la referida libre circulación, tanto de personas como de mercancías. Por una parte, el proyecto vital y laboral de los ciudadanos andinos puede tener un alcance mayor cuando se proyecta hacia un amplio espacio subregional en el que se multiplican las oportunidades. Por otra parte, un mercado de más de 115 millones de habitantes, *vis a vis* consumidores, representa también una valiosa oportunidad para las empresas andinas, especialmente para las micro, pequeñas y medianas empresas que representan el 90 % del tejido empresarial en la Comunidad Andina. En ese contexto, la integración física adquiere particular relevancia como uno de los mecanismos previstos en el Acuerdo de Cartagena destinado a lograr un «mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios para el avance del proceso de integración económica de la Subregión»[32].

Al respecto, uno de los servicios esenciales para concretar tanto la integración física como el principio de libre circulación en la Comunidad Andina, es sin lugar a dudas el transporte de pasajeros y bienes, en todas sus modalidades: aéreo, marítimo, terrestre y multimodal. Es por ello que ese fue uno de los primeros sectores en los que se alcanzó la liberalización y se estableció una regulación comunitaria sobre las condiciones aplicables a la prestación de dicho servicio. En efecto, la primera Decisión andina que trató el tema fue adoptada en agosto de 1972[33] y tenía por objeto regular el transporte internacional por carretera entre Países Miembros, así como el destinado o proveniente de terceros países.

Posteriormente, en 1989 se adoptó la Decisión 257 sobre transporte internacional de mercancías por carretera, y en 1991 la Decisión 289 sobre transporte internacional de pasajeros por carretera. En ambos casos, se estableció que los Países Miembros se concedían, en sus respectivos territorios, libertad de tránsito para la prestación del servicio[34] en los términos y condiciones previstos en dichas normas. Del mismo modo, si la Decisión 56 preveía el principio de reciprocidad en cuanto a las condiciones de circulación de transportistas, sus vehículos y tripulación, las nuevas Decisiones 257 y 289 establecieron la aplicación del principio de trato nacional sobre el tema[35].

---

31 Ver Decisión 878 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4239 del 12 de mayo de 2021. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204239.pdf

32 Artículo 104 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

33 Decisión 56 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

34 Ver artículos 5 y 8 de las Decisiones 257 y 289, respectivamente.

35 Ver artículos 10 y 14 de las Decisiones 257 y 289, respectivamente.

A medida que avanzó el proceso integrador, evolucionó también la regulación de transporte. Así, luego de la adopción del Protocolo de Trujillo en 1996 que significó un *aggiornamento* del Acuerdo de Cartagena y del propio proceso de integración, se aprobaron en enero de 1997 las Decisiones 398 (pasajeros) y 399 (mercancías) [36]. Cabe destacar que esas reformas de las normas constitutivas o primarias, así como de las normas derivadas o secundarias en la Comunidad Andina, se dieron en el marco de un contexto de mayor apertura comercial con el surgimiento del denominado Regionalismo Abierto en el ámbito andino[37].

Debe considerarse también el escenario multilateral de esa época, en el que se puso en marcha la Organización Mundial del Comercio, de la cual forman parte todos los Países Miembros de la Comunidad Andina. En tal condición, suscribieron los instrumentos normativos administrados por tal organización, entre los que se encuentra el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios[38] que, entre otros aspectos, regula el principio de trato nacional en su artículo XVII. Por dicho principio, los países quedan obligados a otorgar el mismo trato a los proveedores de servicios de las otras partes contratantes con respecto a todas las medidas que afecten el suministro de servicios[39]. Asimismo, se establece que no podrán modificarse las condiciones de competencia para la prestación de servicios en favor de los proveedores nacionales, pues ello sería contrario al mencionado principio de trato nacional.

En las citadas Decisiones 398 y 399, así como en la que sustituyó a esta última, la Decisión 837[40] que se encuentra en actual vigor, se reconoce expresamente que la oferta y prestación del servicio de transporte internacional, tanto de pasajeros como de mercancías en la Comunidad Andina, «se sustentan en los siguientes principios fundamentales: libertad de operación; acceso al mercado; trato nacional; transparencia; no discriminación; igualdad de tratamiento legal; libre competencia; y, nación más favorecida»[41]. Como puede apreciarse, se sigue la lógica de la liberalización del comercio de servicios imperante en el nivel multilateral de regulación, en cuanto al trato nacional, y se suman otros principios propios de un

---

36 Ambas publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 243 del 27 de enero de 1997. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace243.pdf*

37 Ángel María Casas Gragea, *El modelo regional andino: enfoque de economía política internacional*, Editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, 2003.

38 El texto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios se encuentra disponible en el siguiente enlace: *https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm*

39 En los sectores inscritos en su Lista de compromisos y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse.

40 Publicada en la en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3601 del 29 de abril de 2019. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203601.pdf*

41 Ver el artículo 3 de cada una de las Decisiones 398 y 837, respectivamente.

esquema de integración económica regional. En el caso andino, con el claro objetivo de que el transporte internacional por carretera coadyuve a alcanzar, como ya se mencionó, los objetivos integracionistas plasmados en el Acuerdo de Cartagena.

En vigencia del régimen comunitario sobre transporte internacional por carretera se presentaron dos conflictos de trascendencia sistémica que fueron solucionados a través de la intervención del Tribunal, en ejercicio de la acción de incumplimiento. El primero de ellos se presentó en 1999 como consecuencia de la omisión de Ecuador y Colombia, en cuanto a sus obligaciones de garantizar la libre circulación de transportistas entre sus territorios. El segundo, se ocasionó por la vigencia en Bolivia y Ecuador de normas nacionales que establecían un precio diferenciado para la venta de combustibles a los transportistas andinos, cuyos vehículos tenían placas distintas a las bolivianas y ecuatorianas, respectivamente. Este conflicto dio lugar a dos demandas planteadas por parte de la República del Perú en los años 2020 y 2021.

El primer caso mencionado generó los procesos 15 y 16-AI-2000, que fueron iniciados por la SGCA contra Ecuador y Colombia, respectivamente. Ambos procesos se tramitaron y resolvieron de manera paralela e, inclusive, ambas sentencias son idénticas en cuanto a sus fundamentos jurídicos y sus decisiones. En lo sustancial, en ambas decisiones se deja constancia de que el propio Tribunal evidenció la situación anómala que se presentaba en las ciudades fronterizas de Tulcán en Ecuador e Ipiales en Colombia. En efecto, las asociaciones de transportistas pesados y de camioneros de ambos países ejercían presión sobre los operadores del servicio de transporte internacional por carretera, a fin de generar una interrupción en la prestación del servicio. En consecuencia, no se permitía el paso directo por la frontera de los vehículos y se obligaba a realizar el transbordo de las mercancías.

En sus sentencias, el Tribunal señaló lo siguiente:

> «El movimiento de las mercancías de un país a otro, esto es su transporte, debe al igual que los demás servicios, pero éste con mayor razón que los demás, **gozar de toda clase de garantías que le permitan realizarse con la mayor fluidez y libertad posibles**, de manera que **los intercambios y movimientos de los factores de producción en el interior del territorio de la Comunidad se cumplan, como si se tratara de intercambios semejantes a los que existen entre regiones del territorio de los Países Miembros**.
> (…)
>
> …Considera el Tribunal que **establecer modalidades y procedimientos de operación distintos a los previstos en la normativa comunitaria** o hacer que los determinados con carácter excepcional en ella se conviertan en generales o comunes y suplanten a éstos, **comporta incumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros que así procedan o que prohíjen que ello suceda**.
>
> En desarrollo de los principios enunciados en el Capítulo II de la Decisión 399, que como se dijo, tienen la finalidad de liberalizar la oferta y prestación del servicio de transporte internacional de carga por carretera, en condiciones que garanticen su eficiencia, los artículos 3, 13, 14, 85 y 164 **determinan la obligación que tienen los Países Miembros, en sus respectivos territorios, de conceder al transportista**

autorizado, a quien le hayan otorgado Permiso de Prestación de Servicios, el derecho a ofertar y prestar el servicio de transporte internacional, garantizando la libre competencia.»[42]

(Énfasis agregado)

Así, una vez comprobado que los gobiernos de Ecuador y Colombia omitieron cumplir su deber, en cuanto miembros de la Comunidad Andina, de asegurar la libre circulación de transportistas por sus territorios, y que no garantizaron la debida ejecución de las normas andinas que regulan el transporte internacional por carretera; vale decir, que no aseguraron la eficacia del derecho comunitario andino, el TJCA declaró a ambos países en incumplimiento por omisión.

El segundo conflicto identificado *supra* dio lugar al inicio por parte de la República del Perú de los procesos 02-AI-2020 y 05-AI-2021, el primero contra Bolivia y el segundo contra Ecuador. La discusión promovida en ambos casos fue similar y el Tribunal tramitó y resolvió los casos de manera paralela. En gran medida y en lo sustancial, ambas sentencias comparten los mismos fundamentos jurídicos y, en los dos casos, se declaró el incumplimiento de los países demandados, tal como había sucedido previamente en la fase prejudicial, pues la Secretaría General también había emitido sendos Dictámenes de incumplimiento en los dos casos.

Para el TJCA, una regulación nacional que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles, en el sentido de que los transportistas andinos, con placa extranjera, tienen que pagar un precio mayor que los transportistas identificados con placa nacional, vulnera los principios de trato nacional, no discriminación, igualdad de tratamiento legal y libre competencia contemplados en las Decisiones andinas 398 y 837, así como infringe el artículo 36 de la Decisión 608. Dicho incumplimiento, conlleva además una vulneración del principio de cooperación leal, previsto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

Corresponde destacar que en las sentencias del Tribunal se destacó el rol central que juega el principio de libre circulación de personas y mercancías en la subregión y la importancia que tiene el transporte internacional por carretera para su materialización. Así, el Tribunal destaca la necesidad de contar con un servicio de «transporte fluido y libre de obstáculos, brindado en un entorno de libre y leal competencia y en condiciones de equidad»[43]. Concluye el TJCA que:

---

42 Sentencias del 24 de noviembre de 2000 recaídas en los procesos 15-AI-2000 y 16-AI-2000, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 639 del 9 de febrero de 2001, pp. 4 y 15. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE639.PDF

43 Ver Sentencias recaídas en los procesos 02-AI-2020 y 05-AI-2021, publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 5250 del 18 de julio de 2023 y 5237 del 4 de julio de 2023, respectivamente, pp. 20 y 19. Disponibles en:
- https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205250.pdf
- https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205237.pdf

> «…para entender las condiciones en que los servicios de transporte de pasajeros y mercancías por carretera deben ser prestados en el ámbito comunitario, **resulta indispensable que en la práctica no exista diferencia alguna entre la prestación del servicio de transporte internacional y nacional**.»[44]
>
> (Énfasis agregado).

Sobre esa base, el Tribunal señala que los principios de trato nacional, igualdad de tratamiento legal, no discriminación y libre competencia, son aplicables tanto a los requisitos, exigencias y condiciones para prestar el servicio de transporte internacional por carretera de pasajeros y mercancías, como a cualquier otra regulación que incida sobre la prestación de dicho servicio. En cuanto al segundo aspecto, especifica el TJCA que dichos principios resultan aplicables también respecto de las barreras normativas y burocráticas que puedan llegar a establecerse, así como respecto de otro tipo de requisitos, exigencias y condiciones que, aun cuando sean establecidas por autoridades nacionales distintas a las de transporte —como pueden ser las autoridades nacionales sanitarias, tributarias, aduaneras, ambientales, de hidrocarburos, etc.— deben ser cumplidos por los transportistas o cuando su aplicación provoca un escenario en el que, se dificulta o impide el acceso o la permanencia de los transportistas andinos en el mercado de un determinado País Miembro.

Así, por ejemplo, señala el Tribunal, que los pagos por peajes, el monto de las multas por infracciones de tránsito, las disposiciones que regulan la venta de repuestos, el acceso a talleres de mantenimiento técnico, la venta de combustibles o la publicidad de los servicios, entre otras, deben ser aplicadas en igualdad de condiciones a los transportistas locales y a sus pares andinos. Caso contrario, se generaría un evidente caso de discriminación injustificada que desdibujaría el régimen andino sobre transporte internacional por carretera e iría en contra del espíritu de integración que sustenta el Acuerdo de Cartagena.

Remata el Tribunal afirmando que no es compatible con el derecho comunitario andino la vigencia de normas nacionales que establezcan ventajas competitivas artificiales en favor de los prestadores de servicios de transporte nacionales y en contra de los demás transportistas andinos. Una regulación de esa naturaleza tiene el efecto de distorsionar la libre y leal competencia basada en el esfuerzo y la eficiencia empresarial, que es lo que precisamente buscan promover y fomentar las Decisiones 398 y 837 en el espacio subregional.

Por último, y después de un análisis exhaustivo sobre el mecanismo de liberalización gradual de servicios en la Comunidad Andina previsto en el Acuerdo de Cartagena, el Tribunal llega a la conclusión de que el servicio de transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera fue liberalizado plenamente antes de la adopción

44 *Ibidem*, pp. 25 y 24.

de la Decisión 439[45]. De esta manera, el artículo 11 de dicha Decisión, en el que se establece una lista de medidas que podrían aplicar los Países Miembros como excepciones al programa de liberación gradual de servicios en la Comunidad, no resulta aplicable de manera supletoria a las Decisiones 398 y 837.

Del examen precedente, es fácil colegir que una vez más el Tribunal ejerció un papel preponderante para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y para resolver pacíficamente y en derecho dos graves conflictos suscitados entre Países Miembros. Los cuales, tal como señalamos anteriormente, tenían el potencial de generar consecuencias sistémicas y comprometer la consecución de los propósitos de la integración andina.

5. Las salvaguardias como excepción del Programa de Liberación

De conformidad con datos oficiales de la SGCA[46], en el año 1970 el valor de las exportaciones al interior de la subregión andina representaban poco menos de 80 millones de dólares americanos. Del total de esas exportaciones, el 62 % correspondía a materias primas y únicamente el 38 % a productos manufacturados con valor agregado. En contraste, en el año 2022 las exportaciones intrazona alcanzaron un valor de 10.627 millones de dólares americanos, de las cuales, cerca del 92 % correspondió a manufacturas y solamente el 8 % a productos primarios. Vale decir que se invirtió la dinámica exportadora al interior de la subregión y el mercado ampliado constituye uno de los principales destinos de los productos con mayor valor agregado que se producen en los cuatro Países Miembros.

Otro aspecto a destacar, una vez más según datos oficiales de la SGCA[47], es el grado de diversificación de las exportaciones intracomunitarias y la gran diferencia que existe con la alta concentración de exportaciones hacia destinos como Estados Unidos, la Unión Europea o China. En efecto, en el año 2021, el 90 % de las exportaciones de los cuatro Países Miembros hacia la subregión, estaba diversificado en 473 subpartidas arancelarias. En el mismo año, el 90 % de las exportaciones de los cuatro Países Miembros hacia Estados Unidos estaba concentrado en 134 productos, a la Unión Europea en 69 productos y, en el caso de China, en 12 productos, los cuales eran preponderantemente materias primas o *commodities.*

Solo fue posible alcanzar los resultados señalados de manera precedente gracias a la vigencia del Programa de Liberación, instrumento normativo y de política comercial

45 «Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina», publicado en la Gaceta Oficial de Cartagena 347 del 17 de junio de 1998. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace347.pdf

46 Secretaría General de la Comunidad Andina. *Dimensión Económica y Social de la Comunidad Andina*, Lima, 2022. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/12/Dimension-2023.pdf

47 *Ibidem.*

comunitaria previsto en el Acuerdo de Cartagena, por el cual se procura dinamizar los flujos económicos y comerciales en la subregión andina. Dicho programa se traduce en el compromiso de los países de «eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro»[48].

Sobre el particular, es el propio Acuerdo el que, en su artículo 73, define qué debe entenderse por «gravámenes» y por «restricciones de todo orden». En el primer caso, se encuentran los «derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones»; y, el segundo caso está conformado por «cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral». Resta señalar que se encargó a la SGCA el control del efectivo cumplimiento de dicho programa y se le concedió la facultad de llevar adelante procedimientos administrativos supranacionales para calificar, por ejemplo, si una medida nacional adquiere la categoría de gravamen o restricción indebida al comercio.

Asimismo, el Acuerdo de Cartagena ha previsto la posibilidad de que los Países Miembros adopten cinco tipos de salvaguardias: i) agrícola[49]; ii) por desequilibrio en su balanza de pagos global[50]; iii) por perjuicios graves a la economía ocasionados por el cumplimiento del Programa de Liberación[51]; iv) por perturbaciones en la producción nacional de productos específicos como consecuencia del incremento de importaciones[52]; y, v) por la alteración de las condiciones normales de competencia generadas por una devaluación monetaria[53]. Sobre el particular, es claro que la aplicación de dichas salvaguardias constituye una excepción al principio de libre circulación de mercancías y así lo ha reconocido el Tribunal en su jurisprudencia uniforme[54].

Del mismo modo, es pertinente precisar que, si bien cada una de esas salvaguardias tiene condiciones particulares de aplicación, el Tribunal ha definido que las siguientes

48 Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit*.

49 Regulada en los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit*.

50 Regulada en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit*.

51 Regulada en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit*.

52 Regulada en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit*.

53 Regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit*.

54 Ver Sentencias recaídas en los procesos 01-AN-2015, 272-IP-2016 y 02-AI-2019; publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 3369 del 13 de septiembre de 2018, 3722 del 8 de agosto de 2019 y 5252 del 19 de julio de 2023, respectivamente. Disponibles en:
- *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203369.pdf*
- *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203722.pdf*
- *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205252.pdf*

características son comunes a todas las modalidades de salvaguardias: i) son medidas correctivas; ii) de carácter transitorio; iii) de aplicación excepcional; iv) para su aplicación debe demostrarse una relación causal entre el hecho generador y el daño que se pretende evitar; y, v) deben ser proporcionales.[55]

En ese sentido y a los efectos del presente estudio, se analizará a continuación un caso particular en el que el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse —ante la demanda en acción de incumplimiento planteada por un particular afectado en sus derechos— sobre la interpretación y aplicación de la salvaguardia prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena. Este pronunciamiento marca la pauta para la actuación futura de la SGCA en el trámite del procedimiento administrativo correspondiente y genera un escenario de seguridad jurídica en la subregión, así como un efecto disuasivo para que no se restrinja indebidamente el libre comercio y no se afecten los derechos de los agentes económicos que actúan en el mercado ampliado.

En el mes de enero del año 2018, la República del Ecuador decidió aplicar una salvaguardia equivalente al cobro del 45 % del valor CIF de las importaciones de azúcar, proveniente de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Luego de la notificación y la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo supranacional, la SGCA emitió la Resolución 2005 en mayo del mismo año, por la que se denegó la aplicación de la salvaguardia solicitada por Ecuador. Dicha Resolución fue confirmada dos meses después, mediante la Resolución 2014 de la SGCA. Sin embargo, la norma nacional por la cual se adoptó la salvaguardia fue derogada recién en noviembre de 2018.

En consecuencia, se produjo un escenario singular en la Comunidad Andina, pues de manera contraria a los objetivos del proceso andino de integración y a contramano de la finalidad del Programa de Liberación, las importaciones de azúcar al territorio ecuatoriano estuvieron sujetas al cobro indebido de un derecho aduanero por un período aproximado de 10 meses. Esta circunstancia no puede ser evaluada únicamente desde la perspectiva en abstracto del incumplimiento *per se* del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un País Miembro.

Por el contrario, debe entenderse que, como consecuencia de dicho incumplimiento, se vulneraron los derechos de los agentes económicos dedicados a la importación de azúcar hacia el Ecuador, con todos los perjuicios directos e indirectos que esa medida conlleva. Pues, por una parte, dichos agentes económicos tuvieron que erogar gastos imprevistos e injustificados, lo que redujo sus niveles de competitividad y les genero un perjuicio económico; y, por otra, al ser el azúcar un insumo esencial para la industria de alimentos y bebidas, ese cobro indebido tenía el potencial de generar un incremento en el precio final de una serie de productos destinados al consumo final por parte de los ciudadanos ecuatorianos. Adicionalmente, ocasionaba una distorsión artificial de la competencia en el mercado, pues los ingenios azucareros nacionales podían obtener una posición de ventaja comercial frente a sus competidores andinos.

55 *Ibidem*.

En ese contexto, la empresa Sugarlatam del Ecuador presentó una acción de incumplimiento que dio lugar al proceso 02-AI-2019. La demanda se presentó ante el Tribunal en julio de 2019, es decir, una vez que la norma nacional que establecía la salvaguardia había sido derogada. No obstante, la conducta del país que presuntamente constituía un incumplimiento y que fue objeto de la demanda, no era la adopción de una norma nacional general, en el caso concreto la Resolución 030-2017 del Comité de Comercio Exterior – COMEX, del Ecuador; sino, la exigencia específica a la empresa demandante del pago de la salvaguardia con base en esa norma general. Dicha conducta se había materializado a través de diez liquidaciones aduaneras emitidas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante, **SENAE**), entre el 2 de marzo y el 15 de octubre de 2018.

Por otra parte, se demandó el incumplimiento del Ecuador al haber omitido ordenar la devolución del cobro indebido, una vez que la SGCA había emitido la Resolución 2005 que denegó la aplicación de la salvaguardia. Por último, se demandó también el incumplimiento del Ecuador, puesto que se denegó mediante sendos actos administrativos emitidos por el SENAE la devolución del cobro indebido que había sido solicitada por parte de la empresa Sugarlatam del Ecuador, en sede administrativa nacional.

Frente a esa demanda, se cuestionó inicialmente la competencia del Tribunal, puesto que en criterio del país demandado había operado la sustracción de la materia con la derogación de la Resolución 030-2017 del COMEX. Por otra parte, se cuestionó también que, frente a la emisión de actos administrativos de efectos particulares, el demandante debía haber acudido ante las autoridades jurisdiccionales nacionales, a fin de tramitar un proceso contencioso administrativo. Asimismo, se alegó que la SGCA había emitido un Dictamen de cumplimiento y, por tanto, correspondía que el Tribunal siguiera esa misma línea de análisis y decisión.

Luego de un exhaustivo análisis sobre la aplicación de la figura de «sustracción de la materia» en acciones de incumplimiento por parte del Tribunal, se desestimaron las alegaciones que sustentaban las excepciones previas deducidas por el país demandado[56]. Se consideró además que la norma nacional derogada no formaba parte del objeto de la demanda y que los demás «actos» de la administración pública nacional se encontraban vigentes y continuaban generando efectos jurídicos. En el caso particular, generaban efectos negativos en contra del demandante. Así, afirmó el Tribunal que:

> «…**la derogatoria de una norma nacional de carácter y aplicación general con efectos *erga omnes*, sobre la base de la cual, se adoptaron actos administrativos de contenido específico** que continúan generando, hasta el presente, efectos jurídicos vinculantes, **no es suficiente para declarar la sustracción de la materia**…
>
> **Un entendimiento diferente podría ocasionar que se consoliden en el tiempo una serie de actos con efectos jurídicos contrarios a las normas andinas**. Esta situación

[56] Mediante providencia emitida el 16 de marzo de 2021.

> **sería manifiestamente contraria al objeto y a la finalidad de la Acción de Incumplimiento**, y ocasionaría el **vaciamiento de contenido de la función de control de legalidad y cumplimiento que realiza el TJCA**, a través de dicha Acción. Del mismo modo, se establecería un precedente negativo que podría generar incentivos perversos que incidirían en el comportamiento o la conducta de los Países Miembros.»[57]
>
> (Énfasis agregado)

Del mismo modo, ratificó el Tribunal en esa oportunidad su jurisprudencia uniforme acerca de que el inicio de una acción de incumplimiento, por parte de los particulares afectados en sus derechos, constituye una «vía paralela, alternativa y excluyente de la posibilidad de acudir, por esa misma causa, a los tribunales nacionales competentes, jurisdiccionales o administrativos»[58]. De esta manera, al margen de las vías procesales nacionales que se encuentren disponibles, se garantiza el acceso a la justicia comunitaria por parte de los particulares. Por último, se ratificó también que el Dictamen de la SGCA es una opinión técnica no vinculante y que, naturalmente, el TJCA podría, cuando corresponda en derecho y sobre la base de los hechos probados en juicio, apartarse de sus conclusiones.

En su sentencia, el Tribunal declaró el incumplimiento de la República del Ecuador del artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, así como de los artículos 3 y 4 del Tratado de Creación del TJCA, del artículo 32 de la Decisión 671 y de la Resolución 2005 de la SGCA. Adicionalmente, estableció un importante criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la medida correctiva de salvaguardia prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, en el sentido de que la SGCA solamente podrá autorizar su aplicación, cuando el país solicitante demuestre el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos: i) la variación cuantitativa o cualitativa de las importaciones de productos específicos; ii) la perturbación en la producción nacional de productos específicos, a través de la existencia de un daño o una amenaza de daño a la producción nacional de una mercancía específica; iii) la relación de causalidad entre las dos circunstancias anteriores; y, iv) la proporcionalidad de la medida cuya autorización se solicita.

Asimismo, señaló el Tribunal que si después de llevar adelante la investigación correspondiente, la SGCA concluye que no se han cumplido o no se han acreditado debidamente los requisitos habilitantes previstos en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, los cuales fueron desarrollados por el TJCA en la sentencia *en comento*; esta deberá ordenar la inmediata suspensión de la aplicación de la medida solicitada y:

> «…determinar que **corresponde al País Miembro solicitante ordenar**, a través de las autoridades nacionales competentes, **la devolución de los montos que hubieren cobrados indebidamente durante la aplicación provisional de la medida** y hasta antes del pronunciamiento de la SGCA. Los cobros efectuados con posterioridad al

57 *Ibidem*, p. 40.

58 *Ibidem*, p. 14.

> pronunciamiento desfavorable de la SGCA, con mayor razón, también deben ser devueltos.»[59]
>
> (Énfasis agregado)

Por último, el Tribunal declaró que su sentencia, en la que se determina la responsabilidad comunitaria de un País Miembro por el incumplimiento de sus disposiciones, constituye un título legal y suficiente para que los particulares afectados por dicho incumplimiento acudan ante el juez nacional y soliciten la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados.

Del estudio realizado en el presente acápite, se desprende claramente que la acción de incumplimiento es la garantía jurisdiccional por excelencia para asegurar la eficacia de las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino. En el caso presentado, puede apreciarse además la concretización de una de las principales fortalezas del mecanismo andino de solución de controversias, que es que los particulares —personas naturales o jurídicas— pueden acceder de manera directa a dicho mecanismo, en aquellos casos en los que el incumplimiento de un País Miembro genere una afectación de derechos reconocidos a los particulares en las normas andinas.

Como corolario del análisis realizado en el presente capítulo, es posible afirmar que la debida aplicación de las normas andinas, así como la garantía del ejercicio de derechos y la solución pacífica de controversias a cargo del Tribunal, contribuyen directamente en la construcción y consolidación de una comunidad de derecho en la subregión. Así, siguiendo la tipología propuesta por Helfer y Slaughter[60] para la configuración de una «Comunidad de derecho», es evidente que en la Comunidad Andina: i) está vigente un sistema normativo autónomo y vinculante, que no solamente se distingue del diálogo político y la cooperación intergubernamental, como limita el ejercicio de la política en el nivel nacional; ii) se ha generado una red de actores públicos y privados, nacionales y comunitarios que actúan y se comunican de manera directa, a fin de promover la eficacia de las normas andinas; y, iii) se han maximizado los efectos del sistema normativo y de la estructura institucional de solución de controversias, al reconocer a la acción de incumplimiento como una garantía de la eficacia del derecho comunitario andino, lo cual genera mayores incentivos para una actuación concertada y cohesionada de los actores públicos y privados en el nivel subregional.

6. Líneas conclusivas

Un ordenamiento jurídico es eficaz cuando sus normas producen el efecto previsto y, del mismo modo, adquiere eficacia frente al incumplimiento de sus disposiciones, cuando existen garantías jurisdiccionales que pueden ser utilizadas para remediar esa

---

59 Sentencia recaída en el proceso 02-AI-2019, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

60 Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, en *Yale Law Journal*, volume 107, 1997, pp. 273-392.

situación anómala y tutelar los derechos vulnerados como consecuencia de dicho incumplimiento.

La Comunidad Andina es una comunidad de derecho, en la que está vigente un ordenamiento jurídico autónomo y vinculante, que es de aplicación directa e inmediata, y que prevalece sobre las normas nacionales de sus Países Miembros. En consecuencia y en virtud de los principios de *pacta sunt servanda,* legalidad, transparencia y cooperación leal, reconocidos en la jurisprudencia del TJCA, todas las instancias de las administraciones públicas nacionales deben observar dicho ordenamiento y cumplir con sus disposiciones.

Frente a un escenario anómalo y no deseado de incumplimiento de los compromisos y obligaciones de un País Miembro, la Secretaría General, otro País Miembro o los particulares afectados en sus derechos por el referido incumplimiento pueden iniciar una acción de incumplimiento. Dicha acción se constituye como la principal garantía jurisdiccional para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; lo cual, se traduce en: i) la salvaguardia de los intereses comunitarios; ii) el efectivo cumplimiento de las normas andinas; y, iii) la protección de los derechos en ellas reconocidos, tanto a los Países Miembros, como a los agentes económicos que actúan en el mercado ampliado y a los ciudadanos andinos.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cumple un rol fundamental como garante de la eficacia del derecho comunitario andino y de la solución pacífica de controversias en la subregión. Asimismo, y tal como se ha evidenciado por el estudio empírico realizado, es una pieza fundamental en el proceso de construcción y consolidación de una comunidad de derecho en la subregión andina. En efecto, a través de sus sentencias y del reconocimiento de figuras como el incumplimiento y el desacato continuado, se han fortalecido sus competencias de control jurisdiccional, con el propósito mayor de cumplir con su mandato y actividad misional, asegurando así la eficacia de las normas andinas.

Asimismo, por medio de sus pronunciamientos vinculados con el principio de libre circulación de personas y mercancías en la Subregión, el transporte terrestre de pasajeros y mercancías en la Comunidad Andina, y la aplicación de salvaguardias como excepciones al Programa de Liberación, el Tribunal ha definido claramente los contornos de actuación de los Países Miembros. Así, ha establecido los límites jurídicos que deben ser observados por los Estados en el momento de formular políticas públicas nacionales en aquellas materias que se encuentran reguladas por el derecho comunitario andino y ha establecido marcos claros para la salvaguardia de los intereses comunitarios y la protección de los derechos de los Países Miembros y sus ciudadanos.

Quito, diciembre de 2023.

***

SUBCAPÍTULO IV

MECANISMO DE APLICACIÓN HOMOGÉNEA DE NORMAS EN LA COMUNIDAD ANDINA: LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Jorge Javier Salas Vega

Jorge Javier Salas Vega

Abogado con estudios de postgrado a nivel magíster en Gestión Pública y Derecho Empresarial. Con amplia experiencia internacional, académica y profesional en procesos de formulación normativa, comisión de coordinación viceministerial y consejo de ministros, derecho administrativo, y demás aspectos jurídicos vinculados a la gestión pública; asimismo, en comercio exterior, negociaciones comerciales internacionales, defensa comercial, mecanismo de solución de controversias, derecho de la integración y derecho comunitario andino.

Se ha desempeñado como ejecutivo en la Comisión de Signos Distintivos del Indecopi, asesor legal en el Viceministerio de Comercio Exterior del Perú, cargo en el cual ejerció la defensa del Estado peruano ante la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Asimismo, fue negociador en el marco de la Alianza del Pacífico y la Comunidad Andina del mecanismo de solución de controversias. También se ha desempeñado como funcionario internacional en los cargos de asesor legal del Secretario General de la Comunidad Andina (CAN), secretario de la Comisión de la CAN y jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la CAN. Actualmente, se desempeña como director de América Latina, Caribe e Integración Regional en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú.

***

MECANISMO DE APLICACIÓN HOMOGÉNEA DE NORMAS EN LA COMUNIDAD ANDINA: LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Jorge Javier Salas Vega

Palabras clave
Interpretación prejudicial. Supranacionalidad. Efecto directo. Aplicación inmediata. Integración. Aplicación uniforme.

Keywords
Preliminary ruling. Supranationality. Direct effect. Immediate application. Integration. Uniform application.

Resumen

El artículo se centra en la Interpretación Prejudicial (en adelante, **IP**), como un mecanismo procesal que permite al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **Tribunal** o **TJCA**) explicar el contenido y alcances de las normas de la Comunidad Andina (en adelante, **CAN**). Los instrumentos jurídicos que regulan las IPs son el Tratado de Creación del TJCA, el Estatuto del Tribunal, el Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de IPs, y una Nota Informativa sobre la presentación de solicitudes de IPs. El ámbito de aplicación de las IPs abarca la interpretación de normas del ordenamiento jurídico de la CAN. Su naturaleza jurídica es de un instrumento procesal que orienta a autoridades administrativas, jueces o árbitros respecto al contenido y alcance de la norma comunitaria. La IP busca la interpretación uniforme de las disposiciones, evitando discrepancias en su aplicación. Existen dos tipos de consultas prejudiciales: obligatoria y facultativa. La obligatoria debe ser solicitada por el juez de última instancia cuando no hay recursos impugnativos. La facultativa puede ser solicitada por jueces o autoridades administrativas cuando la sentencia es susceptible de recursos internos. El contenido de las solicitudes de IPs debe ser preciso y completo, abordando detalles como el nombre del juez consultante y la identificación de normas de la CAN. El trámite asegura respuestas oportunas, y la IP se limita al contenido y alcance de las normas comunitarias, sin intervenir en el derecho nacional ni calificar los hechos del proceso nacional. La obligación del juez nacional consultante de adoptar la IP fortalece su efectividad en el ámbito nacional.

Abstract

The paper focuses on Preliminary Rulings (further, **PR**) as a procedural mechanism that allows the Court of Justice of the Andean Community (further, **Tribunal** or **TJCA**) to explain the content and scope of the rules of the Andean Community. The legal instruments regulating PRs are the Treaty Establishing the TJCA, the Statute of the Court, the Regulation on the submission and issuance of PRs, and an Informative Note on the submission of PR requests. The scope of PRs encompasses the interpretation of norms within the legal framework of the Andean Community. Their legal nature is a procedural tool that guides administrative authorities, judges, or arbitrators regarding the content and scope of the community norm. PRs seek a uniform interpretation of community provisions, avoiding discrepancies in their application. There are two types of preliminary consultations: mandatory and discretionary. The mandatory consultation must be requested by the final instance judge when there are no appealable remedies. The discretionary one can be requested by judges or administrative authorities when the judgment is subject to internal remedies. The content of PRs must be precise and comprehensive, addressing details such as the name of the consulting judge and the identification of Andean Community norms. The process ensures timely responses, and PRs are limited to the content and scope of community norms, without intervening in national law or qualifying the facts of the national process. The obligation of the national consulting judge to adopt the PR strengthens its effectiveness at the national level.

1. Instrumentos jurídicos que regulan las Interpretaciones Prejudiciales

La normativa andina que regula el mecanismo de las IPs incluye:

- El Tratado de Creación del TJCA;
- El Estatuto del TJCA, aprobado mediante Decisión 500;
- El Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de IPs, aprobado mediante Acuerdo 08/2017, modificado por Acuerdos 04/2018 y 03/2022; y,
- La Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de IPs por los órganos judiciales nacionales, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 694.

2. Ámbito de aplicación, naturaleza jurídica y definición

Tenemos como ámbito de aplicación de la figura de las IPs dos premisas: una referida a que corresponde al TJCA interpretar todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, y otra referida a la obligación de solicitar la IP a todos aquellos jueces nacionales de los Países Miembros de la CAN (incluido los árbitros) que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN y que no fuere susceptible de recursos en derecho interno.

Respecto a la naturaleza jurídica debo señalar que, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de IPs, se establece que la IP es un instrumento procesal que orienta y vincula a la autoridad administrativa, juez o árbitro respecto del contenido y alcances de la norma comunitaria andina a ser aplicada en el caso concreto, siendo además que la IP es una sentencia emitida en el marco de un proceso judicial no contencioso.

Ahora, si bien en el Tratado de Creación y en el Estatuto del TJCA no se encuentra una definición de IP, el propio TJCA en el artículo 2 a) del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de IPs, establece la siguiente definición:

> «…**Interpretación Prejudicial:** mecanismo procesal mediante el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina explica el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como 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».

3. Finalidad de la Interpretación Prejudicial

El Tribunal Andino es competente para emitir las IPs siendo que su finalidad es que, a través de esta vía, se interprete las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico andino de manera uniforme, para que los jueces nacionales, autoridad administrativa o árbitros lo apliquen en sus territorios de la misma manera y se evite la posibilidad de aplicar la normativa andina de forma distinta.

4. Tipo de Consultas Prejudiciales

Existe dos tipos de consultas prejudiciales: la consulta obligatoria y la facultativa.

a) **Respecto de la consulta obligatoria:** es aquella que deberá ser solicitada por el juez nacional de única o última instancia y que no fuere susceptible de recurso impugnativo alguno en sede nacional, cuando deba aplicar o controvertir alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN.

En este caso, corresponde que el juez nacional suspenda el caso nacional hasta tanto el Tribunal Andino emita la IP.

b) **Respecto de la consulta facultativa:** es aquella que podrá ser solicitada por el juez nacional o autoridad administrativa cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, y 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.

5. Contenido de las Interpretaciones Prejudiciales

La CAN ha establecido un marco jurídico sólido para la formulación de consultas al TJCA por parte de jueces nacionales, asegurando la coherencia e interpretación uniforme de las normas comunitarias. En este contexto, los artículos 125 a 128 del Estatuto del TJCA delinean detalladamente los requisitos, el trámite y las responsabilidades asociadas con este proceso crucial.

Así, tenemos que la solicitud de interpretación debe ser precisa y completa. Desde el nombre del juez o tribunal consultante hasta la identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN cuya interpretación se solicita, cada detalle se considera esencial. Además, se destaca la importancia de proporcionar un informe conciso de los hechos relevantes y la identificación de la causa que origina la solicitud, permitiendo al TJCA comprender el contexto en el que se solicita la interpretación.

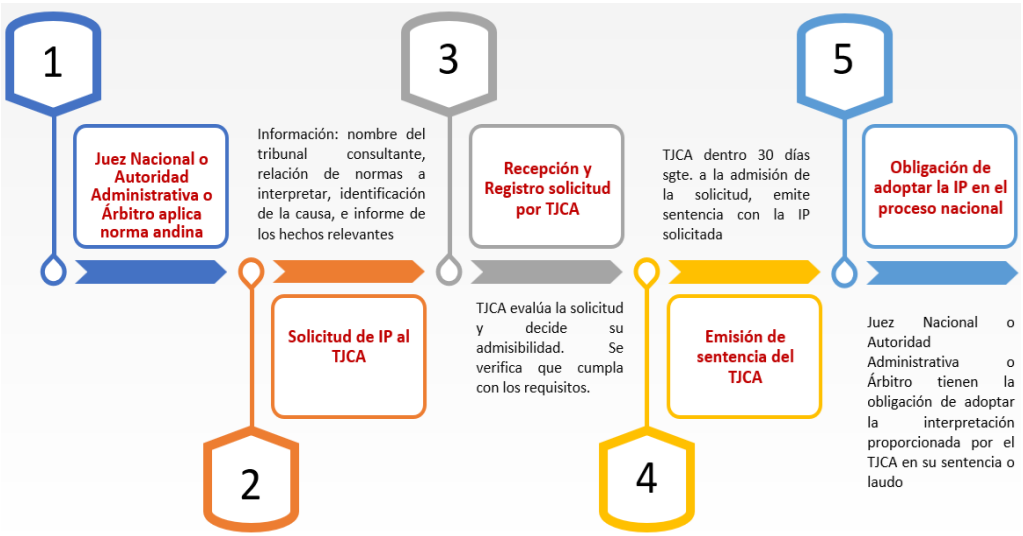
El trámite establecido garantiza una respuesta oportuna y eficaz. Después de recibir la solicitud, el Secretario del Tribunal sella y registra la fecha, remitiéndola al Presidente del TJCA para su consideración. El plazo de treinta días para que el Tribunal dicte sentencia asegura que las consultas se aborden de manera expedita, contribuyendo así a la pronta resolución de los casos.

Es de suma importancia destacar que la IP del TJCA se limita al contenido y alcance de las normas comunitarias, evitando incursiones en el derecho nacional o en la calificación de los hechos del proceso nacional. Este enfoque específico garantiza la coherencia y la uniformidad en la aplicación de las normas de la CAN.

Corresponde precisar que el artículo 127 de la Decisión 500 establece claramente la obligación del juez nacional consultante de adoptar en su sentencia la IP (los criterios jurídicos interpretativos ahí contenidos) proporcionada por el TJCA. Esta disposición fortalece la figura de IP, asegurando su efectividad en el ámbito nacional y la aplicación uniforme de la normativa andina en los Países Miembros de la CAN.

A continuación, presentamos un flujograma del trámite de solicitud de IP:

Gráfico 1: Flujograma de tramitación de interpretaciones prejudiciales



El TJCA recibe innumerables solicitudes de IPs de las diversas autoridades competentes de los Países Miembros de la CAN. A continuación, presentamos un reporte estadístico de las solicitudes recibidas y casos resueltos en los últimos cinco años:

Año	Solicitudes de IP	IPs Resueltas
2023	236	398
2022	534	269
2021	389	349
2020	257	437
2019	624	728

Fuente: TJCA

6. Reflexiones sobre la figura de la Interpretación Prejudicial[1]

La IP es el mecanismo procesal de derecho comunitario andino que tiene por objetivo la aplicación uniforme y coherente de las normas supranacionales en los Países Miembros de la CAN. La normativa andina, que goza de efecto directo y prevalente (superior a las normas nacionales), y al ser de aplicación inmediata (no requiere de un proceso de nacionalización para ser parte del derecho interno), se vería privada de fuerza si los jueces nacionales —respondiendo quizá a contextos sociales y jurídicos diferentes— las aplicasen de formas distintas a lo largo y ancho de la subregión.

Un proceso de integración supranacional como la CAN requiere homogeneidad en la aplicación de sus normas. Toda la institucionalidad jurídica de la CAN estaría en

[1] Para mayor profundidad, ver Hugo Gómez *et al*., *Apuntes de Derecho Comunitario Andino*, Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, Ecuador, 2019.

entredicho si su materialización (su aplicación) en la realidad difiriese entre casos o entre ámbitos espaciales. Ello, lógicamente, derivaría en un escenario indeseable de inseguridad jurídica y resquebrajaría el sentido "comunitario" del proceso de integración subregional andino. En este sentido, el riesgo de una aplicación heterogénea debe ser eliminado para conseguir el éxito de la "Comunidad" Andina.

Y la solución reside en la figura de la interpretación prejudicial. En caso de aplicar una norma andina en un proceso (judicial o administrativo) doméstico, el juez nacional solicitará al tribunal comunitario (el TJCA) su pronunciamiento sobre cómo la norma andina en cuestión debe ser aplicada *in abstracto*.

La solicitud será obligatoria en caso de que el juez sea de última instancia, puesto que el proceso no contará con un recuso ulterior que permita enmendar un eventual error de interpretación normativa. En este caso, el proceso interno se suspenderá hasta contar con los criterios jurídicos emitidos por el Tribunal sobre la norma en cuestión. Por otro lado, la consulta será facultativa si existiesen mecanismos de impugnación. Tanto para las consultas prejudiciales obligatorias como para las facultativas existen requisitos que la autoridad consultante debe observar para remitir su solicitud de interpretación al Tribunal (*v.g.*, la identificación del juez nacional, un resumen sucinto de los hechos del caso y el detalle de las normas andinas cuya interpretación se solicita).

Una vez recibida la solicitud con la información correspondiente, el Tribunal emitirá una sentencia —sentencia, puesto que pone fin al proceso no contencioso comunitario de IP— que contendrá criterios jurídicos que orientan a la autoridad consultante sobre el contenido y alcance de las normas andinas solicitadas (o que aplican) al proceso interno. Naturalmente, al poseer el ordenamiento jurídico comunitario andino un carácter supranacional, la interpretación que realice el TJCA será vinculante y la IP deberá ser adoptada en el fallo que el juez nacional emita. La IP no deberá pronunciarse sobre el derecho interno ni deberá calificar los hechos del proceso interno.

El TJCA es el órgano (jurisdiccional) comunitario, con capacidad de interpretar la normativa comunitaria. Dado que la corte andina debe garantizar «la aplicación uniforme y coherente» del ordenamiento jurídico comunitario andino, el Tribunal ha emitido, a lo largo de su amplia historia, criterios jurídicos homogéneos que han enriquecido la puesta en práctica de las normas andinas. En esta labor, la IP, como proceso orientativo y de diálogo no contencioso entre el juez nacional y supranacional, ha jugado un rol protagónico.

Lima, diciembre de 2023.

***

SUBCAPÍTULO V

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA TEORÍA DEL ACTO ACLARADO: UN CAMBIO HISTÓRICO

Alejandro D. Perotti

Alejandro D. Perotti

Abogado, magíster en Derecho Comunitario, doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho de la integración de la Universidad Austral y de la Universidad Abierta Interamericana, entre otras; profesor invitado de universidades extranjeras. Exconsultor jurídico de la Secretaría del Mercosur. Asesor de parlamentarios del Parlamento del Mercosur. Miembro de número del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y miembro correspondiente del Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) de Río de Janeiro; coordinador de la Comisión de Juristas para la Integración Regional del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil para la Cancillería Argentina, y ex presidente de SIDECI (Sociedad Internacional de Derecho Comunitario e Integración). Autor de libros y artículos de doctrina. Miembro del estudio jurídico «Alais & Torres Brizuela», Buenos Aires.

***

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA TEORÍA DEL ACTO ACLARADO: UN CAMBIO HISTÓRICO

Alejandro D. Perotti

Palabras clave

Tribunales regionales. Cuestión prejudicial. Interpretación prejudicial. Reenvío prejudicial. Obligatoriedad. Acto claro. Acto aclarado. Vías procesales. Reclamos.

Keywords

Regional courts. Prejudicial question. Preliminary ruling. Preliminary reference. Obligation. Clear act. Clarified act. Procedural ways. Claims.

Resumen

Este trabajo parte de la descripción de las teorías del acto claro y del acto aclarado y su aplicación con relación a la obligación del reenvío prejudicial, para luego examinar la receptividad de esta última teoría por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los impactos que ello tendrá en su trabajo interno y en los procesos judiciales nacionales, como así también las herramientas —comunitarias, nacionales e internacionales— que pueden reducir o neutralizar los posibles incumplimientos de aquella obligación. Todo ello, comparando la experiencia de la Unión Europea con la práctica observada en la Comunidad Andina.

Abstract

This paper starts by describing the theories of the clear act and the clarified act and their application in relation to the obligation of preliminary reference, and then examines the receptiveness of the latter theory by the Court of Justice of the Andean Community, the impact this will have on its internal work and on national judicial proceedings, as well as the tools —community, nationals and internationals— that can reduce or neutralize possible breaches of that obligation. All this, comparing the experience of the European Union with the practice observed in the Andean Community.

1. La teoría del acto aclarado

Una de las principales herramientas previstas en el sistema procesal de la Unión Europea (**UE**) es, sin dudas, la cuestión prejudicial, en virtud de la cual, todo órgano jurisdiccional nacional, en el marco del proceso en el que está interviniendo, tiene la posibilidad de consultar al Tribunal de Justicia de la UE (**TJUE**, o **Tribunal de Justicia**) acerca de la interpretación o validez de la normativa comunitaria aplicable a dicho asunto.

La finalidad esencial de este mecanismo de cooperación y colaboración, que se desarrolla entre ambas jurisdicciones (la nacional y la regional), es lograr que las normas de la UE se apliquen en todo el territorio de los Estados miembros de manera uniforme, independientemente del juez nacional que conozca del caso que corresponda.

Según el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**), atendiendo a lo que disponga el derecho nacional sobre el carácter revisable o no de la sentencia que el juez interno vaya a dictar, éste tendrá la facultad —en el primer supuesto— o la obligación —en el segundo caso— de elevar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia[1]. Es decir, si el juez dictará un fallo inapelable —según el derecho interno— deberá suspender el proceso y remitir la cuestión prejudicial; por el contrario, siendo su sentencia recurrible, tendrá la facultad para hacerlo[2].

---

[1] **TFUE.-**

«**Artículo 267**…
El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;
b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano *podrá* pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones *no sean susceptibles de ulterior recurso judicial* de derecho interno, dicho órgano *estará obligado* a someter la cuestión al Tribunal».

[2] A pesar de la claridad del artículo 267 TFUE, en cuanto a que el juez nacional cuya sentencia sea recurrible tiene la "facultad" para realizar el reenvío prejudicial, en su famoso precedente *Foto-Frost* (sentencia de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85, Rec. 1987, p. 4199, considerandos 11 a 20), el Tribunal de Justicia sostuvo que si dicho juez está persuadido sobre la invalidez de una norma comunitaria (por violar, por ejemplo, una disposición superior del derecho de la UE), tal circunstancia lo obliga a plantear la cuestión prejudicial, independientemente de si su decisión sea o no apelable, pues sólo a él cabe el control negativo de la validez de la normativa regional. Bien es cierto que dicha doctrina (mantenida de manera regular hasta nuestro días; ver últimamente, sentencia de 22 de febrero de 2022, *RS*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, considerando 71) tiene una pequeña excepción temporal, a saber la posibilidad que tiene el juez

La misma precisión —en cuanto a los supuestos de obligatoriedad del reenvío prejudicial— se adoptó en el sistema procesal andino, en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA)[3].

A pesar de que la literalidad del artículo 267 TFUE impone que todo juez de última o única instancia, siempre y en todos los casos, debe remitir la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia, de forma pretoriana, instituyó dos excepciones a la obligatoriedad de reenvío: la teoría del acto *aclarado* y la teoría del acto *claro*[4].

La primera (acto aclarado) fue tempranamente establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Da Costa en Shaake*, en la cual señaló que la obligación de reenvío impuesta por el Tratado, se ve privada de causa y vacía de contenido cuando «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo»[5].

Esta doctrina parte de la idea de que la norma que debe aplicar el juez nacional obligado a plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia ya ha sido interpretada por éste en un caso análogo, y por tal motivo ya no tiene razón de ser que se le vuelva a elevar una consulta sobre su sentido y alcance.

---

nacional, en procura de garantizar la protección jurisdiccional derivada para los particulares del propio derecho comunitario, para suspender provisionalmente la aplicación de una norma comunitaria (o de una norma nacional que ejecuta una obligación comunitaria), siempre y cuando —entre otros requisitos— dicho juez llegue al convencimiento de que existen serias dudas acerca de la validez de la disposición regional en cuestión y, de no haber sido planteada la cuestión prejudicial de validez por otro juez, lo haga él de forma inmediata (sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Rec. I-415, considerandos 16 a 24).

3 **TCTJCA.-**

«**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.»

4 Perotti, Alejandro D., *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*, Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea Nº 213, mayo/junio, Madrid, EINSA, 2001, pp. 90 a 95.

5 TJUE, sentencia de 27 de marzo de 1963, *Da Costa en Shaake*, asuntos acumulados 28 a 30/62, Rec. 1963, p. 61, considerando 2.

La segunda excepción (acto claro) fue aplicada por el Tribunal de Justicia en el famoso precedente *CILFIT*[6], y parte de considerar que la obligación de consulta que tiene el juez nacional desaparece cuando no exista una duda razonable sobre el sentido que debe darse a la norma comunitaria; bien es cierto que para llegar a esa conclusión el juez nacional debe tener en cuenta requisitos bastante estrictos que, aplicados debidamente, hacen que sea casi imposible que la norma no presente una "duda razonable".

Esta excepción se sustenta en que la claridad del sentido y alcance de la norma se presenta con tal evidencia al juez nacional que su interpretación no despierta en él ninguna duda razonable.

La teoría del acto aclarado —objeto de este trabajo— ha sido ratificada ampliamente por el TJUE[7], debiendo destacarse principalmente los precedentes *Parfums Christian Dior*[8] y *Consorzio Italian Management*[9].

En virtud de esta teoría, la existencia de jurisprudencia del Tribunal de Justicia con relación a la norma comunitaria tiene por efecto eliminar la obligación que —en otra situación— tiene el juez nacional de última o única instancia; sin embargo, dicho juez conserva siempre la facultad de elevar una cuestión prejudicial si lo considera conveniente y oportuno; en otras palabras, aquella jurisprudencia no se transforma en una causal de inadmisibilidad de la solicitud prejudicial[10].

Desde ya que la ausencia del deber de elevar la cuestión prejudicial no exime al juez nacional —todo lo contrario— del mandato de aplicar la interpretación previa del

---

6 TJUE, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, asunto 283/81, Rec. 1982, p. 3415, considerando 14.

7 TJUE, sentencias *CILFIT*, cit., considerando 13; de 15 de septiembre de 2005, *Intermodal Transports BV*, C-495/03, ECLI:EU:C:2005:552, considerando 33; de 6 de diciembre de 2005, *Gastón Schul*, C-461/03, Rec. I-10513, considerando 16; de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios*, C-260/07, EU:C:2009:215, considerando 36; de 18 de octubre de 2011, *Antoine Boxus*, C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, ECLI:EU:C:2011:667, considerando 31; de 9 de septiembre de 2015, *X y van Dijk*, C-72/14 y C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564, considerando 55, y *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros*, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565, considerando 38; de 1 de octubre de 2015, *Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA)*, C-452/14, ECLI:EU:C:2015:644, considerando 43, y de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia*, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811, considerando 110, entre muchas otras.

8 TJUE, sentencia de 4 de noviembre de 1997, asunto C-337/95, Rec. I-6013, considerandos 29 y 30.

9 TJUE, sentencia de 6 de octubre de 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, considerandos 36 a 38.

10 TJUE, sentencias de 3 de marzo de 1994, *Eurico Italia Sri*, asuntos acumulados C-332/92, C-333/92 y C-335/92, Rec. I-726, considerandos 14 y 15; de 12 de octubre de 2010, *Gisela Rosenbladt*, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601, considerandos 29 y 31; de 26 de mayo de 2011, *Stichting Natuur en Milieu y otros*, C-165/09 a C-167/09, ECLI:EU:C:2011:348, considerando 52, y sentencia *Consorzio Italian Management*, cit., considerandos 37 y 38.

Tribunal de Justicia, dado que sus sentencias vinculan a los jueces de los Estados miembros[11].

2. La posición histórica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el acto aclarado

Desde su primera interpretación prejudicial (1-IP-87, *Volvo*), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**Tribunal** o **TJCA**) rechazó enfáticamente la aplicación de la teoría del acto aclarado (y también la del acto claro), bajo el argumento de que «la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos»[12]; agregando luego, en el proceso *Ciba-Geigy*, que:

> «…los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que, por su propia naturaleza, se refieren al asunto sub-judice en cada caso. De allí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al Juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación […] bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo.»[13]

Y es que, cada proceso interno tiene «una individualidad jurídica» que le permite al juez nacional[14], tomando en consideración la interpretación prejudicial,

---

11 TJUE, en particular, sentencia de 5 de abril de 2016, *PFE*, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, considerando 42; ver asimismo las conclusiones del abogado general Sr. Michal Bobek en el asunto *Consorzio Italian Management*, cit. (ECLI:EU:C:2021:291, literal 34 y en especial nota 20).

12 TJCA, sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Volvo*, proceso 1-IP-87, GOAC (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena) Nº 28, 15/02/88, considerando 3.3.

13 TJCA, sentencia de 24 de noviembre de 1989, proceso 7-IP-89, GOAC Nº 53, 18/12/89, considerando 1; en igual sentido, sentencias de 26 de enero de 1990, *Ciba-Geigy*, proceso 3-IP-89, GOAC Nº 56, 22/02/90, considerando, párrafo 1º; de 13 de julio de 1993, *Sociedad Aluminio Nacional S.A.*, proceso 3-IP-93, GOAC Nº 138, 04/08/93, considerando 1, y de 18 de junio de 1999, *marca: Hollywood Lights*, proceso 6-IP-99, GOAC Nº 468, 12/08/99, considerando 3.

14 Aclaración: a lo largo del presente trabajo, cuando se hable de "juez" o "tribunal" nacional en el contexto del artículo 33 del TCTJCA, se lo hará en el sentido definido por el Tribunal de Justicia en el artículo 2 (Glosario de términos) del «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales» (aprobado por el TJCA mediante Acuerdo 08/2017, GOAC Nº 3146, 29/11/17, modificado por Acuerdos 04/2018, GOAC Nº 3284, 14/05/18, y 03/2022, GOAC Nº 4495, 07/07/22), a cuyo tenor se entiende por «[ó]rgano 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» (literal e).

«aplicar la norma comunitaria según las circunstancias o los hechos y los fundamentos de derecho que rodean al proceso»[15].

De esta manera, en los términos del artículo 33 del TCTJCA, la Corte andina consideró —durante décadas— que todo juez de última o única instancia, siempre y en todos los casos en los que se discutía la aplicación de una norma comunitaria, debía realizar el reenvío prejudicial, y que el hecho de haber emitido el Tribunal una interpretación prejudicial sobre el mismo asunto y/o norma, no eximía a ese juez nacional de aquella obligación, dado que esa interpretación era solo aplicable al proceso en el cual se la brindó; y que, la inobservancia de ese deber, podría habilitar la acción de incumplimiento contra el País miembro del juez nacional involucrado.

Dicho posicionamiento del Tribunal fue regular y pacíficamente sostenido durante 39 años, en los que dictó 6.382 interpretaciones prejudiciales, en muchas de las cuales ratificó su orientación, como también lo hizo en el marco de acciones de incumplimiento[16].

3. La aceptación de la teoría del *acto aclarado*

El monolítico rechazo a la pertinencia de la teoría del acto aclarado que se observaba en la jurisprudencia de la Corte andina no impidió que, en doctrina, algunos de sus ex magistrados argumentaran en favor de su aceptación[17].

---

15 TJCA, sentencia de 7 de agosto de 1995, *marca: Eden For Man - etiqueta*, proceso 4-IP-94, GOAC Nº 189, 10/09/95, Procedimiento para las oposiciones, párrafo 3º.

16 Una lista exhaustiva de las interpretaciones prejudiciales y las acciones de incumplimiento en las cuales el Tribunal de Justicia expresó su rechazo a la teoría del acto aclarado puede verse en, Perotti, Alejandro D., *La implementación del precedente de observancia obligatoria y de la teoría del acto aclarado en la Comunidad Andina*, Cuaderno Doctrinario 002-2022-TJCA, Hugo R. Gómez Apac (director), Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2022, pp. 50 (nota a pie 6) y 52 (nota a pie 7).

17 Andueza, José G., *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Montevideo, 1985, INTAL-BID, pp. 99 a 102; Diez Canseco Núñez, Luis J., en *entrevista concedida al autor de esta obra de forma virtual*, Lima, 22 de septiembre de 2022, *inédita*; Diez Canseco Núñez, Luis J. y Sasaki Otani, María Ángela, *Derecho administrativo en el marco de la comunidad andina: la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales*, Revista Ius et Veritas Nº 62, junio 2021, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 259 a 260 (pp. 250-264); Perotti, Alejandro D. y Bueno Martínez, Patricio, *La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial Andina?*, *Díkaion* Nº 14, año 19, Bogotá, Facultad de Derecho - Universidad de La Sabana, 2005, pp. 133 a 152; Vergara Quintero, Luis R., *La importancia del control Jurisdiccional en el ordenamiento comunitario andino*, en *Apuntes de Derecho Comunitario Andino* (AA.VV.), Portoviejo, San Gregorio, 2019, p. 151 (pp. 129-153); *del mismo autor*, *La importancia del control jurisdiccional en el ordenamiento comunitario andino*, en Seminario internacional *Solución de controversias en la Comunidad Andina a los 50 años de su creación y 40 años del Tribunal de Justicia*, 28 de mayo de 2019, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 2019, p. 22 (pp. 17-23); Vigil Toledo, Ricardo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Pamplona, Civitas, 2011, pp. 239 a 240, ver también p. 138. En contra, Uribe Restrepo, Fernando, *La interpretación prejudicial en el derecho andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993, pp. 132 a 133.

Con el paso del tiempo, el Tribunal comenzó a analizar un cambio en su posición, y sugirió, en un primer momento, la utilización de una herramienta similar, a saber el procedente de observancia obligatoria (**POO**)[18], el cual implicaba una reforma de su Estatuto[19]; lo mismo fue aconsejado por alguna doctrina[20].

Finalmente, la aceptación definitiva de la teoría del acto aclarado tuvo lugar a través de cuatro sentencias del Tribunal de Justicia, dictadas el 13/03/23, en los procesos **145-IP-2022** (*DKL*; relatoría de García Brito), **350-IP-2022** (*Almacenes Éxito SA*; relatoría de Charris Rebellón —presidente—), **261-IP-2022** (*AFPyCP SA*; relatoría de Salvador Crespo) y **391-IP-2022** (*Lummus N. T. Gmbh*; relatoría de Gómez Apac)[21].

A la hora de justificar su histórico cambio de jurisprudencia, el Tribunal de Justicia pivoteó sobre los siguientes ejes.

Comenzó por recordar que «como el intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario andino», su función principal, en particular desde la perspectiva del reenvío prejudicial obligatorio, es «orientar y guiar a los jueces nacionales sobre su

18 TJCA, oficios Nº 038-P-TJCA-2019, del 29/03/19 (literal 4.1), 04-P-TJCA-2021, del 20/01/21 (anexo) y 44-P-TJCA-2021, del 15/03/21 (p. 4). Ver asimismo publicación del TJCA, *La importancia y necesidad de lograr la sostenibilidad económica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, 21/10/19, p. 17, y *Declaración de la VI[a] reunión de representantes de Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración*, del 27/04/22, literal 12.

19 TJCA, oficio Nº 044-P-TJCA-2020, del 24/08/20. Una explicación de la propuesta del TJCA puede verse en García Brito, Gustavo, *Propuesta del TJCA sobre la introducción de la figura del precedente de observancia obligatoria en la tramitación de la interpretación prejudicial*, en *webinar* con motivo del 43º Aniversario del TJCA, *El precedente de observancia obligatoria como instrumento para la optimización de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, organizado por el TJCA, 30 de mayo de 2022, Quito, video del evento (tiempo: 00:02:19 hs., comienzo de la intervención). La versión resumida de las distintas intervenciones en dicho evento puede verse en la publicación del TJCA, *El precedente de observancia obligatoria como instrumento para la optimización de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2022.

20 A mediados de 2020 se constituyó un Grupo *ad hoc* de especialistas sobre reforma del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (GAHE), que estuvo integrado por Juan Carlos Cuesta, Luis Díez Canseco, Alfredo Corral, Alfredo Fuentes, Gabriel Ibarra, Alfonso Miranda, David Padilla, Alejandro D. Perotti, Yecid Ríos, Mónica Rosell, Marcel Tangarife, Fernando Triana y Marcelo Vargas. Dicho grupo elaboró una propuesta integral de revisión del citado estatuto, a partir de varios ejes temáticos, la cual fue enviada al propio TJCA y a la Secretaría General de la Comunidad Andina (30/11/20 y 22/02/21). El subgrupo III del GAHE, dedicado a «La figura del precedente de observancia obligatoria en el marco de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina», estuvo conformado por Luis Díez Canseco, Fernando Triana, Alejandro D. Perotti y Yecid Ríos.

21 Los tres primeros fueron publicados en la GOAC Nº 5146 y el cuarto en la GOAC Nº 5147, ambas de 13/03/23.

correcta interpretación, garantizando así su aplicación coherente y uniforme en el territorio de los Países Miembros»[22].

Destacó que en sus más de tres décadas de existencia, luego de haber respondido a la fecha más de 6.300 interpretaciones prejudiciales, se ha conformado una jurisprudencia sólida, consolidada y estable que demuestra la consecución «a cabalidad» del objetivo de lograr la interpretación uniforme del derecho comunitario. Sin embargo, esta prolífica actividad jurisdiccional «ha producido un escenario no previsto por el constituyente ni por el legislador andino», en el cual el Tribunal ha debido interpretar las mismas normas «hasta centenas de veces», con la consecuente «paralización innecesaria de procesos (…) nacional[es] (…) situación [que] contraviene el principio de economía procesal (…) y genera perjuicios a los usuarios del sistema andino de solución de controversias», cabiendo agregar asimismo que el gran número de interpretaciones prejudiciales «ha generado una congestión en el trámite general de los asuntos que se adelantan ante el Tribunal»[23].

En este contexto, señaló que «existen razones debidamente justificadas para modular (…) [el] alcance de la obligatoriedad de formular consultas prejudiciales (…) por parte de los jueces nacionales (…) de única o última instancia», de allí que:

> «…una interpretación teleológica del segundo párrafo del artículo 33 del [TCTJCA] y del artículo 123 de su Estatuto lleva a considerar necesariamente que la obligación de efectuar la solicitud de interpretación prejudicial pierde su objeto o fundamento causal cuando el TJCA ya ha emitido con anterioridad una o más interpretaciones prejudiciales (…) en las que ya ha definido y explicado el objeto, contenido y alcance de una determinada norma andina [supuesto en el cual] el juez nacional de única o última instancia… no está [ya] obligado a solicitar interpretación prejudicial al TJCA.»[24]

Es importante destacar que, para que la teoría del acto aclarado funcione como causal de la eximición de la obligación de reenvío, solo basta que el Tribunal de Justicia haya interpretado la norma en cuestión en una interpretación prejudicial[25].

Por lo demás, recordó la Corte andina, el TJUE —que sirvió de modelo para el sistema jurisdiccional andino—, desde muy temprano, acogió sin sobresaltos la doctrina del acto aclarado en el antes citado precedente *Da Costa en Shaake* (28 a 30/62, 1963),

---

22 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerandos E.2 a 4.

23 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerandos E.13 a 16 y 23.

24 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerandos E.14, 29 y 31.

25 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerando E.24.

aplicándola hasta nuestros días (asuntos *CILFIT*, 283/81, 1982 y *Consorzio Italian Management*, C-561/19, 2021, ya referidos)[26].

En definitiva, la teoría del acto aclarado conlleva únicamente el desvanecimiento de la obligación del reenvío prejudicial, o en palabras del TJCA «delimita el alcance de [esa] obligación»[27]; es decir que el reenvío prejudicial subsiste, solo se limitan sus supuestos de aplicación, por lo que el juez nacional siempre tendrá la facultad de solicitar la interpretación prejudicial.

En los procesos bajo análisis, el Tribunal detalló los cuatro supuestos en los que la teoría en cuestión no se aplica, es decir los casos en los que persiste la obligación de reenvío prejudicial, a saber[28]:

a) cuando el Tribunal aún no ha interpretado la norma andina, incluyendo aquellas normas que habiendo sido interpretadas, han sido modificadas;

b) cuando el juez nacional se encuentra frente a un conjunto de normas andinas, algunas de las cuales el TJCA aún no las ha interpretado; en tal supuesto, el Tribunal se expedirá sólo con relación a éstas;
c) cuando el Tribunal ha interpretado la norma andina, pero el juez nacional considera imperativo que el Tribunal «precise, amplie o modifique» dicha interpretación; y,
d) cuando el TJCA ha interpretado la norma andina, pero el juez nacional «tiene preguntas insoslayables sobre situaciones hipotéticas que (…) se desprenden o están vinculadas con la referida norma andina, y que deben ser aclaradas (…) para que el [juez] pueda resolver».

Como antes se destacó, la nueva posición del Tribunal fue establecida en cuatro sentencias que estuvieron bajo la relatoría de cada uno de sus miembros, ello demuestra que —más allá de que las decisiones fueron adoptadas por unanimidad—, cada magistrado estuvo plenamente convencido de la pertinencia de esta herramienta procesal.

Fue muy acertado que el Tribunal de Justicia se decante por la teoría del acto aclarado, en lugar del POO pues, mientras esta opción hubiera requerido un acto reglamentario (reforma de su Estatuto o acuerdo del Tribunal), aquella teoría, en cambio, se instrumenta vía creación pretoriana; en este sentido, los jueces hablan (dicen el derecho) a través de sus sentencias, no mediante reglamentos, por ello la facultad reglamentaria debe ser utilizada de forma estrictamente excepcional.

---

26 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerandos E.17 a 21.

27 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerando E.33.

28 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerando E.32.

La solución jurisprudencial es mucho más contundente pues surge de una facultad connatural al Tribunal, a saber la de «interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros» (artículo 32 del TCTJCA).

Pero además, la alternativa jurisprudencial da mayor libertad al Tribunal para ir "ajustando" la doctrina del acto aclarado según lo que surja de su aplicación práctica, de esta manera, en sentencias posteriores podrá ir "amoldando o precisando" dicha herramienta hermenéutica (si se hubiera elegido el camino del POO, esto requeriría un nuevo acto reglamentario, con lo que ello implica). Esto queda claramente demostrado con el ejemplo europeo, en el cual —como se vio *ut supra*— su Tribunal de Justicia, con su jurisprudencia posterior a *Da Costa en Shaake*, fue moldeando el alcance y sentido del acto aclarado.

Por otro lado, en términos generales, y prueba de ello es la experiencia del TJUE y del propio TJCA, la evolución del derecho comunitario se da por creación pretoriana y no por un desarrollo reglamentario.

No cabe duda que existen sólidos fundamentos normativos para el acogimiento de la teoría del acto aclarado en la Comunidad Andina (**CA**), en particular a la luz del propio artículo 33 del TCTJCA, el cual establece que el juez nacional debe solicitar la «interpretación» del derecho comunitario andino, por lo tanto, existiendo ya una interpretación de la norma regional elaborada por el TJCA, dicho juez nacional ya nada debe solicitar, pues lo que debería requerir ya existe. A su vez, los artículos 35 y 36 del TCTJCA y 127 y 128 del Estatuto del Tribunal (**ETJCA**) determinan la obligatoriedad de su sentencia, por ello, si el Tribunal de Justicia ya interpretó la norma en cuestión, el juez de última o única instancia ya no tendrá que solicitarle nuevamente la interpretación sino que deberá aplicar la que aquel ya emitió[29].

En la práctica, la teoría del acto aclarado se instrumentará de forma diferente, según sea que se aplique a nivel supranacional o en el ámbito del proceso ante el juez nacional.

En el primer supuesto, cuando arribe al TJCA un reenvío prejudicial —obligatorio o no— sobre un asunto o norma que, a su juicio, ya ha sido objeto de una o más interpretaciones, como respuesta al órgano consultante el Tribunal identificará las sentencias que han abordado el asunto, tal como la ha hecho muy recientemente[30].

---

[29] Para ver un desarrollo mayor de nuestra argumentación, ver Perotti, Alejandro D., *La implementación...*, cit., pp. 84 a 104.

[30] Los cuatro primeros casos del Tribunal de Justicia, posteriores a la aceptación de la teoría del acto claro, son las sentencias de 11 de abril de 2023, *Nexo Lubricantes*, proceso 171-IP-2022, acto aclarado sobre cánones o licencias de derechos de propiedad intelectual en la determinación del valor en aduana; *Colmed Ltda.*, proceso 344-IP-2022, sobre examen de registrabilidad y comparación de signos distintivos, ambas en la GOAC Nº 5154, 12/04/23; *Margaritaville Enterprises*, proceso 426-IP-2022, sobre cancelación del registro de una marca por falta de uso, y *Grünenthal*, proceso 475-IP-2022, sobre requisitos de patentabilidad, ambas en la GOAC

En la segunda hipótesis, si el proceso se lleva a cabo ante un órgano jurisdiccional de última o única instancia, y el caso tiene estricta vinculación con la normativa andina, si una de las partes solicita la elevación de una interpretación prejudicial, la contraparte podrá oponerse alegando que la cuestión ya ha sido analizada por el Tribunal, debiendo en tal caso señalar las sentencias correspondientes; de constatar el juez interviniente que asiste razón a esta última, podrá rechazar la petición del planteo de la cuestión prejudicial, estableciendo en su sentencia cuales son los procesos que revisten la categoría de acto aclarado y aplicándolos sobre el fondo[31]. A su vez, también será posible que dicho juez, de oficio, determine esa solución en su decisión (no consulta prejudicial, identificación de las sentencias que son acto aclarado y aplicación al caso)[32].

4. Acto aclarado: diferencias entre la CA y la UE

A pesar de la similitud que se observa entre los sistemas procesales comunitarios andino y europeo, existen algunas importantes diferencias, de hecho y de derecho.

Nº 5155, 12/04/23. En su vez, el TJCA aplicó la teoría del acto aclarado, por sentencias de 9 de mayo de 2023 con relación a los artículos 134, 135, 136 y 150 de la Decisión 486 (remitiéndose a sus precedentes en los procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022, 391-IP-2022 y 344-IP-2022), publicadas en las GOAC Nº 5169 (procesos 222-IP-2020, 265-IP-2021 y 336-IP-2021), 5170 (procesos 341-IP-2021, 369-IP-2021 y 375-IP-2021), 5171 (procesos 12-IP-2022, 13-IP-2022 y 14-IP-2022), 5172 (procesos 30-IP-2022, 46-IP-2022 y 47-IP-2022), 5173 (procesos 50-IP-2022, 60-IP-2022 y 70-IP-2022), 5174 (procesos 76-IP-2022, 82-IP-2022 y 142-IP-2022), 5175 (procesos 144-IP-2022, 149-IP-2022 y 150-IP-2022), 5176 (procesos 151-IP-2022, 223-IP-2022 y 226-IP-2022), 5177 (procesos 227-IP-2022, 230-IP-2022 y 334-IP-2022), 5178 (procesos 337-IP-2022, 353-IP-2022 y 393-IP-2022), 5179 (procesos 403-IP-2022, 404-IP-2022 y 405-IP-2022), 5180 (procesos 411-IP-2022, 427-IP-2022 y 431-IP-2022), 5181 (procesos 472-IP-2022, 478-IP-2022 y 485-IP-2022) y 5182 (procesos 501-IP-2022), todas del 15/05/23; por sentencias de 17 de mayo de 2023 en lo que respecta a los artículos 13, 15, 44, 48, 49, 54 y 57 de la Decisión 351, en el proceso 383-IP-2021, a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 16 y 17 de la Decisión 571, 2, 4, 5, 8, 36, 41, 42, 50, 53 y 54 del anexo de la Resolución 1684 y el Comentario 1.1 de los Textos del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas, en el proceso 03-IP-2022, ambos publicados en la GOAC Nº 5186, 22/05/23, a los artículos 135, 136, 228 y 230 de la Decisión 486, en el proceso 153-IP-2022 y al artículo 155 de la Decisión 486, en el proceso 243-IP-2022 , ambos publicados en la GOAC Nº 5187, 22/05/23; entre otros.

31 Ver, en **Ecuador**, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, *Nicox S.A./SENADI*, expte. Nº 17811-2019-01488, auto interlocutorio oral en la audiencia preliminar de 25 de abril de 2023 (*inédito*), con relación a los artículos 14 y 18 de la Decisión 486.

32 Ver, en tal sentido, en **Colombia**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado, auto de 24 de abril de 2023, *Valentino*, radicado 11001-03-24-000-2014-00261-00, en la cual se remitió a la interpretación del Tribunal de Justicia sobre varios artículos de la Decisión 486 dada en los procesos 391-IP-2022, 40-IP-2010, 588-IP-2019 y 318-IP-2021, y en **Perú**, Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencias de 24 de abril de 2023, *Municipalidad Metropolitana de Lima*, expte. Nº 3909-2020, considerando II. Quinto, aplicación de los fallos en los procesos 104-IP-2021 y 191-IP-2021 con relación al artículo 11 de la Decisión 351, y de 25 de abril de 2023, *Catv Systems*, expte. Nº 3613-2017, aplicación de las sentencias en los procesos 47-IP-2021 y 120-IP-2022 en lo que hace al artículo 37 de la Decisión 351.

Para comenzar, como ya se vio, en la UE la teoría en cuestión fue aplicada tempranamente, en ocasión de la tercera cuestión prejudicial que respondió el TJUE (*Da Costa en Shaake*), mientras que en la CA el Tribunal esperó responder 6.382 interpretaciones prejudiciales para luego adoptarla.

En la CA, como lo demuestra la práctica, los tribunales supremos nacionales, incluyendo los constitucionales (salvo algunos pocos supuestos), han aceptado a rajatabla la obligatoriedad del reenvío prejudicial, aun cuando el TJCA hubiera ya interpretado la norma andina; circunstancia que no ha ocurrido de la misma manera en la UE. Es decir, en la CA los tribunales supremos nacionales han sido más respetuosos de la obligatoriedad del reenvío prejudicial.

Así por ejemplo, los tribunales constitucionales de los Países Miembros plantearon solicitudes de interpretación prejudicial desde un comienzo, a saber, en Colombia la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 2-IP-90 y la Corte Constitucional en los procesos 10-IP-94, 01-IP-96, 137-IP-2003 y 60-IP-2012; en Perú, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 23-IP-2005 (la primera de muchísimas posteriores), y en Bolivia, el Tribunal Constitucional en el proceso 67-IP-2014[33]; la única excepción ha sido el Tribunal Constitucional de Ecuador que aún no ha solicitado ninguna interpretación prejudicial.

En cambio, en la UE recién en 1997 la *Cour d'arbitrage* de Bélgica (actuando como tribunal constitucional) elevó una cuestión prejudicial (C-93/97; devenida con el tiempo en la corte constitucional que más cuestiones prejudiciales ha planteado), haciéndolo luego en 1999 el *Verfassungsgerichtshof* (tribunal constitucional) de Austria (C-143/99), en 2008 la *Corte Costituzionale* de Italia (C-169/08), en 2011 el Tribunal Constitucional de España (C-399/11), en 2013 el *Conseil Constitutionnel* de Francia (C-168/13) y "finalmente" en 2014 el *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*, tribunal constitucional federal) de Alemania[34] (C-62/14)[35].

---

33 TJCA, sentencias de 20 de septiembre de 1990, *Cavelier y Vernot*, proceso 2-IP-90, GOAC Nº 69, 11/10/90; de 17 de marzo de 1995, *Nombres de publicaciones periódicas*, proceso 10-IP-94, GOAC Nº 177, 20/04/95; de 9 de diciembre de 1996, *Convenio de París para la protección de la propiedad industrial*, proceso 1-IP-96, GOAC Nº 257, 14/04/97; de 10 de marzo de 2004, *Tangarife Torres*, proceso 137-IP-2003, GOAC Nº 1054, 15/04/04; de 24 de octubre de 2012, *marcas: "Coca Indígena" (mixta) y "Coca Zagradha" (mixta)*, proceso 60-IP-2012, GOAC Nº 2157, 27/02/13; de 18 de marzo de 2005, *marca: Polytex*, proceso 23-IP-2005, GOAC Nº 1192, 06/05/05, y de 18 de junio de 2014, *UASB*, proceso 67-IP-2014, GOAC Nº 2362, 10/07/14.

34 *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 y 2 BvE 13/13, 14/01/14.

35 TJUE, sentencias de 16 de julio de 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, C-93/97, ECLI:EU:C:1998:375; de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598; de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, ECLI:EU:C:2009:709; de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107; de 30 de mayo de 2013, *Jeremy F.*, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, y de 16 de junio de 2015, *Peter Gauweiler*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

Es decir que los tribunales constitucionales europeos, durante décadas, aplicaron en innumerables ocasiones normas regionales, por lo cual, al estar obligados a efectuar el reenvío prejudicial y no hacerlo, violaron reiteradamente el derecho comunitario[36]. El argumento que solían utilizar era que no se consideraban «órganos jurisdiccionales nacionales» a los fines del artículo 267 del TFUE.

A pesar de este cuadro de situación, durante 50 años la Comisión Europea omitió llevar el caso al Tribunal de Justicia[37] demandando a los Estados miembros porque sus respectivos tribunales supremos no elevaban la cuestión prejudicial[38], actitud que recién en 2017 modificó al plantear un recurso de incumplimiento contra Francia, por la omisión del *Conseil d'Etat* en plantear la cuestión prejudicial, habiendo luego el Tribunal de Justicia condenado a dicho Estado[39].

No ha sido así en la Comunidad Andina (ver *infra*).

---

36 Esta realidad, actualmente, ha cambiado sustancialmente dado que, a la actualidad, los tribunales constitucionales nacionales han planteado un total de 89 cuestiones prejudiciales: Alemania, *Bundesverfassungsgericht*, 2; Austria, *Verfassungsgerichtshof*, 5; Bélgica, *Cour Constitutionnelle*, 46; Eslovenia, *Ustavno Sodišče*, 3; Eslovaquia, *Ústavný súd ustavny*, 1; España, Tribunal Constitucional, 1; Francia, *Conseil Constitutionnel*, 1; Italia, *Corte Costituzionale*, 7; Letonia, *Satversmes tiesa*, 7; Lituania, *Konstitucinis Teismas*, 2; Luxemburgo, *Cour constitutionnelle*, 1; Malta, *Qorti Ċivili Prim'Awla, Ġurisdizzjoni Kostituzzjonali* (Tribunal de lo Civil, Sala Primera - Jurisdicción Constitucional), 1, y Polonia, *Trybunał Konstytucyjny*, 1. Elaboración propia en base a la información que surge de TJUE, *Informe anual 2020*, sección *Estadísticas judiciales del Tribunal de Justicia*, Luxemburgo, Dirección de Comunicación, 2023, pp. 25 a 27.

37 Guy comenta que en 1986 la Comisión, por primera y única vez, inició formalmente un procedimiento por incumplimiento contra Alemania por la "reiterada" negativa del *Bundesfinanzhof* (Tribunal Supremo Federal para asuntos Fiscales y Aduaneros) alemán a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE. Ver Guy, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, 4ª edición, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 330 a 331 y 360; sin embargo, el autor no incluye datos sobre el resultado final del proceso abierto por la Comisión.

38 Si bien en un comienzo la Comisión Europea —al responder a preguntas escritas realizadas por parlamentarios europeos— fue enfática en afirmar que la no elevación de una cuestión prejudicial obligatoria por un tribunal de última instancia podía dar inicio a un recurso de incumplimiento contra el Estado miembro respectivo (Comisión, respuestas a las preguntas escritas Nº 100/67, JOCE 270 [*Journal Officiel des Communautés Européennes*], 08/11/67, p. 2, y 28/68, JOCE C 71, 17/07/68, p. 1), posteriormente suavizó su posición, sosteniendo que tal afirmación no impedía considerar que dicho recurso no era la herramienta más adecuada para lograr la finalidad colaborativa que busca el proceso prejudicial (respuesta a la pregunta escrita Nº 349/69, JOCE C 20, 14/02/70, p. 4.), por lo que cabría ser utilizado frente a incumplimientos deliberados y sistemáticos (respuestas a las preguntas escritas Nº 608/78, JOCE C 28, 31/01/79, p. 8, y 526/83, JOCE C 268, 06/10/83, p. 25). Ver también, de la Comisión, los siguientes informes anuales sobre la aplicación del Derecho comunitario: *Tercer Informe*, DOCE C 220 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas), 01/09/86, p. 27; *Cuarto Informe*, DOCE C 338, 16/12/87, p. 33, y *Quinto Informe*, DOCE C 310, 05/12/88, p. 43.

39 TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia*, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811.

A su vez, en la CA, de forma diferente a lo que ocurre en la UE, la mayoría de las interpretaciones prejudiciales han sido planteadas por tribunales supremos nacionales. En efecto, desde 1984 hasta el 24/03/23 se han elevado 7.203 interpretaciones prejudiciales[40], de las cuales alrededor del 80% han tenido su origen en pedidos realizados por tribunales de última instancia.

En tal sentido, de las interpretaciones prejudiciales en trámite al 24/03/23 (más de 700), tal como lo informó el magistrado García Brito, el Consejo de Estado colombiano, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito (Ecuador), la Quinta sala de la Corte Superior de Justicia de Lima (Perú) y el Tribunal Supremo boliviano reúnen más del 70% de las mismas[41].

En la UE, desde 1952 hasta el 31/12/22, le han sido remitidas 13.028 cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, de las cuales sólo el 34,96% (4.555) responden a tribunales de última instancia nacionales[42] (el resto —65,04%, 8.473— pertenecen a tribunales inferiores)[43].

5. ¿Cómo evitar los abusos por la aplicación de la teoría del *acto aclarado*?

Sin duda que uno de los inconvenientes que la teoría del acto aclarado puede provocar, está dado por la posibilidad de que sea utilizada como "coartada" para no elevar la interpretación prejudicial. Es decir, dado que su invocación implica que se desvanece la obligación de realizar el reenvío prejudicial, ello puede acarrear que se la utilice en supuestos en los que no procedería, con el objetivo de evitar la consulta al Tribunal.

En tal sentido, dos podrían ser las principales herramientas a fin de eliminar, o al menos reducir, las posibilidades de que ello ocurra, a saber, pedagogía e incrementar la vigilancia.

5.1. Pedagogía

En los cuatro procesos que se vienen comentando, el Tribunal de Justicia señaló que «[c]on el propósito de que exista la mayor certeza jurídica posible [se]

40 Según información suministrada por la Secretaría General del TJCA.

41 García Brito, Gustavo, conferencia en *webinar* *Acto Aclarado en el marco de la Comunidad Andina: su impacto en la PI para América Latina*, organizado por ASIPI (Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual), 24/03/23, ver video hora/minuto 00:30:43 (00:26:46).

42 Cabe reparar que, como se vio *ut supra*, en la UE rigen las teorías del acto claro y del acto aclarado, las cuales constituyen excepciones al reenvío prejudicial obligatorio para de los tribunales de última o única instancia.

43 Estadísticas de elaboración propia en base a los datos que obra en TJUE, *Informe anual 2020*, sección *Estadísticas judiciales del Tribunal de Justicia*, cit., pp. 25 a 27.

implementará[n] medidas con el objeto de informar a los jueces nacionales respecto [de las interpretaciones] que califican como actos aclarados»[44].

Tal como el magistrado García Brito lo informó en su momento[45], con relación a la aplicación de la teoría bajo análisis, el TJCA ya ha implementado una serie de medidas de difusión y concientización, y adoptará otras.

En primer lugar, en la página web de la Secretaría General de la CA se incluyen —hasta el 22/05/23— las 5.188 Gacetas Oficiales en las cuales se publican todas las sentencias del Tribunal.

A su vez, en la página *web* del Tribunal ya existen buscadores de jurisprudencia consolidada sobre distintas temáticas con las normas que ya han sido interpretadas (aclaradas), tanto en el marco de interpretaciones prejudiciales como así también de procesos especiales; también se incluye un apartado que clasifica la jurisprudencia por tipo de proceso.

En la misma página web, dentro de la solapa «actos aclarados», figuran dos apartados. Uno, denominado «Índice de criterios jurídicos interpretativos que constituyen acto aclarado», que contiene una sistematización específica de cada régimen normativo andino, con inclusión de cada uno de los artículos respectivos que han sido interpretados, los temas analizados, los párrafos de la sentencia que correspondan y el acceso *on line* íntegro a la misma; por el momento, dicha sistematización abarca sólo el régimen de propiedad intelectual e industrial previsto en la Decisión 486, sin embargo la intención es extenderla a los demás marcos normativos. En el segundo componente («Repositorio de sentencias de interpretación prejudicial que establecen un acto aclarado») se incorporan las decisiones del Tribunal con temas que ya constituyen acto aclarado.

Por otra parte, según el mismo magistrado, el TJCA va a crear un mecanismo de consulta directa, de tipo electrónico, para que los jueces nacionales puedan solicitar al Tribunal precisiones sobre si una norma, acto o tema ha sido o no ya interpretado (aclarado).

Finalmente, el TJCA se ha comprometido a continuar la realización de talleres en los distintos Países Miembros, en particular con los poderes judiciales, especialmente orientados —a partir de ahora— a las cuestiones prácticas que hacen a cómo plantear la interpretación prejudicial y cómo debe aplicarse la teoría del acto aclarado. Es sumamente importante que el Tribunal redoble sus esfuerzos de difusión, en concreto con relación a la nueva figura procesal, con cursos, charlas y videos explicativos para llegar a los juristas. En esta dirección, por cierto, es de esperar que el Tribunal implemente la nueva técnica del "lenguaje claro" en sus sentencias, elaborando fallos sencillos y cortos, de fácil comprensión para toda la comunidad, jurídica y no jurídica.

---

44 TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerando E.35.

45 García Brito, Gustavo, *Acto Aclarado en el marco…*, cit., video hora/minuto 00:30:11.

Por otro lado, en virtud de esta nueva doctrina judicial, principalmente los abogados, pero también los jueces, deberemos hacer un seguimiento más pormenorizado de la jurisprudencia del TJCA.

5.2. Incrementar la vigilancia y vías de reclamo

5.2.1. Desde la perspectiva del derecho comunitario andino

5.2.1.1. El control por la Secretaría General de la CA y el TJCA

En las cuatro sentencias, el Tribunal manifestó que:

> «…persiste y se mantiene firme la posibilidad de que, tanto los Países Miembros como la Secretaría General de la Comunidad Andina y los particulares, ejerzan el derecho previsto en el artículo 128 del Estatuto del TJCA, de acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, en aquellos casos en los que esta obligación se mantiene de conformidad con los criterios establecidos [acto aclarado]; o cuando un juez nacional aplique una interpretación diferente a la establecida por el Tribunal en el caso concreto o en una o más interpretaciones prejudiciales aprobadas [como acto aclarado].»[46]

En este contexto, en primer lugar, se impone, verdaderamente, la necesidad de que la Secretaría General de la CA (**Secretaría General** o **SG**), al menos en este ámbito (es decir, en lo que hace a las denuncias de incumplimiento de la obligación de reenvío prejudicial por inobservancia de los criterios de la doctrina del acto aclarado), revise su jurisprudencia administrativa, flexibilizando su actual posición sumamente restrictiva a la admisión de acciones de incumplimiento iniciadas por particulares por no elevación de interpretaciones prejudiciales obligatorias.

En efecto, salvo los casos que se mencionarán *infra*, la práctica demuestra que la SG se ha negado sistemáticamente a iniciar demandas de incumplimiento contra los Países Miembros acusados de haber violado el derecho comunitario, atento a que sus tribunales de última instancia rechazaron elevar la interpretación prejudicial al

[46] TJCA, procesos 145-IP-2022, 350-IP-2022, 261-IP-2022 y 391-IP-2022, cit., considerando E.34.ç

Tribunal de Justicia[47]. Bien es cierto también que en algunos casos, el Tribunal confirmó el rechazo del reclamo por parte de la SG[48].

Es decir que la SG debería ser más proclive a la apertura de dichas acciones en estos casos.

A tenor de lo que ha dicho el Tribunal de Justicia en sus sentencias en comentario, es de esperar que sea muy riguroso a la hora de vigilar la obligación de reenvío prejudicial, y controle que no existan abusos a la hora de que los jueces nacionales de única o última instancia invoquen la teoría del acto aclarado como causal de no elevación.

Por el momento —y salvo el caso *ETB/Colombia* que se verá *infra*— el Tribunal ha desestimado todas las acciones de incumplimiento que se han incoado por falta de reenvío prejudicial obligatorio[49].

---

47 Ver, por ejemplo, reclamos contra *Colombia*, Dictamen 02-2010, *ETB*, 24/03/10, GOAC Nº 1810, 26/03/10 (presunto incumplimiento por parte del Consejo de Estado) y aclaración del 11/12/12, GOAC Nº 2130, 13/12/12; Dictamen 07-2012, *LBH Colombia*, 14/11/12, GOAC Nº 2119, 16/11/12 (Juez 10º Civil del Circuito de Barranquilla y sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla); Dictamen 03-2013, *Colombia Telecomunicaciones*, 13/05/13, GOAC Nº 2193, 14/05/13 (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado); Dictamen 02-2014, *Pfizer*, 16/04/14, GOAC Nº 2328, 22/04/14 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá); Dictamen 05-2015, *Colombia Telecomunicaciones*, 22/05/15, GOAC Nº 2503, 22/05/15 (Consejo de Estado); Dictamen 004-2019, *Empresa de Licores de Cundinamarca*, 19/11/19, GOAC Nº 3816, 19/11/19 (Tribunal Superior de Cundinamarca y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), y Resolución 2289, *Barrios*, 08/09/22, GOAC Nº 5037, 08/09/22 (Sala Dos Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla); *Ecuador*: Resolución 864 SG, *Incopes*, 21/10/04, GOAC Nº 1131, 22/10/04 (Tribunal Constitucional) y Dictamen 04-2007, *Medicamenta Ecuatoriana*, 21/05/07, GOAC Nº 1502, 23/05/07 (Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito), y *Perú*, Dictamen 05-2005, *Tim Perú*, 20/10/05, GOAC Nº 1255, 25/10/05 (Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash); Dictamen 01-2018, *Telefónica del Perú*, 09/08/18, GOAC Nº 3356, 09/08/18 (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia), y Dictamen 02-2023, *ZINSA*, 30/01/23, GOAC Nº 5115, 30/01/23 (Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima).

48 Ver, por ejemplo, SG, Dictamen 01-2021, *Restrepo Fernández*, GOAC Nº 4194, 23/03/21 (Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia) y TJCA, sentencia de 20 de mayo de 2022, *Restrepo Fernández/Colombia*, proceso 01-AI-2021, GOAC Nº 4476, 25/05/22, y SG, Resolución 2280, *Fandiño Marín*, 08/08/22, GOAC Nº 5013, 08/08/22 (Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia,) y TJCA, sentencia de 13 de diciembre de 2022, *Fandiño Marín/Colombia*, proceso 03-AI-2022, GOAC 5087, 14/12/22.

49 Ver TJCA, sentencias de 7 de julio de 2017, *Vélez Escallón/Colombia*, proceso 01-AI-2015, GOAC Nº 3100, 25/09/17 (alegado incumplimiento por parte del Consejo de Estado colombiano); *Restrepo Fernández/Colombia*, proceso 01-AI-2021, cit., y *Fandiño Marín/Colombia*, proceso 03-AI-2022, cit., y auto de 5 de septiembre de 2022, *Sánchez Flores/Colombia*, proceso 01-AI-2022, GOCA Nº 5034, 05/09/22 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia).

Tal vez el TJCA podría invitar a los jueces nacionales que por aplicación de la teoría del acto aclarado no eleven la interpretación prejudicial, a que le remitan la sentencia dictada en el proceso interno; ello podría encontrar su fundamento jurídico en el principio de cooperación leal entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, el cual surge del artículo 4 del TCTJCA, entre otras normas, y también de la aplicación analógica del artículo 128 del ETJCA en cuanto dispone que el órgano jurisdiccional solicitante de la interpretación prejudicial deberá remitir una copia del fallo que dicto en el proceso interno[50].

De esta manera, el Tribunal podría realizar un control indirecto de la vigencia práctica de esta excepción al reenvío.

De todas maneras, como ya se dijo anteriormente, los tribunales supremos nacionales andinos —salvo raras excepciones, ej. el Tribunal Constitucional de Ecuador— han sido sumamente cumplidores en cuanto a la obligación de reenvío —siendo paradigmático el caso del Consejo de Estado de Colombia, el cual, a excepción del caso *ETB/Colombia* que se verá *infra*, cada vez que está frente a un asunto vinculado a la normativa andina, de forma casi automática, eleva la cuestión prejudicial—, en comparación con sus homólogos europeos, con lo cual no es de esperar que existan demasiados incumplimientos en este aspecto.

5.2.1.2. Los casos de incumplimiento del reenvío prejudicial obligatorio

En última instancia, y aquí también la práctica de la CA resulta más garantista que la vivida en la UE, siempre estará la vía de la acción de incumplimiento, bajo la combinación de los artículos 25 del TCTJCA y 128 del ETJCA, para demandar a un País Miembro por la no remisión de la interpretación prejudicial por parte de uno de sus tribunales obligados a hacerlo. No está de más recordar que, a diferencia de la UE, en la CA los particulares tienen legitimación activa para demandar a los Países Miembros, directamente ante el TJCA, en caso de incumplimiento del derecho comunitario, incluyendo el supuesto de la omisión del reenvío prejudicial obligatorio por un tribunal supremo[51].

---

50 **ETJCA.-**

«**Artículo 128.-** Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial
(…)
En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.»

51 **ETJCA.-**

«**Artículo 128.-** Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial
(…)
Los Países Miembros y los particulares tendrán 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 ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal
(…)»

Vinculado a lo anterior, es oportuno reparar que la CA **ha sido el primer proceso de integración**, a nivel mundial, en el que se ha iniciado un recurso de incumplimiento contra el Estado porque uno de sus tribunales nacionales no cumplió con el reenvío prejudicial obligatorio.

Así sucedió en el famoso caso ***New Yorker/Procter & Gamble***, en el cual, a partir de una comunicación cursada por un particular (Alejandro Ponce Martínez, abogado de la empresa Procter & Gamble), la Secretaría General, mediante la Resolución 171, declaró el incumplimiento del Ecuador en virtud de la providencia del 16 de julio de 1998, dictada por la Sala Quinta de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, por la que dicho tribunal —que era última instancia ordinaria de la causa— rechazó la elevación de una interpretación prejudicial al TJCA en un proceso judicial claramente vinculado a normativa comunitaria[52]. Si bien Ecuador presentó un recurso de reconsideración, la SG, por Resolución 210[53], confirmó su entendimiento[54]. El asunto no llegó al TJCA dado que, para la SG, Ecuador puso fin a la violación del derecho comunitario, mediante la sentencia de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, del 5 de octubre de 1999[55], que —al hacer a lugar el recurso de casación planteado por Procter & Gamble— anuló la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil y desechó la demanda[56].

A su vez, la Secretaría General, de forma similar, declaró los incumplimientos de Colombia (Dictamen 003-2020[57]) y de Perú (Resoluciones 459 y 771[58]) por falta de elevación de la interpretación prejudicial obligatoria.

---

52 SG, Resolución 171 (Dictamen 51-98), *Ponce Martínez* (*Procter & Gamble)*, 17/12/98, GOAC Nº 399, 22/12/98. Debe mencionarse que en su resolución la SG dictaminó el incumplimiento de los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena y 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

53 SG, Resolución 210, *Ponce Martínez* (*Procter & Gamble)*, 31/03/99, GOAC Nº 424, 06/04/99.

54 Ambas resoluciones (171 y 210) fueron objeto de una acción de nulidad interpuesta por la empresa *New Yorker*, la cual fue rechazada por el TJCA (sentencia de 2 de febrero de 2000, *New Yorker/Secretaría General*, proceso 24-AN-99, GOAC Nº 542, 08/03/00).

55 SG, Resolución 356 (Dictamen 08-2000), *Ponce Martínez* (*Procter & Gamble)*, 09/02/00, GOAC Nº 534, 14/02/00.

56 La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, como así también un comentario al caso mencionado, pueden verse en Perotti, Alejandro D., *Interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino. Incumplimiento. Consecuencias. El expediente New Yorker/Procter & Gamble*, revista *Pioner de Doctrina "Normas Legales": Derecho Público y Derecho Privado* Nº 6, 2007, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 199 a 216.

57 SG, Dictamen 003-2020, *Santiago Vélez*, 29/10/20, GOAC Nº 4111, 29/10/20 (Tribunal Superior de Bogotá).

58 SG, Resoluciones 459 (Dictamen 38-2000), *Unilever*, 05/12/00, GOAC Nº 624, 07/12/00 (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia), y 771 (Dictamen 06-2003), *Schering Corporation*, 22/09/03, GOAC Nº 988, 23/09/03 (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia).

Asimismo, el **propio TJCA** tuvo oportunidad de declarar el incumplimiento de Colombia dado que, en el marco de una acción de nulidad de arbitraje, el Consejo de Estado omitió realizar el reenvío prejudicial obligatorio[59]. Cabe recordar, como antes se dijo, que en la fase precontenciosa la SG había desestimado el incumplimiento de Colombia (Dictamen 02-2010, *ETB*, citado).

Mucho tiempo antes, en 1997 (*Belmont*), el Tribunal había anticipado que la omisión en el reenvío obligatorio podría derivar en una acción de incumplimiento[60], doctrina que luego repitió insistentemente en muchísimas sentencias[61].

5.2.1.3. La acción de incumplimiento, a nivel comunitario y nacional, y la responsabilidad patrimonial

Como se observa, la acción de incumplimiento es la primera vía para evitar el abuso de la utilización del acto aclarado como causal de no remisión del reenvío prejudicial.

Ese mecanismo, tal como lo dispone el TCTJCA, bien podría ser iniciado por la Secretaría General, un País Miembro o un particular (artículos 23, 24 y 25, respectivamente, en combinación con el artículo 128 del ETJCA).

Pero además, los particulares tienen la acción prevista en el artículo 31 del **TCTJCA**, a cuyo tenor estos:

> «…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.»

En este procedimiento, que se lleva a cabo ante el juez nacional, el particular podría completar su estrategia solicitando el planteamiento de una interpretación prejudicial (artículo 33 del TCTJCA). Es conveniente señalar que, tal como lo dispone el último párrafo del artículo 25 del TCTJCA, la acción regulada en esa norma es excluyente de la fijada en el artículo 31, o en palabras de la Corte andina son «vías paralelas

---

59 TJCA, sentencia de 26 de agosto de 2011, *ETB/Colombia*, proceso 03-AI-2010, GOAC Nº 1985, 11/10/11.

60 El TJCA estableció:

«No es concebible para este Tribunal que el juez, por si mismo o a pedido de las partes o sus representantes en los procesos internos pueda resistirse a dar cabal cumplimiento a la petición de interpretación prejudicial. Las consecuencias de esta conducta **"contra legem"** puede derivar en acciones de incumplimiento o en vicios procesales de consecuencias impredecibles» (sentencia de 29 de agosto de 1997, *Belmont*, GOAC Nº 299, 17/10/97).

61 Ver, entre las más recientes y en el marco de acciones de incumplimiento, TJCA, sentencias *Vélez Escallón/Colombia*, proceso 01-AI-2015, cit.; de 12 de febrero de 2020, *System/Colombia*, proceso 10-AI-2015, GOAC Nº 3914, 02/03/20, y *Restrepo Fernández/Colombia*, proceso 01-AI-2021, cit., y auto *Sánchez Flores/Colombia*, proceso 01-AI-2022, cit.

alternativas, pero excluyentes»[62], es decir que elegida una de ellas, la otra queda inhabilitada.

A su vez, una herramienta adicional que tienen a su alcance los particulares es la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del País Miembro por los daños que se ocasionen con motivo del no reenvío prejudicial obligatorio. En otras palabras, si la omisión del órgano jurisdiccional nacional provoca un daño al particular, este podría exigir que el País Miembro correspondiente le resarza el perjuicio pecuniariamente[63].

Esta posibilidad (indemnización de los daños) cabría tanto en el supuesto en el que la Secretaría General, otro País Miembro o el particular hayan planteado la acción de incumplimiento ante el Tribunal (en virtud de los artículos 23, 24 o 25 del TCTJCA[64]),

62 TJCA, sentencia de 19 de octubre de 2018, *Caracol Televisión y RCN Televisión/Colombia*, procesos acumulados 01 y 02-AI-2016, GOAC Nº 3439, 12/11/18, considerando 3.1.3; en igual sentido, sentencias de 6 de abril de 2005, *Peñaherrera Astudillo*, proceso 165-IP-2004, GOAC Nº 1195, 11/05/05, considerando II; de 15 de febrero de 2012, *Calderón*, proceso 111-IP-2011, GOAC Nº 2046, 27/04/12, considerando VI.B; 16 de mayo de 2019, *Acava Limited/Colombia*, proceso 01-AI-2017, GOAC Nº 3654, 04/06/19, considerandos 103 a 104; de 26 de noviembre de 2019, *Contrans/Perú*, proceso 04-AI-2017, GOAC Nº 3835, 11/12/19, considerandos 51 a 52, y *System/Colombia*, proceso 10-AI-2015, cit., considerandos 1.15 a 1.16, y autos de 16 de marzo de 2021, *Sugarlatam/Ecuador*, proceso 02-AI-2019, considerando 3.2.35, y de 17 de mayo de 2023, *ZINZA/Perú*, proceso 05-AI-2022, GOAC Nº 5188, 22/05/23, considerandos 3.1.7 y 3.1.10 a 13.

63 En la UE, sobre responsabilidad patrimonial del Estado miembro por violaciones atribuibles a actos de sus tribunales, aún aquellos de última instancia, ver TJUE, sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. I-10239, considerandos 30 y ss; de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, I-5177, considerandos 29 y ss, y *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros*, cit., considerandos 47 y ss.

64 De hecho, el Tribunal de Justicia ha reconocido explícitamente que una eventual sentencia de incumplimiento de un País Miembro, por la omisión de uno de sus tribunales en elevar la interpretación prejudicial, puede dar lugar a indemnización bajo el amparo del artículo 30 del TCTJCA, cfs. sentencias de 21 de abril de 2009, *Pfizer*, proceso 106-IP-2009, GOAC 1853, 13/07/10, considerando 1; de 28 de agosto de 2009, *marca: "Germania"*, proceso 76-IP-2009, GOAC Nº 1828, 30/04/10, considerando 1; de 29 de abril de 2010, *Merck & Co*, proceso 33-IP-2010, considerando 1, y *Ebel International Limited*, proceso 103-IP-2009, considerando 1, ambas en GOAC Nº 1853, 13/07/10; de 18 de abril de 2012, *Conecel*, proceso 156-IP-2012, GOAC Nº 2066, 28/06712, considerando VI.A; de 10 de mayo de 2012, *Pradaxa*, proceso 149-IP-2011, GOAC Nº 2069, 07/05/12, considerando A.2, y *Hills de Colombia*, proceso 166-IP-2011, GOAC Nº 2084, 20/08/12, considerando 3.1; de 11 de julio de 2012, *Comcel S.A.*, proceso 57-IP-2012, GOAC Nº 2118, 14/11/12, considerando VI.A.3; de 18 de septiembre de 2012, *María Teresa Lema Garrett*, proceso 179-IP-2012, considerando 1, y *Sotomayor*, proceso 180-IP-2012, considerando 3.1, ambas en GOAC Nº 2138, 18/01/13; *marcas: "Coca Indígena" (mixta) y "Coca Zagradha" (mixta)*, proceso 60-IP-2012, cit., considerando 1; 22 de mayo de 2013, *Vatadur*, proceso 157-IP-2013, GOAC Nº 2233, 05/09/13, considerando 1; de 2 de octubre de 2013, *marca: Solcafé (mixta)*, proceso 132-IP-2013, GOAC Nº 2276, 12/12/13, considerando 1; de 21 de marzo de 2014, *Víctor Barahona García*, proceso 231-IP-2013, GOAC Nº 2336, 08/05/14, considerando 35; de 13 de mayo de 2014, *Comcel/ETB*, proceso 14-IP-2014, GOAC Nº 2367, 22/07/14, considerando 68; de 21 de mayo de 2014, *marca: "A. Arkimuebles S.A.C." (mixta)*, proceso 248-IP-2013, GOAC Nº 2358, 04/07/14, considerando 38; de 11 de junio de 2014, *Comcel/ETB*, proceso 255-IP-2013, GOAC Nº 2367, 22/07/14, considerando 62; de 18 de junio de 2014, *Telefónica Móviles de Colombia*, proceso 16-IP-2014, GOAC Nº 2380, 22/08/14,

supuesto en el cual deberá solicitar la indemnización ante el juez nacional según lo dispone expresamente el artículo 30 de ese tratado[65] (conjuntamente con el artículo 110 ETJCA)[66], como también si opta por la vía procesal prevista en el artículo 31 de ese instrumento (reclamo ante la justicia nacional), tal como lo reconoció el propio Tribunal en la sentencia *Louis Vuitton*[67].

5.2.2. Desde la perspectiva del derecho nacional

Existen otras vías de reclamo ante la negativa de cumplir con la obligación de reenvío, que pueden ser utilizadas en aplicación del derecho interno.

Siendo que el TJCA ha sido creado por un tratado internacional (TCTJCA) y su respectivo Estatuto, que por su naturaleza (derecho comunitario) se incorporan de forma inmediata al derecho interno y por lo cual tienen operatividad directa en los procesos judiciales nacionales, su participación en dicho contexto, al igual que la asignada a los jueces de la causa, hace parte de la garantía fundamental del juez natural o juez predeterminado por la ley. Es decir, así como las constituciones y códigos procesales aseguran la intervención de determinados órganos jurisdiccionales, a través de diferentes instancias, como un derecho humano, constituyendo su inobservancia

considerando 17; de 10 de septiembre de 2014, *Glanton Ltda.*, proceso 35-IP-2014, GOAC Nº 2420, 28/11/14, considerando 34, y de 1 de octubre de 2014, *TS Telefónica Sistemas S.A.*, proceso 84-IP-2014, GOAC Nº 2423, 03/12/14, considerando 48, entre muchas.

65 **TCTJCA.-**

«Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

66 Ver, TJCA, sentencias de 14 de abril de 2005, *Secretaría General/Colombia*, proceso 118-AI-2003, GOAC Nº 1206, 13/06/05, considerando 6 y decisión 2ª (ver también, en el mismo expediente, auto de 19 de julio de 2012, *segundo procedimiento sumario*, GOAC Nº 2078, 01/08/12, decisión 1ª); de 15 de junio de 2005, *Secretaría General/Venezuela*, proceso 125-AI-2004, GOAC Nº 1244, 02/09/05, decisión 2ª; de 6 de julio de 2005, *Secretaría General/Bolivia*, proceso 131-AI-2004, GOAC Nº 1247, 30/09/05, decisión 2ª; de 28 de septiembre de 2005, *Secretaría General/Ecuador*, proceso 136-AI-2004, GOAC Nº 1265, 22/11/05, decisión 2ª; 19 de abril de 2006, *Secretaría General/Colombia*, proceso 117-AI-2004, GOAC Nº 1347, 25/05/06, decisión 2; 25 de enero de 2007, *Secretaría General/Ecuador*, proceso 200-AI-2005, GOAC Nº 1489, 18/04/07, decisión 2; de 24 de octubre de 2007, *Secretaría General/Ecuador*, proceso 143-AI-2005, GOAC Nº 1566, 29/11/07, considerando 7 y decisión 4ª, y de 15 de julio de 2009, *Secretaría General/Ecuador*, proceso 05-AI-2007, GOAC Nº 1777, 18/11/09, considerando IV.C y decisión 4ª, y autos de 2 de febrero de 2006, *Secretaría General/Perú*, proceso 119-AI-2003, GOAC Nº 1318, 04/04/06, decisión; de 9 de febrero de 2006, *Secretaría General/Venezuela*, proceso 120-AI-2003, decisión 4ª, y *Secretaría General/Venezuela*, proceso 134-AI-2003, decisión 4ª, ambos en GOAC Nº 1316, 03/04/06; de 22 de marzo de 2006, *Secretaría General/Ecuador*, proceso 117-AI-2003, GOAC Nº 1347, 25/05/06, decisión 4ª; de 24 de octubre de 2007, *Secretaría General/Ecuador*, proceso 01-AI-2006, GOAC Nº 1568, 12/12/07, decisión 4ª, y *Sugarlatam/Ecuador*, proceso 02-AI-2019, cit., considerando 3.2.54.

67 TJCA, sentencia de 25 de febrero de 1994, *marca "Louis Vuitton"*, proceso 6-IP-93, GOAC Nº 150, 25/03/94.

una violación que tacha de inconstitucional el proceso, lo mismo puede predicarse en el supuesto en el que, siendo obligatoria la participación del Tribunal en el expediente a través del reenvío prejudicial ello no sucede, configurándose en tal caso una afectación de la garantía básica mencionada. En tal supuesto, la sentencia del juez nacional que incurre en dicho vicio es susceptible de ser atacada a través de los recursos procesales que el derecho nacional tiene asignado para los casos de violación de las garantías fundamentales.

Esta línea de interpretación, en la UE, fue iniciada por el *Bundesverfassungsgericht* (tribunal constitucional federal) alemán que, en forma reiterada, ha anulado fallos de tribunales supremos nacionales que han omitido plantear la cuestión prejudicial al TJUE, por violación del derecho al juez natural previsto en el artículo 101 de la Ley Fundamental[68]; y en idéntico sentido se han expido el *Verfassungsgerichtshof* (tribunal constitucional) austríaco (artículo 83.2 de la constitución)[69], el *Ústavný súd* (tribunal constitucional) eslovaco[70], el Tribunal Constitucional español[71] y el *Ústavní soud* (tribunal constitucional) checo[72], entre otros.

En la **CA**, en general ha sido la justicia ecuatoriana la que ha revocado los fallos de los tribunales superiores que no han dado debido cumplimiento al deber del reenvío obligatorio, sin embargo, al menos por el momento, no lo ha hecho en virtud de la violación de la garantía constitucional del "juez natural", sino en el marco de recursos de casación y atento al principio de prevalencia de los tratados sobre las leyes (artículos 200 y 163 de la constitución de 1998, respectivamente), es decir sobre la base de un conflicto de legalidad[73].

---

68 Ver, entre muchos, 2 BvR 197/83 (conocida como sentencia "*Solange II*"), 22/10/86, *BVerfGE* 73, 339 (texto en español en Revista de Instituciones Europeas Nº 3, vol. 14, septiembre – diciembre 1987, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 881 a 899); 2 BvR 68/85 (*Kloppenburg*), 08/04/87, y 2 BvR 763/85 (*Kloppenburg*) y 2 BvR 876/85 (*Prim*), 04/11/87 (resumen en Comisión, *Quinto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario*, DOCE C 310, 05/12/88, pp. 44-45, y *Sexto informe anual*, DOCE C 330, 30/12/89, p. 150); sentencia de 31/05/90 (*Octavo informe anual*, DOCE C 338, 31/12/91, pp. 78-79); 1 BvR 1036/99, 09/01/01 [*Decimoctavo informe anual*, Doc. COM (2001) 309 final, 16/07/01, anexo VI, pp. 32-35, y *Decimonoveno informe anual*, Doc. COM (2002) 324 final, 28/06/02, anexo VI, pp. 32-34].

69 Asunto B 2300/95-18, 11/12/95 (*Decimotercer informe anual*, DOCE C 303, 14/10/96, p. 181), y asunto B 3486/96, 26/06/97 (*Decimoquinto informe anual*, DOCE C 250, 10/08/98, p. 198).

70 IV. ÚS 206/08-50, 03/07/08 (resumen en francés en *Reflets* Nº 02/2009, pp. 23-25).

71 STC 58/2004, 19/04/04, BOE Nº 120; STC 194/2006, 19/06/06, BOE Nº 172, y STC 37/2019, 26/03/19, BOE Nº 99.

72 II. ÚS 1009/08, 08/01/09 (resumen en francés en *Reflets* Nº 01/2009, pp. 27-28).

73 Además de la sentencia de 05/10/99 de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ya citada, ver también de dicha Corte, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Unilever*, casación Nº 292-2000, 26/09/00, R.O. Nº 253, 26/01/01, p. 25; *Alicorpo y*, casación Nº 256-2001, 31/08/01, Gaceta Judicial Nº 6, serie XVII, mayo-agosto, 2001, p. 1789; *Unilever*, casación Nº 315-2002, 05/09/02, y *Corporación de Estudios y Publicaciones*, casación Nº 203-2006, 19/06/06.

Asimismo, para el caso peruano, parte de la doctrina sostiene que, en supuestos como este, estamos frente a una infracción flagrante de tipo adjetivo, que afecta el debido proceso y puede implicar la nulidad del fallo (incluso la nulidad de cosa juzgada fraudulenta)[74]. A su vez, en Ecuador, los autores también han sostenido que la omisión de consulta, desde el punto de vista del derecho interno, acarrea varias infracciones de orden legal, que pueden implicar la casación o anulación de la sentencia respectiva y hasta la condena a los jueces nacionales por los daños y perjuicios causados[75].

En sentido coincidente, el TJCA ha dicho reiteradamente que, tratándose de un supuesto de reenvío prejudicial obligatorio, su:

> «…incumplimiento (…) constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo (…), toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.
> (…)
>
> …la (…) solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez [nacional] pueda dictar sentencia (…) [el cual] debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso»[76].

---

74 Gálvez Krüger, María Antonieta, *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Revista Thémis, Época 2, Nº 42, 2001, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 142 a 143 (131 a 144). La autora agrega que podría plantearse asimismo una acción de amparo por violación de debido proceso.

75 Ponce Martínez, Alejandro, *Efectos jurídicos de la omisión por parte de los jueces nacionales en solicitar la interpretación prejudicial para la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena*, en *Inseguridad jurídica en la función judicial*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1999, pp. 89 a 103 (83 a 103), el autor incluye además las consecuencias que pueden provocarse en los demás Países Miembros (incluyendo Venezuela); *del mismo autor*, *Un país con justicia es un país con futuro*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 2000, p. 123.

76 TJCA, sentencia *Pfizer*, proceso 106-IP-2009, cit., considerando 1 (con cita de Vigil Toledo y Gálvez Krüger); en idéntico sentido, sentencias *marca: "Germania"*, proceso 76-IP-2009, cit., considerando 1; de 16 de septiembre de 2009, *marca: Tony*, proceso 4-IP-2009, GOAC Nº 1785, 10/12/09, considerando 2; de 30 de septiembre de 2009, *Hard Rock Café S.R.L.*, proceso 78-IP-2009, GOAC Nº 1789, 14/12/09, considerando A; *Merck & Co*, proceso 33-IP-2010, cit., considerando 1; *Ebel International Limited*, proceso 103-IP-2009, cit., considerando 1; de 19 de mayo de 2010, *marca Lava*, proceso 136-IP-2009, considerando 2, y *marca Starbucks*, proceso 01-IP-2010, considerando A, ambas en GOAC Nº 1866, 18/08/10; de 26 de agosto de 2011, *Sayco*, proceso 41-IP-2011, GOAC Nº 2000, 05/12/11, considerando A, y *ETB/Colombia*, proceso 03-AI-2010, cit., considerando 8; de 15 de febrero de 2012, *Calderón*, proceso 111-IP-2011, GOAC Nº 2046, 27/04/12, considerando B; *Conecel*, proceso 156-IP-2012, cit., considerando VI.A; *Pradaxa*, proceso 149-IP-2011, cit., considerando A.2, y *Hills de Colombia*, proceso 166-IP-2011, cit., considerando 3.1; *Comcel S.A.*, proceso 57-IP-2012, cit., considerando IV.A.3; *María Teresa Lema Garrett*, proceso 179-IP-2012, cit., considerando 1; *Sotomayor*, proceso 180-IP-2012, cit., considerandos 3.1 y 3.3; *marcas: "Coca Indígena"*

Si se considera —siguiendo la posición iniciada por el tribunal constitucional federal alemán— que la inobservancia del reenvió prejudicial obligatorio vulnera la garantía fundamental del "juez natural" (o juez predeterminado por la ley), en los cuatro Países Miembros ello sería una causal para demandar la inconstitucionalidad del fallo, a través del cauce procesal que corresponda, dado que todas las cartas magnas aseguran ese derecho adjetivo cardinal en los artículos 120.I de la Constitución Política del Estado (2009) de Bolivia, 29, 87 y 229 de la Constitución Política de Colombia (1991), 76.3 y 76.7.k) de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y 139.1 y 139.3 de la Constitución Política del Perú (1993).

A su vez, si el mismo vicio se entendiera que infringe el principio fundamental del debido proceso, en tanto se ha omitido una etapa sustancial del trámite judicial (artículos 115.II, 117.I y 137 de la constitución boliviana, 29 de la constitución colombiana, 11.9, 76, 169 y 437.2 de la constitución ecuatoriana y 139.3 de la constitución peruana), o la garantía de la tutela judicial efectiva, atento a que no se ha accedido de forma íntegra a un recurso jurisdiccional efectivo (artículos 115, 119 y 120 de la constitución boliviana, 29, 86, 87, 89 y 229 de la constitución colombiana, 75, 76, 86, 169 y 173 de la constitución ecuatoriana y 139 y 205 de la constitución peruana), en los citados países también encerraría una conculcación de las respectivas ley de leyes.

Pero además, a fin de reforzar lo que se viene exponiendo, debe resaltarse que tales garantías (juez natural, tutela judicial efectiva y debido proceso) están aseguradas en varios instrumentos sobre derechos humanos que han sido ratificados por los Países Miembros[77], cuya receptividad ha sido estipulada en las propias cartas magnas (artículos 13.IV de la constitución de Bolivia, 93 de la constitución de Colombia, 10 y 11.3 de la constitución de Ecuador y 55 y Disposición final y transitoria cuarta de la constitución del Perú).

(mixta) y "Coca Zagradha" (mixta), proceso 60-IP-2012, cit., considerando 1; *Vatadur*, proceso 157-IP-2013, cit., considerando 1; de julio de 2013, *marca Crayolas*, proceso 114-IP-2013, GOAC Nº 2244, 28/10/13, considerando VI.A.2; *marca: Solcafé (mixta)*, proceso 132-IP-2013, cit., considerando 1; *Víctor Barahona García*, proceso 231-IP-2013, cit., considerando 35; *Comcel/ETB*, proceso 14-IP-2014, cit., considerando 68; *marca: "A. Arkimuebles S.A.C." (mixta)*, proceso 248-IP-2013, cit., considerandos 36 y 39; *Comcel/ETB*, proceso 255-IP-2013, cit., considerando 62; *Telefónica Móviles de Colombia*, proceso 16-IP-2014, cit., considerando 17; *Glanton Ltda.*, proceso 35-IP-2014, cit., considerando 34, y *TS Telefónica Sistemas S.A.*, proceso 84-IP-2014, cit., considerandos 44 a 46, entre muchas.

77 *Derecho al juez natural o juez predeterminado por la ley*: artículos XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 2.3.b) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEFDR), 2.c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDM) y 13 de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD); *derecho al debido proceso*: además de los artículos e instrumentos citados, artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y *derecho a la tutela judicial efectiva*: artículos XVIII de la DADDH, 10 de la DUDH, 8.1 y 25 de la CADH, 2.3 y 14.1 del PIDCP, 6 de la (CEFDR), 2.c) de la (CEFDM) y 13 de la CDPC.

Finalmente, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso también se hallan protegidos, respectivamente, por los artículos 9 y 64 de la «Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humano».

5.2.3. Desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Dado que las garantías fundamentales mencionadas en el párrafo anterior se encuentran aseguradas en los distintos instrumentos sobre derechos humanos citados, su conculcación permite —también— la vía de reclamo en el ámbito regional a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (**SIDH**).

De esta manera, la falta de planteamiento de la interpretación prejudicial obligatoria habilitaría al afectado a llevar su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente, si ésta endosa el reclamo, ante la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esto también da cuenta la práctica europea.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (**TEDH**), hace tiempo ya, ha sostenido que, si bien es cierto que no existe un derecho absoluto a que un órgano jurisdiccional de última o única instancia deba, inexorablemente, elevar la cuestión prejudicial al TJUE, no obstante «en determinadas circunstancias, la negativa (…) a plantear una cuestión prejudicial puede menoscabar el principio de equidad procesal, en particular cuando tal negativa parece arbitraria»[78], y así lo es:

> «…cuando se ha producido una denegación a pesar de que las normas aplicables no admiten ninguna excepción al principio de la remisión prejudicial ni ninguna alternativa a éste, cuando la denegación se basa en motivos distintos de los previstos por las normas y cuando la denegación no ha sido debidamente motivada con arreglo a dichas normas»[79].

Por tal motivo, el artículo 6.1 (Derecho a un proceso equitativo[80]) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (**CEDH**):

---

78 TEDH, sentencia de 7 de septiembre de 1999, *Irene Dotta v. Italie*, application Nº 38.399/97; en igual sentido, sentencias de 23 de marzo de 1999, *André Desmots v. France*, application Nº 41.358/98, considerando 2; de 8 de junio de 1999, *Predil Anstalt v. Italy*, application Nº 31.993/96, considerando 1.c); de 25 de enero de 2000, *Peter Moosbrugger v. Austria*, application Nº 44.861/98; de 4 octubre de 2001, *Nicolas S. Canela v. Espagne*, application Nº 60.350/00; de 13 febrero de 2007, *Lutz John v. Germany*, application Nº 15.073/03, y de 8 diciembre de 2009, *Heike Herma v. Germany*, application Nº 51.193/07.

79 TEDH, sentencias de 20 de septiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabek v. Belgium*, applications Nº 3.989/07 y 38.353/07, considerando 59.

80 **CEDH.-**

«**ARTÍCULO 6**
Derecho a un proceso equitativo

> «…impone, en este contexto, la obligación a los tribunales nacionales de dar razones, a la luz de la ley aplicable, para cualquier decisión en la que se nieguen a remitir una cuestión prejudicial, especialmente cuando la ley aplicable permita dicha denegación solo con carácter excepcional (…) esto significa que los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno, que se nieguen a plantear al Tribunal de Justicia [de la UE] una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario que les haya sido planteada, estarán obligados a motivar su negativa a la luz de las excepciones previstas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De este modo, deberán, de conformidad con la jurisprudencia Cilfit antes citada, indicar las razones por las que han considerado que la cuestión no es pertinente, que la disposición de Derecho de la Unión de que se trate ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la aplicación correcta del Derecho comunitario es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable»[81].

Esos criterios no fueron respetados por los respectivos tribunales nacionales, y por ello el TEDH, ante la negativa del reenvío de la cuestión prejudicial, declaró la violación del artículo 6.1 del CEDH de Italia (casos 17.120/09 y 38.369/09), de Francia (caso 25.137/16), de Rumania (caso 43.639/17) y de Grecia (caso 57.378/18)[82].

Al igual que el TEDH, aunque en forma previa, también la Comisión Europea de Derechos Humanos (CmEDH) sostuvo que si bien el **CEDH** no imponía un derecho absoluto a que, tramitando el caso ante un tribunal de única o última instancia, la cuestión prejudicial sea remitida al TJUE, ello no impedía considerar «que, en determinadas circunstancias, la negativa de [dicho] órgano jurisdiccional nacional (…) pueda menoscabar el principio de equidad procesal, enunciado en el artículo 6,

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella…»

81 TEDH, sentencias *Ullens de Schooten y Rezabek v. Belgium*, cit., considerandos 60 a 62; de 10 abril de 2012, *Vergauwen and Others v. Belgium*, application Nº 4.832/04, considerandos 89 a 90; de 26 de noviembre de 2013, *Krikorian v. France*, application Nº 6.459/07, considerandos 92 a 94; de 6 de marzo de 2014, *Sindicatul Pro Asistență socială v. Romania*, application Nº 24.456/13, considerandos 24 a 26, y de 24 de abril 2018, *Baydar v. The Netherlands*, application Nº 55.385/14, considerandos 39 a 41 y 44.

82 TEDH, sentencias de 8 de abril de 2014, *Dhahbi v. Italy*, application Nº 17.120/09, considerandos 33 a 34 (incumplimiento de la obligación de reenvío prejudicial obligatorio por la *Corte Suprema di Cassazione*); de 21 de julio de 2015, *Schipani and other v. Italy*, application Nº 38.369/09, considerandos 70 a 73 (*Corte Suprema di Cassazione*); de 13 de febrero de 2020, *Sanofi Pasteur v. France*, application Nº 25.137/16, considerandos 71 a 80 (*Cour de cassation*); de 13 de julio de 2021, *Bio Farmland Betriebs v. Romania*, application Nº 43.639/17, considerandos 52 a 57 (*Tribunal de Apelaciones de Timişoara*), y de 14 de marzo de 2023, *Georgiou v. Greece*, application Nº 57.378/18, considerandos 24 a 26 (*Corte de casación*).

apartado 1 (…) del Convenio, en particular cuando tal negativa parezca estar viciada de arbitrariedad»[83].

Como se puede observar, también en el caso de la CA, la negativa abusiva (o arbitraria) de un tribunal nacional en cuanto a elevar la interpretación prejudicial obligatoria bajo la excusa del acto aclarado, podría dar lugar a un reclamo en el marco del SIDH, primeramente ante la CmIDH y luego, de endosar ésta la denuncia[84], ante la CIDH.

En definitiva, sin perjuicio de la eventual utilización de la acción de incumplimiento por falta de elevación de la interpretación prejudicial en el supuesto en el que ello sea obligatorio (capítulo III, sección 2ª, y artículo 36 del TCTJCA, y artículos 123 y 128 del ETJCA), como así también de otras vías de reclamo nacionales e internacionales, la teoría del acto aclarado exigirá, en particular del juez nacional, una especial consideración y atención al principio de lealtad comunitaria o de cooperación leal, que surge del artículo 4 del TCTJCA.

6. Conclusiones

En virtud de la teoría del acto aclarado, si el TJCA ya interpretó la norma andina en cuestión y el juez nacional (cuya sentencia es irrecurrible según el derecho interno) la aplica en el caso concreto según el entendimiento dado por el Tribunal de Justicia —a lo cual está obligado en especial por los artículos 35 y 36 del TCTJCA—, no existe ya obligación para dicho juez de elevar la consulta prejudicial al Tribunal, debiendo ello —por cierto— ser utilizado con estricto apego y respeto al principio de lealtad comunitaria.

Ha sido un gran acierto de la corte andina adoptar la teoría del acto aclarado, para lo cual existe sobrada base normativa en el TCTJCA; además ello evitará repeticiones innecesarias y beneficiará la economía procesal, mejorará la tramitación de otros procesos que se llevan adelante ante su jurisdicción (acciones de incumplimiento, acciones de nulidad, recursos por omisión, demandas laborales, etc.) e incentivará el planteamiento de nuevas interpretaciones prejudiciales ante el acortamiento de los plazos de respuesta.

Dado la práctica vivenciada en la CA, donde los tribunales supremos —salvo contadas excepciones— han cumplido a rajatabla con la obligación del reenvío prejudicial, es de esperar que no existan muchos supuestos de incumplimiento de dicha obligación bajo el argumento de la aplicación de la teoría del acto aclarado.

---

83 CmEDH, decisión de 12 de mayo de 1993, *Divagsa c. l'Espagne*, requête Nº 20631/92, D. R. (Decisions and reports) 74, pp. 274-277, considerando 1.

84 Cabe resaltar que, a diferencia del sistema europeo (cfr. artículo 34 del CEDH, reformado por el protocolo Nº 11 de 11/05/94), el SIDH no permite el acceso directo de los particulares ante la CIDH, sino que ello puede suceder si la CmIDH revisa el caso y decide llevarlo ante dicha Corte.

Para evitar situaciones de violación de la obligación de reenvío son importante las tareas de pedagogía y colaboración que puede implementar el TJCA (alguna de las cuales ya viene realizando), estando siempre al alcance de los particulares perjudicados, en última instancia, el recurso a la acción de incumplimiento ante el propio Tribunal.

Asimismo, los particulares disponen de herramientas adicionales, tanto a nivel del derecho interno, como ante instancias regionales como el SIDH, para salvaguardar sus derechos en supuestos de abuso de no reenvío prejudicial obligatorio bajo el argumento de la teoría en cuestión.

Esta nueva teoría no disminuye la obligación de vigilancia por parte de la Secretaría General —que deberá rever su actual jurisprudencia administrativa restrictiva de la admisibilidad de las acciones de incumplimiento en esta materia, enderezándola hacia una mayor tendencia a la apertura de los recursos en estos casos— y de los Países Miembros en este ámbito, siendo necesario que el mismo Tribunal de Justicia sea también celoso guardián del cumplimiento de la obligación de la interpretación prejudicial obligatoria por parte de los tribunales nacionales correspondientes.

Bovril, Entre Ríos, Argentina, mayo de 2023.

***

SUBCAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

María Ángela Sasaki Otani

María Ángela Sasaki Otani

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de postgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), obteniendo el Diploma Superior en Integración Regional y magíster en Derecho Internacional Económico. Becaria del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg). Doctora por la Universidad Complutense de Madrid. Abogada asesora de la Magistratura del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Desempeñó cargos en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR). Actualmente, es asesora en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y miembro titular de los Tribunales Administrativos de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA). Es investigadora inscrita (P0121105) en el Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica del Perú (RENACYT). Es profesora ordinaria de la PUCP.

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-1630-5242
Correo: sasaki.ma@pucp.edu.pe

***

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

María Ángela Sasaki Otani

Palabras clave
Derecho Internacional Público. Integración regional. Comunidad Andina. Unión Europea. Órganos comunitarios. Responsabilidad Extracontractual.

Keywords
International law. Regional integration. Andean Community. European Union. Community bodies. Tort liability.

Resumen

La investigación aborda la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la Comunidad Andina (**CAN**), destacando su ausencia normativa y sus desafíos en la protección de los derechos de los ciudadanos andinos. Se fundamenta en el análisis del *obiter dictum* del Tribunal de Justicia de la CAN recaído dentro del Proceso 214-AN-2005, a la luz del Derecho de la Unión Europea (**UE**). En dicha oportunidad, el Tribunal Andino intentó colmar dicha "laguna" a través de su función pretoriana. Ante ello, se propone la inclusión de una vía procesal concreta dentro del sistema jurídico andino basado en el principio de la autonomía de las distintas vías de recurso y la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios.

Abstract

The research addresses the non-contractual liability of the community bodies of the Andean Community (**CAN**), highlighting its normative absence and its challenges in the protection of the rights of Andean citizens. It is based on the analysis of the *obiter dictum* of the Court of Justice of the Andean Community in Case 214-AN-2005, in the light of European Union (**EU**) law. On that occasion, the Andean Court tried to fill this "gap" through its pretorial function. In view of this, we propose the inclusion of a specific procedural path within the Andean legal system based on the principle of the autonomy of the different remedies and the immunity from jurisdiction of the community bodies.

1. Introducción

La presente investigación se sumerge en la esfera de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la Comunidad Andina (en adelante, la **CAN**)[1], subrayando la imperante necesidad de una exhaustiva revisión del ordenamiento jurídico andino. El reconocimiento jurisprudencial de esta laguna legal plantea retos sustanciales en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos andinos ante las acciones u omisiones de dichos órganos comunitarios.

El sustento de esta investigación radica en un análisis del *obiter dictum* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal Andino** o **TJCA**) recaído dentro del Proceso 214-AN-2005, a la luz del Derecho de la Unión Europea (en adelante, la **UE**). La metodología adoptada se enmarca en un enfoque jurídico-normativo que, a su vez, integra elementos del Derecho comparado.

Los alcances de este estudio abrazan la propuesta normativa de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual dirigido a los órganos comunitarios de la CAN. Este recurso, cimentado en el principio de la autonomía de las distintas vías de recurso y la inmunidad de jurisdicción de dichos órganos comunitarios, se nutre de la experiencia europea y de los beneficios que conlleva una acción específica de responsabilidad extracontractual en el contexto andino. La investigación aspira a contribuir a la configuración de un sistema jurídico andino más integral y completo. No obstante, se reconoce la presencia de limitaciones, entre ellas, la posible reticencia por parte de los países miembros de la CAN de modificar el Tratado de Creación del TJCA.

2. Antecedentes: El *obiter dictum* del Proceso 214-AN-2005

El Tribunal Andino reconoció jurisprudencialmente la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios en ausencia de una previsión al respecto en los tratados. Lo hizo en el 2006 a través de un *obiter dictum* en su sentencia en el Proceso 214-AN-2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1498 del 16 de mayo de 2007.

Contados muy resumidamente, los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron los siguientes:

El 1 de septiembre de 2003, el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI) del Ecuador publicó la Resolución 206, mediante la cual estableció una medida de salvaguardia provisional a las importaciones de guarniciones para frenos,

[1] El presente artículo es un extracto actualizado de uno de los capítulos de mi Tesis Doctoral titulada «*La responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario*», defendida en la Universidad Complutense de Madrid (UCM) el 13 de septiembre de 2017. Para un mayor detalle véase: *https://docta.ucm.es/entities/publication/f8b5defb-b239-44fd-8a22-1578a86cca89*

que consistía en la imposición de un derecho *ad valorem* equivalente al 15%. Ante dicha medida, la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **SGCA**) abrió un procedimiento administrativo y se pronunció sobre la solicitud de aplicación de medidas correctivas por parte del Ecuador a las importaciones originarias de los demás países de la CAN (artículo 97 del Acuerdo de Cartagena), emitiendo al efecto las Resoluciones 800 y 837[2].

El 13 de diciembre de 2005, EGAR S.A. presentó una acción de nulidad ante el TJCA con el objeto de que declarara la nulidad de ambas Resoluciones de la SGCA, sobre la base del artículo 12 de la Decisión 425 - «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina»[3]; la razón alegada era que la SGCA no había respetado los plazos establecidos en los artículos 97 del Acuerdo de Cartagena[4] y 44 de la Decisión 425[5]. Por su parte, la SGCA contestó la

---

2 Secretaría General de la Comunidad Andina, Resolución 800 de fecha 20 de febrero de 2004, titulada: «Solicitud de aplicación de medidas correctivas por parte de la República del Ecuador a las importaciones de guarniciones para frenos clasificadas en la subpartida NANDINA 6813.10.00, originarias de países miembros de la Comunidad Andina, bajo lo dispuesto en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena».

Resolución 837 de fecha 16 de julio de 2004 titulada: «Recurso de Reconsideración interpuesto por la República del Ecuador y la empresa EGAR S.A. contra la Resolución 800 de la Secretaría General».

3 **Decisión 425.-**

«**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.»

4 **Acuerdo de Cartagena.-**

«**Artículo 97.-** Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, este podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General.

El País Miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años.»

5 **Decisión 425.-**

«**Artículo 44.-** El recurso de reconsideración sólo podrá ser interpuesto dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación del acto que se impugna. En el caso de recursos interpuestos

demanda alegando que los plazos para la salvaguardia especial no podían ser preclusivos.

Mediante sentencia de 17 de noviembre de 2006, el TJCA determinó por primera vez el principio de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la siguiente manera:

> «[L]a inobservancia de un plazo para emitir una resolución, puede ser subsanado como en el caso de autos, y que dicha inobservancia no ha ocasionado ninguna restricción o recorte al derecho de defensa del actor. Sin embargo, este Tribunal considera que *la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada*; pero ello no puede acarrear la nulidad del acto administrativo, ya que la inobservancia de un plazo no afecta la sustancia del acto, ni el debido proceso como en el presente caso.
>
> De otro lado, el ordenamiento jurídico comunitario otorga al actor un medio específico de defensa contra la inacción de la administración, mediante el "Recurso de Omisión" (…) que sirve para exigir al órgano administrativo (…) una actividad a que estuvieren obligados expresamente (…) a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento respectivo.»[6]
>
> (el énfasis es nuestro).

Esta fue la primera vez que el TJCA se pronunció sobre la responsabilidad extracontractual de un órgano comunitario de la CAN. Tras dicha innovadora sentencia, la reacción del órgano comunitario implicado no se dejó esperar. Mediante escrito de 15 de diciembre de 2006, la SGCA presentó una solicitud de aclaración de sentencia, de conformidad con el artículo 93 del Estatuto del TJCA[7], conteniendo las siguientes preguntas:

---

contra actos que hubieran sido publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el plazo se contará a partir de la fecha de la publicación. Transcurrido este plazo sin que sea recurrido, el acto quedará firme.

El Secretario General deberá resolver el recurso dentro de los treinta días siguientes al recibo del mismo. El Secretario General podrá extender este plazo hasta por quince días adicionales, cuando dicha prórroga sea necesaria para resolver el asunto. Contra la Resolución del recurso no se podrá interponer un nuevo recurso de reconsideración.»

6 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 214-AN-2005 de fecha 17 de noviembre de 2006, p. 23.

7 **Estatuto del TJCA.-**

«**Artículo 93.- Aclaración de las sentencias**
Dentro del término de quince días siguientes al de su notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de los puntos de la sentencia que a su juicio resultaren ambiguos o dudosos.

Son aplicables a la aclaración los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 92.»

Por su parte, el artículo 92 del Estatuto del TJCA dispone lo siguiente:

> «1. Al realizar las citadas consideraciones, [¿]el Honorable Tribunal se refería a una eventual responsabilidad extracontractual futura de la Secretaría General, es decir, a partir del momento en el que el ordenamiento jurídico comunitario contemple la responsabilidad extracontractual emergente de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración?
>
> 2. En caso que el Honorable Tribunal, a pesar de no existir previsión alguna en el ordenamiento jurídico comunitario, considerase que la Secretaría General podría ser extracontractualmente responsable, [¿]tal responsabilidad operaría en caso que las Resoluciones 800 y 837 hubiesen sido declaradas nulas, o el hecho de que se desestimara la demanda de nulidad interpuesta por EGAR S.A. no perjudica una eventual acción de reparación de daños y perjuicios sobre actos (Resoluciones 800 y 837) que gozan del principio de presunción o legalidad?»

Mediante auto de 21 de marzo de 2007, el TJCA se pronunció sobre la solicitud de aclaración de sentencia presentada por la SGCA, de la siguiente manera:

> «…queda clara la facultad de este órgano de referirse a la eventual responsabilidad que podría sobrevenirle a la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como, en su caso, a cualquier órgano de la Comunidad, por infracción de la normativa comunitaria, aún en asuntos que si bien no están específicamente señalados en las normas primarias y secundarias del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, su efectividad se deriva de sentencias anteriores que así lo han declarado y que al hacerlo no han hecho sino aplicar al caso subjudice las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los Países Miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho comunitario que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.»[8]

Además, el Tribunal Andino agregó que:

«**Artículo 92.- Enmienda y ampliación de las sentencias**
El Tribunal, de oficio o a petición de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla o ampliarla.

La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos.

La solicitud de enmienda o de ampliación se pondrá en conocimiento de la otra parte, por cinco días, para que absuelva el trámite, si lo cree conveniente.

El Tribunal dentro de los quince días siguientes al de la expiración del término a que se refiere el primer inciso, cuando la enmienda o ampliación fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda o ampliación, la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia.

El trámite de la enmienda o ampliación no suspende la ejecución de la sentencia.»

8 Auto del TJCA de fecha 21 de marzo de 2007, Proceso 214-AN-2005, pp. 3-4.

> «[n]o es necesario que conste, de manera expresa, en el ordenamiento jurídico comunitario la responsabilidad que pudiera sobrevenir a las Instituciones comunitarias por actos u omisiones en el ejercicio de sus facultades, toda vez que no se podría distinguir entre la situación de los Países Miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las instituciones comunitarias, ya que son aquellos quienes las conforman dotándolas con poderes derivados de una limitación de sus propias competencias y con una transferencia de atribuciones que no podrían incluir la de exonerar su responsabilidad por los actos u omisiones que puedan ocasionar un perjuicio a terceros por incumplimiento de sus obligaciones o por trasgresiones a la norma comunitaria, una vez que se establezcan las condiciones de acuerdo al caso concreto.» [9]

Finalmente, el Tribunal Andino remató que:

> «[e]l incumplimiento de tales deberes o su cumplimiento tardío, en la medida que perjudicare los objetivos de la integración y afectare derechos, conlleva responsabilidad comunitaria (…) que surge del mismo *espíritu de la integración* sin necesidad de que expresamente se hubiese consagrado en una norma (…) el hecho que no exista en el ordenamiento jurídico comunitario una vía prevista para reclamar respecto de una "declaración de responsabilidad", no es óbice para que esta pueda, eventualmente, ser reclamada ante la jurisdicción comunitaria.»[10]
>
> (el énfasis es nuestro).

En síntesis, de la sentencia del TJCA se desprende que el fundamento de la responsabilidad extracontractual de la CAN se encuentra en el mismo espíritu de la integración y en los principios generales del Derecho. Adicionalmente, como argumento *ad abundantiam*, el TJCA reconoce el origen de la responsabilidad extracontractual de la CAN derivado de la existencia de la responsabilidad patrimonial de los países andinos, cuando enfatiza que «no se podría distinguir entre la situación de los países miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las instituciones comunitarias».

Respecto de la invocación al «mismo espíritu de la integración», KÜHN considera que esta excede el marco de lo que permite el método de interpretación del efecto útil (*effet utile*) en el Derecho comunitario. A su parecer, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, hubiera sido más exacto que el TJCA basara su pronunciamiento en la doctrina de las competencias implícitas, por ser esta de un alcance mucho mayor que la doctrina del efecto útil[11]. Adicionalmente, a juicio de

9 *Ibidem*, pp. 5-6.

10 *Ibidem*, p. 4.

11 Según el mismo autor, las competencias implícitas pueden presentarse en tres formas: (i) en cuanto competencia accesoria, una competencia para adoptar medidas preparatorias y ejecutorias; (ii) en cuanto competencia material, una competencia para adoptar medidas en una materia estrechamente relacionada con otra; y, (iii) en cuanto competencia por razón de la naturaleza de la cosa, una competencia para adoptar medidas cuya reglamentación por parte de

este mismo autor, el TJCA debió fundamentar su sentencia en el principio del Estado de Derecho, cuya manifestación es precisamente el principio de responsabilidad patrimonial, puesto que la CAN constituye una verdadera "comunidad de derecho"[12].

En definitiva, el Tribunal Andino intentó colmar dicha "laguna" a través de su función pretoriana, colocándose en el cruce entre la interpretación y la creación del Derecho, por lo que bien podría hablarse de un cierto *law-making power* del juez andino, que sustituye de alguna manera la ausencia normativa al respecto[13].

A pesar que el Tribunal Andino ha intentado colmar jurisprudencialmente una laguna del sistema, en la práctica su sentencia es inaplicable, ya que no existe al efecto una vía procesal concreta dentro del sistema jurídico de la CAN. El TJCA no puede legislar y crear una competencia jurisdiccional autónoma, como tampoco podría ordenar que el afectado acuda ante el juez nacional para solicitar la imposición de una reparación a cargo de la CAN. Ello explica que el TJCA se inhibiera, pero, al mismo tiempo, diera la voz de alarma a los países miembros como dueños de los tratados que son.

3. Por una propuesta de incluir un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios

Los argumentos que apoyan la propuesta de incluir un recurso de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios son: el principio de la autonomía de las distintas vías de recurso y la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios.

En cuanto a lo primero, en la UE el Tribunal de Luxemburgo ha destacado que el recurso de responsabilidad extracontractual de la UE es una:

> «vía autónoma, que cumple una función particular en el sistema de recursos y está subordinada a requisitos de ejercicio concebidos en atención a su objeto específico; que se diferencia del recurso de anulación en que su objetivo no es la supresión de una medida determinada, sino la reparación del perjuicio causado por una institución en el ejercicio de sus funciones.»[14]

---

los Estados miembros no tendría sentido.

KÜHN, W., *El Tribunal Andino reconoce por primera vez el concepto de responsabilidad extracontractual por los actos de sus órganos contrarios al Derecho comunitario: Un análisis de jurisprudencia desde la perspectiva del Derecho europeo*, en *Política Internacional*, Revista de la Academia Diplomática del Perú, Nº 93, Lima, 2008, pp. 92-93.

12 *Ibidem*.

13 Cfr. CIPPITANI, R., *El Derecho de la Integración en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica*, en *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*, Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, Porrúa, México, 2012, pp. 523 ss., p. 541.

14 STJCE de 2.12.1971, as. *Schöppenstedt*, 5-71, apartado 3. En dicha sentencia, se declaró por primera vez la autonomía del recurso de responsabilidad respecto del recurso de anulación, puesto que anteriormente se concebía al recurso de responsabilidad extracontractual de la UE

La autonomía del recurso por responsabilidad no impide que en su marco pueda el Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de la medida que esté en el origen del perjuicio objeto del recurso. No obstante, en el supuesto que el Tribunal verifique la existencia de algún tipo de ilegalidad, los efectos de su pronunciamiento no serán los propios de una anulación, al tener, como se ha dicho, una eficacia más limitada (*inter partes*), que no conlleva la expulsión de la medida del ordenamiento jurídico[15].

A nuestro parecer, no resulta conveniente que la declaración de la responsabilidad por parte del TJCA se produzca en el marco de un recurso de anulación o por omisión[16]. Esta declaración de responsabilidad no puede estar vinculada a otras acciones procesales que cuentan cada una con un objetivo específico. Por ello, se propone la inclusión en los tratados de una acción autónoma de responsabilidad extracontractual de la CAN como una vía que cumple una función particular en el sistema de recursos, que se diferencia de las demás en que su objetivo no sería la nulidad de una norma o la constatación de una omisión de un órgano comunitario, sino la reparación del perjuicio causado por una institución o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

Sobre este punto, la pregunta que surge es: ¿Por qué no podría el afectado acudir ante el juez nacional con la sentencia favorable recaída en una acción de nulidad o por omisión en contra de un órgano comunitario para solicitar la indemnización? La respuesta es simple: a razón de la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios, consagrada en el artículo 49 del Acuerdo de Cartagena:

> «**Artículo 49.-** La Secretaría General, el Tribunal de Justicia, el Parlamento Andino, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas y los Convenios Sociales que son parte del Sistema gozarán, en el territorio de cada uno de los países miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. Sus representantes y funcionarios internacionales gozarán, asimismo, de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones, en relación con este Acuerdo. Sus locales son inviolables y sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial, salvo que renuncie expresamente a esta. No obstante, tal renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria.»

Esto guarda total armonía con el artículo 48 del mismo tratado, a tenor del cual: «…La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional».

como una acción subsidiaria (as. *Plaumann,* 25/62).

15 Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, S.L. Civitas Ediciones, Pamplona, 2012, pp. 195-196.

16 Para un mayor detalle sobre el recurso por omisión véase: SASAKI, M. A. y PUCHETA, M. L., *Action Due to Omission or Inactivity: Court of Justice of the Andean Community of Nations*, en Max Planck *Encyclopedia of International Procedural Law* (MPEiPro), Oxford University Press (OUP), Oxford, 2019.

Dada la inmunidad de jurisdicción de la CAN y de sus instituciones frente a los órganos jurisdiccionales ajenos al sistema[17], la única vía para evitar situaciones de impunidad y de indefensión del particular lesionado en sus derechos es la creación de un recurso específico y autónomo ante el TJCA.

Los argumentos que sustentan esta nueva competencia del Tribunal Andino serían los mismos que, en su momento, se utilizaron para crear la competencia laboral del TJCA a través del Protocolo de Cochabamba, cuya inclusión pretendió, fundamentalmente, evitar la indefensión a la que podrían quedar sujetos los servidores de dichos organismos en caso de producirse una controversia con sus empleadores (es decir, los órganos comunitarios), pues, en principio, estos gozan de inmunidad jurisdiccional contra, como dice el anteriormente mencionado artículo 49 del Acuerdo de Cartagena, «todo procedimiento judicial».

4. El camino a seguir para incluir un recurso de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios:

Por todo lo anterior, resultaría indispensable adoptar un protocolo modificatorio del Tratado de Creación del TJCA que incluya este recurso procesal autónomo. Nuestra propuesta normativa *de lege ferenda*, claramente inspirada en los artículos 268 y 340 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en lo sucesivo, **TFUE**), podría ser de la siguiente manera:

> «El Tribunal es competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños y perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.
>
> La Comunidad Andina debe reparar los daños causados por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los países miembros.»

Seguidamente, podría modificarse el Estatuto del TJCA (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores), a fin de regular los aspectos procesales y materiales de esta nueva competencia, tales como el plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción.

En esta misma línea, SUÁREZ MEJÍAS también reclama la creación de una vía específica de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios:

> «[s]i la CAN no quiere que los tribunales constitucionales de los países miembros intervengan en este tema al ver que los derechos de sus ciudadanos

[17] Para un mayor detalle sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción, véanse: ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Pamplona, 2007; y, REMIRO BROTÓNS, A., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., RIQUELME CORTADO, R., PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho Internacional. Curso General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 568 ss.

> se encuentran mejor protegidos internamente que en la CAN, debería subsanarse esta omisión de los tratados andinos estableciendo expresamente que la organización responderá patrimonialmente por los daños causados a los particulares.»[18]

En el marco de esta nueva competencia, le correspondería al TJCA —y no a los órganos jurisdiccionales nacionales— la aplicación de los requisitos y la declaración de la obligación de la CAN de reparar los daños causados.

De ser acogida nuestra propuesta, este recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios deberá considerar el régimen de responsabilidad patrimonial de los países de la CAN[19] y, como elemento referencial, la jurisprudencia europea sobre el recurso de responsabilidad extracontractual de la UE.

5. Conclusiones

A pesar que el Tribunal Andino ha intentado colmar jurisprudencialmente una laguna del sistema jurídico andino mediante el *obiter dictum* del Proceso 214-AN-2005, en la práctica su sentencia es inaplicable, ya que no existe al efecto una vía procesal concreta dentro de dicho sistema. El TJCA no puede legislar y crear una competencia jurisdiccional autónoma, como tampoco podría ordenar que el afectado acuda ante el juez nacional para solicitar la imposición de una reparación a cargo de la CAN. Ello explica que el TJCA se inhibiera, pero, al mismo tiempo, diera la voz de alarma a los países miembros como dueños de los tratados que son.

La presente propuesta radica en la consagración en los tratados de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN ante el TJCA sobre la base del principio de la autonomía de las distintas vías de recurso y la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios. En definitiva, creemos que el sistema jurídico andino, tal como está, resulta fragmentario y trunco al carecer de una acción de este tipo.

Por lo tanto, nuestra propuesta normativa *de lege ferenda*, claramente inspirada en los artículos 268 y 340 TFUE, es la siguiente:

---

18 SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros y de los órganos comunitarios por la infracción del Derecho andino*, en *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventus, 2003, p. 242.

19 Para un mayor detalle véase: SASAKI, M. A., *La responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, 2017; y, SASAKI, M. A., *El régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por daños derivados del incumplimiento del Derecho comunitario*, en *Anuario de Investigación* del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, pp. 43 – 72.

> «El Tribunal es competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños y perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.
>
> La Comunidad Andina debe reparar los daños causados por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los países miembros.»

En suma, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que originó el daño.

Tanto la responsabilidad patrimonial de los países miembros como la extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN se encuentran intrínsecamente relacionadas entre sí, ya que en términos amplios ambas responsabilidades representan "las dos caras de una misma moneda", en la medida que aseguran la protección de los derechos de los particulares contra conductas ilícitas causadas por el poder público en incumplimiento del Derecho comunitario.

Una *Comunidad de Derecho* que no tenga prevista la responsabilidad patrimonial del poder público a favor de sus ciudadanos es incompleta. Esta ausencia nos obliga a impulsar un cambio de paradigma que permita la sinergia entre todos los actores andinos —públicos y privados—, a través de la activación tanto de la responsabilidad patrimonial de los países miembros como de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.

Lima, enero de 2024.

***

SUBCAPÍTULO VII

LAJURISDICCIÓN ARBITRAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Patricia Alvear Peña
Carlos S. Garcés Vásconez

Patricia Alvear Peña

PhD en derecho, graduada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente universitaria de grado y posgrado en derecho de competencia, competencia desleal y consumidor. Socia fundadora y gerente general de la firma Lexadvisor-Ecuador. Su aporte en este artículo se ha dado especialmente respecto del análisis sobre los procesos de integración intergubernamental/Mercosur y supranacional/Comunidad Andina (CAN), y los rasgos específicos del derecho comunitario andino y su vinculación con el derecho ecuatoriano.

Carlos S. Garcés Vásconez

LL.M. en Derecho de los Estados Unidos por la Universidad de St. Thomas - Minnesota. Abogado y licenciado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Hemisferios - Quito. Abogado asesor en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Su aporte en este artículo gira principalmente alrededor del análisis de la historia y alcance de la función arbitral del Tribunal Andino.

***

LA JURISDICCIÓN ARBITRAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Patricia Alvear Peña
Carlos S. Garcés Vásconez

Palabras clave
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Métodos alternativos de solución de conflictos. Función arbitral. Arbitraje comunitario andino. Arbitraje de inversiones. Mercosur. Unasur.

Keywords
Court of Justice of the Andean Community. Alternative dispute resolutions methods. Arbitration function. Andean arbitration. Investment arbitration. Mercosur. Unasur.

Resumen

En la presente obra los autores ofrecen una reseña histórica sobre la función arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cómo y en qué términos fue otorgada, así como los obstáculos que han impedido su pleno ejercicio. Además, se la compara con la función arbitral del Mercado Común del Sur y la Unión de Naciones del Sur, analizando alternativas para ser repotenciada.

Abstract

In this work, the authors offer a historical review of the arbitration function of the Court of Justice of the Andean Community, how and under what terms it was granted, as well as the obstacles that have prevented its full exercise. Furthermore, it compares it with the arbitration function of the Southern Common Market and the Union of Southern Nations, analyzing alternatives to be repowered.

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA**, el **Tribunal Andino** o el **Tribunal**) está generalmente asociado con las interpretaciones prejudiciales que emite con relación al ordenamiento jurídico comunitario andino, *corpus* normativo que se desglosa en el artículo 1 de su Tratado de Creación. Algo menos conocidos son sus pronunciamientos en el marco de acciones de

incumplimiento y acciones de nulidad, mecanismos procesales contenciosos de jurisdicción directa en los que el Tribunal Andino verifica el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de la Comunidad Andina en el marco del Acuerdo de Cartagena y la validez de las actuaciones de los distintos órganos que componen el Sistema Andino de Integración (en lo sucesivo, el **SAI**).

No obstante, el TJCA también es competente en otras áreas. Una de ellas es el ámbito arbitral. Si bien no se trata de una de las funciones originalmente otorgadas al Tribunal Andino, está claramente identificada en su Tratado de Creación y, en teoría, debería ser perfectamente ejecutable. Sin embargo, por avatares de la historia, nunca pudo ser activada y desarrollada en plenitud. Hoy, es un anhelo de numerosos bolivianos, colombianos, ecuatorianos y peruanos que la función arbitral del TJCA se reactive y repotencie, convirtiéndose así en un método alternativo de solución de controversias accesible y eficaz para alcanzar los fines del Acuerdo de Cartagena y, de esta manera, mejorar la vida de los más de 115 millones de ciudadanos andinos.

El siguiente estudio reseña la historia de la función arbitral del Tribunal Andino con base en las fuentes primarias de este proceso: cómo fue establecida, con qué propósito y qué impidió su desarrollo. Posteriormente, se la compara con la función arbitral instaurada en el marco del Mercado Común del Sur (en adelante, **Mercosur**) y propuesta en el marco de la Unión de Naciones del Sur (en lo sucesivo, **Unasur**), a fin de evidenciar sus diferencias estructurales y el sentido mismo de su inclusión en cada uno de estos procesos de integración regionales. Finalmente, se analizan posibles medios políticos y jurídicos para reactivar y repotenciar el arbitraje andino, garantizando su plena vigencia y su disponibilidad para la ciudadanía andina. Por medio de este estudio, los autores ofrecen una visión panorámica, sistemática y crítica del arbitraje del TJCA, e invitan al lector a imaginar el alcance de su potencial.

2. Orígenes, desarrollo y estancamiento de la función arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Acuerdo de Cartagena de 1969, por el cual se creó el entonces Grupo Andino, también creó la Comisión y la Junta[1], hoy Secretaría General de la Comunidad Andina, como sus órganos principales. La primera llevaba «adelante los buenos oficios, y los procesos de mediación y conciliación que fuesen necesarios, cuando se presentasen discrepancias con motivo de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena»[2]. De no lograrse una solución, se sometían a los procesos establecidos en el Protocolo de Asunción de 12 de septiembre de 1967, que —a criterio de Vigil Toledo, recurriendo a Paolillo y Ons-Indart— buscaba «la solución de los conflictos no a través de una decisión basada en el

1 Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Editorial Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 39.

2 *Ibidem*.

derecho, sino a través de un acuerdo negociado, teniendo en cuenta el interés de las partes»[3].

Con la creación del TJCA en 1979, se optó por un mecanismo de control jurisdiccional y de legalidad, siguiendo el rigor del proceso supranacional. Se superó la idea de un tribunal arbitral y se optó por:

> «un Órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas por la Comisión y la Junta, y dirima las controversias sobre el incumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo.»[4]

En consecuencia, los mecanismos de solución de controversias, vía arbitraje, no tuvieron mayor eco en el Grupo Andino. Posteriormente, el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996 otorgó competencia arbitral a la Secretaría General de la Comunidad Andina para solucionar, conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de los Países Miembros, pero se excluyeron las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico interno de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Tratado de Creación[5].

En ese sentido, cuando se creó el TJCA, originalmente llamado Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el 28 de mayo de 1979, los Países Miembros no contemplaron la posibilidad de que conozca procesos arbitrales de ninguna naturaleza porque su modelo era más bien «jurisdiccional» y «supranacional». Fue también mediante el Protocolo de Cochabamba que se incluyó el actual artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal Andino[6], que dispone lo siguiente:

> «**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.

---

3 *Ibidem*, pp. 39 y 40.

4 *Ibidem*, citando la Declaración de los Presidentes del Grupo Andino reunidos en Colombia en 1978, p. 41.

5 Ver artículo 42 del Protocolo de Cochabamba que enmienda el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 28 de mayo de 1996. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/doc2011/protocolo_cochabamba.doc*

6 Codificado en la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf*

> 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.»

En línea con lo establecido en el Tratado de Creación del Tribunal, su Estatuto[7] adoptó la siguiente disposición transitoria, a fin de operativizar la nueva competencia que los Países Miembros habían otorgado al Tribunal Andino:

> «**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.»

Pero la esperada Decisión, que cristalizaría y organizaría la función arbitral del Tribunal Andino, nunca llegó. Hoy, a más de veinte años de que se confió al TJCA la potestad de dirimir disputas arbitrales, no existe registro alguno de al menos un proceso en el que el Tribunal Andino haya ejercido la competencia que le confía el artículo 38 de su Tratado de Creación.

No es que nunca se haya intentado activar esta vía procesal, sino que sencillamente se consideraba imposible encausarla sin un reglamento que lo faculte. El mismo TJCA lo explicó en más de una ocasión. En el proceso ARBITRAJE 01-2018, el Tribunal indicó lo siguiente:

> «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 determinan, además de su competencia, la forma de ejercer la misma.
>
> 3.8. Cual principio de Reserva de Ley, el legislador comunitario ha establecido que sea mediante Decisión que se establezca los fundamentos y límites de la función arbitral del TJCA, obligación que, al no haberse cumplido, en aras del principio de seguridad jurídica, no puede ser ejercida.

[7] Aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE680.PDF*

(…)

3.15. Cabe además tomar en cuenta el aspecto económico, el cual adquiere trascendental importancia en los casos en los que se ejercería la función arbitral, pues el presupuesto del Tribunal no ha contemplado la posibilidad de que este Organismo ejerza una competencia respecto de la cual la Comunidad no le ha provisto de los recursos indispensables para llevar adelante su ejecución, considerando los altos costos que su ejercicio puede implicar.»[8, 9]

Así, durante años la función arbitral del Tribunal Andino fue prácticamente olvidada, condenada a un extraño limbo en el que, aunque existía legalmente, era inejecutable por razones legales. Como suele ocurrir frecuentemente en la historia, el proyecto de impulsar la función arbitral del TJCA no fue reanimado por el vigor idealista de la doctrina jurídica, sino por fuerza de las circunstancias materiales de la entidad.

En enero y febrero de 2019, se desarrolló una «Propuesta Integral para lograr el Funcionamiento Sostenible del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina»[10]. El texto de veintinueve páginas hacía frente a una realidad incómoda para el SAI: su órgano jurisdiccional arrastraba un severo déficit desde hacía más de una década; y, para entonces, había alcanzado una magnitud anual superior al cincuenta por ciento de su presupuesto institucional.

Entre las razones que originaron la crisis se enumeraron las siguientes: (i) la salida de Venezuela de la Comunidad Andina; (ii) el aumento significativo de la carga procesal del Tribunal en el tiempo; (iii) la inflación acumulada del país sede; (iv) el incremento paulatino de las remuneraciones de sus funcionarios; y, (v) la incursión en gastos imprevistos necesarios, como la convocatoria a magistrados suplentes. Tomando en cuenta que el presupuesto anual del Tribunal Andino no ha variado desde 2008 y que a lo largo de los años sus ahorros se fueron consumiendo, era de esperarse que el TJCA afrontara un desbalance financiero en algún punto y no bastaría una simple política de austeridad para reparar el daño.

Ahora bien, el Tribunal no se limitó a dar un diagnóstico de la problemática, sino que planteó una serie de posibles soluciones. Por un lado, la introducción de la figura del precedente de observancia obligatoria –ahora innecesaria por la doctrina del acto

8 Auto del 28 de junio de 2018, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3675 del 20 de junio de 2019. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203675.pdf

9 Una posición similar fue expresada en el Auto del 9 de abril de 2019, en el marco del Proceso 02-ARBITRAJE-2018.

10 Documento adjunto al Oficio Múltiple 024-P-TJCA-2019 del 4 de febrero de 2019 dirigido a los entonces Ministros de Relaciones Exteriores, miembros del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y representantes de los Países Miembros ante la Comisión de la Comunidad Andina. Ver: https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/correspondencia/Oficio_24-P-TJCA-2019.pdf

aclarado– reduciría el volumen de casos represados de la corte internacional. Por otro lado, el pago completo y anticipado de los aportes de los Países Miembros ayudaría a estabilizar su flujo de caja. Pero, además, era necesario establecer mecanismos de autofinanciamiento parcial para que el TJCA pueda hacer frente al incremento de sus costos operativos en Ecuador. En este rubro, el fortalecimiento de la función arbitral fue uno de los puntos más fuertes de la propuesta.

Puesto que el principal impedimento para activar la función arbitral del Tribunal Andino era la falta de una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante, **CAMRE**) que regulara su funcionamiento, la propuesta fue facilitar la expedición de un reglamento:

> «La operatividad de la función arbitral, mediante la dación de una norma de desarrollo de lo establecido en el Tratado de creación del Tribunal, permitirá un mayor autofinanciamiento al TJCA.
>
> Por tanto, se propone que el CAMRE modifique la segunda disposición transitoria del Estatuto del Tribunal a efectos de establecer que sea el TJCA el que reglamente la función arbitral prevista en la sección V del Capítulo III del Tratado de creación del Tribunal.»

En ese sentido, sería el TJCA mismo el que establezca su reglamento para el ejercicio de sus competencias arbitrales, lo cual no resulta extraño si se tiene en mente que el Tribunal también ha desarrollado un reglamento para la emisión de interpretaciones prejudiciales. Pero la propuesta fue incluso más lejos: «Adicionalmente, se propone otorgar competencia al TJCA para que, mediante arbitraje, pueda resolver las controversias entre los países miembros e inversionistas…». Así, el Tribunal Andino sugirió concretamente reformar la disposición transitoria segunda de su Estatuto para que rece lo siguiente:

> «***Segunda.-*** *El Tribunal reglamentará la función arbitral prevista en la sección V del Capítulo III del Tratado.*
>
> *El Tribunal contará, además, con la competencia para resolver controversias entre los Países Miembros e inversionistas.*»[11]

Una propuesta similar fue puesta en conocimiento del entonces secretario general de la Comunidad Andina, el 29 de marzo de 2019, en atención a su solicitud de información sobre la situación de deuda actualizada de los Países Miembros y el proceso de reingeniería del Tribunal Andino. Sin embargo, ni los Países Miembros ni la Secretaría General dieron mayor seguimiento a la idea de fortalecer la función arbitral del TJCA.

---

[11] Reproducida en Documento adjunto al Oficio 33-P-TJCA-2021 del 19 de febrero de 2021 dirigido al entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador. Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/correspondencia/Oficio_33-P-TJCA-2021.pdf*

El 24 de agosto de 2020, el Tribunal Andino, mediante Oficio 44-P-TJCA-2020[12], dio un nuevo impulso a su iniciativa al extender al secretario general de la Comunidad Andina un «Proyecto de Decisión de Reforma del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina», a fin de que se lo ponga en conocimiento del CAMRE. Por supuesto, su propuesta de reforma de la disposición transitoria segunda del Estatuto, elaborada más de un año antes, fue incluida en la propuesta; pero, esta vez, fue acompañada de una exposición de motivos más elaborada:

> «Actualmente, el TJCA es competente, de conformidad con lo establecido en el Artículo 38 de su Tratado de creación, para dirimir controversias mediante arbitraje. Sin embargo, dicha función no ha sido reglamentada debido a que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores nunca emitió la Decisión correspondiente, por lo que las demandas arbitrales presentadas hasta la fecha no han podido ser atendidas por parte del Tribunal…
>
> Para fortalecer el Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina es necesario implementar de forma efectiva los mecanismos de tutela previstos en él. En ese sentido, la Comunidad Andina se encuentra en deuda con sus más de 111 millones de ciudadanos andinos, pues en materia de arbitraje no se está cumpliendo uno de los objetivos de los procedimientos establecidos en el Estatuto del Tribunal, el cual, de conformidad con lo establecido en su Artículo 35 es, entre otros, asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción.
>
> El fortalecimiento de la función arbitral es una oportunidad para brindar un foro alternativo de solución para las disputas de inversión de los cuatro Países Miembros, lo que tiene mayor atractivo para el Estado Plurinacional de Bolivia y la República del Ecuador, los que, al haber denunciado el Convenio CIADI (…), no cuentan con dicho foro arbitral para ventilar disputas de esta naturaleza.
>
> Las opciones del Ecuador se han limitado todavía más debido al proceso de denuncia de sus tratados bilaterales de inversión que inició en el 2009 y culminó en mayo de 2017 con la denuncia de un último grupo de este tipo de instrumentos, y la limitación de rango constitucional que obliga a dicho país a exclusivamente pactar arbitraje de inversión, de conformidad con los parámetros del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador (…), disposición que, de acuerdo con la interpretación efectuada por su Corte Constitucional, prohíbe al Estado ecuatoriano celebrar tratados en los cuales ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia de inversión, a excepción de aquellas controversias que sean resueltas en foros regionales…
> (…)
>
> El fortalecimiento del arbitraje dentro [del] TJCA, ampliado a los arbitrajes de inversión, como foro alternativo para la solución de disputas de inversión suscitadas en la subregión, tendrá las siguientes consecuencias positivas:
>
> - **Reducción de costos inherentes al arbitraje.** Los costos en los que se incurre tanto por transporte y alojamiento de funcionarios y expertos locales, así como

[12] Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/correspondencia/Oficio_44-P-TJCA-2020.pdf*

los gastos administrativos relativos al manejo de la disputa, serán menores ante el TJCA. Este, como foro arbitral de inversión internacional de carácter alternativo, por el simple hecho de implementarse en una economía local, Quito, erogará menores gastos en comparación a los que se incurre 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, especialmente los vinculados directamente a la defensa, con el adicional que de esta reducción de costos aplicaría tanto para la defensa de los inversionistas locales como para los países involucrados.

- **El que los costos de los arbitrajes sean menores posibilitará que inversionistas de menor envergadura sometan sus controversias de inversión a arbitraje.**

- **Ejecución directa de laudos.** No habría razón para dudar respecto de la ejecutabilidad del laudo. Al ser el TJCA un organismo jurisdiccional comunitario, y el arbitraje que se diseñe parte del ordenamiento andino, los laudos que se produzcan serán de aplicación directa, y no existirá riesgo de nulidad alguna u obstáculos para su reconocimiento ante las cortes locales.

- **Los Países Miembros podrán obtener un incremento en los flujos de inversión subregional y extranjera.** Con costos de defensa menores, la eliminación del riesgo de revisión de los laudos por parte de las cortes domésticas, y un tribunal que produzca resultados técnicos, la subregión andina podrá atraer aun más a los capitales externos.»

El 20 de enero y 19 de febrero de 2021 se renovó la propuesta del Tribunal Andino para el CAMRE con la presentación de sus «Propuestas para el Fortalecimiento del Sistema Andino de Solución de Controversias». Tras insistir en su explicación sobre las causas de la precaria situación financiera del órgano jurisdiccional, se propuso:

> «…El fortalecimiento de la función arbitral del Tribunal, a través de dos ámbitos bien delimitados, los cuales permitirán ampliar el margen de actuación de este órgano jurisdiccional en beneficio de los Países Miembros, los órganos e instituciones del SAI, los agentes económicos que actúan en la Subregión y, naturalmente, los ciudadanos andinos. La propuesta del Tribunal consiste en:
>
> a. Conceder a los órganos e instituciones del SAI la oportunidad de pactar arbitraje ante el Tribunal, para resolver las controversias que puedan surgir entre estos organismos y terceros, devenidas de cualquier tipo de contrato.
>
> b. Otorgar competencia al Tribunal para resolver controversias devenidas en materia de inversión entre los Países Miembros de la Comunidad Andina e inversionistas privados.» [13]

[13] Ver Oficio 33-P-TJCA-2021 del 19 de febrero de 2021 dirigido al entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador y sus documentos adjuntos. Disponible en:

En dicha ocasión, el TJCA amplió aún más su explicación sobre la pertinencia y utilidad de un impulso a su función arbitral. En ese sentido, añadió algunas consideraciones sobre el alcance de su competencia arbitral actual y el que podría obtener tras una reforma adecuada de su Estatuto:

> «En lo que respecta a la primera propuesta, es pertinente recordar que de acuerdo con el Artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA, el Tribunal tiene competencia general para ejercer su función arbitral cuando:
>
> (i) Un órgano o institución del SAI haya suscrito un contrato, convenio o acuerdo con otro órgano o institución del SAI, o con un tercero;
>
> (ii) Las partes hayan acordado que las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación del contrato, acuerdo o convenio sean resueltas por el TJCA;
>
> (iii) Las controversias se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado o entre particulares y regidos por el ordenamiento jurídico de la comunidad Andina
>
> Es necesario considerar que los contratos que firman los distintos organismos del SAI, que pueden ser de adquisición de bienes o servicios (…), contendrán indefectiblemente varios aspectos que no necesariamente estarán regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se podría incluso argumentar que algunos elementos contractuales básicos como el valor o el plazo del contrato, por ejemplo, no son materia del ordenamiento comunitario y, por tanto, intentar excluir la competencia del TJCA. También se podría sostener que todo el contrato en debate no se encuentra sometido al derecho andino. En definitiva, tal como está planteado actualmente en la norma, la posibilidad de que el pacto arbitral atienda las aspiraciones de las partes en conflicto puede ser mínima o, al menos, está cargada de incertidumbre. Es por lo tanto un arbitraje poco atractivo y marginal, en el sentido de que solo podría ser utilizado para resolver aspectos regidos por el ordenamiento jurídico comunitario y no otras obligaciones contractuales.
>
> Por otra parte, es necesario reconocer que un arbitraje verdaderamente atractivo para los organismos del SAI y sus contrapartes contractuales, puede enfrentar al rol que tiene el TJCA como organismo llamado a garantizar la seguridad jurídica, relacionada con las actuaciones de los órganos e instituciones del SAI, con el papel que juega como organismo llamado a declarar exclusivamente el derecho comunitario andino.
>
> No obstante, la presente coyuntura plantea una interesante oportunidad para legislar en favor de la tutela que merecen todos los usuarios del Sistema de Solución de Controversias, entre los que están los organismos del SAI. No hay duda que estos organismos, que forman parte de la estructura institucional de la Comunidad Andina, tienen por juez natural al TJCA. De esta manera, resulta inclusive extraño que no sea el Tribunal el llamado a resolver las controversias que devienen de la interpretación o aplicación de los contratos que dichos organismos suscriben, y mucho más que, ante la

https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/correspondencia/Oficio_33-P-TJCA-2021.pdf

imposibilidad de actuación del Tribunal por una limitación normativa, un organismo del SAI deba someterse a la jurisdicción nacional de uno de los Países Miembros.

La propuesta del Tribunal es hacer efectiva la función arbitral, sin mayor restricción que los límites propios del arbitraje. Es decir, que la disputa sea sobre un asunto contractual y que exista consentimiento previo de las partes en conflicto. En este escenario, el TJCA no estaría extralimitándose en su papel porque no actuaría como organismo judicial, sino como árbitro, el cual adquiere exclusivamente jurisdicción y competencia sobre la base del acuerdo de las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que es la base del derecho privado.
(…)

En definitiva, se plantea una reforma estatutaria que establezca que el Tribunal será competente para dirimir mediante arbitraje las controversias derivadas de la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, sean estos de derecho público o de derecho privado, suscritos por los organismos e instituciones del SAI, o entre estos y terceros, previo el acuerdo de las partes. Del mismo modo, en oportunidad de dicha reforma, se podría reglamentar el procedimiento arbitral mediante una remisión al trámite común establecido en el Estatuto del TJCA, con lo cual, se daría cumplimiento al objetivo de la Disposición Transitoria Segunda de la norma mencionada, que está pendiente de ejecutarse desde el año 2001.

En cuanto a la segunda propuesta de fortalecer la función arbitral del TJCA, concediéndole competencia para resolver controversias en materia de inversión, es pertinente señalar que esta constituye una oportunidad para brindar un foro alternativo de solución para las disputas de inversión de los cuatro Países Miembros. Esta posibilidad tiene mayor atractivo para el Estado Plurinacional de Bolivia y la República del Ecuador, los que como es de conocimiento público, al haber denunciado el convenio CIADI (…), no cuentan actualmente con un foro arbitral para ventilar disputas de esta naturaleza.»[14]

La conclusión del Tribunal Andino en esta edición de su iniciativa concatena, como se observa a continuación, los beneficios que representa el fortalecimiento de su función arbitral para los ciudadanos andinos y las oportunidades que significa para la misma corte internacional en términos económicos:

«7. El fortalecimiento de la función arbitral del Tribunal, a través de dos ámbitos bien delimitados, permitiría ampliar el margen de actuación de este órgano jurisdiccional en beneficio de los Países Miembros, los órganos e instituciones del SAI, los agentes económicos que actúan en la Subregión y, naturalmente, los ciudadanos andinos. La propuesta del tribunal consiste en:

(i) Conceder a los órganos e instituciones del SAI la oportunidad de pactar arbitraje ante el Tribunal, para resolver las controversias que puedan surgir entre estos organismos y terceros, devenidas de cualquier tipo de contrato.

14 *Ibidem*.

> En este caso, el Tribunal será competente para dirimir mediante arbitraje las controversias derivadas de la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, sean estos de derecho público o de derecho privado, suscritos por los organismos e instituciones del SAI, o entre estos y terceros, previo el acuerdo de las partes, sin que estas controversias tengan que estar necesariamente limitadas a los aspectos regidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino.
>
> **(ii) Otorgar competencia al Tribunal para resolver controversias devenidas en materia de inversión entre los Países Miembros de la Comunidad Andina e inversionistas privados.**
>
> Esta solución brindaría un foro alternativo de solución para las disputas de inversión de los cuatro Países Miembros, y constituiría un mecanismo que garantizaría seguridad jurídica a las inversiones comunitarias y extranjeras que, sin duda, coadyuvan al desarrollo y crecimiento económico de nuestros países. Del mismo modo, permitiría contar con una fuente de ingresos extraordinarios para el Tribunal, sobre la base del cobro de tasas por la prestación de servicios administrativos y arbitrales.»[15]

La última oportunidad en que el TJCA promocionó su propuesta de fortalecimiento de la función arbitral andina fue en su Oficio 275-P-TJCA-2021[16] del 10 de noviembre de 2021, dirigido al entonces secretario general de la Comunidad Andina, con ocasión de la negativa de la Comisión de la Comunidad Andina a autorizar un préstamo a favor del TJCA. En esta ocasión, el Tribunal, además de criticar la posición de la Comisión y explicar una vez más las diversas complicaciones que atravesaba para mantenerse en funcionamiento, ofreció a reenviar o revisar con cada uno de los grupos *Ad Hoc* de presupuesto, de solución de controversias y de Alto Nivel, los textos de modificación del Estatuto que permitan, entre otras cosas, el fortalecimiento de la función arbitral. Por otro lado, indicó lo siguiente:

> «…La ausencia de las disposiciones procesales respecto de la función arbitral, que debían ser expedidas de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto del [TJCA], por parte del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a propuesta de la Comisión, ha hecho imposible que dicha competencia sea ejercida, con lo cual los accionantes no han encontrado la justicia que pretendían al acudir al Tribunal; motivo por el cual, en oportunidad del análisis que se efectúe para fortalecer al sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, sería oportuno dictar las reglas necesarias que permitan implementar la función arbitral, optimizarla, y hasta expandir su ámbito de aplicación con el propósito de dotar a los ciudadanos andinos y a los inversionistas que existen dentro de la Comunidad Andina de mecanismos de tutela, seguridad jurídica y previsibilidad.
> (…)

15 *Ibidem.*

16 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/correspondencia/OficioN275-P-TJCA-2021.pdf*

> …dado que el Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena (…) señala que el desarrollo equilibrado de sus miembros es uno de los medios para la formación gradual del mercado común, sería un error no brindar mecanismos de protección jurídica a la inversión extranjera directa, la cual —especialmente ante la crisis económica actual [causada por la pandemia de la Covid-19]— es fundamental para que el proceso de integración de la Comunidad Andina se acerque a dicho objetivo.
> (…)
>
> Por último, cabe también mencionar que en aras de dotar de confianza al sistema arbitral que se constituya en el seno del Tribunal, bien se podría conformar una lista de árbitros expertos en la materia de arbitraje de inversión, quienes, tal como lo hacen en otros foros, administrarían justicia arbitral a las partes procesales. En ese escenario, el papel del Tribunal sería el constituirse en corte de anulación del laudo que se expida, bajo causales concretas previamente definidas y aceptadas dentro del derecho internacional de inversiones. En ese escenario incluso, para evitar posibles conflictos de interés, el Magistrado de nacionalidad del país demandado podría abstenerse de conocer la demanda de nulidad, de tal suerte que en tales decisiones el Tribunal tendría un quorum decisorio de tres personas.»

A pesar de estas iniciativas, el Estatuto del TJCA sigue a la fecha sin ser modificado para reglamentar la competencia arbitral del Tribunal Andino.

3. La solución de controversias en otras instancias sudamericanas

Como se mencionó en el acápite anterior, el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina atiende estrictamente al modelo de la «supranacionalidad», en el sentido de que somete las disputas entre los Países Miembros a un fuero con autoridad jurisdiccional supranacional para dirimirlas mediante fallos vinculantes. Este hecho marca una diferencia importante con los procesos regionales intergubernamentales como los del Mercosur; donde, al carecer de órganos con capacidad jurisdiccional, la función arbitral otorgada es fuerte, por ser el único mecanismo concebido para la solución de las controversias. El mecanismo arbitral en el Mercosur es resuelto en primera instancia por un Tribunal Arbitral *ad hoc*[17] , y en segunda, mediante revisión por el Tribunal Permanente de Revisión (en lo sucesivo, el **TPR**), que emite opiniones consultivas y laudos[18]. Sin perjuicio de lo anterior, los Estados parte podrán someter también sus controversias a consideración del Grupo Mercado común para que formule recomendaciones[19]. El mecanismo de control jurisdiccional tampoco se observa en la Unasur, que estaba reforzando su estructura intergubernamental y el mecanismo de solución de controversias por la clásica vía arbitral, para lo cual no se descarta la creación de un Tribunal Arbitral[20].

---

17 Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, artículo 10, 18 de febrero de 2002, disponible en: https://www.mercosur.int/documento/protocolo-olivos-solucion-controversias-mercosur/ (Consultado el 31 de diciembre de 2023).

18 *Ibidem*, artículos 3 y 23.

19 *Ibidem*, artículos 6 y 7.

20 El Universo, *Unasur trabaja en un tribunal arbitral*, 2015, disponible en:

La estructura de la Comunidad Andina es más compleja que las de carácter intergubernamental o de cooperación, las que por su propia naturaleza son limitadas[21], pues desarrollan su actividad con fines definidos en su creación. Esto no comporta mayores incidencias en los poderes públicos internos de sus Estados miembros, que siempre votan en consenso sus decisiones y en cumplimiento de los límites e instrucciones internas de los Estados. Así, no se genera la compleja relación normativa entre el sistema jurídico comunitario y el nacional, que se conoce hoy en la doctrina como *spaghetti bowl,* basado en la primacía del derecho comunitario sobre el nacional, su aplicación inmediata y efecto directo.

En los procesos intergubernamentales, su derecho comunitario está conformado por normas que facilitan sus procesos de integración, pero al carecer de autonomía tienen un carácter de colaboración o cooperación plena. Por ello, las decisiones y acciones ejecutivas están condicionadas a la voluntad absoluta de los Estados miembros[22].

Según Calogero Pizzolo, en esta forma de integración prima la colaboración y coordinación entre Estados y «no se imponen decisiones por el voto de la mayoría sino que todo se hace a través de acuerdos, a ser cumplidos en forma voluntaria por los países involucrados, respetándose la soberanía de cada uno de ellos»[23].

En esta clase de procesos, por la carencia de supranacionalidad y por la naturaleza de asociación o cooperación, las instituciones comunitarias se caracterizan por estar «manejadas directamente por los Estados mediante la fórmula de coordinación de soberanías nacionales cuyo fundamento reside en la convicción de la preeminencia de los intereses nacionales»[24]. Por tanto, y como enseña Pizzolo, sus características son las siguientes:

a) la primacía del interés nacional de cada uno de los Estados miembros.
b) la existencia de órganos de carácter diplomático.
c) La emisión de resoluciones de carácter predominantemente recomendatorio o vinculante, únicamente en el caso que son adoptadas por unanimidad.[25]

---

https://www.eluniverso.com/noticias/2015/10/29/nota/5211749/unasur-trabaja-tribunal-arbitral/ (Consultado el 31 de diciembre de 2023).

21 César Montaño Galarza, *Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales. Análisis del Caso Andino,* Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012, p. 105, disponible en: *https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3063/1/TD024-DD-Monta%c3%b1o-Problemas.pdf* (Consultado el 31 de diciembre de 2023).

22 Oswaldo Salgado Espinoza, *El ABC del Derecho para la Integración. El Surco de la Neo-Integración*, Cuenca, EDISLAT, Ediciones y Distribuciones Latinoamericanas, 2010, p. 96.

23 Calogero Pizzolo, *Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 523.

24 *Ibidem*, p. 527.

25 *Ibidem*.

Por lo tanto, en los procesos de integración intergubernamentales no existe la cesión de atribuciones o —como diría Montaño— «competencias soberanas» a favor de las organizaciones que integran los procesos de integración supranacionales[26]. El Mercosur, en tanto expresión de un proceso de integración intergubernamental, es catalogado como una "organización internacional clásica"[27], a diferencia del proceso de integración de la Comunidad Andina, que se enmarca en una tipología supranacional.

A diferencia del derecho supranacional andino, el derecho de integración intergubernamental no tiene primacía sobre el derecho interno y carece de aplicación directa e inmediata. Resulta evidente que el derecho para la integración intergubernamental es diferente al derecho comunitario o supranacional, entre otras cosas, por los efectos jurídicos.

Como señala Vigil Toledo, la integración más profunda encuentra asidero en la supranacionalidad[28], fundamentada en el control jurisdiccional y la conformación de un Tribunal de Justicia con atribuciones de garante de legalidad. En cambio, la integración intergubernamental se basa en la cooperación interestatal y la solución de controversias basada en el mecanismo tradicional «del trato directo, los buenos oficios y la mediación y el arbitraje»[29], por carecer de un control jurisdiccional a nivel comunitario. Por consiguiente, si bien son válidos los mecanismos alternativos de solución de controversias como la mediación y el arbitraje, en la estructura supranacional no son los únicos, y menos los más importantes. Esto difiere del sistema intergubernamental, en el que resulta ser el principal y único mecanismo de solución de controversias, por la carencia de un órgano de control jurisdiccional de su normativa, lo cual retrasa los procesos de integración plenos.

En este contexto, Vigil Toledo, al analizar la Unasur, plantea sus dudas respecto de que esta tome un camino de profundización real de integración:

> «…una vez más vuelve a repetirse la historia con el novísimo tratado de la UNASUR que constituye un verdadero retroceso en lo que a la profundización de la integración se refiere. Otra oportunidad perdida, como tantas otras veces, y cuando todo parecía indicar que se había aquilatado la experiencia del Grupo Andino, del Tratado de Montevideo o del funcionamiento del MERCOSUR y se esperaba el paso adelante en firme en la construcción de la tan ansiada integración de la América del Sur.»[30]

---

26 Montaño Galarza, *Op. Cit.*, p. 96.

27 Pizzolo, *Op. Cit.*, p. 527.

28 Vigil Toledo, *Op. Cit.*, p. 43.

29 *Ibidem*, p. 44.

30 *Ibidem*, p. 42.

En este contexto, los encuentros de los Ministros de la Comunidad Andina y el Mercosur quizá permitan marcar el camino de cooperación relevante entre el TPR y el TJCA para la armonización de sus sistemas arbitrales, así como normativos, buscando mayor convergencia entre las opiniones consultivas del primero y las interpretaciones prejudiciales del segundo, que se asemejan entre ellas[31]. Entre estas acciones podría impulsarse la creación de un Comité Jurídico Mixto que, como lo concibe Vigil Toledo, estaría conformado por magistrados del TJCA, del TPR, de Surinam y de Guyana:

> «…para que examinen de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales, a fin de garantizar, en lo posible, una interpretación homogénea de los Acuerdos de Libre Comercio celebrados bajo el Acuerdo de Complementación Económica, núm. 59 entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR.»[32]

El Comité Jurídico Mixto sentaría también las bases para la eventual creación de un Tribunal independiente de la Unasur con competencias específicas y exclusivas para la interpretación y aplicación uniforme de:

> «(a) El Acuerdo de Complementación Económica entre CAN-MERCOSUR; (b) Las disposiciones comunes sobre la legislación secundaria armonizada en ambos bloques en materia de Propiedad Intelectual; (c) La legislación en materia de transporte multimodal que hayan sido identificadas por la Comisión Administradora, de acuerdo con lo dispuesto en el Título XVIII del Acuerdo de Complementación Económica CAN-MERCOSUR; y, finalmente, (d) La legislación armonizada sobre Protección del Medio Ambiente»[33].

De ser viable la propuesta de Vigil Toledo, se estaría sentando las bases para la construcción y conformación de una verdadera comunidad de derecho sudamericano y de un Tribunal Sudamericano que vaya acercando y consolidando los procesos de integración de América del Sur. De existir, este órgano podría ser el Tribunal de Unasur, en el cual se cristalice la unión real de los pueblos que conforman la Unasur, mediante un proceso de integración más profundo que supere el proceso intergubernamental.

4. Hacia la consolidación de un arbitraje andino

Como se ha explicado en líneas anteriores, al TJCA le fue confiada la autoridad para dirimir controversias arbitrales cuando se trate de procesos: 1) derivados de la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del SAI, o de entre estos y terceros, siempre que la competencia arbitral

31 *Ibidem*, p. 178.

32 *Ibidem*, p. 175.

33 *Ibidem.*

se acuerde [34] ; 2) entre personas naturales o jurídicas derivados de controversias vinculadas con la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados que tengan relación con el ordenamiento jurídico andino y que se hayan sometido a la jurisdicción y arbitraje del Tribunal[35].

A diferencia de lo que ocurre en otros foros regionales, como el Mercosur, la función arbitral del TJCA no ha sido explotada en todo su potencial. Por un lado, esto se explica porque el modelo mismo del sistema andino de solución de controversias, de corte supranacional, prioriza el enfoque jurisdiccional al intergubernamental, en el cual el arbitraje se convierte prácticamente en la única vía contenciosa para dirimir disputas legales. Sin embargo, la principal razón por la que el arbitraje andino no se ha desarrollado es porque, como se indicó anteriormente, hasta la fecha el CAMRE no ha adoptado la Decisión correspondiente sobre la función arbitral del TJCA.

En ese contexto, cabe preguntarse si el Tribunal Andino está irremediablemente condenado a paralizar el ejercicio de su función arbitral de forma indefinida o si es posible idear otra alternativa que permita reactivar y repotenciar la función arbitral del TJCA. En nuestra opinión, lo ideal sería que el CAMRE adopte la Decisión correspondiente cuanto antes, si fuera posible, considerando todas las sugerencias que le ha dirigido el Tribunal Andino en la materia. De esta manera, se daría cumplimiento a la segunda disposición transitoria del Estatuto del Tribunal y se cristalizaría un reglamento completo y ordenado para el ejercicio de la función arbitral.

Pero, aun y si el CAMRE no lo hiciera así, consideramos que hay otro camino. Hemos visto que la función arbitral del TJCA está consagrada en el artículo 38 de su Tratado de Creación, norma suprema y constitutiva del órgano comunitario. En estricto sentido, pese a no estar reglamentada, su función arbitral está vigente y cualquier País Miembro, órgano comunitario o ciudadano andino está facultado para acogerse a ella en los términos establecidos en la normativa del TJCA. Si ese es el caso, la falta de una Decisión que reglamente la función arbitral del Tribunal no impide realmente su ejercicio.

En efecto, por principio de inexcusabilidad, es «[d]eber de los tribunales de justicia (…) ejercer jurisdicción una vez reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, aun a falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión»[36]. A la luz de este principio, consideramos desacertado que el TJCA haya inadmitido las demandas arbitrales que fueron puestas en su conocimiento en procesos anteriores por falta de una norma que regule el ejercicio de su función arbitral. Si bien

---

34 Elizabeth Salmón Gárate, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Fondo Editorial, 2003, p. 44.

35 *Ibidem*.

36 Real Academia Española, *Principio de inexcusabilidad*, En: Diccionario panhispánico del español jurídico, disponible en: https://dpej.rae.es/lema/principio-de-inexcusabilidad (Consultado el 31 de diciembre de 2023).

no se ha dado cumplimiento a la segunda disposición transitoria del Estatuto del Tribunal, esto no suspende ni deroga la competencia que le fue confiada al TJCA en su Tratado de Creación. Además, no puede sostenerse que la falta de norma vuelve inejecutable la función arbitral del Tribunal Andino porque, aun así, persisten y pueden ser empleados los principios generales del arbitraje, un sistema que de suyo se caracteriza por su flexibilidad e informalidad.

Por lo tanto, consideramos que una alternativa viable es que el mismo TJCA reconsidere su posición sobre la función arbitral que le fue confiada. De la misma manera en que en los procesos ARBITRAJE 01-2018 y 02-ARBITRAJE-2018 el Tribunal se inhibió por falta de reglamento, en un nuevo proceso podría cambiar de criterio y proseguir con el trámite arbitral guiándose por los principios generales del arbitraje y los acuerdos a los que lleguen las partes. La norma comunitaria andina no prohíbe expresamente al TJCA tomar tal decisión y, como su máximo intérprete, el Tribunal podría declarar válidamente que la falta de un reglamento no impide el ejercicio de su función arbitral.

Ahora bien, esto sería posible con relación a los casos previstos en el artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA, esto es: (i) controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre estos y terceros, cuando las partes así lo acuerden; y (ii) controversias entre particulares 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. Consideramos que la propuesta de otorgar jurisdicción arbitral al Tribunal en materia de inversiones, aunque sería sumamente beneficiosa para la Comunidad Andina, sí representa una modificación sustancial de su régimen funcional, por lo que tendría que aprobarse mediante una reforma a su Tratado de Creación o, al menos, a su Estatuto.

5. Conclusiones

A lo largo de este estudio se ha descrito pormenorizadamente la historia de la función arbitral del Tribunal Andino. Se explicó que no se trata de una de las competencias originales del órgano jurisdiccional, sino de una adición a su Tratado de Creación que fue incorporada por medio del Protocolo de Cochabamba de 1996. A su vez, en 2001 se delegó al CAMRE la elaboración de la Decisión correspondiente para regular el funcionamiento de esta competencia. Sin embargo, hasta ahora tal Decisión no ha sido adoptada.

En general, el TJCA es competente para conocer arbitrajes sobre disputas: (i) derivadas de la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del SAI, o de entre estos y terceros, siempre que la competencia arbitral se acuerde; y, (ii) entre personas naturales o jurídicas derivadas de controversias vinculadas con la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados que tengan relación con el ordenamiento jurídico andino y que se hayan sometido a la jurisdicción y arbitraje del Tribunal.

Desafortunadamente, por falta de una norma que regule el procedimiento a seguirse en el marco de un arbitraje andino, el Tribunal nunca ha dado trámite a una demanda arbitral. Solo en los últimos años, a causa de las vicisitudes presupuestales experimentadas por el TJCA, se ha propuesto una reactivación y repotenciación de la función arbitral como una herramienta para balancear las finanzas del órgano jurisdiccional. Entre las propuestas más ambiciosas que se han planteado desde el mismo Tribunal está convertirlo, además, en un tribunal competente en materia de inversiones.

Aun así, pocos progresos se han visto en la campaña por reactivar la función arbitral del Tribunal Andino. Esto posiblemente se debe a que el modelo mismo de este órgano de integración, y de la misma Comunidad Andina, ha priorizado el régimen «supranacional» y «jurisdiccional» de solución de controversias. Esto, como se ha visto en líneas anteriores, marca una diferencia fundamental entre el proyecto de integración de la Comunidad Andina y el del Mercosur o el de la Unasur. En opinión de algunos expertos, el modelo de la Comunidad Andina refleja un grado mucho mayor de compenetración en el proceso de integración, pero no parece simétrico con el horizonte de crecimiento de otras experiencias en la región.

Por último, se ha sugerido que la ausencia de una norma procesal para el arbitraje andino no menoscaba la competencia del TJCA en la materia. En la misma medida en que el Tribunal inadmitió el trámite de demandas arbitrales previas, podría cambiar su línea jurisprudencial y proseguir en la sustanciación de causas que se le presenten en el futuro. La decisión está en manos de sus magistrados. Aun así, posiblemente lo óptimo sea que el CAMRE adopte la Decisión correspondiente para dar vida nuevamente a esta función que tantos y tantos ciudadanos andinos esperan que el TJCA ejerza finalmente.

Quito, diciembre de 2023.

***

SUBCAPÍTULO VII

LA FUNCIÓN ARBITRAL PREVISTA EN EL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Genaro Baldeón Herrera

Genaro Baldeón Herrera

El autor dirigió el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina (2008-2013); fue director general a.i. (2010-2013), asesor jurídico y abogado de la Secretaría General de la Comunidad Andina (2001-2005); ha sido viceministro de Comercio Exterior (2013-2015) y subsecretario de Comercio e Inversiones del Ecuador (2007-2008). Expresidente del Consejo de Cámaras y Asociaciones de la Producción del Ecuador (2019-2021). Representó al consorcio consultor para el análisis de la situación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y propuesta de posibles medidas correctivas (2021). Fundador de la consultora jurídica Percápita y representante empresarial en el Ecuador (2016-2024).

***

LA FUNCIÓN ARBITRAL PREVISTA EN EL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Genaro Baldeón Herrera

Palabras clave
Comunidad Andina. Sistema Andino de Integración. Solución de controversias. Arbitraje. Contratos de carácter privado.

Keywords
Andean Community. Andean Integration System. Dispute resolution. Arbitration. Contracts and agreements. Private contracts.

Resumen

Tras dejar constancia que la función arbitral atribuida al Tribunal de Justicia y a la Secretaría General de la Comunidad Andina no ha sido reglamentada, el autor destaca la necesidad de una reforma estatutaria o de un cambio jurisprudencial que garantice la protección de los derechos de los particulares que han celebrado contratos con órganos e instituciones comunitarias. Además, pone de relieve las limitaciones para que los particulares se sometan al arbitraje previsto en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia en controversias derivadas de contratos de carácter privado regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Abstract

After noting that the arbitration function attributed to the Court of Justice and the General Secretariat of the Andean Community has not been regulated, the author stresses the need for a statutory reform or a change in case law to ensure the protection of the rights of individuals who have contracted with Andean institutions. In addition, the article highlights the limitations for individuals to submit to arbitration provided for in the Treaty of Creation of the Court of Justice in disputes arising from private contracts governed by the legal system of the Andean Community.

1. Introducción

A través de la función arbitral, introducida por el *Protocolo de Cochabamba* modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena[1], el Tribunal (en lo sucesivo, el **Tribunal** o **TJCA**) y la Secretaría General (en adelante, la **Secretaría General** o **SGCA**) de la Comunidad Andina tienen la competencia para dirimir determinadas controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, cuando las partes así lo acuerden. Esta competencia, sin embargo, hasta la fecha no ha sido reglamentada, a pesar de que la Decisión 500 del 22 de junio de 2001, que contiene el Estatuto del TJCA, previó en su Disposición Transitoria Segunda que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal, adoptaría la Decisión referente a la función arbitral, la que se incorporaría al Estatuto en lo pertinente.

De los artículos 38[2] y 39[3] del Tratado del TJCA se desprenden dos tipos de controversias que pueden ser sometidas a arbitraje por parte del Tribunal o por la Secretaría General:

(1) controversias derivadas de contratos, convenios o acuerdos en los que interviene al menos un órgano o institución del Sistema Andino de Integración (en lo sucesivo, **SAI**); y,

---

1 El 28 de mayo de 1996 se celebró en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, el «Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina». Este Protocolo entró en vigor tres años más tarde, el 25 de agosto de 1999 y, actualmente, se encuentra codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina.

2 «**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.»

3 «**Artículo 39.-** La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrativo las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.»

(2) controversias que se susciten por contratos de carácter privado regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El primer tipo de controversias, en las que intervienen órganos e instituciones del SAI, está reservado a la competencia del Tribunal; el segundo, en cambio, puede ser sometido a arbitraje del Tribunal o de la Secretaría General.

Teniendo en cuenta que, a la fecha, ni el Tribunal ni la Secretaría General han admitido a trámite una demanda arbitral al amparo de los artículos 38 y 39 del Tratado de Creación del TJCA, y que tales disposiciones no han sido reglamentadas en el Estatuto, como estaba previsto; a continuación se abordan las necesidades y desafíos de un desarrollo normativo o, en todo caso, de una revisión de los criterios jurisprudenciales existentes sobre esta *sui generis* competencia establecida en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2. Controversias en las que intervienen órganos e instituciones del SAI

El primer párrafo del artículo 38 del Tratado confiere una competencia general al TJCA para ejercer su función arbitral cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

(i) Que un órgano o institución del SAI haya suscrito un contrato, convenio o acuerdo con otro órgano o institución del SAI o con un tercero;

(ii) Que las partes hayan convenido que las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación del contrato, acuerdo o convenio serán dirimidas por el TJCA.

En ejecución de esta competencia, algunos órganos e instituciones del SAI han celebrado diversos convenios y contratos en los que han incluido cláusulas compromisorias para que las controversias por la aplicación o interpretación de esos convenios o contratos sean dirimidas por el TJCA conforme a lo previsto en el artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA. En particular, ha sido una práctica generalizada de la SGCA la inclusión de una cláusula arbitral de esta naturaleza en sus contratos de compraventa, suministro, arrendamiento, prestación de servicios o consultoría. Esos contratos, normalmente, se rigen por el Derecho privado, mas no por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Los terceros que han celebrado contratos o convenios con órganos e instituciones del SAI lo han hecho de buena fe y sobre la base de la confianza legítima que deben brindar las instituciones y el Derecho comunitario andino. Existe una evidente necesidad de reglamentación del primer párrafo del artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA, de modo que se garantice la seguridad jurídica de los particulares y de terceros cuando celebran convenios, acuerdos o contratos con órganos e instituciones del SAI.

La reglamentación del primer párrafo del artículo 38 del Tratado —o, en todo caso, una revisión de criterios previos del TJCA— es aún más inminente, a la luz de dos

pronunciamientos del TJCA que inadmitieron demandas presentadas por particulares que habían celebrado contratos con una institución del SAI (Universidad Andina Simón Bolívar - sede Ecuador): procesos 01-Arbitraje-2018 y 02-Arbitraje-2018. En el auto de fecha 28 de junio de 2018[4], el TJCA fundamentó su declaratoria de inadmisibilidad de la demanda con tres argumentos.

La primera razón del TJCA para declarar inadmisible la demanda presentada por un particular, al amparo del artículo 38 del Tratado, está relacionada con la *falta de reglamentación o desarrollo normativo*, tal como estaba previsto en la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto del TJCA[5].

La segunda razón que aduce el TJCA para declarar inadmisible una demanda de arbitraje contra una institución del SAI se sustenta en una interpretación teleológica del Tratado, según la cual *las controversias sometidas a su consideración deben versar sobre la aplicación del derecho comunitario andino*, mas no sobre controversias de carácter privado[6].

---

4 Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 3675 de 20 de junio de 2019.

5 En las providencias emitidas dentro de los señalados procesos 01-Arbitraje-2018 y 02-Arbitraje-2018, el TJCA señaló:

«3.6. Pese a que el Estatuto del Tribunal fue expedido en el año 2001, hasta la presente fecha el CAMRE no ha adoptado la Decisión que desarrollaría la función arbitral, según lo dispuso la referida disposición transitoria.

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.

3.8. Cual principio de Reserva de Ley, el legislador comunitario ha establecido que sea mediante Decisión que se establezca los fundamentos y límites de la función arbitral del TJCA, obligación que, al no haberse cumplido, en aras del principio de seguridad jurídica, no puede ser ejercida.»

6 «3.9. Adicionalmente, aunque de una primera lectura del Artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA existen dos supuestos para la aplicación de la función arbitral, es necesario llevar a cabo una interpretación teleológica y sistemática de la normatividad andina atendiendo a la naturaleza y los fines supranacionales del TJCA.

3.10. En el párrafo segundo del mencionado artículo se señala que procede la aplicación de la función arbitral siempre y cuando se suscite una controversia respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Si bien este supuesto no se establece en el párrafo primero de manera taxativa, el espíritu de esta disposición debe ir acorde con lo regulado en el Artículo 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (…) y el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA (…), que definen la naturaleza, los fines del presente órgano supranacional y el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, respectivamente.

Por último, la tercera razón que arguye el TJCA para declarar inadmisible la demanda arbitral presentada por un particular contra una institución del SAI es de orden ***financiero***[7]. El TJCA considera que no ha sido provisto de recursos para ejecutar la función arbitral.

Falta de reglamentación, falta de jurisdicción y falta de recursos son los tres fundamentos en los que el TJCA sustentó su inadmisibilidad para conocer demandas presentadas por particulares contra instituciones del SAI, aun cuando así las partes lo hayan convenido en forma expresa.

De los tres argumentos expuestos por el TJCA, el relativo a la falta de jurisdicción tiene una especial repercusión para efectos del desarrollo normativo del artículo 38, primer párrafo, del Tratado. Según la interpretación teleológica que el TJCA realiza del Tratado, únicamente le correspondería aplicar y salvaguardar el Derecho Comunitario Andino y, por lo tanto, la resolución de las controversias de carácter privado —aun cuando intervenga un órgano o institución comunitaria— es ajena a la aplicación y salvaguarda del ordenamiento comunitario. Si este fuera el criterio definitivo del TJCA, una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que reforme el Estatuto del Tribunal, no podría ampliar la jurisdicción y competencia arbitral del Tribunal.

De manera que, en aplicación del criterio previo del Tribunal, la reglamentación del primer párrafo del artículo 38 del Tratado debiera estar circunscrita a 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 estos

---

> 3.11. El Artículo 4 del Estatuto del TJCA señala que la naturaleza del TJCA (…) 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.
>
> 3.12. 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 No. 166-CM-2015, suscrito entre la UASB-E y la empresa SHEKINAH, 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.
>
> 3.13. 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 salvaguarda del Derecho Comunitario Andino.»

7 «3.15. Cabe además tomar en cuenta el aspecto económico, el cual adquiere trascendental importancia en los casos en los que se ejercería la función arbitral, pues el presupuesto del Tribunal no ha contemplado la posibilidad de que este Organismo ejerza una competencia respecto de la cual la Comunidad no le ha provisto de los recursos indispensables para llevar adelante su ejecución, considerando los altos costos que su ejercicio puede implicar.»

y terceros, cuando las partes así lo acuerden y *siempre que* tales controversias tengan que ver con *la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*.

Ahora bien, en la práctica, ¿qué tipo de controversias podrían presentarse por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos entre órganos e instituciones del SAI y entre estos y terceros, que además impliquen que la intervención del TJCA es necesaria para salvaguardar el Derecho Comunitario Andino?

La interpretación del Tribunal sobre el primer párrafo del artículo 38 del Tratado no solo que no guarda conformidad con su tenor literal, sino que coloca en una situación de posible indefensión y vulnerabilidad de la tutela de sus derechos a todas aquellas personas naturales o jurídicas que han celebrado contratos, convenios o acuerdos con órganos o instituciones del SAI y que, por exigencia de estos últimos —en *contratos* que, en su mayoría, pueden ser de *adhesión*— se haya incorporado una cláusula compromisoria para que el TJCA dirima las controversias que se susciten entre las partes.

Lo cierto es que los órganos e instituciones del SAI, para cumplir sus fines, celebran acuerdos con terceros y entre sí. Los derechos y obligaciones que se derivan de esos acuerdos deben ser salvaguardados, más aún cuando la inclusión de la cláusula arbitral del TJCA normalmente es propuesta o exigida por dichas instituciones comunitarias, las cuales, adicionalmente, están investidas de inmunidad de jurisdicción, según lo previsto en el Acuerdo de Cartagena[8] y los respectivos convenios de sede.

El TJCA cumple un rol fundamental en la preservación del interés comunitario de garantizar la seguridad jurídica relacionada con las actuaciones de los órganos e instituciones del SAI. Por lo tanto, una revisión jurisprudencial o una reglamentación en el Estatuto del primer párrafo del artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA es necesaria para preservar los derechos y obligaciones que surgen de los acuerdos o contratos celebrados por los órganos e instituciones del SAI.

Una competencia análoga a la prevista en Tratado de Creación del TJCA ha sido conferida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el artículo 272 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada):

[8] «**Artículo 49.-** La Secretaría General, el Tribunal de Justicia, el Parlamento Andino, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas y los Convenios Sociales que son parte del Sistema gozarán, en el territorio de cada uno de los Países Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. Sus representantes y funcionarios internacionales gozarán, asimismo, de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones, en relación con este Acuerdo. Sus locales son inviolables y sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial, salvo que renuncie expresamente a ésta. No obstante, tal renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria.»

> «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de **Derecho público o de Derecho privado** celebrado por la Unión o por su cuenta.»

En definitiva, esta competencia arbitral del TJCA es equivalente a la jurisdicción contencioso-administrativa que ejercen los tribunales nacionales en las controversias entre órganos de la administración pública, así como aquellas que se originan con motivo de las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares (contencioso de la contratación pública).

3. Controversias entre particulares por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

El segundo párrafo del artículo 38 y el artículo 39 del Tratado confieren tanto al TJCA como a la SGCA la competencia para dirimir controversias entre particulares 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*.

Hasta el momento, no ha llegado a conocimiento del TJCA ni de la SGCA una demanda arbitral al amparo de segundo párrafo del artículo 38, ni del artículo 39 del Tratado. Tampoco se conoce de la existencia de contratos entre particulares que hayan incluido una cláusula compromisoria para acudir al TJCA o a la SGCA, al amparo de la señalada disposición.

En tanto no se reglamente la función arbitral para controversias entre particulares, es poco probable que algún abogado recomiende a su cliente incorporar una cláusula compromisoria ante cualquiera de los dos órganos comunitarios, particularmente, por la incertidumbre sobre el alcance del sistema arbitral previsto en el Tratado.

Si la competencia del TJCA y de la SGCA se limita a las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de «aspectos contenidos» en contratos privados «y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina», dichos órganos comunitarios no podrían resolver *cualquier* disputa derivada del contrato. Consecuentemente, las controversias que surjan respecto de *aquellos aspectos que no se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina* debieran resolverse a través de otro mecanismo arbitral o por la jurisdicción ordinaria.

Resultaría poco práctico y eficaz que los particulares acuerden una cláusula arbitral ante el Tribunal o la Secretaría General, si estos no son competentes para resolver **integralmente** sus controversias.

Dilucidar dentro de un contrato cuáles son los aspectos regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y cuáles se rigen por el derecho privado podría llegar a ser de extrema complejidad. Por lo demás, debemos considerar que, en la práctica, muy pocos tipos de contratos se regirán de manera *directa y exclusiva* por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Por último, cabe considerar que una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que reforme el Estatuto del Tribunal, no podría modificar el alcance de las disposiciones del Tratado de Creación del TJCA. Un desarrollo normativo derivado no podría dejar sin efecto el límite de la competencia atribuida al TJCA y a la SGCA en lo relativo a los *aspectos contenidos en contratos y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*.

Aun cuando se desarrollara una reglamentación de estas disposiciones, los particulares podrían quedar expuestos a un alto grado de inseguridad jurídica sobre la materia que puede ser sometida a arbitraje por los órganos comunitarios e incluso a que el laudo sea objeto de recursos de nulidad fundamentados en la jurisdicción y competencia del Tribunal o de la Secretaría General.

4. Conclusiones

La función arbitral no solo que no se encuentra reglamentada, sino que tampoco ha sido ejercida por el TJCA ni por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Dicha función tiene diferente naturaleza y alcance, según se trate de controversias en las que interviene un órgano o institución del Sistema Andino de Integración o de disputas contractuales únicamente entre particulares.

El arbitraje bajo la competencia del TJCA cuando en la controversia participa un órgano o institución del SAI amerita una especial atención. Es natural y debe ser la regla que la resolución de *conflictos contractuales entre órganos o instituciones comunitarios* sean dirimidos por el TJCA. Igualmente, el TJCA debe ser el juez o «árbitro» natural para solucionar las *controversias contractuales entre órganos o instituciones del SAI y particulares*. La inmunidad de jurisdicción que caracteriza a las instituciones comunitarias puede dar lugar a la indefensión y a una violación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas naturales o jurídicas que celebran contratos con tales órganos e instituciones, independientemente de que esos contratos se rijan por el derecho privado o por el derecho comunitario.

En consecuencia, es urgente que, ya sea vía una reforma estatutaria o mediante una revisión de sus pronunciamientos previos, el TJCA reafirme su competencia para conocer, vía arbitral, controversias contractuales entre órganos e instituciones del SAI o entre estos y particulares.

En cuanto a la competencia arbitral del Tribunal y de la Secretaría General de la Comunidad Andina para conocer *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*, el Tratado del TJCA no brinda las garantías necesarias de seguridad jurídica para que los particulares se sometan, a través de cláusulas compromisorias o pactos arbitrales, a la función arbitral comunitaria, debido a que corren el riesgo de que sus controversias no puedan ser resueltas *integralmente* por las instancias comunitarias, quienes únicamente podrían pronunciarse sobre aquellos *aspectos de los contratos privados que se rigen el*

ordenamiento jurídico comunitario. Esto implicaría que todos aquellos aspectos del contrato privado no regidos por el Derecho comunitario debieran ser sometidos a otros mecanismos de solución de controversias arbitrales —nacionales o internacionales— o de jurisdicción ordinaria.

Por tanto, debido a las limitaciones que se desprenden del artículo 38, segundo párrafo, y del artículo 39 del Tratado de Creación del TJCA, es preciso ampliar el debate sobre la conveniencia y oportunidad de reformar dichas disposiciones del Tratado, mediante un protocolo modificatorio, en caso de que, tras ese análisis, se considere necesario establecer un mecanismo arbitral en el ámbito subregional andino para controversias entre particulares.

Quito, enero de 2024.

***

SUBCAPÍTULO VIII

LA COMPETENCIA LABORAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y egresada de la Maestría en Derecho de la Empresa por la misma casa de estudios.

Actualmente, secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Antes, secretaria (a.i.), abogada asesora de la Presidencia y abogada asesora de la Magistratura de la República del Perú 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 y Secretaría General del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur).

Miembro del Comité Consultivo del Consejo de Egresados del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM; y, miembro fundador de la Asociación Peruana para el Desarrollo de Técnicas de Argumentación (APTA - Perú).

Directora, coautora y coordinadora general de libros sobre derecho comunitario andino y propiedad intelectual. Autora de artículos académicos. Expositora en eventos académicos internacionales y nacionales.

***

LA COMPETENCIA LABORAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Palabras clave
Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos comunitarios. Jurisdicción laboral.

Keywords
Andean Community. Court of Justice of the Andean Community. Community processes. Labor jurisdiction.

Resumen

En el presente trabajo académico se explica la naturaleza y las características propias de la competencia laboral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Abstract

This work explains the nature and characteristics belonging to the Labor competence of the Court of Justice of the Andean Community.

1. Introducción

El 16 de agosto de 1966, representantes de Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio – ALALC (hoy Asociación Latinoamericana de Integración – ALADI), suscribieron la «Declaración de Bogotá» con el propósito de crear un proceso paralelo de integración entre Estados más afines por su condición económica.

El 30 de junio de 1967, a las representaciones de los países referidos se sumó la delegación de Bolivia, a fin de constituir una Comisión Mixta con el objeto de analizar la conformación de un grupo de integración subregional dentro de la región definida por la ALALC. Nacía así el denominado Grupo Andino. La última reunión de la Comisión Mixta tuvo como resultado la firma del «Acuerdo de Integración

Subregional Andino» (denominado luego como «Acuerdo de Cartagena») en la ciudad de Bogotá el 26 de mayo de 1969[1, 2].

Es así como nace la Comunidad Andina, el proceso de integración económica y social más longevo y exitoso de la región, cuyo organismo jurisdiccional fue creado el 28 de mayo de 1979 mediante la suscripción del «Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena», hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**). El Tribunal nació con el objeto de constituirse como un organismo autónomo, independiente e imparcial, que se dedicase a declarar el ordenamiento jurídico comunitario andino, siendo este *corpus iuris* un pilar importante en el éxito de la Comunidad Andina, y tuviese competencia para resolver controversias que se suscitasen con motivo de la aplicación del derecho andino.

Así se iniciaron las labores de una de las instituciones más importantes del Sistema Andino de Integración (en adelante, el **SAI**), puesto que su jurisprudencia actúa como guía que orienta a diversos actores por el buen camino en la aplicación de la normativa andina, que valga la aclaración, goza de preeminencia y efecto directo en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Comunidad Andina. De tal magnitud han sido las labores del TJCA que los expertos la consideran como la tercera corte internacional más activa del mundo[3].

Este trabajo se enmarca en la competencia laboral del TJCA. El TJCA empezó sus labores con determinadas competencias jurisdiccionales y, mediante el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996, asumió tres adicionales, entre ellas, la que es objeto del presente artículo: la jurisdicción laboral.

El Tribunal es el organismo jurisdiccional competente para conocer las controversias de índole laboral que se susciten entre las instituciones del SAI y sus empleados y

---

1 Ver: 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; Hugo R. Gómez Apac, *Capítulo I - La Comunidad Andina*, en AA.VV (Hugo R. Gómez Apac, director), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40años de creación de su Tribunal de Justicia*, Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019, pp. 19-40. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf; y, Luis Mariñas Otero, *El "Grupo Andino", su génesis y vicisitudes*, en *Revista de Política Internacional*, número 103, Mayo/Junio 1969, pp. 37-46. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=13&IDN=1134&IDA=33868

2 Sin la participación de Venezuela, pues este país recién se incorporó al proceso de integración subregional andino el 13 de febrero de 1973, retirándose el 22 de abril de 2006. Chile se retiró el 30 de octubre de 1976.

3 En función del número de decisiones emitidas, después del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver: Karen J. Alter & Laurence R. Helfer, *Trasplante jurídico de Tribunales Internacionales. El derecho y la política del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 109.

funcionarios[4]. En esa línea, se explica cómo dicha competencia fue otorgada al Tribunal y en qué consiste, para luego abordar cómo se encuentra estructurado el proceso judicial laboral andino. Después, se hace un recuento general de los temas desarrollados por el TJCA a través de su jurisprudencia laboral, centrándonos en una explicación más detallada de los últimos criterios jurisprudenciales. Finalmente, se muestran las estadísticas correspondientes a las acciones laborales tramitadas por esta corte internacional.

Corresponde aclarar que en este trabajo no se abordan las interpretaciones prejudiciales realizadas por esta corte internacional respecto de normas andinas laborales, tales como la Decisión 584 - «Sustitución de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1067 del 13 de mayo de 2004[5]. En efecto, se debe diferenciar la potestad del TJCA para resolver controversias entre las instituciones comunitarias y sus funcionarios y empleados, de su competencia para emitir interpretaciones prejudiciales vinculantes de la normativa comunitaria supranacional, incluyendo regulación en materia laboral, pero que en última instancia son aplicadas por las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Países Miembros.

2. La competencia laboral

El TJCA fue concebido con solo cuatro competencias: acción de nulidad, acción de incumplimiento, interpretación prejudicial y cuestión prejudicial de validez. En un inicio, las funciones del Tribunal estaban mayormente enfocadas en esa misión general de interpretar el derecho comunitario andino y resolver controversias suscitadas con motivo de este: realizar el control de legalidad de las actuaciones de los órganos e instituciones del SAI (acción de nulidad y cuestión prejudicial de validez), asegurar el respeto al derecho supranacional por parte de los países miembros (acción de incumplimiento) y procurar la aplicación e interpretación homogénea de las normas andinas en toda la Comunidad Andina (interpretación prejudicial). Como se puede observar, las competencias del Tribunal no preveían la

[4] El artículo 40 del Tratado de Creación del TJCA dispone textualmente que el Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del SAI. Ahora bien, es conveniente establecer una distinción entre lo que constituye un "órgano" y lo que constituye una "institución".

El magistrado Hugo R. Gómez Apac señala que «[l]a diferencia entre los órganos y las instituciones es la ausencia o existencia de personalidad jurídica». En ese sentido, que «[l]os órganos carecen de personalidad jurídica y por tanto no cuentan con patrimonio ni personal». Por su parte, las instituciones u organismos, «sí gozan de personalidad jurídica, por lo que cuentan con patrimonio y personal permanente».

Hugo R. Gómez Apac, *Op. Cit.*, p. 29.

[5] Si se desea ahondar en dicha materia se pude consultar la jurisprudencia del TJCA emitida sobre seguridad en el trabajo, compilada y disponible en el siguiente enlace: *https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/jurisprudencia/clasificacion_tematica/seguridad_trabajo/*

resolución de disputas laborales que se suscitasen al interior de las instituciones del SAI.

Las controversias laborales, sin embargo, no son ajenas al funcionamiento de las instituciones internacionales. En el caso de la Comunidad Andina, la falta de previsión de un fuero para resolver en derecho esta clase de disputas generaba una situación atípica. Por un lado, el Tribunal no tenía una competencia expresamente reconocida en su normativa constituyente que le permitiese conocer demandas laborales; por otro lado, la justicia nacional no resultaba idónea para canalizar jurídicamente estos conflictos debido al carácter supranacional con el que actúan las instituciones comunitarias. Esta situación dejaba en indefensión a los funcionarios que brindaban servicios a las instituciones del SAI.

La situación cambió con el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996, el cual entró en vigor el 25 de agosto de 1999. Este protocolo modificó el Tratado de Creación del Tribunal y le otorgó tres nuevas competencias: el recurso por omisión (o por inactividad), la función arbitral y la jurisdicción laboral.

La Exposición de Motivos del «Proyecto de Reformas al Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» del 29 de mayo de 1995, reconoció el problema detallado *ut supra* y justificó la necesidad de la atribución de una competencia laboral al TJCA, en los siguientes términos:

> «Dada la inmunidad de jurisdicción y los privilegios de que gozan irrenunciablemente los organismos internacionales en los países que le sirven de sede, se han venido estableciendo jurisdicciones propias para solucionar diferencias laborales o administrativas que se susciten con sus colaboradores. Ante la ausencia de una institución de esta naturaleza en los órganos principales del sistema andino de integración, se propone en artículo específico, otorgar competencia al Tribunal para conocer de estos asuntos.»

De esta manera, aceptando la solución lógica, se le atribuyó jurisdicción en materia laboral al TJCA, otorgándole competencia para resolver controversias que pudieran generarse con los trabajadores o extrabajadores del SAI; es decir, controversias nacidas en el marco de las relaciones de trabajo que mantienen las instituciones que estructuran la Comunidad Andina[6].

El artículo 40 del Tratado de Creación del Tribunal[7] reconoce la competencia de este «para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración».

---

6 El SAI está conformado por los órganos e instituciones detallados en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003.

7 Codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de setiembre de 1999. Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Tratado_Creación_TJCA.pdf*

En esa misma línea, el artículo 136 del Estatuto del TJCA[8] dispone sobre las acciones laborales lo siguiente:

> «**Artículo 136.- Objeto y finalidad**
> Las acciones laborales que se propongan ante el Tribunal tienen por objeto dirimir las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable.»

En cuanto a la legitimación activa de la presente acción, el primer párrafo del artículo 137 del Estatuto dispone que pueden presentar demanda laboral ante el TJCA, los funcionarios o empleados, que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de las instituciones del SAI. De esta manera, la competencia del organismo jurisdiccional comunitario en materia laboral se reserva para ser activada por personas que presten o hayan prestado sus servicios, en el marco de una relación laboral, a alguna institución comunitaria.

En consecuencia, es posible afirmar que no se trata de una acción laboral cualquiera, sino de una circunscrita a las controversias que pudieran surgir de las relaciones laborales provenientes de las instituciones del SAI, las cuales además deben cumplir con un requisito adicional. Este requisito resulta indispensable para el ejercicio de la acción y se encuentra vinculado a la petición directa ante el empleador, tal como se explica en el segundo párrafo del artículo 137 del Estatuto del Tribunal:

> «**Artículo 137.- Titulares de la acción**
> (…)
> Es requisito indispensable para el ejercicio de esta acción que el demandante demuestre haber formulado petición directa ante su empleador respecto de los mismos derechos laborales que pretende, sin haber tenido respuesta dentro de los 30 días siguientes, o cuando la obtenida le hubiere sido total o parcialmente desfavorable.»

Finalmente, cabe precisar que esta acción prescribe a los tres años contados a partir del acto o hecho que origina la reclamación, tal como lo dispone el artículo 139 del Estatuto del TJCA.

De lo expuesto hasta este punto, es posible establecer los siguientes tres requisitos para entablar una acción laboral ante el TJCA: (i) que el legitimado activo sea (o haya sido) un funcionario o empleado de alguna de las instituciones del SAI; (ii) que haya formulado una "petición directa" ante el empleador correspondiente, sin haber tenido respuesta dentro de 30 días calendario[9], o cuando la respuesta obtenida le hubiere sido

---

8 Aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001. Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/EstatutoTJCA.pdf*

9 De conformidad con el artículo 33 del Estatuto del TJCA, los términos de procedimiento establecidos en el referido Estatuto son de días calendario (o continuos).

desfavorable; y, (iii) que no hayan transcurrido más de tres años contados a partir del acto o hecho que origina la reclamación.

Tratándose de la estructura el proceso judicial laboral andino, resultan aplicables las disposiciones generales contenidas en el Título Segundo «De los procedimientos ante el Tribunal» del Estatuto del TJCA, con ciertas particularidades propias de la acción laboral: los requisitos adicionales de la demanda y la audiencia de conciliación.

El proceso judicial laboral andino empieza con la presentación de la demanda. Visto el escrito de demanda laboral, el TJCA verifica que el titular de la acción esté legitimado (artículo 137 del Estatuto). Asimismo, verifica que no haya prescrito la acción (artículo 139 del Estatuto). Luego se corrobora el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda laboral y sus anexos (artículos 45, 46 y 47 del Estatuto). Finalmente, analiza el cumplimiento de los requisitos adicionales propios de la acción laboral previstos en el artículo 51 de su Estatuto; esto es, que la demanda además anexe: (i) el contrato de trabajo o el ofrecimiento de otra prueba que demuestre la existencia de la relación laboral; y, (ii) la copia de la respuesta desfavorable dada por el organismo empleador al reclamo del funcionario o, en su defecto, la demostración de que han transcurrido más de 30 días sin haber obtenido respuesta.

Verificado el cumplimiento de todos los requisitos, el TJCA admite a trámite la demanda de acción laboral y pone en conocimiento de la institución legitimada pasiva la demanda laboral (y sus anexos) y le concede el plazo de 40 días calendario para que presente la contestación que corresponda (artículo 56 del Estatuto). Si la demanda laboral no reuniere alguno de los requisitos antes descritos, el Tribunal fija el término de 15 días calendario a fin de que el actor regularice su demanda (artículo 52 del Estatuto) y vencido dicho término, procede con su admisión o rechazo (en caso de que el demandante no hubiere cumplido con regularizar su demanda).

Recibida la contestación de la demanda, el TJCA verifica el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 56 y 57 del Estatuto y, de ser el caso, tiene por contestada la demanda. Si, dentro de los 40 días calendario, no se presenta la referida contestación, el Tribunal presume que el demandado contradijo la demanda tanto en los hechos como en el derecho (artículo 60 del Estatuto).

Conjuntamente con la contestación a la demanda, la parte demandada puede formular las excepciones previas previstas en el artículo 61 del Estatuto. Una vez admitidas, el TJCA las pone en conocimiento del actor por el término de 10 días calendario, después del cual emite el pronunciamiento correspondiente.

Si el TJCA declara fundada una excepción previa que impide continuar con el caso, se procede con el archivo de este. En cambio, si el Tribunal declara infundada o rechaza la excepción previa deducida por la parte demandada, el proceso continúa. En el caso de que el TJCA declare fundada una excepción previa que no imposibilita la continuación del proceso, este se reemprende limitándose a la materia que resulte pertinente.

En ese sentido, luego de contestada la demanda o superado el análisis de excepciones previas, en los términos del artículo 138 de su Estatuto, el TJCA convoca a las partes a una audiencia de conciliación con el ánimo de que lleguen a un acuerdo beneficioso para ambas. Si las partes no llegan a un acuerdo, en la referida audiencia, y de ser posible, el Tribunal puede proponer fórmulas de acuerdo que estime "justas", sin que esto implique prejuzgamiento. Al darse la audiencia de conciliación inmediatamente después de la contestación a la demanda, el Tribunal todavía no ha analizado a profundidad todas las pruebas y argumentos de las partes. Por lo tanto, la propuesta de «fórmulas de acuerdo que estime justas» es realizada a golpe de vista, y simplemente como un medio extrajudicial para incentivar la conciliación amistosa entre las partes con miras a una transacción igualmente extrajudicial.

En esta audiencia, si las partes llegan a un acuerdo, se suscribe el acta correspondiente, la cual da por terminado el proceso y tiene efectos de cosa juzgada. De lo contrario, el proceso continúa hasta su culminación, dejándose constancia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio en esta fase procesal, pues nada impide que, en cualquier estado del proceso, las partes, de común acuerdo, soliciten al Tribunal que convoque a una nueva audiencia de conciliación.

Culminada la audiencia de conciliación sin acuerdo entre las partes, el TJCA continúa el proceso con la etapa probatoria. Las pruebas, para que sean apreciadas por el Tribunal, deben ofrecerse, decretarse, practicarse e incorporarse al proceso en la forma, oportunidades y términos correspondientes (artículo 74 del Estatuto). Si el TJCA estima que no hay lugar a la práctica de pruebas, así lo declarará mediante providencia judicial y en el mismo acto, si lo estima pertinente, fijará día y hora para la audiencia de alegatos (segundo párrafo del artículo 75 del Estatuto).

El artículo 83 del Estatuto dispone que los procesos que se originen en acciones de nulidad o de incumplimiento o en recursos por omisión o inactividad, el Tribunal definirá la celebración de audiencia antes mencionada. Como se puede advertir, dicha disposición normativa no hace referencia a la acción laboral; no obstante, través de su jurisprudencia[10], el TJCA ratificó su competencia para convocar a las referidas audiencias en materia laboral, enfatizando que resulta inadmisible que por formalismos o por una interpretación literal y aislada de una norma, se pretenda negar la posibilidad de celebrar una audiencia que bien podría servir para reconocer la verdad de los hechos.

Finalizada esta fase procesal, el TJCA emitirá sentencia. En el caso de las acciones laborales, cabe precisar que en el fallo se aplicarán los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los países miembros (artículo 135 del Estatuto).

[10] Auto del 29 de mayo de 2020 (proceso 03-DL-2018), publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3989 del mismo día. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203989.pdf*

3. Criterios jurídicos relevantes

En esta sección se hace un recuento general de las acciones laborales tramitadas por el TJCA, centrándonos en una explicación más detallada de las últimas dos tramitadas y culminadas, así como de los criterios jurisprudenciales desarrollados en estas últimas.

3.1. Procesos laborales conocidos por el TJCA

Dado que la competencia para conocer esta acción fue asumida por el TJCA en agosto de 1999[11], la primera demanda laboral la recibió en el 2001. En ese primer caso, el TJCA, por falta de jurisdicción, se inhibió de conocer el caso (proceso 56-DL-2001).

En el 2003, recibió dos demandas laborales. En la primera, inadmitió la demanda por no tener atribuida competencia *ratione materiae* para proveer a su respecto (proceso 73-DL-2003). En la segunda, declaró parcialmente a lugar la demanda y ordenó el pago de una indemnización equivalente al lapso que faltó para el vencimiento del contrato disuelto por anticipado (proceso 75-DL-2003).

En el 2005, recibió también dos demandas laborales. En la primera, admitió el desistimiento del actor y ordenó el archivo del expediente (proceso 13-DL-2005). En la segunda, declaró sin lugar la demanda, entre otros, debido a que, de conformidad con las normas aplicables al caso, la disolución del vínculo por causal de falta grave exime del pago de indemnización (proceso 81-DL-2005).

En el 2008, recibió solo una demanda laboral, la cual declaró no ha lugar debido a que no pudo encontrar prueba de que existiera irregularidad alguna en la adopción y firma del «Convenio de Finalización del Vínculo Laboral por Mutuo Acuerdo» (proceso 01-DL-2008).

En el 2009, recibió tres demandas laborales. Declaró parcialmente fundada la primera, en cuanto al pago de traslado de efectos personales del demandante, así como del pago de pasajes de repatriación (proceso 01-DL-2009). Por otro lado, rechazó *in limine* las otras dos demandas por falta de competencia (procesos 02 y 03-DL-2009). Si bien, este es un recuento general de los fallos del TJCA en materia laboral, respecto de la tercera demanda, cabe precisar que, en términos del TJCA, el actor:

> «…dejó de ser *ipso iure* Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como consecuencia de la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela al Acuerdo de Cartagena, cuya decisión conllevó a la pérdida de dicha investidura y de esa manera a que terminara por su parte, el ejercicio de su función jurisdiccional.»

En el 2012, recibió solo una demanda laboral, la cual declaró parcialmente fundada y ordenó el pago de una indemnización por despido intempestivo (proceso 01-DL-2012).

[11] En virtud del Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996, el cual entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

El 2013 fue el año que más demandas laborales se recibió, sumando siete en total. En el proceso 01-DL-2013, se declaró parcialmente a lugar la demanda respecto de una suma a favor del demandante por concepto de liquidación de beneficios sociales, mas no respecto de gastos de residencia o bono funcional al ser el actor nacional del país en el que se encuentra la institución del SAI demandada. En los procesos 02, 04, 05, 06 y 07-DL-2013, se aceptaron los acuerdos conciliatorios suscritos por las partes y los escritos de desistimiento de las respectivas demandas, dándose por terminados los mencionados procesos. En el proceso 03-DL-2013, se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose el pago por concepto de liquidación de beneficios sociales a favor de la demandante.

En el 2014, recibió solo una demanda laboral, respecto de la cual admitió el desistimiento del actor sobre la base de la transacción extrajudicial suscrita por las partes y ordenó el archivo del expediente (proceso 01-DL-2014).

En el 2017, recibió dos demandas laborales. El Tribunal rechazó la primera debido a que el accionante no cumplió con la regularización de su demanda, dejando a salvo su derecho de presentar nuevamente la demanda, en los términos dispuestos por la normativa comunitaria (proceso 01-DL-2017). Respecto de la segunda demanda, se declaró fundada la excepción previa de falta de competencia del TJCA debido a que la demandada no forma parte del SAI, y se dio por terminado el caso (proceso 02-DL-2017).

En el 2018, recibió tres demandas laborales. En la primera se accedió, de manera parcial, a las pretensiones de la demanda por despido intempestivo e injustificado, ordenó a la demandada el pago de las liquidaciones pendientes y declaró que la destitución efectuada por la demandada no surtirá efectos jurídicos disciplinarios contra la accionante (proceso 01-DL-2018). En la segunda, si bien se presentó como una demanda laboral (proceso 02-DL-2018), el TJCA advirtió que su naturaleza no era laboral, motivo por el cual reencauzó el proceso y lo tramitó como una demanda arbitral por incumplimiento de contrato (proceso 02-ARBITRAJE-2018). La tercera la declaró fundada parcialmente, ordenando un pago a favor del actor de una indemnización por todo concepto asociado al despido injustificado que sufrió (proceso 03-DL-2018).

En el 2020, el TJCA recibió solo una demanda laboral, la cual declaró fundada en parte. Este caso será contado a detalle en la siguiente sección (proceso 01-DL-2020).

En el 2021, recibió dos demandas laborales. La primera se declaró fundada parcialmente, ordenando un pago a favor del actor de una indemnización por todo concepto asociado al despido injustificado que sufrió (proceso 01-DL-2021). Este caso también será contado a detalle en la siguiente sección.

La segunda demanda se encuentra en trámite (proceso 02-DL-2021), al igual que las demandas recibidas en el 2022 (procesos 01 y 02-DL-2022).

3.2. Proceso 01-DL-2021: acción laboral interpuesta por un exfuncionario internacional contra la Secretaría General de la Comunidad Andina

El 17 de febrero de 2021, el Tribunal recibió una acción laboral planteada por un exfuncionario internacional contra la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**). El demandante, entre otros, alegó que fue despedido debido a presiones políticas. Según el exfuncionario, su desvinculación desconoció el carácter meritocrático (y no político) de su contratación como funcionario internacional, así como la serie de evaluaciones positivas de su desempeño laboral. Asimismo, argumentó que fue sometido a actos discriminatorios por cuanto sus condiciones contractuales eran distintas a las de los demás funcionarios internacionales de la SGCA. Por último, motivó su reclamo en que la SGCA vulneró sus derechos sociales al suspender su seguro médico de salud dos meses después de su desvinculación, cuando este era, por lo general, mantenido por un año a cargo del exfuncionario. Mediante Auto del 26 de febrero de 2021, la demanda fue admitida a trámite.

El 5 de abril de 2021, la SGCA dio contestación a la demanda. En lo principal, sostuvo que el contrato de trabajo del exfuncionario había concluido automáticamente por el cumplimiento del plazo fijo previsto, mas no por presión gubernamental alguna. El cumplimiento del plazo implicaba una terminación contractual automática sin necesidad de aviso previo. Por último, argumentó que las evaluaciones positivas de desempeño del demandante no la obligaban a renovarle el contrato, en cuanto la naturaleza de la relación laboral implicaba un acuerdo de voluntades.

Mediante Auto del 6 de mayo de 2021, el TJCA dio por contestada la demanda y convocó a audiencia de conciliación, en la cual no se alcanzó acuerdo alguno. El 28 de febrero de 2022 se celebró la audiencia pública y en marzo del mismo año se presentaron los respectivos alegatos de conclusión.

Por Sentencia del 9 de mayo de 2022[12], el TJCA declaró fundada parcialmente la demanda laboral interpuesta por el exfuncionario de la SGCA, ordenó el pago de indemnizaciones por el despido injustificado y dictó que se debía reincorporar al exfuncionario y a su familia, bajo su propia cuenta y riesgo, al seguro de salud con el que contaba la SGCA.

En su sentencia el Tribunal explicó que más allá de su forma de elección o nombramiento, o de sus funciones, los funcionarios internacionales poseen una relación laboral de naturaleza estatutaria; es decir, esta está regulada por las normas comunitarias estatutarias o reglamentarias aplicables al ejercicio de sus funciones, así como los principios laborales reconocidos en instrumentos internacionales y sus respectivos contratos.

El TJCA enfatizó que, dada la naturaleza de su cargo comunitario, la aceptación de un ciudadano andino de prestar sus servicios al proceso de integración en calidad de

[12] Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4466 del 12 de mayo de 2022. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204466.pdf*

funcionario internacional implica muchas veces la renuncia de vínculos sociales y profesionales que tenía en su país de origen o residencia. En efecto, precisó que, en la mayoría de los casos, el trabajar para un organismo del SAI implica trasladar la residencia del respectivo funcionario al país sede. Esta situación debe ser, a juicio del Tribunal, adecuadamente compensada con una relativa estabilidad laboral, con una remuneración acorde al cargo y dignidad de los servicios brindados, así como con una compensación a título de fondo previsional.

Si bien no existe una carrera administrativa en el SAI, la necesidad de contar con los mejores perfiles profesionales laborando en la Comunidad Andina implica un estricto respeto a las condiciones de trabajo previstas en las normas comunitarias reglamentarias o estatutarias, de las cuales el Tribunal destacó las siguientes:

(i) Un plazo razonable de designación o contratación, tomando en cuenta la renuncia de aspectos sociales y laborales en la que incurre el funcionario internacional del SAI al trasladar su residencia al país sede del respectivo organismo;
(ii) El reconocimiento de derechos y beneficios económicos y sociales a cargo del presupuesto del organismo pertinente;
(iii) La asignación expresa de responsabilidades y deberes que desempeñará el funcionario en ejercicio de su cargo; y,
(iv) Un detalle objetivo y justificado de las causales de desvinculación y su proceso.

Asimismo, el TJCA estableció que las instituciones permanentes del SAI deben contar con: (i) sistemas de contratación pública que respondan a altos estándares de independencia, autonomía, imparcialidad y transparencia; (ii) sistemas de evaluación periódica de desempeño sobre la base de criterios objetivos, razonables y precisos; y, (iii) reglas de procedimiento claras y garantes del derecho a la defensa y debido proceso para casos de desvinculación laboral. Asimismo, resulta indispensable tener en la Comunidad Andina una suficiente seguridad y certeza acerca de las condiciones laborales aplicables a los funcionarios internacionales.

De acuerdo con lo señalado, el Tribunal declaró que los contratos constituyen únicamente mecanismos o instrumentos de incorporación del personal a la SGCA. Estos no pueden contrariar las normas comunitarias, estatutarias o reglamentarias pertinentes, las cuales fungen como fundamento de la relación laboral mantenida con un funcionario internacional[13]. Asimismo, las cláusulas contractuales deben interpretarse en concordancia con los instrumentos internacionales de protección de derechos laborales, tales como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

[13] En el caso de la SGCA, aplican las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y del «Texto Único Ordenado del Reglamento Interno de la Secretaría General». Este último fue aprobado por Resolución 1075 de la SGCA y publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1448 del 19 de diciembre de 2006. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1448.pdf

El TJCA precisó que, en el caso de la SGCA, dada la naturaleza estatutaria del vínculo laboral de sus funcionarios internacionales, el proceso de selección de personal requiere necesariamente la acreditación de suficiente idoneidad y capacidad profesional del candidato a funcionario. La SGCA debe llevar a cabo un riguroso proceso de selección, observando los más altos estándares de independencia, autonomía, imparcialidad y transparencia. Así, la contratación de funcionarios internacionales responde un carácter meritocrático, lo que contribuye a la necesidad de garantizar una relativa estabilidad laboral. De acuerdo con el Reglamento Interno de la SGCA, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por la Resolución 1075[14] (en adelante, el **TUO del Reglamento Interno de la SGCA**), esta estabilidad se expresa en la posibilidad de renovación contractual por un periodo máximo de 7 años previa evaluación positiva de desempeño.

El artículo 15 del referido TUO[15] afirma que la modalidad de contratación de funcionarios internacionales de la SGCA se realiza a plazo fijo y que la renovación está sujeta al único requisito de una evaluación positiva de desempeño. El Tribunal interpretó dicha norma de manera funcional, en virtud de la naturaleza de la relación laboral mantenida por funcionarios internacionales de la SGCA. Así, la corte andina determinó que una vez sometido a un riguroso proceso de selección —sobre bases objetivas de idoneidad y capacidad profesional— y cuando se haya superado el periodo de prueba correspondiente, el funcionario adquiere derecho a un primer año de contratación. Una vez transcurrido este periodo, sobre la base de evaluaciones positivas, el funcionario adquiere derecho a contrataciones anuales sucesivas hasta por 7 años. Ello, de conformidad con la naturaleza estatutaria de la relación laboral, así como las legítimas expectativas que el funcionario internacional de la SGCA adquiere con base en un correcto desempeño.

El artículo 69 del TUO del Reglamento Interno de la SGCA[16] prevé las causales de extinción del vínculo laboral de funcionarios internacionales y las regula en los

---

14 Aprobado mediante Resolución 1075 de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1448 del 19 de diciembre de 2006.

15 **TUO del Reglamento Interno de la SGCA.-**

«**Artículo 15**.- Los funcionarios a los que la Secretaría General otorgue la naturaleza de funcionario internacional serán contratados a plazo fijo. La renovación del contrato de cada funcionario internacional se realizará sobre la base de su evaluación y el período de su contratación no podrá exceder de siete años continuos.»

16 **TUO del Reglamento Interno de la SGCA.-**

«**Artículo 69.-** El vínculo laboral se puede extinguir por:
a) Destitución por causal de falta grave;
b) Límite de edad;
c) Incapacidad permanente;
d) Finalización del plazo de contratación;
e) Renuncia del funcionario;
f) Causales objetivas;
g) Desempeño gravemente deficiente de sus actividades;

artículos subsiguientes. En términos del TJCA, ninguna de estas causales se asienta en criterios discrecionales, subjetivos o arbitrarios. En el caso de un desempeño deficiente, el funcionario internacional de la SGCA pierde derecho a la renovación contractual. La evaluación debe ser objetiva, imparcial y verificable; asimismo, deben ser periódicas y fundarse en criterios prestablecidos. Estos criterios deben ser objetivos, imparciales y profesionales, resguardando los derechos laborales. Los funcionarios tienen derecho a conocer con exactitud y de manera previa cuál es el método de evaluación al que serán sometidos, así como a conocer la evaluación y ejercer su derecho a la defensa y contradicción en un plazo razonable y en el marco del debido proceso.

El literal d) del artículo 69 del TUO del Reglamento Interno de la SGCA, que prevé como causa de extinción del vínculo laboral la finalización del plazo de contratación, no cuenta con reglas específicas en su aplicación. Por ello, el TJCA estableció que esta causal debe ser interpretada en consideración de la relación de trabajo, y no solo con la noción del contrato de trabajo. La norma no prevé un plazo específico de contratación, sino que establece un límite mínimo y máximo. Por ello, esta causal solo puede aplicar cuando se alcance efectivamente el límite máximo de 7 años continuos de vínculo laboral. Una explicación diferente es contraria a la política de contratación basada en criterios de idoneidad y competencia. Ello, por cuanto nadie se mudaría de un país a otro con toda su familia si, luego de finalizar un proceso de elección meritocrático, resultase que la permanencia en el organismo no depende del régimen estatutario prestablecido y de su buen desempeño, sino de la discrecionalidad o arbitrariedad de la entidad respectiva.

Por último, el TUO del Reglamento Interno de la SGCA también prevé resolver contratos de manera individual o colectiva por causales objetivas, tales como iliquidez o crisis financiera que generen la imposibilidad de cumplir con las contraprestaciones económicas. Estas «causales objetivas» podrían justificar una desvinculación de un funcionario internacional incluso cuando mantenga evaluaciones positivas de desempeño. De esta forma, el Tribunal estableció que:

> «… a nivel legal, reglamentario y estatutario, existe una relativa estabilidad laboral de los funcionarios internacionales de la SGCA que:
>
> a) son contratados después de un riguroso proceso de selección meritocrático;
> b) el contexto de la contratación les ha generado una expectativa legítima en cuanto a la renovación de la relación laboral;
> c) superan el periodo de prueba de 6 meses; y,
> d) obtienen una evaluación de desempeño positiva.
>
> Lo que permite renovar sus contratos anualmente hasta el límite máximo de siete años continuos, salvo que se presente algunas de las causales objetivas que justifican la extinción del vínculo laboral conforme a lo previsto en el literal f) del art. 69 del TUO del Reglamento Interno de la SGCA.»

h) Mutuo acuerdo; o,
i) Fallecimiento del funcionario.»

Si bien no existe una estabilidad laboral absoluta, materializada en contratos de plazo indeterminados, el régimen jurídico comunitario andino sí prevé una estabilidad laboral relativa. Este tipo de estabilidad se materializa en el respeto de los plazos estatutarios previamente establecidos (salvo cometimiento de faltas graves) y, en el caso de funcionarios internacionales que ingresan a través de un concurso público meritocrático, en el respeto de los plazos provenientes de expectativas legítimas que genera su contratación, la superación del periodo de prueba y las evaluaciones positivas de desempeño. Estas consideraciones garantizan los derechos laborales de los servidores públicos andinos y constituyen un instrumento de defensa de los intereses comunitarios y de la independencia y autonomía de la estructura orgánica e institucional de la Comunidad Andina.

Ya en el caso concreto, el Tribunal determinó que la naturaleza estatutaria de la relación laboral del exfuncionario demandante generó expectativas legítimas sobre la renovación de su contrato de trabajo. Si bien el contrato de trabajo establecía en sus cláusulas que la relación laboral quedaba extinta en un plazo fijo y que la SGCA no estaba obligada a dar aviso previo ante la culminación de este plazo, dichas condiciones no estaban previstas en la convocatoria ni en la invitación que se le hizo para formar parte de la SGCA. Por otro lado, dado que la contratación del exfuncionario implicó su traslado hacia Perú (sede de la SGCA) desde otro país miembro, así como la renuncia de su anterior empleo, el demandante no tenía incentivos para reclamar discrepancias. Por último, el contrato no podía contravenir lo dispuesto en las normas estatutarias que dieron origen a la relación laboral.

Es por ello que, en aplicación del principio de primacía de la realidad y verdad material, el TJCA interpretó que el único escenario en que la SGCA podía negar la renovación laboral y finiquitar el contrato era ante una evaluación negativa o si existían causales objetivas para la extinción del vínculo de trabajo. Durante el proceso, se acreditó que el exfuncionario había obtenido una evaluación de desempeño positiva, sin que existieran causas objetivas para desvinculación; motivo por el cual el Tribunal consideró que el despido fue injustificado.

Sin embargo, el Tribunal estableció que no puede juzgar o referirse a escenarios hipotéticos de recontratación por los años sucesivos. El TJCA declaró que no puede asumir, desde un punto de vista prospectivo, que el exfuncionario internacional demandante siempre tendría una evaluación de desempeño positiva. En consecuencia, calculó la indemnización únicamente sobre los salarios dejados de percibir por el periodo restante del año a cuya recontratación tenía derecho el exfuncionario.

3.3. Proceso 01-DL-2020: acción laboral interpuesta por exparlamentaria andina contra el Parlamento Andino

El 15 de julio de 2020, el TJCA recibió una demanda laboral planteada por una exparlamentaria andina de nacionalidad ecuatoriana contra el Parlamento Andino. La demandante alegó, entre otros, que se habría vulnerado su derecho a gozar de una licencia por maternidad y su periodo de lactancia al no existir una base normativa específica para requerir estos derechos, que habría sido privada de beneficios

económicos (viáticos de residencia y subsidio por movilización), y que habría sufrido violencia y acoso laboral por razones de género. La demanda fue admitida a trámite mediante Auto del 17 de septiembre de 2020.

Mediante escrito del 6 de noviembre de 2020, el Parlamento Andino dio contestación a la demanda. En lo principal, el demandado argumentó que, si bien tuvo conocimiento del embarazo y alumbramiento de la demandante, esta no había requerido formalmente una licencia por maternidad o un periodo de lactancia y que, en todo caso, ya inició reformas reglamentarias para prever esta clase de licencias. También señaló que la demandante gozaba de flexibilidad horaria para ejercer su periodo de lactancia. Sobre los beneficios laborales, alegó que el retraso en la liquidación se debía a una insuficiencia de fondos. Planteó que el Parlamento Andino brinda y continúa brindando un trato igualitario entre todos los parlamentarios, sin distinción de sexo, nacionalidad o de cualquier otra índole. Asimismo, se escudó en que los reclamos de la exparlamentaria andina deberían dirigirse a la Oficina de Representación Parlamentaria Nacional del Ecuador del Parlamento Andino (en adelante, **ORPNE**), en cuanto esta contaba con autonomía administrativa y presupuestaria. Por último, dedujo la excepción previa de falta de competencia del Tribunal, fundamentando la excepción en la ausencia de relación de dependencia de los parlamentarios andinos con esta institución (al ser cargos de elección popular). Mediante Auto del 23 de noviembre de 2020, el TJCA dio por contestada la demanda.

Mediante Auto del 28 de abril de 2021[17], el Tribunal se declaró competente para conocer la demanda. El Tribunal diferenció la naturaleza de la relación del trabajo de la figura del contrato de trabajo. Señaló que la relación de trabajo es un concepto más amplio, que se refiere a la existencia real (en base a la primacía de la realidad) de un vínculo laboral, exista o no contrato de trabajo. El factor fundamental de una relación de dependencia o subordinación recae en la potestad jurídica del empleador de dirigir las labores del trabajador y constituye un elemento de vital importancia de la relación de trabajo. Los parlamentarios andinos son representantes populares, adquiriendo su mandato por elección popular, y no se encuentran sometidos a direccionamiento o supervisión de ninguna instancia superior. El incumplimiento de sus deberes está sometido a un régimen disciplinario a cargo de sus pares, no de un superior. Asimismo, gozan de inmunidades y privilegios propios de su cargo. En suma, los parlamentarios andinos no se encuentran sometidos a una relación de dependencia.

Por esa razón, el TJCA explicó que, en principio, tendría competencia para conocer y resolver únicamente controversias que deriven de relaciones de trabajo bajo condición de dependencia o subordinación. Sin embargo, en jurisprudencia previa (Proceso 01-DL-2013), el TJCA extendió su competencia para conocer una demanda presentada por un exrector de la Universidad Andina Simón Bolívar, miembro del máximo organismo de dirección de dicha institución. En este sentido, el TJCA determinó que, si bien los funcionarios comunitarios de la más alta jerarquía que laboran en instituciones del SAI no están sometidos a una relación de dependencia o

[17] Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4219 del 28 de abril de 2021. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204219.pdf

subordinación, sí poseen una relación laboral y son titulares de derechos laborales. Más allá de su forma de elección, nombramiento o designación, la relación laboral existe y se fundamenta en normas estatutarias. La tutela jurisdiccional laboral no les debe ser ajena y, ante una eventual vulneración de derechos, la falta de una relación de subordinación no debe implicar que dichos funcionarios caigan en indefensión. Por ello, el Tribunal decidió declarar infundada la excepción previa de falta de competencia deducida por el Parlamento Andino.

En el auto referido, el TJCA dejó en claro que no se estaba arrogando la facultad de revisar el resultado de procesos democráticos sucedidos al interior de órganos colegiados, o de controlar asuntos de carácter político. Si en un órgano colegiado una posición mayoritaria se impone a una minoritaria, no puede admitirse que se utilice el fuero laboral del Tribunal para forzar un cambio de decisión so pretexto de que esta pueda vulnerar derechos laborales. Por ello, el Tribunal precisó que durante la controversia se limitaría a pronunciarse sobre aspectos de carácter estrictamente laboral. La vía laboral es independiente de otras vías idóneas para garantizar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino (*v.g.* la acción de nulidad y el recurso de omisión).

El 15 de julio de 2021 se celebró la audiencia de conciliación entre las partes sin arribar a acuerdo alguno y el 16 de febrero de 2022 se celebró la audiencia pública. El 23 del mismo mes, las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

Mediante Sentencia del 27 de abril de 2023[18], el TJCA declaró fundada parcialmente la demanda laboral interpuesta por la exparlamentaria andina, ordenó al Parlamento Andino el pago de beneficios e indemnizaciones por medio de la ORPNE, y dictó que el Parlamento Andino adecúe inmediatamente un lactario en su oficina central si hubiese al menos una madre lactante prestándole servicios.

En su motivación, el Tribunal diferenció en primer lugar las obligaciones laborales del Parlamento Andino de las que corresponden a las oficinas nacionales de representación parlamentaria. La desconcentración y descentralización son distintas técnicas de organización administrativa que implican la asignación o transferencia de competencias, la ubicación de los órganos administrativos y el reconocimiento de personalidad jurídica a entidades de administración pública. Por medio de la primera (desconcentración), se asignan o transfieren competencias a órganos administrativos de igual o menor jerarquía que carecen de personalidad jurídica. Por medio de la segunda (descentralización), se transfieren o asignan competencias a una persona jurídica de derecho público. Esta diferencia es importante en materia laboral, puesto que quien debe asumir el pago de obligaciones económicas es una persona jurídica. La descentralización implica la existencia de personas jurídicas con patrimonio y presupuesto propio, así como la capacidad de contratar y mantener operaciones autónomas.

[18] Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5161 del 3 de mayo de 2023. Disponible en: *https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205161.pdf*

El Parlamento Andino es una persona jurídica de derecho público internacional. La Mesa Directiva o su Secretaría General son órganos desconcentrados que hacen parte de su estructura; es decir, carecen de personalidad jurídica propia. Las oficinas nacionales de representación, por su parte, tienen una naturaleza jurídica mixta y *sui generis*. Si bien son órganos desconcentrados (forman parte de la estructura organizacional del Parlamento Andino), cuentan con la personalidad jurídica propia de una entidad descentralizada. Las oficinas nacionales responden a las directivas de los órganos de mayor jerarquía del Parlamento Andino (*v.g.* la Plenaria), pero cuentan con autonomía en lo económico, administrativo y financiero. Por ello, sus obligaciones laborales son independientes a las de la Oficina Central del Parlamento Andino. Las oficinas nacionales operan con presupuesto directamente asignado por sus respectivos Estados, por lo que responden por sus obligaciones laborales con su propia partida presupuestaria; sin embargo, como la Mesa Directiva del Parlamento Andino tiene facultades de supervisión sobre las actividades y operación de las oficinas nacionales, el Parlamento Andino tiene responsabilidad funcional respecto del cumplimiento de sus obligaciones.

Así, el Parlamento Andino (a través de la Plenaria, Mesa Directiva, Comisiones) tiene la responsabilidad funcional de supervisar y canalizar el cumplimiento de las obligaciones de la Oficina Central y de las oficinas nacionales; motivo por el cual debe establecer diligentemente normas, resoluciones e instrucciones necesarias, oportunas y proporcionales destinadas al efecto. El accionar de las oficinas nacionales no excusa de responsabilidad al Parlamento Andino, sin perjuicio de que estas respondan económica y operativamente por las obligaciones que contraen y estén establecidas en sus reglamentos.

En el caso concreto, el Tribunal declaró que, al ser la ORPNE parte orgánica del Parlamento Andino, este último no puede desentenderse del reclamo de la demandante, pero será la oficina nacional quien tenga que responder con su propio presupuesto las obligaciones económicas respectivas. Para ello, la ORPNE deberá realizar todas las gestiones necesarias ante las autoridades correspondientes del Ecuador para el obtener el financiamiento requerido para costear las indemnizaciones que se declararon a lugar.

En cuanto a la licencia por maternidad, el Tribunal estableció que el derecho de protección a la maternidad ha sido reconocido en tratados internacionales de derechos humanos, así como en las constituciones de todos los países miembros. Este derecho humano implica el otorgamiento de un periodo de licencia remunerada en el momento de alumbramiento y en el periodo posparto, con el objetivo de garantizar la salud y la vida del niño y de la madre. Asimismo, está íntimamente relacionado con la igualdad de género, ya que la licencia permite a la madre mantener sus vínculos laborales incólumes antes, durante y después del nacimiento de su hijo. Al ser un derecho humano, la expedición de una norma específica que prevea este tipo de licencias no constituye un requisito para su ejercicio. Se trata de un derecho connatural de la gestante o madre.

En este caso, la demandante tenía derecho a gozar de esta licencia, incluso ante la ausencia de normativa específica en las regulaciones internas del Parlamento Andino. El goce de este derecho humano no puede estar supeditado a su reconocimiento legal o reglamentario, sea en el Parlamento Andino o en cualquier otra institución del SAI. Durante el proceso, se comprobó que la exparlamentaria andina, a pesar de no pedir expresamente la licencia, sí comunicó su embarazo «para los fines pertinentes»; motivo por el cual se infiere que sí solicitó acogerse a la licencia por maternidad que le correspondía. El Parlamento Andino, por ende, afectó el derecho a una licencia por maternidad de la demandante.

En el caso del periodo de lactancia, el Tribunal también lo reconoció como un derecho humano cuyo goce no puede ser restringido ante la ausencia de una normativa específica que lo reconozca. La lactancia está constituida por dos dimensiones: por un lado, es el derecho del recién nacido a contar con los cuidados de su madre en meses posteriores a su reincorporación laboral; y, por otro, es el derecho de la madre a poder alimentar a su hijo en condiciones de comodidad, calma, higiene y privacidad. Este derecho ha fundamentado la adecuación de lactarios en instituciones públicas y privadas, puesto que se asume que difícilmente todas las madres trabajadoras contarán con espacios propios que cumplan con condiciones mínimas para la lactancia.

En el caso concreto, el reclamo de la exparlamentaria andina no se reducía a la disponibilidad de tiempo para ejercer la lactancia. Durante el proceso, el Parlamento Andino no desvirtuó las aseveraciones de la demandante de que esta haya contado con un lugar adecuado para dar de lactar a su hijo. En consecuencia, el Tribunal dispuso que es necesario que, tanto el Parlamento Andino, como cualquier institución del SAI, adecúen un lactario privado, cómodo, calmo e higiénico en sus instalaciones si hubiera al menos una madre lactante en el lugar de trabajo y esta no contara con un espacio idóneo para ejercer este derecho.

En cuanto a la ausencia de pago de beneficios laborales consistentes en viáticos por residencia y movilización, el Tribunal encontró que la normativa interna del Parlamento Andino que preveía este tipo de beneficios está orientada a cubrir los gastos adicionales que los parlamentarios andinos incurran para trasladar su residencia a la ciudad sede de su respectiva oficina nacional. En el caso concreto, la exparlamentaria andina residía en Quito (sede de la ORPNE) al momento de su elección, pero con el nacimiento de su hijo, decidió mudarse a la ciudad ecuatoriana de Ibarra. Con ello, no se cumplía la condición de que la exparlamentaria andina tuviese que trasladar su residencia a Quito para ejercer sus funciones, puesto que ella ya vivía en Quito. Sin embargo, en el proceso quedó acreditado que el Parlamento Andino (a través de su Mesa Directiva y la sesión plenaria) dispuso a la ORPNE continuar con los trámites necesarios para hacer efectivos esos rubros, reconociendo así el derecho. El Tribunal estableció que no puede negar un derecho reconocido en favor de la demandante por parte del demandado, por lo que declaró fundado ese extremo de la demanda.

Por último, el Tribunal se pronunció sobre los supuestos actos de discriminación, violencia y acoso laboral por razones de género que la demandante alegó. El TJCA

definió acoso laboral como todo comportamiento atentatorio contra la dignidad de una de las partes en una relación laboral o entre trabajadores, que tenga como consecuencia un menoscabo, maltrato, humillación, o bien amenace o perjudique la situación laboral de la víctima. En el acoso existe un ánimo malicioso de dañar; es decir, constituye un acto doloso. Para determinar la existencia de violencia o acoso laboral, se debe evidenciar una intención de lesionar derechos, se debe evidenciar una actuación dolosa. El análisis, explica el Tribunal, debe realizarse con base en las particularidades de cada caso, considerando la posible existencia de asimetrías de poder entre los involucrados.

La demandante alegó que la ausencia de normativa específica en el Parlamento Andino que le permitiese ejercer sus derechos de maternidad atentaba contra sus derechos. El Tribunal estableció que para determinar que una entidad no restringe antijurídicamente un determinado derecho basta comprobar que su normativa interna no contradiga directamente estos derechos y que la entidad no impida objetivamente su ejercicio.

En el caso concreto, dado que los derechos de maternidad son derechos humanos y que estos no exigen una previsión normativa específica para su ejercicio, la ausencia de una figura de licencia por maternidad en el régimen del Parlamento Andino no constituye *per se* una violación a estos derechos. Ahora bien, durante el proceso quedó acreditado que el Parlamento Andino no reconoció de manera oportuna y clara los derechos de la demandante, lo que afectó su plena vigencia. Sin embargo, el Tribunal consideró que estos actos ocurrieron por negligencia (falta en el deber de cuidado) o por impericia en el manejo de la norma. La demandante no comprobó la existencia de mala fe o intencionalidad dolosa de hacer daño; motivo por el cual no se comprobó la existencia de acoso o violencia laboral en este sentido.

En cuanto al accionar de la ORPNE, la demandante alegó discriminación y violencia laboral en la negativa de reconocerle el pago de viáticos. El Tribunal consideró que, a pesar de la existencia del reconocimiento del derecho a viáticos por parte del Parlamento Andino, su vicepresidente siguió dudando sobre el pago de estos montos. Este accionar podría, a juicio del Tribunal, delatar ignorancia sobre el principio de *in dubio pro operario*[19], incomprensión sobre el alcance o naturaleza del pronunciamiento del Parlamento Andino, así como también podría deberse a intentos de protección frente a posibles acciones gubernamentales. Durante el proceso, no se presentó evidencia que descarte causas alternativas a un posible acoso. Así, en aplicación del principio de presunción de inocencia, el Tribunal no declaró la existencia de violencia laboral en este extremo.

Por otro lado, la demandante alegó que la ORPNE publicó indebidamente su información personal, lo cual conllevó que la exparlamentaria andina sea sujeto de ataques por redes sociales. En este tema, el Tribunal, si bien reiteró la importancia de que los organismos del SAI traten con la debida diligencia la información personal de sus empleados, no encontró evidencia que descarte negligencia o acredite dolo. En

[19] En caso de duda, debe optarse por la opción que más beneficia al trabajador.

consecuencia, tampoco se acreditó la existencia de violencia o acoso laboral en este extremo.

4. Estadísticas

En el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA recibió 28 demandas laborales, de las cuales resolvió 25, encontrándose en trámite 3. El organismo del SAI más demandado ha sido la SGCA con 10 demandas en su contra, seguida por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Central – Bolivia) con 9 demandas en su contra.

5. Conclusiones

La figura de la acción laboral nació como respuesta a la problemática relativa a la posible indefensión en materias laborales de la que podrían haber sido sujetos los funcionarios y empleados de las instituciones del SAI. Por un lado, el carácter supranacional y comunitario impide que las controversias por trabajo se ventilen en sede nacional; por otro lado, la ausencia de una competencia expresa en las primeras disposiciones normativas constitutivas del Tribunal impedían que el organismo jurisdiccional comunitario tuviese la potestad de dirimir estos conflictos. Esta realidad se reconoció durante la preparación y suscripción del Protocolo de Cochabamba, el cual modificó el Tratado de Creación del TJCA para incluir entre sus competencias la potestad de dirimir controversias laborales entre empleados y funcionarios del SAI y sus empleadores.

El tiempo ha demostrado, sin lugar a duda, que fue un acierto la atribución de competencias al TJCA para conocer las controversias laborales que se susciten en las instituciones del SAI. La jurisprudencia del TJCA se ha encargado de nutrir los alcances de la acción laboral y de fortalecer esta materia en *pro* de los funcionarios y trabajadores de las instituciones del SAI, quienes coadyuvan con el fortalecimiento de la Comunidad Andina.

Quito, diciembre de 2023.

***

SUBCAPÍTULO IX

EL RECURSO POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Juan Manuel Indacochea Jauregui

Juan Manuel Indacochea Jauregui

El autor es docente universitario del curso derecho del comercio internacional, temas de derecho mercantil y derecho procesal civil I en la Universidad Científica del Sur (UCSUR), así como de barreras no arancelarias en la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL), dictando clases para el alumnado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), además de clases de nivel doctoral. Asimismo, es asesor legal del Decanato de Contabilidad de la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). El autor es magíster en Derecho Internacional por la Universidad de Paris-Nanterre, Francia; así como magíster en Propiedad Intelectual por el Centre d'Études Internationales de la Propriété Intelectuelle (CEIPI) de la Universidad de Estrasburgo, Francia. Cuenta igualmente con estudios aprobados en Sciences Po Lyon, Francia; y, es abogado titulado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Adicionalmente, el autor ha sido consultor interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), así como especialista legal del Viceministerio de Comercio Exterior (VMCE) del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú (MINCETUR). Asimismo, ha sido docente en diversas universidades del Perú, entre las cuales destacan sus enseñanzas al INDECOPI, específicamente en el área relativa a los obstáculos técnicos al comercio. El autor es miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Lima (CAL). Es exmiembro de la Asociación de Profesionales Europeos de Patentes de Europa (APEB, por sus siglas en francés). Actualmente, es director general de la Sociedad Peruana de Propiedad Intelectual (SPPI). Cuenta con publicaciones indexadas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú; así como en diversos idiomas, como inglés, francés y portugués.

A este respecto, cabe mencionar que es autor de artículos especializados en propiedad intelectual, en inglés y francés, así como autor del primer capítulo del "Manual de Derecho en los Negocios" de Thomson Reuters. Además, es autor de la tesis de maestría intitulada «*Droits de propriété intellectuelle traditionnels: La nouvelle génération de droits de propriété intellectuelle*».

El autor ha sido ponente en conferencias internacionales realizadas en diversos países de Latinoamérica, siendo invitado a diversas entrevistas académicas. Finalmente, cabe mencionar que ha sido árbitro en múltiples arbitrajes de concursos académicos nacionales e internacionales, entre los cuales destaca el Moot Court de Propiedad Intelectual.

ID: https://orcid.org/0000-0002-4103-6638.

***

EL RECURSO POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO[1]

Juan Manuel Indacochea Jauregui

Palabras clave
Tribunal Andino. Recurso por omisión. Derecho comunitario. Derecho andino. Supranacionalidad. Primacía. Autonomía.

Keywords
Andean Court. Action for failure to act. Community Law. Andean Law. Supranationality. Primacy. Autonomy.

Resumen

El recurso por omisión o inactividad constituye una de las acciones menos utilizadas, tanto por los Países Miembros de la Comunidad Andina como por sus particulares, a pesar de ser una de las más importantes de aquellas pasibles en virtud del ordenamiento jurídico andino. Guarda similitud con el recurso por omisión previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, el Derecho andino posee sus propias particularidades que han sido desarrolladas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Abstract

The Action for failure to act is one of the least used legal actions by Member Countries of the Andean Community and by their citizens despite being one of the most important of those feasible under the Andean legal system. It is similar to the Action for failure to act regulated in the Treaty on the Functioning of the European Union. However, the Andean law has its own particularities that have been explained by the Court of Justice of the Andean Community.

1. Introducción

El Tribunal Andino o Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **TJCA**) es uno de los tribunales supranacionales más concurridos; y, el recurso por omisión, por su parte, una de las acciones comunitarias más significativas y eficientes,

[1] El autor desea agradecer a Mariohr Pacheco Sotillo, abogada asesora en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su colaboración en la revisión final de este trabajo.

siendo paradójicamente a la vez una de las más ignoradas –e incluso menospreciadas– que existen.

El recurso por omisión o inactividad —*recours en carence* o *Action for failure to act*— constituye uno de los mecanismos procesales comunitarios más importantes y a la vez uno de los menos reconocidos. Los Países Miembros y los particulares no parecen conocer cuánto puede servir esta herramienta procesal internacional. En efecto, este mecanismo lleva arraigada una historia con un importante pasado, siendo una de las acciones comunitarias más empleadas a comienzos de la década del 2000.

El artículo 37 del Tratado de Creación del TJCA[2] (concordante con el Capítulo IV del Título Tercero del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[3]), similar al artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[4], prevé la

---

2 **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**.-**

«Del Recurso por Omisión o Inactividad

Artículo 37.- Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del Artículo 19 de este Tratado, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Si dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso.

Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Dicha providencia, que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.»

3 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 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 **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.-**

«*Artículo 265*
(antiguo artículo 232 TCE)
En caso de que, en violación de los Tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. El presente artículo se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse.

Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

posibilidad de interponer un recurso por omisión cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en lo sucesivo, **CAMRE**), la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General (en adelante, **SGCA**), se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, **CAN**); a dichos órganos, a los Países Miembros o a las personas naturales o jurídicas que se subsuman en las condiciones del artículo 19 de este Tratado, facultándoseles la interposición de la acción judicial comunitaria tendiente al cumplimiento de dichas obligaciones.

En relación con las acciones pasibles en el Derecho comunitario, es pertinente mencionar que todas se encuentran contempladas en el Derecho primario u originario de la CAN, como lo constituye el Tratado de Creación del TJCA. Asimismo, todas se rigen por los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico de la CAN. Entre los mecanismos procesales más reconocidos del ordenamiento jurídico comunitario andino, es apropiado rescatar la acción de nulidad, la acción de incumplimiento y el recurso por omisión.

2. Las particularidades del Derecho comunitario andino

Entre las fuentes del Derecho comunitario andino, es posible identificar aquellas fuentes típicas enumeradas en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA, así como aquellas atípicas o "derivadas" del ordenamiento jurídico comunitario andino. Uno de los aspectos más relevantes de estas últimas normas lo constituye el no ser adoptadas directamente por los Países Miembros, sino por órganos creados en virtud del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)[5]. Se trata de disposiciones de obligatorio cumplimiento y jerárquicamente inferiores al derecho primario que siendo "derivadas" se encuentran subyugadas por el derecho primario de la CAN.[6]

Son atribuciones de los propios órganos de la CAN que les delegan los Países Miembros. Por consiguiente, es pertinente remitirnos, en primer lugar, al Acuerdo de Cartagena y al Tratado de Creación del TJCA, como normas primarias del Derecho comunitario andino; y, en segundo lugar, resulta oportuno citar las Decisiones de la Comisión y del CAMRE, así como las Resoluciones de la SGCA.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones, o uno de los órganos u organismos de la Unión un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.»

5 Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), codificado por la 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.

6 Zúñiga Schroder, Humberto. *Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del derecho comunitario andino*, en *Revista de Economía y Derecho*, Volumen 11, número 41, verano de 2014, Lima, Perú.

En un lugar no menos importante, pero sí menos recurrido, se encuentran los Protocolos de Integración Regional, aunque hasta el momento tan sólo se haya suscrito uno. Finalmente, es conveniente referirnos a las fuentes atípicas del ordenamiento jurídico andino, como, por ejemplo, el caso del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, su Reglamento General, las Directrices del Consejo Presidencial Andino, las decisiones el TJCA, etc.[7]

De esta manera, en el ámbito de los procesos de integración, la "supranacionalidad" alude a la transferencia o traslado de competencias soberanas de los Países Miembros a los órganos internacionales que fueron creados mediante decisiones autónomas y soberanas[8]. Al respecto, es preciso destacar que la supranacionalidad en el sistema jurídico de integración deriva de los principios que rigen el ordenamiento jurídico andino.

De conformidad con lo establecido por el TJCA, el ordenamiento jurídico de la CAN se rige, entre otros, por los principios de «Presunción de Validez de la Norma Comunitaria», «Aplicación Inmediata», «Efecto Directo», «Primacía» (denominado también de preeminencia, de prevalencia o, incluso, de supremacía) y «Autonomía». Los referidos principios han sido desarrollados por el TJCA, en el marco del Proceso 5-AI-2007, en los términos siguientes:[9]

> «**1. Principio de Presunción de Validez de la Norma Comunitaria.** Es un desarrollo del llamado "principio de legalidad" en el ámbito comunitario. Por el cual, la norma comunitaria se presume válida, vigente y aplicable mientras no sea declarada su nulidad, derogada, suspendida su aplicación, o declarada inaplicable para un caso particular. En este contexto, la norma comunitaria vigente, válida y aplicable, debe ser de obligatorio cumplimiento por parte de todos los Países Miembros.
>
> **2. Principio de Aplicación Inmediata.** Este principio significa que la norma comunitaria andina se incorpora al ordenamiento jurídico de los Países Miembros de manera automática, esto es, sin necesidad de ningún proceso de recepción, incorporación, homologación o exequátur.
> (…)
>
> **3. Principio de Efecto Directo.** Esto es, que la norma comunitaria andina genera derechos y obligaciones de carácter inmediato en cabeza de los nacionales de los Países

---

7 Gómez Apac, Hugo. *El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino,* en AA.VV., *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*. Editorial San Gregorio, Portoviejo, Ecuador, 2019, pp. 44-47.

8 Vergara Quintero, Luis Rafael. *La importancia del control Jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino,* en AA.VV., *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*. Editorial San Gregorio, Portoviejo, Ecuador, 2019, p. 137.

9 TJCA. Sentencia de fecha 15 de julio de 2009, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1777 de fecha 18 de noviembre de 2009.

> Miembros, valga decir, sin necesidad de que existan normas jurídicas internas que los desarrollen o reglamenten.
> (…)
>
> **4. Principio de Primacía.** Este principio, establece la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario andino y otros sistemas normativos, dentro de los que se incluye el ordenamiento interno de los Países Miembros y las normas internacionales multilaterales, plurilaterales o bilaterales. El Tribunal en reiterada jurisprudencia ha delimitado este principio, estableciendo que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho Interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario y las demás normas de Derecho Internacional.
> (…)
>
> **5. Principio de Autonomía.** Este principio es un efecto y un complemento claro del Principio de Primacía. Consagra al ordenamiento jurídico comunitario andino como un "sistema jurídico", es decir, como un todo coherente dotado de unidad, basado en un conjunto de principios y reglas estructurales que se derivan de él mismo, sin soportarlas en ningún otro ordenamiento jurídico…»

Entre los principios mencionados, es preciso destacar aquel de primacía, preeminencia o prevalencia –inicialmente también denominado como de supremacía– del ordenamiento jurídico de la comunidad andina, respecto del cual el TJCA ha indicado lo siguiente:[10]

> «Este Tribunal ha manifestado en reiterada jurisprudencia la prevalencia de la que goza el ordenamiento comunitario andino respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las normas de derecho internacional, en relación con las materias que regula el orden comunitario. En este marco, ha establecido que, en caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros, al igual que entre el derecho comunitario y las normas de derecho internacional, prevalece el primero…
>
> La doctrina prevaleciente, por ello mismo, se inclina con toda decisión por el principio de la aplicación preferente del derecho comunitario, siempre que entre en conflicto con el derecho nacional o internacional. En consecuencia, la disposición normativa, interna o contenida en un tratado suscrito por el respectivo País Miembro, que sea contraria a la norma comunitaria, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse en el caso concreto, bien sea anterior o posterior a la norma comunitaria…»

Además, otro principio que resulta fundamental enfatizar a fin de comprender las diversas particularidades del ordenamiento jurídico de la CAN y, por consiguiente, de la jurisprudencia comunitaria andina, es el principio de autonomía. En relación con el referido principio, es pertinente citar el pronunciamiento del TJCA dictado con ocasión de la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 546-IP-2015 a propósito de la relación entre una norma comunitaria, como la Decisión 486 de la Comisión de

[10] TJCA. Interpretación Prejudicial del 18 de agosto de 2016, recaída en el Proceso 546-IP-2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2824 de fecha 11 de octubre de 2016.

la Comunidad Andina, y un tratado internacional, como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial:[11]

> «…En virtud de los referidos Principios de Autonomía y Primacía del Ordenamiento Comunitario, las normas que lo integran -tanto las primarias como las derivadas- deben surtir la plenitud de sus efectos, de manera uniforme, en todos los Países Miembros. En consecuencia, las normas de los ordenamientos nacionales, sean de origen interno o internacional, no pueden menoscabar o contrariar los imperativos comunitarios. De allí que la Comunidad Andina, si bien no se encuentra vinculada por los tratados que celebren individualmente los Países Miembros, como es el caso del Convenio de París, puede tomarlo como una referencia, ya que los cuatro Países Miembros son parte del mismo[14].
>
> [14] Véase, a modo referencial, la interpretación prejudicial expedida dentro del Proceso 23-IP·2012 de 23 de agosto de 2012, p. 6.»

Asimismo, respecto del referido principio de autonomía, cabe hacer referencia a la Sentencia del TJCA del 27 de junio de 2002, dictada en el marco del Proceso 1-AI-2001:[12]

> «…cabe reiterar que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado constitutivo de la Comunidad. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad –tanto el primario como el derivado– no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional, de dichos Países. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales.»

En consecuencia, es posible inferir que el ordenamiento jurídico comunitario andino es un cuerpo normativo que, a diferencia de las demás normas de derecho internacional, así como de las normas de derecho nacional o interno, es autónomo respecto de éstas en virtud de sus propias fuentes y principios jurídicos.

Adicionalmente, únicamente restaría mencionar el principio de complemento indispensable, el cual es definido por el magistrado Hugo R. Gómez Apac de la siguiente manera:[13]

> «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

[11] *Ibidem.*, p. 9.

[12] TJCA. Sentencia de fecha 27 de junio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 818 de fecha 23 de julio de 2002, p. 26.

[13] Gómez Apac, Hugo R. *op. cit*., pp. 54-55.

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 Nº 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.»

El mencionado magistrado comunitario, recuerda además que, en relación con el principio de complemento indispensable, el TJCA ha manifestado lo siguiente:[14]

«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 Nº 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.»

Asimismo, el citado magistrado hace referencia a la siguiente jurisprudencia del TJCA:[15]

«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

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

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 Nº 81-IP-2017 de fecha 16 de julio de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nº 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.»

Por lo expuesto anteriormente, es posible derivar los principios anteriormente mencionados, aquel relativo al carácter supranacional y autónomo del ordenamiento jurídico comunitario andino respecto de tratados internacionales, así como de normas internas de sus Países Miembros. Principalmente, a raíz de los principios de primacía y de autonomía, así como de los demás principios rectores explicados precedentemente.

En consecuencia, la posibilidad de dictar normas que relacionen directamente al órgano intergubernamental con los particulares tiene como base el carácter supranacional del proceso de integración andino: la supranacionalidad. De este modo, se da origen a una nueva rama del Derecho, el Derecho de la integración o el Derecho comunitario de la integración. Así, el derecho supranacional generado constituye el elemento unificador y catalizador de este proceso de integración voluntaria, tal como la fuerza lo es en un proceso hegemónico.[16]

Por lo tanto, es consecuente inferir que las acciones comunitarias se derivan, de acuerdo con sus propias particularidades, del ordenamiento comunitario andino. Así, si bien en sus inicios el TJCA no tuvo la oportunidad de resolver los denominados recursos por omisión, a partir del 2003 se dio un surgimiento nada desdeñable de este mecanismo procesal comunitario.

3. El recurso por omisión ante el TJCA

El recurso por omisión procede cuando el CAMRE, la Comisión o SGCA, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la CAN; ante lo cual, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas pueden estar facultados para interponer el recurso por omisión a fin de lograr el cumplimiento de dichas obligaciones.

Como se explicó anteriormente, el recurso por omisión o inactividad fue uno de los más empleados inicialmente, aunque no lo suficiente, tanto por los Países Miembros como por los particulares. En efecto, el recurso por omisión fue uno de los más utilizados a partir de la década del 2000.

[16] Sutter Schneide, Eduardo. *El Derecho de la Integración: sus características*. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1968, p. 14.

El primer recurso por omisión, intitulado 76-RO-2003[17], fue interpuesto por la República del Perú contra la SGCA y resuelto por el TJCA el 6 de octubre de 2003 por no haber emitido pronunciamiento sobre la Resolución 145 del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones de la República del Ecuador, el cual fue declarado procedente en su oportunidad.

El segundo recurso por omisión fue presentado igualmente por la República del Perú contra la SGCA, pronunciándose el TJCA el 22 de octubre de 2003. En efecto, el segundo recurso por omisión tiene como denominación el Proceso 70-RO-2003[18] y fue interpuesto por el Perú contra la SGCA por no haber emitido pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración contra la Resolución 576 del mencionado Órgano Comunitario. En tal virtud, el TJCA declaró que la SGCA incurrió en una conducta omisiva al no cumplir con su obligación de resolver el recurso de reconsideración en el plazo establecido en el artículo 44 de la Decisión 425.

El tercer recurso por omisión fue presentado por un particular. En el marco del Proceso 02-RO-2006[19], Masisa Colombia S.A. demandó por supuesta omisión a la SGCA y el TJCA se pronunció al respecto el 26 de julio de 2006. Sin embargo, en este caso, el TJCA decidió abstenerse de conocer la demanda presentada por dicho particular, por haber operado la sustracción de la materia.

El cuarto recurso por omisión fue igualmente interpuesto por un particular, en el marco del Proceso 01-RO-2006. En aquella oportunidad, dicho recurso fue presentado por la sociedad Gravetal Bolivia S.A. y dirigido nuevamente contra la SGCA en relación con una solicitud de eliminación de requisitos específicos de origen para la exportación intrasubregional de productos oleaginosos. El 5 de diciembre de 2006 el TJCA declaró fundadas las excepciones previas de indebida naturaleza de la acción y por falta de objeto de la demanda.[20]

El quinto recurso por omisión a nivel comunitario andino fue presentado por la República del Perú a través del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (**MINCETUR**) contra la SGCA, en el marco del Proceso 01-RO-2007, en relación a la solicitud de pronunciamiento prevista en el artículo 91 del Acuerdo de Cartagena, siendo finalmente declarado infundado 27 de junio de 2007 por el TJCA a pesar de declararse igualmente infundadas las excepciones previas propuestas por la SGCA.[21]

---

17 TJCA. Sentencia de fecha 6 de octubre de 2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1013 de fecha 14 de noviembre de 2003.

18 TJCA. Sentencia de fecha 22 de octubre de 2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1033 de fecha 10 de febrero de 2004.

19 TJCA. Auto de fecha 26 de julio de 2006, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1956 de fecha 22 de junio de 2011.

20 TJCA. Auto de fecha 5 de diciembre de 2006, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1458 de fecha 24 de enero de 2007.

21 TJCA. Sentencia de fecha 27 de junio de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1534 de fecha 24 de agosto de 2007.

El sexto recurso por omisión presentado se dio en el Proceso 02-RO-2007, siendo interpuesto por un particular contra la SGCA. En este caso, el TJCA, considerando infundadas las excepciones previas interpuestas por la SGCA, declaró procedente el recurso por omisión presentado por el señor Julio César Peñaherrera Astudillo contra la SGCA por haber incurrido en la conducta omisiva de no conceder un plazo de quince (15) días hábiles para que regularizara el escrito de reclamo por incumplimiento presentado, de conformidad con el artículo 15 de la Decisión 623[22]. [23]

Por último, en el caso de la SGCA, es importante tener en consideración que el artículo 3 de su Reglamento de Procedimientos Administrativos prescribe lo siguiente: «El Secretario General no podrá dejar de resolver todos los asuntos que dentro de su ámbito de competencia sean sometidos a su consideración.»[24]

4. Conclusiones

En suma, el recurso por omisión constituye una de las acciones más significativas entre los procesos comunitarios, aunque una de las menos empleadas por los Países Miembros y los particulares con posterioridad al 2000. Se rige, al igual que las demás acciones comunitarias, por los mismos principios; y, puede ser cuestionada por las mismas excepciones previas.

En la construcción de la jurisprudencia en torno al recurso por omisión, la República del Perú jugó un rol importante, al presentar los primeros dos (2) casos ante el TJCA contra la SGCA, ganando ambos. Posteriormente, los particulares sacarían igualmente provecho de este mecanismo procesal comunitario andino.

El artículo 37 del Tratado de Creación del TJCA, al igual que su símil europeo, es decir, la acción contemplada en el artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, prevé la posibilidad de interponer un recurso por omisión cuando el CAMRE, la Comisión de la Comunidad Andina o la SGCA, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la CAN; ante lo cual, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones referidas en el artículo 19 de este Tratado, pueden requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

---

22 Decisión 623, «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1221 del 25 de julio de 2005.

23 TJCA. Sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1566 de fecha 29 de noviembre de 2007.

24 Decisión 425, «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 314 del 18 de diciembre de 1997.

Sin embargo, el Derecho comunitario andino posee sus propias particularidades, principalmente, en virtud al Principio de Autonomía desarrollado por el TJCA, el cual permite tener independencia de las normas internacionales, así como del derecho interno de los Países Miembros.

En ese sentido, el TJCA ha permitido la evolución del Derecho de integración, al procurar su distinción de las demás fuentes del Derecho, tanto internacional como nacional. Es preciso realizar esta diferenciación a fin de poder entender a fondo el Derecho de integración y comprender el vasto desarrollo jurisprudencial que ha llevado a cabo el TJCA.

Lima, diciembre de 2023.

***

CAPÍTULO VII

APORTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA AL DERECHO COMUNITARIO COMPARADO

SUBCAPÍTULO I

LOS INFORMES ORALES EN LOS PROCESOS DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES

Fernando Triana
Sandra Méndez
Sandra Ávila-González

Fernando Triana

Socio y fundador de la firma Triana, Uribe & Michelsen en Bogotá, Colombia. Ha ejercido su profesión de abogado en las áreas relacionadas con el derecho de la Propiedad Intelectual por 36 años. Ha sido incluido en la lista de *«Best Lawyers»* desde el año 2013, en las áreas de Derecho Corporativo, Propiedad Intelectual y Litigios. Listado en primer lugar para Colombia por la guía «*World Trademark Review 1000*». Nominado por los abogados internos de empresa y sus colegas locales en la Guía de Expertos: *«Best of the Best Latin America»*, como uno de los cuarenta más destacados profesionales del derecho marcario en Latinoamérica. Listado por *«Chambers Latin America»* entre los más destacados practicantes en el área de Propiedad Intelectual en Colombia. Se desempeña como árbitro y mediador de varios Centros de Arbitraje y Conciliación. Es miembro activo de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI), de la *«International Trademark Association»* (INTA), de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual (AIPPI), de la Asociación Americana de la Propiedad Intelectual (AIPLA), de la Asociación Colombiana de la Propiedad Intelectual (ACPI) y de la Asociación de la Barra Americana (ABA), desempeñando cargos directivos y actuando en distintos comités.

Sandra Méndez

Abogada con formación académica en derecho probatorio y magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia. Con trayectoria profesional en la asesoría de clientes en análisis de riesgos en etapas precontractual, contractual y post contractual, procesos de negociación directa, conciliación y atención de litigios ante autoridades judiciales, administrativas y arbitrales, en asuntos relacionados con conflictos de naturaleza civiles y comerciales, competencia desleal, derecho del consumidor, propiedad intelectual y responsabilidad contractual y extracontractual en los ámbitos Civil y Estatal. Vinculada laboralmente con la firma Triana, Uribe & Michelsen desde el año 2001 y socia para el departamento de Litigios desde el año 2017.

Sandra Ávila-González

Socia de la firma Triana, Uribe & Michelsen. Es especialista en Derecho Comercial y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Ejerce en las áreas relacionadas con el derecho de la Propiedad Intelectual por más de 18 años. Ha sido profesora de Derecho Comercial, Regulación de los Negocios y Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Javeriana desde el año 2008. Ha sido reconocida internacionalmente en las guías *«World Trademark Review 1000»*, *«Leaders League»* y reconocida como experta en *«Getting the Deal Through»*.

***

LOS INFORMES ORALES EN LOS PROCESOS DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES

Fernando Triana
Sandra Méndez
Sandra Ávila-González

Palabras clave
Informes orales. Interpretaciones prejudiciales. Intervención de las partes. Acto aclarado. Jurisprudencia. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Keywords
Hearing. Preliminary rulings. Party intervention. Clarified act. Jurisprudence. Andean Community Court of Justice.

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha evolucionado al punto en el que sus decisiones en el marco de Interpretaciones Prejudiciales pueden ser permeadas no solo por la opinión de organismos o instituciones nacionales o internacionales, sino también por los puntos de vista de los partes formulados *in abstracto*, sin que ello implique comprometer la imparcialidad de la corte andina. Esto constituye un desarrollo que permite comprender el motivo por el cual las interpretaciones prejudiciales son relevantes para las autoridades nacionales y la evolución del entendimiento de las regulaciones aplicables.

Abstract

The Andean Community Court of Justice has evolved to the point in which its Preliminary Rulings can be permeated not only by the opinions of international or national organizations and institutes, but also by the parties, without compromising in any way the impartiality of the Court and allowing the parties to present their views, even in an abstract response to the questions of the Court. This is a development that helps to acknowledge why Preliminary Rulings are relevant for the authorities and the evolution of the understanding of the applicable regulations.

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (también referenciado como **Tribunal** o **TJCA**) inicia como ese organismo lejano, distante de las partes, accesible únicamente a las autoridades nacionales, pero como todo organismo, evoluciona. Esa evolución sucede, porque si bien los hechos específicos del caso no son materia de interpretación, solo las normas aplicables a los casos, lo cierto es, que muchas veces, existen detalles, minucias que son relevantes para las partes y que se resuelven con la interpretación de las normas, que no siempre se reflejan en los cuestionamientos realizados por la autoridad.

Esa evolución se ve claramente en la regulación y práctica de los informes orales. Los cambios que permiten a las partes acercarse al TJCA y poder transmitir las preocupaciones específicas de los casos tramitados ante las autoridades nacionales y que generan un enriquecimiento no solo para las partes, sino para la Comunidad Andina en general.

2. Contenido

2.1. Importancia de la interpretación prejudicial

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su artículo 32, señala a la interpretación prejudicial como una atribución exclusiva del TJCA, para el aseguramiento de una aplicación unificada del ordenamiento legal comunitario.

Esta previsión de pronunciamiento previo sobre el alcance de las disposiciones comunitarias, que no es exclusiva de la regulación desarrollada por la Comunidad Andina sino que se comparte con otros ordenamientos del mismo tipo, como lo señala García citado por Dueñas[1], tiene su razón de ser en la necesidad de que el esfuerzo de regulación con alcance multilateral no se diluya al momento de su aplicación; riesgo que se generaría al dejar la competencia de la interpretación de la norma supranacional a las autoridades judiciales de cada Estado Parte. Ello daría lugar a la posibilidad de que se presenten posiciones diferentes frente a la aplicación de un mismo canon, situación que como indica el autor en cita, necesariamente desembocaría en la afectación del fin último de esa regulación conjunta, el cual concluimos, no es otro que buscar un entendimiento uniforme de un punto de derecho vinculado a la normativa comunitaria bajo la cual se debe resolver una controversia judicial.

De ahí entonces que la interpretación prejudicial revista una importancia suprema, sirviendo como un verdadero elemento integrador del sistema dispositivo de la Comunidad Andina, al propender por establecer un sentido único para la aplicación

[1] Juan Carlos Dueñas Muñoz, *La Interpretación prejudicial ¿piedra angular de la integración andina?, e*n AA.VV, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Christian Steiner, Editor), Konrad-Adenauer Stiftung E.V., Montevideo, 2011, pp 29-58. Disponible en: *https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=e5ca668f-e7b5-88ed-56c3-0067f31ad756&groupId=252038* (consultado el 24 de enero de 2024).

de la norma que debe ser tenida en cuenta en la resolución de las controversias en las cuales se debaten asuntos que deban ser analizados a la luz de la regulación acogida conjuntamente por los países que hacen parte de la Comunidad Andina, estableciéndose así, como se indicó en el pronunciamiento recogido en la Interpretación Prejudicial 1-IP-87:

> «un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias…»[2]

Así, este sistema de colaboración que a partir de la interpretación prejudicial se establece entre el juez nacional y el TJCA. Como lo indica Mendoza[3], no constituye un vínculo jerárquico entre ellos, atendiendo a que desarrollan un trabajo conjunto en la aplicación del derecho comunitario, buscando armonizar su sentido y alcance de la forma más adecuada a los intereses generales y al cumplimiento del objetivo de la regulación andina.

2.2. El informe oral en el marco de la interpretación prejudicial: La evolución normativa de su aplicación, en beneficio de la participación activa y colaborativa de las partes en el ejercicio interpretativo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En esta línea de entendimiento, la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se encuentra claramente encaminada a ser el faro en la interpretación de la norma comunitaria que resulta aplicable por los jueces nacionales al asunto objeto de controversia, siendo esta una facultad que aunque le ha sido otorgada para que sea ejercida por ese órgano de forma privativa, puede involucrar en su desarrollo la emisión de conceptos de expertos e incluso de las partes vinculadas al proceso interno, quienes están llamados a apoyar la labor del Tribunal mediante la presentación de los informes escritos u orales a los que se hace referencia en el artículo 9 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales[4] (en adelante, el **Reglamento de IP**), que como lo ha establecido el

---

2 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 1-IP-87.

3 Yolanda Mendoza, *La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,* en *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, Número 37, 2019, pp. 271-292. Disponible en: *https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/issue/view/1580*. (consultado el 23 de enero de 2024).

4 Aprobado por Acuerdo 08/2017 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 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 No. 3284 del 14 de mayo de 2018, modificado por Acuerdo 03/2022 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 4495 del 7 de julio de 2022.

mismo órgano colegido en sus decisiones[5], se dirigen a que aquellos pueden dar a conocer dentro del trámite su criterio profesional sobre ciertos aspectos puntuales vinculados al asunto en discusión, sin referirse a los hechos específicos del caso cuya decisión compete únicamente a la autoridad interna de cada país miembro.

Esta participación en el trámite de la interpretación prejudicial, ha sido objeto en los últimos años de importantes y pertinentes ajustes en cuanto a su regulación, motivados por la importancia de permitir que exista una intervención activa de los interesados en el desarrollo del trámite, en ejercicio pleno de sus derechos y con el objeto de que aporten al entendimiento de aspectos técnicos o normativos que pueden resultar relevantes para el desarrollo de la labor interpretativa, teniendo en cuenta la especialidad que en ocasiones revisten los temas que resultan vinculados a la aplicación de la normatividad andina, sobre los cuales se requiera un enriquecimiento conceptual.

De esta manera, la previsión contenida en el artículo 9 del Reglamento de IP, en su primera versión establecía una facultad de ejercicio excepcional de ese cuerpo colegiado, para que, en el marco del trámite de la interpretación prejudicial, solicitaran tanto a las autoridades de los países miembros como a instituciones internacionales especializadas, la presentación de informes orales o escritos sobre aspectos técnicos o normativos vinculados al tema de debate, debiendo convocar a la entidad o juez consultante a la exposición de correspondiente, cuando el concepto debiera rendirse de forma oral:

> «**Artículo 9.- Informes escritos u orales de carácter técnico y/o normativo.-**
> 9.1. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Artículo 36 de su Estatuto, y de modo excepcional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina podrá solicitar a las autoridades de los Países Miembros, así como a organizaciones e instituciones internacionales, informes escritos u orales sobre aspectos de carácter técnico y/o normativo.
> 9.2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pondrá en conocimiento del órgano administrativo o jurisdiccional consultante la realización del informe oral a que se refiere el numeral 9.1 precedente para que asista a él si lo considera pertinente.»

Así entonces, en esta primera etapa normativa y conforme el tenor literal de la reglamentación, las partes no estaban llamadas a ser necesariamente vinculadas a esta fase de emisión de conceptos dentro del trámite de la interpretación prejudicial, la cual podía entonces ser agotada por exclusiva iniciativa del TJCA y únicamente con la obligatoria convocatoria de la entidad administrativa o autoridad judicial consultante a la diligencia de exposición del informe oral, cuya participación dentro de la misma tenía además un carácter meramente voluntario.

---

5 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto de fecha 19 de agosto de 2020 dentro del trámite de Interpretación Prejudicial N° 02-IP-2019, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 4050 del 19 de agosto de 2020.

Esta disposición fue posteriormente objeto de una reforma adoptada mediante el Acuerdo 04/2018 de fecha 14 de mayo de 2018, en el cual en un primer avance por permitir una integración a este trámite de las partes involucradas en el proceso interno dentro del cual se ha requerido la interpretación prejudicial, se planteó la posibilidad de que el Tribunal de forma excepcional, las convocara para que asistieran a la audiencia en la cual se haga entrega del informe oral que previamente se hubiera requerido a las autoridades de los países miembros o las organizaciones internacionales especializadas en las materias específicas vinculadas al asunto:

> «**Artículo 9.- Informes escritos u orales de carácter técnico y/o normativo.-**
> 9.1. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Artículo 36 de su Estatuto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina podrá solicitar a las autoridades de los Países Miembros, y a las organizaciones e instituciones internacionales o nacionales vinculadas con las materias a que se refiere la solicitud de Interpretación Prejudicial, informes escritos u orales sobre aspectos de carácter técnico y/o normativo.
> 9.2. De modo excepcional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina podrá convocar a todas las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo, a los informes orales a que se refiere el Numeral 9.1 precedente.
> 9.3. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pondrá en conocimiento de los órganos administrativos o jurisdiccionales consultantes la realización de los informes orales a que se refiere el Numeral 9.1 precedente, para que asistan a ellos si lo considera pertinente.»

A partir de este cambio, se permitió entonces una mayor participación de las partes en la actividad de apoyo a la autoridad de interpretación comunitaria, para esclarecer aquellos aspectos complejos vinculados a la controversia en la cual se deben aplicar las normas de la Comunidad Andina, cuyo entendimiento resulta necesario a efectos de establecer claramente el alcance de la interpretación prejudicial, pues si bien la labor del TJCA no está dirigida a dar solución al fondo de la controversia, sí cumple un fin de orientación con carácter vinculante sobre el entendimiento de las disposiciones supranacionales, siendo entonces de relevancia que se expongan los conceptos que ilustren el conocimiento del Tribunal sobre aquellos aspectos técnicos o normativos que inciden en el debate, y que por supuesto se ven impactados por la aplicación de la normativa comunitaria.

Bajo este misma reforma, a partir de la modificación de la regla de intervención contenida en el artículo 6 del Reglamento de IP[6], también se habilitó a las partes a la

[6] «**Artículo 6.- Preguntas e informes de carácter técnico y/o normativo.-**
6.1. La autoridad administrativa, juez o árbitro consultante, así como las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo, podrán formular preguntas o remitir informes de carácter técnico y/o normativo relacionados con el contenido y alcances de la norma andina a ser interpretada.
6.2. La autoridad administrativa, juez o árbitro consultante recopilará las preguntas formuladas y los informes presentados a fin de incorporarlos a la solicitud de interpretación prejudicial, pudiendo rechazar las preguntas o informes que considere

presentación de informes escritos sobre aspectos técnicos o normativos, los cuales a pesar de estar dirigidos a poner en conocimiento del TJCA el criterio de las partes vinculadas al proceso de un punto técnico o normativo, deberían ser tramitados por conducto de la autoridad administrativa o judicial que solicita la interpretación prejudicial, la cual realiza un control previo sobre la pertinencia del informe y puede decidir sobre su rechazo en caso de impertinencia o improcedencia por tatar el tema de fondo o tocar aspectos ajenos al caso.

De esta forma, bajo la aplicación de este cambio en la norma de regulación del trámite de interpretación prejudicial, se dio apertura a la realización de las audiencias de informes orales con citación de las partes, la primera de ellas que fue convocada dentro del trámite de Interpretación Prejudicial 186-IP-2017[7] en la cual, en desarrollo de la facultad del Tribunal, se convocó a las partes intervinientes en el proceso y a la autoridad nacional de Colombia especializada, a efectos de que rindieran sus conceptos sobre la convergencia entre la normativa del derecho marcario y de competencia desleal vinculada a la propiedad industrial contenida en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y las normas sobre competencia desleal regentes conforme el derecho interno colombiano.

En la orden de citación a esta audiencia de informe oral, el Tribunal atendiendo a la finalidad última de la misma, fijó los parámetros de los alcances de la actuación de los intervinientes, mediante la formulación de preguntas específicas a cuya respuesta se debía ceñir el informe tanto de la entidad nacional especializada como de las partes, medida de limitación que, como posteriormente lo indicó el Tribunal dentro del trámite que corresponde a la Interpretación Prejudicial en el proceso 02-IP-2019, se sustenta en que: «el informe oral que será convocado por este Tribunal no es una audiencia de pruebas ni en ella se discutirán los hechos relacionados con la controversia», por lo que aquel «tiene por objeto únicamente escuchar aspectos de carácter técnico y/o normativo, y en términos abstractos…»[8].

Esta reglamentación en materia de informes ante el TJCA, tuvo una nueva modificación bajo el Acuerdo 03/2022, publicado en la Gaceta Oficial de fecha 7 de julio de 2022, mediante la cual se consolidó la participación de las partes en ese trámite, la cual pasó de estar limitada únicamente a la posibilidad de que sean convocadas a la audiencia de informes orales, a que el Tribunal pueda requerir de ellas informes escritos, tal y como se permite en relación con las autoridades de los países miembros y las organizaciones internacionales especializadas, e incluso y mucho más relevante aún, a que puedan ellas mismas promover directamente ante el Tribunal, la

> impertinentes o improcedentes, tales como aquellos que tengan por objeto resolver el caso concreto, interpretar la norma nacional o calificar hechos; que contengan asuntos ajenos a la cuestión controvertida; o, que sean repetitivos, sugestivos, ininteligibles u otros.»

7 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto de fecha 5 de junio de 2018, dentro del trámite de Interpretación Prejudicial N°186-IP-2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3313 del 11 de junio de 2018.

8 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *op. cit*., p. 2-3

celebración de las audiencias de informes orales para que se reciban tanto sus conceptos como los de los organismos habilitados para ello, sobre los temas vinculados al asunto materia del debate:

> «**Artículo 9.- Informes escritos u orales de carácter técnico y/o normativo.-**
> 9.1. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Artículo 36 de su Estatuto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina podrá convocar a las autoridades de los Países Miembros, a las organizaciones e instituciones internacionales o nacionales vinculadas con las materias a que se refiere la solicitud de Interpretación Prejudicial, y a las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo, a presentar informes escritos u orales sobre aspectos de carácter técnico y/o normativo.
> 9.2. Las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo podrán solicitar, de manera directa al Tribunal, que convoque a los informes orales a los que se refiere el Numeral 9.1. precedente, especialmente en aquellos casos en los que la consulta prejudicial verse sobre un asunto jurídico controvertido, de alta complejidad, novedoso o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme, previo el pago de las costas procesales por su realización, las cuales serán definidas por el Tribunal al inicio de cada gestión judicial.
> 9.3. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pondrá en conocimiento de los órganos administrativos o jurisdiccionales consultantes la realización de los informes orales a que se refiere el Numeral 9.1 precedente, para que asistan a ellos si lo consideran pertinente.»

Por supuesto que, al tratarse los informes orales de una facultad de ejercicio excepcional del Tribunal, no se trata de un trámite que obligatoriamente deba agotarse durante la emisión de la interpretación prejudicial, de conformidad con lo cual no en todos los eventos en que las partes soliciten la audiencia de que trata el artículo 9 del Reglamento de IP la misma resulta procedente, ya que como lo establece la misma norma reglamentaria, la convocatoria tendrá lugar «en aquellos casos en los que la consulta prejudicial verse sobre un asunto jurídico controvertido, de alta complejidad, novedoso o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme»[9].

Bajo este recorrido en el cambio legislativo, es indiscutible la conclusión que se obtiene sobre el beneficio que los cambios aplicados representan para las partes vinculadas al proceso, quienes pueden integrarse a través de los informes orales a la construcción de la interpretación prejudicial, a efectos de ilustrar al Tribunal sobre los temas especializados que se relacionan con el debate para cuya resolución resultan aplicables las normas desarrolladas por la Comunidad Andina, y sobre los cuales es necesario que se construya un conocimiento que le permita al Tribunal cimentar en mejor manera su juicio, para generar una adecuada orientación en la forma en cómo debe emitirse su pronunciamiento, frente la aplicación de la regulación andina sobre la cual de forma privativa ejerce la función de unificar su entendimiento.

[9] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Acuerdo 03/2022 publicado en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena No. 4495 de fecha 7 de julio de 2022.

2.3. En el ejercicio

Los informes orales son una oportunidad procesal dentro de un trámite judicial o administrativo, para que el TJCA, tenga un mejor conocimiento del caso y de las preguntas específicas de las autoridades y de las partes; para que las autoridades puedan solicitar aclaraciones en relación con casos novedosos o controvertidos; y para que las partes, puedan solicitar pronunciamientos más específicos que los solicitados por la autoridad en curso de un proceso.

Por lo tanto, los informes orales son una puerta a un acercamiento, que le permite a las partes aclarar esas minucias que podrían llegar a cambiar la interpretación de la norma. Si bien es cierto que la norma es clara, la interpretación sí se basa en los hechos específicos del caso y es esa la razón de ser del Tribunal.

Después de la modificación al Reglamento por medio del Acuerdo 03 de 2022[10], se adoptaron como permanentes los informes orales a solicitud de parte, realizados de forma directa.

Los informes orales, dan una invaluable oportunidad a las partes y autoridades nacionales para dar a conocer sus puntos de vista en relación con la interpretación de las normas comunitarias que deben ser aplicadas, en la solución a los diferentes casos que se ponen en consideración de las autoridades nacionales de los países parte de la Comunidad Andina.

Lo más importante es que este canal no se usa en todos los casos, pero sí le permite a las partes interesadas dar un mejor contexto al Tribunal para que su interpretación de las normas en cuestión, sea relevante para las partes, el caso y los jueces que emiten sus decisiones.

En el año 2023, ya en vigencia del Acuerdo 03 de 2022 se tuvo la oportunidad de hacer uso del mecanismo de la audiencia a solicitud de parte ya no como una posibilidad por un vacío reglamentario, sino como una figura debidamente reglamentada y, además, facilitada por los medios tecnológicos que comenzaron a usarse producto de la pandemia.

De esta forma, el procedimiento del informe oral inicia con una solicitud presentada por una parte, dirigida al TJCA. Como requisito esencial para la procedencia de la audiencia, la misma debe versar sobre un asunto jurídico controvertido, de alta complejidad, novedoso o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme.

Esta solicitud es estudiada por el Tribunal y cuando se considera que se cumplen los requisitos exigidos por el Acuerdo 03 de 2022, se admite. Con la admisión, procede

10 *Ibidem.*

el pago de la costa procesal de USD$2.500,00 (Dos mil quinientos dólares americanos), de conformidad con el Acuerdo 01 de 2023, del 9 de febrero de 2023[11].

Una vez realizado el pago de la costa procesal, el Tribunal invita a las partes y a las autoridades vinculadas al caso, a hacer parte del informe oral, para lo cual, realiza unas preguntas que pueden ser absueltas por las partes en curso del informe oral, pero las mismas deben resolverse de forma abstracta.

Las respuestas pueden enviarse de forma escrita y en todo caso, en la fecha y hora señalada para la audiencia, se oye a los invitados, en los tiempos establecidos por el TJCA, teniendo en cuenta las particularidades del caso.

Este informe es tenido en cuenta por el Tribunal para la expedición de la interpretación prejudicial del caso respectivo.

2.4. Relación con el acto aclarado

Ahora bien, teniendo en cuenta que, el informe oral debe versar sobre un asunto jurídico controvertido, de alta complejidad, novedoso o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme, es importante hacer una anotación final sobre el acto aclarado.

La doctrina del acto aclarado fue traída por el TJCA con un trabajo serio incluido en el índice de criterios jurídicos interpretativos que constituyen acto aclarado. Este índice es la clasificación por norma, tema, proceso, fecha, página y párrafo, de lo que consiste en acto aclarado en cada caso.

El acto aclarado tiene una ventaja muy grande y es la reducción de tiempo que supone el trámite de la interpretación prejudicial y la consecuente resolución del trámite nacional. Adicionalmente, le brinda la opción al juez nacional de verificar si el tema es acto aclarado y prescindir de la solicitud de interpretación prejudicial siempre y cuando justifique la misma.

Por lo tanto, existen muchas materias en las que ya existe un pronunciamiento uniforme que incluso es constitutivo de acto aclarado. De esta forma, las solicitudes de informe oral que se realicen en adelante, deberán primero verificar, que la materia en la que recaiga no constituya acto aclarado, pues de lo contrario, dejaría de ser de alta complejidad, novedoso o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme.

3. Conclusiones

La interpretación prejudicial es un mecanismo esencial para la aplicación uniforme de la normatividad andina. La labor interpretativa en cabeza del TJCA, tiene como objeto, además de la aplicación armónica de la norma supranacional, generar un

[11] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Acuerdo 01/2023 publicado en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena No. 5125 de fecha 9 de febrero de 2023.

trabajo colaborativo entre aquel y las autoridades administrativas y/o judiciales de cada uno de los países miembros, con el fin de establecer las pautas bajo las cuales se deberá entender el sentido y alcance de la regulación comunitaria, al momento de resolver las controversias de los asuntos que debe atenderse bajo esta normatividad.

Esta tarea de interpretación de las normas de alcance regional aunque se cumple de manera exclusiva por el TJCA, al tratarse de una facultad que le ha sido otorgada de forma privativa, nunca ha sido del todo excluyente de la participación de las autoridades locales de los Estados miembros o de instituciones especializadas internacionales, quienes desde siempre han estado llamadas a respaldar el cumplimiento de esta labor por parte del organismo multilateral, mediante la atención de las peticiones que en el marco de este procedimiento les sean formuladas por el Tribunal, para conocer sus conceptos, ya sea escritos u orales, sobre aspectos técnicos o normativos vinculados al caso bajo análisis.

Como procedimiento para la creación de las interpretaciones prejudiciales el Tribunal se puede apoyar en instituciones y organizaciones nacionales e internacionales y por medio de las modificaciones al Artículo 9 del Reglamento de IP, también en los informes orales que puedan presentar las partes.

La presentación de los informes escritos u orales, que inicialmente solo tenía lugar por expresa orden del Tribunal y circunscrito a las autoridades de los Estados parte y a las instituciones especializadas, fue objeto de desarrollos regulatorios posteriores que dieron paso a la intervención en este trámite de las partes vinculadas al asunto, permitiéndose, en un primer estadio del cambio normativo que aquellas fueran convocadas a participar en la audiencia de informe oral, a la que en principio solo estaba llamada a ser citada la autoridad nacional consultante, y posteriormente a que el Tribunal pudiera requerir de ellas los informes escritos u orales sobre aspectos técnicos o normativos e incluso que pudieran promover directamente ante el Tribunal la realización de la audiencia de informe oral.

La procedencia del informe oral requerido por las partes, no es una fase de obligatorio cumplimiento por parte del Tribunal durante el procedimiento de Interpretación Prejudicial, sino que por el contrario tiene un carácter excepcional, ya que de acuerdo con la norma debe tratarse de un asunto que revista complejidad, que tenga un carácter novedoso o sobre el cual no existan pronunciamiento jurisprudenciales uniformes.

Esta fue una evolución que tardó varios años en consolidarse. Que por primera vez fue aplicada producto de una interpretación normativa y que por segunda vez ya fue ejercida al tenor de la última modificación del Reglamento de IP.

La participación conjunta de las partes en el desarrollo de los informes orales, permite al Tribunal elaborar de mejor forma su juicio en la interpretación de la norma, atendiendo a que su aplicación en muchas ocasiones impacta aspectos particulares y especializados vinculados a los temas del debate, cuya comprensión resulta clave para poder establecer cuál es el sentido bajo el cual debe entenderse la regulación

comunitaria, cuya aplicación resulta necesaria para solucionar el fondo de la controversia.

La posibilidad de la participación efectiva de las partes en la realización de los informes orales, se ha visto beneficiada a partir de la aplicación de los medios tecnológicos, lo cual por supuesto hace más asequible a los involucrados la asistencia a esta importante fase del proceso, para dar a conocer sus conceptos sobre los aspectos objeto del debate, quienes solo deberán entonces reconocer las expensas fijadas por el Tribunal para la realización de la diligencia, las cuales de acuerdo con la regulación vigente, corresponden a la suma USD$2.500,00 (Dos mil quinientos dólares americanos).

Las reglas de intervención de las partes y las autoridades e instituciones citadas a la audiencia, las fija el Tribunal de acuerdo con el criterio particular y atendiendo a la complejidad del asunto, siendo obligación de los convocados, ceñir sus observaciones y conceptos a los aspectos previamente definidos por el Tribunal, a partir de las preguntas formuladas por esa autoridad de interpretación, a través del auto que cita a la diligencia de rendición del informe oral.

En la petición de la audiencia para informe oral, las partes, atendiendo a los requerimientos legales para que la misma resulte procedente, relacionados con la novedad y complejidad del asunto, así como la inexistencia de una jurisprudencia uniforme, se deberán observar los antecedentes interpretativos sobre los puntos normativos vinculados al debate, con el fin de determinar si sobre los mismos existe un acto aclarado, caso en el cual la petición resultaría improcedente.

El procedimiento es sencillo, pero los resultados son muy satisfactorios para el enriquecimiento, tanto del ejercicio profesional de las partes, como para la jurisprudencia del Tribunal.

Finalmente, los informes orales van de la mano del acto aclarado, pues en la medida que los informes orales recaigan sobre asuntos jurídicos controvertidos, de alta complejidad, novedosos o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme, se va robusteciendo la jurisprudencia uniforme del TJCA.

Bogotá, enero de 2024.

***

SUBCAPÍTULO II

EL ARBITRAJE Y LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Jorge Antonio Quindimil López

Jorge Antonio Quindimil López

Profesor titular de Derecho Internacional Público y de la Unión Europea. Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, en la que ha ocupado diferentes cargos de gestión. Autor de diversas publicaciones sobre derecho internacional y de la integración, y colaborador a diferentes niveles con varias organizaciones internacionales, despachos, empresas y con una treintena de universidades de una veintena de países de Europa, Estados Unidos y América Latina y el Caribe.
jorge.quindimil@udc.es

***

EL ARBITRAJE Y LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Jorge Antonio Quindimil López

Palabras clave

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Arbitraje. Juez nacional. Derecho Comunitario. Interpretación prejudicial. Comunidad Andina. Unión Europea.

Keywords

Court of Justice of the Andean Community. Arbitration. National judge. Community Law. Preliminary ruling. Andean Community. European Union.

Resumen

Los tribunales de justicia comunitarios, como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina o el de la Unión Europea, tienen asignada, entre otras, la función esencial de garantizar que las normas comunitarias se interpretan y aplican de manera uniforme en el territorio de los países miembros. Esta función se desarrolla a través de la competencia prejudicial, en virtud de la cual se establece un diálogo judicial entre el juez nacional (juez *a quo*) que plantea una duda de interpretación o de validez al juez comunitario (juez *ad quem*) sobre una norma comunitaria que debe aplicar. Este diálogo judicial plantea muchas incógnitas derivadas de la inexistencia de un concepto cierto de «juez nacional». El objeto de este trabajo se centra, en particular, en ver cómo se ha ido abriendo paso el arbitraje dentro de este diálogo judicial, haciendo hincapié en la configuración de esta institución por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, anticipando líneas de reflexión para su futuro desarrollo.

Abstract

Community courts of justice, such as the Court of Justice of the Andean Community or the Court of Justice of the European Union, are assigned, among others, the essential function of guaranteeing that community law rules are interpreted and applied uniformly in the territory of the member States. This function is developed through the preliminary ruling, establishing a judicial dialogue between the national judge (judge *a quo*) who raises a doubt of interpretation or validity

to the community judge (judge *ad quem*) on a community norm that he must apply. This judicial dialogue raises many unknowns derived from the absence of a determined concept of "national judge". The purpose of this work focuses, in particular, in seeing how arbitration has made its way within this judicial dialogue, emphasizing the configuration of this institution by the Court of Justice of the Andean Community, anticipating lines of reflection for its future development.

1. Introducción

Los grandes principios del derecho comunitario en América y en Europa, como la autonomía, la primacía, la eficacia directa o la responsabilidad, nacieron de la competencia de interpretación prejudicial atribuida a los tribunales comunitarios. Esto es, determinados litigios planteados ante tribunales internos que dieron lugar al surgimiento de dudas sobre la interpretación de normas comunitarias que, sagazmente, fueron aprovechadas por abogados y jueces para activar la función prejudicial del tribunal comunitario, lo que dio lugar a sentencias históricas, inicialmente en la Unión Europea (en adelante, **UE**), y luego en la Comunidad Andina (en lo sucesivo, **CAN**).

La función prejudicial de un tribunal comunitario tiene como finalidad principal la salvaguarda de la unidad del derecho comunitario en su aplicación judicial en cada uno de los países miembros[1]. Esta figura nace en el marco del proceso de integración europea desde sus inicios en los años cincuenta del siglo XX, como institución a través de la cual «los padres fundadores de la Unión y sus sucesores apostaron por reforzar la voz institucional de un poder de los Estados miembros: la justicia»[2].

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **Tribunal andino** o **TJCA**), creado a partir de la inspiración del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, **Tribunal europeo** o **TJUE**), desde sus normas fundacionales y modificatorias, así como en sus primeras décadas de jurisprudencia, ha ido configurándose con matices diferentes al modelo europeo —y al propio modelo judicial andino previo— en diversos ámbitos y funciones, como sucede con la interpretación judicial y con quiénes pueden ser los sujetos legitimados para activar la competencia del Tribunal andino.

El concepto de *juez nacional* es fundamental porque constituye la espoleta que activa la competencia prejudicial, «trascendental para la progresiva construcción y

1 PESCATORE, P. (1992). Article 177, CONSTANTINESCO, V.; JACQUÉ, J.-P.; KOVAR, R.; SIMON, D. (Dirs.). *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris: Economica, pp. 1073 – 1122.

2 Conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 25 de junio de 2009, Asunto C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten y Alpe Adria Energia SpA*, punto 29.

consolidación del ordenamiento jurídico comunitario»[3]. La mayor o menor elasticidad del concepto tendrá consecuencias cuantitativas, en la medida en que dará lugar a que haya un mayor o menor número de interpretaciones prejudiciales; y cualitativas, en la medida en que permitirá una mayor o menor difusión y conocimiento del derecho comunitario[4]. Sin embargo, en la Comunidad Andina, un concepto amplio puede comprometer la deseada eficacia de un Tribunal andino en el que las interpretaciones prejudiciales representan el 96% del volumen total de su carga de trabajo[5].

La ausencia de una definición de *juez nacional* u *órgano jurisdiccional nacional a los efectos de la interpretación prejudicial*, sino unos rasgos definitorios establecidos por los Tribunales comunitarios, ha permitido la elaboración de interpretaciones extensivas del concepto de *juez nacional* que puede elevar solicitudes de interpretación prejudicial[6]. El TJCA, al igual que había hecho el TJUE, no solo ha permitido la presentación de solicitudes de interpretación prejudicial a miembros del poder judicial de los países miembros, como piezas clave y centrales del sistema[7], sino también a órganos diferentes, como los árbitros. Ambos tribunales han tenido que adoptar conceptos *elásticos* para adaptar la finalidad de la interpretación prejudicial a la realidad jurídica de los países miembros, en los que hay órganos más allá del poder judicial con funciones muy relevantes en el marco de aplicación del derecho comunitario.

---

3 Conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 28 de junio de 2001, Asunto C-17/00, *De Coster*, punto 61. «El Tribunal de Justicia no puede ser dueño de su propia competencia.»

4 Así sucedió, en efecto, en la Unión Europea, pues «[c]on el fin de impulsar la difusión y la aplicación uniformes del derecho comunitario, en sus primeros años de andadura, el Tribunal de Justicia alentó la utilización del reenvío prejudicial, ayudándose de una interpretación extensiva del concepto de órgano legitimado para ponerlo en marcha» (Conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 28 de junio de 2001, Asunto C-17/00, *De Coster*, punto 63).

5 En este sentido, destaca la histórica y acertada incorporación de la *doctrina del acto aclarado* por parte del TJCA el 13 de marzo de 2023, en sus interpretaciones prejudiciales 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022. Véase, al respecto, el Acuerdo 06-2023-TJCA, de 7 de julio de 2023, por el que el Tribunal aprueba la «Nota informativa sobre Guía para la aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado en las solicitudes de interpretación prejudicial», y la contribución del Dr. Perotti en este libro conmemorativo.

6 Para una visión opuesta a la defendida en este trabajo, véase el excelente estudio comparado entre régimen andino y el régimen europeo realizado por ZÚÑIGA SCHRODER, H. (2012). *Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo*, en *Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, n. 35, pp. 103 – 123. Un estudio comparado más amplio, incluyendo otros tribunales regionales, puede encontrarse en VIRZO, R. (2011). *The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals*, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, no. 2, July, pp. 285 – 314.

7 En relación con la importancia del juez nacional como juez comunitario, ver BARAV, A. (1991). *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, en VV.AA. (1991): *L´Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris: Dalloz, pp. 1 – 20; o BONASSIES, P. (1991). *Arbitrage et droit communautaire*, en VV.AA. (1991): *L´Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris: Dalloz, pp. 21 – 34.

Precisamente en este punto asoma una de las mayores singularidades del sistema judicial andino desarrollado en los últimos años por el TJCA: el magnánimo concepto de juez nacional a los efectos de la interpretación prejudicial. Este concepto es de tal calibre que no solo incluye órganos del poder judicial de un Estado, sino que también incluye órganos de derecho privado —como árbitros privados, ajenos, por tanto, al ámbito del derecho público— u órganos administrativos —por tanto, ajenos al poder judicial y vinculados al poder ejecutivo—[8].

El Tribunal andino y el europeo parten del mismo punto, esto es, la competencia prejudicial basada en un diálogo entre jueces, concebido de poder judicial (nacional) a poder judicial (comunitario). Sin embargo, la evolución del Tribunal andino le lleva a diluir el concepto de poder judicial, mientras que el Tribunal europeo sigue manteniendo el poder judicial como eje central del concepto, permitiendo solo algunas desviaciones, no siempre justificadas ni acertadas. Por tanto, ambos tribunales parten del mismo lugar, pero llegan a diferentes destinos[9].

En relación con el arbitraje, este trabajo tan crítico como laudatorio con la gran contribución del TJCA para garantizar la aplicación uniforme del derecho andino a través de su función prejudicial, abordará, en primer lugar, el desarrollo jurisprudencial del concepto andino de juez nacional; y, en segundo lugar, el encaje del arbitraje en la competencia prejudicial del TJCA.

2. El concepto *magnánimo* de juez nacional en la jurisprudencia del TJCA

La competencia prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido establecida a través de su Tratado de Creación, en la Sección Tercera «De la Interpretación Prejudicial», artículos 32 a 36, siendo el objeto de este trabajo el artículo 33, cuyo primer párrafo dispone que:

> «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…»[10]

8 Realizamos un estudio comparado sobre el desarrollo jurisprudencial de ambos conceptos en el siguiente trabajo, a partir del cual presentamos este: QUINDIMIL, J. (2020). *El árbitro como juez nacional a la luz de los tribunales de justicia de la Comunidad Andina y de la Unión Europea*, en TREMOLADA, E. (Ed.): *Conjuntos geopolíticos, regionalización y procesos de integración*. Colección IUS CCOGENS-Derecho Internacional e Integración, 8. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pp. 261 – 308.

9 QUINDIMIL, J. (2020), *op. cit.*, pp. 262 y ss.

10 La cursiva es añadida.

Sin embargo, como se adelantó, ni el Tratado de Creación del Tribunal andino, ni sus normas de desarrollo, ni ninguna otra norma, contienen una definición de lo que deba entenderse por «juez nacional», al igual que sucede en la UE con lo que deba entenderse por «órgano jurisdiccional nacional». De ahí que hayan tenido que ocuparse de ello, respectivamente, el TJCA y el TJUE, si bien lo han hecho de forma muy diferente, casi diametralmente opuesta. Ahora bien, a pesar de los desarrollos jurisprudenciales a los que nos vamos a referir, ni el TJUE ni el TJCA han sentado un concepto definido, sino que han delimitado los criterios a partir de los cuales se puede atribuir a una determinada entidad la condición de *juez nacional* o de *órgano jurisdiccional nacional*.

Tanto en el sistema judicial europeo como en el andino, la competencia prejudicial y la noción de poder judicial constituyen el punto de partida, especialmente en la Comunidad Andina, donde la expresión que se utiliza es «juez nacional» (frente a la europea de «órgano jurisdiccional»). Así, de inicio, podría parecer que los lindes del concepto de juez nacional deberían ceñirse al «poder judicial» cuyos contornos, por tanto, serían de derecho público, como lo es el propio derecho comunitario. Estamos, por tanto y sin duda, en el ámbito del derecho público, en el que el poder judicial encarna «un poder basado en la independencia, en su vinculación con la ley y en la resolución de conflictos, [por lo que] la judicatura disfruta de una voz singular, alejada del escenario político y únicamente ligada a la voluntad del derecho»[11].

No cabe duda de que los litigios pueden desarrollarse fuera del poder judicial de un Estado, bien por tener dimensión administrativa (ante órganos administrativos), por tener dimensión constitucional (ante Tribunales Constitucionales)[12] o bien por tener dimensión privada (ante órganos arbitrales). Por ello, parece razonable que los órganos que no estén directamente dentro del poder judicial de un Estado deban tener el mayor grado de afinidad posible, lo que llevaría a extremar las cautelas y pone en cuestión figuras como los órganos administrativos, vinculados a otro poder del Estado, el ejecutivo; y los árbitros, órganos extrajudiciales que incluso pueden llegar a tener un carácter estrictamente privado y que constituye una sustracción al poder judicial de la solución de controversias entre particulares[13].

---

11 ALONSO GARCÍA, R. (2011): *La noción de "órgano jurisdiccional" a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea*, en MOREIRO GONZÁLEZ, C.; FERNÁNDEZ LIESA, C. (Dirs.): *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, p. 150.

12 Palanco recuerda que «el TJUE considera habilitados a los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros para plantear una cuestión prejudicial». PALANCO PUGA, G. M. (2015). *La cuestión prejudicial en el proceso de construcción del Derecho de la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Málaga: Universidad de Málaga, 824 pp.

13 Sobre la naturaleza del arbitraje, véase por ejemplo, CARBONNEAU, T.E. (2007). *The Law and Practice of Arbitration*, New York; HANOTIAU, B. (2003), *L'arbitrabilité*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tomo 296 (2002), La Haya.

El TJCA abordó el concepto de «juez nacional» en su sentencia de 21 de marzo de 2007, proceso 14-IP-2007[14], en la que trataba la cuestión a partir de la naturaleza de los actos judiciales y de la finalidad de la interpretación prejudicial. En relación con el primer criterio, el Tribunal andino señaló que los actos judiciales no tienen por qué emanar solo de jueces en la medida en que «un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales»[15,16].

A continuación, el Tribunal remata el razonamiento apelando a la finalidad de la interpretación prejudicial, entendida como «la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales». Por ello, considera que «los *organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales* deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma», concluyendo que:

> «*…el término 'Juez Nacional' debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales*, *siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna*[17]; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, *cuando* en el ejercicio de dichas funciones *conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino*.»[18]

Con este razonamiento, el TJCA incluía también bajo el concepto de *juez nacional* "a todas las entidades administrativas que cumplen funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria".

Por tanto, para el Tribunal andino, los criterios esenciales para considerar que un órgano no perteneciente al poder judicial pueda ser calificado como «juez nacional» a los efectos de la interpretación prejudicial son, de acuerdo con esta sentencia: el ejercicio de *funciones judiciales* (entiéndase jurisdiccionales), la aplicación de una *norma de derecho comunitario* y la actuación en *única o última instancia*.

---

14 Apartado 3.1. Este razonamiento fue luego reproducido al mes siguiente en la sentencia de 17 de octubre de 2007, proceso 130-IP-2007.

15 Quizá pueda resultar excesiva la afirmación de que órganos que no pertenecen al poder judicial puedan dictar «verdaderas sentencias judiciales». Como se verá, órganos ajenos al poder judicial podrán dictar resoluciones *equivalentes, equiparables o similares* a sentencias judiciales en varios aspectos, pero no *verdaderas* sentencias judiciales.

16 Apartado 3.1 de la sentencia. En este punto, la posición del TJCA no difiere de la del TJUE, pues ambos parten de la premisa de que los conceptos de «juez nacional» y de «órgano jurisdiccional nacional» pueden trascender el ámbito estricto del poder judicial.

17 El Tribunal no especifica cuáles deben ser estas *condiciones mínimas*, pero se debe entender que habrá que estar a lo que disponga cada legislación interna en cada caso concreto.

18 Apartado 3.1 de la sentencia. La cursiva es añadida.

Esta configuración de un concepto de juez nacional o de órgano jurisdiccional nacional que trasciende el marco del poder judicial ha llevado al Tribunal de Quito, como al de Luxemburgo, a admitir la presentación de solicitudes de interpretación prejudicial por parte de órganos muy diversos que no forman parte del poder judicial[19].

Precisamente, una de esas figuras, la del arbitraje —en particular, el arbitraje privado—, es la que ha llevado a que las líneas jurisprudenciales andina y europea, que habían partido del mismo punto (concepto extensivo del concepto de juez nacional y de órgano jurisdiccional nacional) se hayan distanciado cada vez más, llegando casi a posturas antagónicas. La consideración de los árbitros como jueces nacionales u órganos jurisdiccionales nacionales ha dado lugar a un distanciamiento ostensible entre las posiciones del TJCA y el TJUE en relación con una institución común y configurada casi de forma idéntica (la competencia prejudicial). Este antagonismo entre los dos principales Tribunales de integración del mundo se ha producido de una forma que, todavía hoy, plantea cuestiones de gran relevancia.

---

19 En este sentido, Cienfuegos realizó un completo recorrido por toda la jurisprudencia del TJUE concluyendo que:

> «fue muy respetuoso con los órganos considerados jurisdiccionales en los Estados miembros a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales, siendo así considerados los órganos calificados de este modo por su ordenamiento interno sitos en el territorio europeo de los Estados miembros, inclusive cuando en el caso de autos no cumplían funciones judiciales en sentido estricto, siempre que el procedimiento interno concluyese con un acto jurisdiccional; por extensión, fueron incluidas en la noción las jurisdicciones de sus países y territorios de ultramar, como —por ejemplo— el *Tribunal Administratif* de Papeete de la isla de Tahití y la *Cour d'Appel* de Saint Denis de la isla de La Reunión, y las jurisdicciones nacionales situadas en otros territorios sometidos a un régimen especial, como la *Deputy Bailiff's Court* de Douglas (isla de Man). No tuvo relevancia, a estos efectos, que la cuestión prejudicial fuera elevada por una jurisdicción nacional en formación plenaria o por una de sus salas.
>
> Adicionalmente, se han calificado como jurisdicciones a los efectos del artículo 267 del TFUE, aunque no lo eran en su respectivo ordenamiento jurídico, a cuantos órganos cumplían los antedichos criterios orgánico y funcional, como el *Scheindsgerencht* —Tribunal arbitral de la Caja de Empleados de la Industria Minera— holandés, la *Commission de reclamation en matiere d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidite* belga, la *Commission de premiere instance du contentieux de la securite sociale et de la mutualite sociale agricole* francesa, el *Raad van State* —Consejo de Estado— holandés y el *Consiglio di Stato* italiano, el *Ufficio di Conciliazione* italiano, la *National Insurance Commissioner* británica, la *Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde* —Comisión de Apelación de la Asociación Real para la Promoción de la Medicina— holandesa, la *Arrondissementsrechtbank* —Comisión Local de Adjudicación de Contratos Públicos de Obras— holandesa, el *Faglige Volgiftsret* —Tribunal Arbitral de Derecho Público— danés, la *VergabeuberwachungsausschuB des Bundes* —Comisión Federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos— alemana, la *Maaseutuelinkeinojen Valituslautakunta* —Comisión de Recursos de las Actividades Rurales— finlandesa, el *Immigration Adjudicator* británico, la *Tiroler Landesvergabeamt* —Oficina de Adjudicaciones del Land del Tirol— austriaca y la *Overklagandenamnden for Hogskolan* —Comisión de Recursos de los Establecimientos de Enseñanza Superior— sueca.» [pies de página retirados]
>
> CIENFUEGOS MATEO, M. (2014). *Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial*, en *European Inklings* (EUi), n. 4, pp. 28 – 43.

3. El dilema de los árbitros en el concepto andino de juez nacional

Es una obviedad que los árbitros, *stricto sensu*, no son jueces, pues el arbitraje forma parte de los denominados *mecanismos alternativos o extrajudiciales* de solución de controversias[20]. Pero, al mismo tiempo, también es obvio que cumplen una función de juzgar, atribuyéndoles los Estados, con normalidad y de forma habitual, *funciones judiciales o jurisdiccionales*. En efecto:

> «…el arbitraje está orientado por una lógica particular que determina una naturaleza *sui géneris* en la que están presentes elementos negociados, pertenecientes a la esfera privada –que como regla, determinan la competencia de los árbitros y pueden establecer el procedimiento a observarse por estos y por las partes–, así como elementos jurisdiccionales –presentes por la necesidad de observar un conjunto de garantías básicas para los justiciables y en los efectos del laudo que lo asemejan a una sentencia judicial–. En suma, por voluntad de las partes, los árbitros asumen transitoriamente funciones de índole jurisdiccional.»[21]

Estamos, por tanto, ante una figura que platea una naturaleza contradictoria: es una *institución extrajudicial con funciones judiciales*. ¿Cómo cabe conciliar esta contradicción con el concepto de «juez nacional» a los efectos de la interpretación prejudicial? Algún autor ha llegado a afirmar que «[l]a interpretación prejudicial no está concebida para su aplicación en el arbitraje», fundamentalmente, por la naturaleza consensual del pacto o convenio arbitral[22]. En todo caso, la respuesta que dé la jurisprudencia comunitaria debería estar justificada por la necesidad de respetar el espíritu del procedimiento prejudicial y hacerlo realmente eficaz en aras a garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la UE[23].

En la Comunidad Andina, a diferencia de lo que sucedió en la Unión Europea —y sin tener presente la prolija experiencia del TJUE al respecto—, no ha existido debate de ningún tipo en torno a la consideración de los árbitros, ya fuesen públicos o privados, como jueces nacionales para plantear la interpretación prejudicial[24]. Desde la primera

---

20 JARA VÁSQUEZ, M. E. (2017). *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación de Estudios y Publicaciones, pp. 3 y ss.

21 *Ibidem*, p. 41.

22 TANGARIFE, M. (2020). *La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional*, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n. 11, 2020, pp. 612 – 613.

23 CIENFUEGOS MATEO, M. (2013). *Consultas prejudiciales en la Comunidad Andina y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: Ensayo de comparación*, en Revista de la Facultad, Vol. IV, n. 1, Nueva Serie II, Barcelona, p. 44.

24 No es fácil encontrar voces críticas con la posición del TJCA en esta materia. Además de algún sector de la doctrina colombiana, que se menciona en la siguiente nota al pie, fuera de Colombia se puede citar a MENDOZA, Y. (2019). *La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Agenda Internacional*, Año XXVI, n. 37, pp. 271 – 292. Desde el punto de vista forense, el TJCA apenas ha conocido de una quincena de solicitudes de

vez que el Tribunal andino tuvo que pronunciarse al respecto, en la sentencia de 26 de octubre de 2011, proceso 03-AI-2010[25], se ha aceptado sin reservas ni matices que un árbitro, incluso privado, pueda plantear una solicitud de interpretación prejudicial[26]. En esta sentencia, el TJCA abordó la cuestión del arbitraje a los efectos del planteamiento de interpretaciones judiciales, preguntándose si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto de juez nacional. Para ello, realiza un pequeño recorrido general por la naturaleza del arbitraje, destacando la diferencia entre arbitrajes en equidad y en Derecho, y entre arbitrajes públicos (o administrados, desarrollados de acuerdo con la ley) y privados (independientes, realizados de acuerdo con lo que las partes pacten)[27].

El Tribunal andino aborda la cuestión desde un punto de vista particular, pues parte de un análisis etimológico de la palabra *jurisdicción*. En palabras del Tribunal:

> «…[e]timológicamente el término jurisdicción proviene del latín "jurisdicti", que quiere decir "acción de decir el derecho", no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces, sean éstos integrantes del Poder Judicial estadual o designados por las partes para un contrato en particular. También, significa, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio…».

Sin embargo, ninguna disposición del Tratado de Creación ni del Estatuto del TJCA utiliza el término jurisdicción o jurisdiccional en las disposiciones que regulan la interpretación prejudicial.

---

interpretación prejudicial provenientes de Colombia, en su inmensa mayoría, y de Ecuador, en algún caso puntual.

25 Esta sentencia generó una importante controversia jurídica en Colombia que dio lugar a diversas críticas en torno a una posible actuación *ultra vires* del Tribunal andino. Al respecto, véase, por ejemplo, MARTÍNEZ ARCOS, L. V. (2014). *Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Revista de Derecho Privado*, n. 52, julio – diciembre, versión en línea; TANGARIFE, M. (2016). *Cooperación judicial internacional iberoamericana: La interpretación prejudicial andina: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 43, enero – junio, pp. 207 – 230. Asimismo, se multiplicaron los trabajos de investigación, tesis de grado, tesis de maestría o incluso tesis doctorales sobre el tema.

26 Esta posición jurisprudencial se fue consolidando a través de las sentencias relativas a los casos planteados por los tribunales arbitrales conformados para dirimir las controversias entre las empresas de telecomunicaciones ETB y UNE (Proceso 161-IP-2013); ETB y Colombia de Telecomunicaciones (Proceso 181-IP-2013), Comunicación Celular y ETB (255-IP-2013), ETB y TELMEX (261-IP-2013), COMCEL y ETB (Procesos 14-IP-2014, 146-IP-2014, 322-IP-2014), COMCEL y UNE (Proceso 79-IP-2014); del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Procesos 204-IP-2013, 239-IP-2014); del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Proceso 79-IP-2014) y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana – Americana (Proceso 262-IP-2013).

27 Sentencia de 26 de octubre de 2011, proceso 03-AI-2010, p. 20 – 21.

Ahora bien, sin solución de continuidad, y en conexión con ello, el razonamiento del Tribunal conecta la jurisdicción con el arbitraje y la interpretación prejudicial del siguiente modo:

> «…la jurisdicción es la potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente, los ciudadanos pueden sustraer de la justicia ordinaria determinados casos y otorgarlos a árbitros independientes o a institucionales para que diriman un conflicto transable, con iguales facultades que las otorgadas a los jueces ordinarios, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del "*imperium"* del que disponen estos últimos.»[28]

De esta manera, el Tribunal andino parte de la premisa de que los árbitros y los jueces son funcionalmente equiparables porque ambos desarrollan funciones jurisdiccionales[29]. En consecuencia, concluye que:

> «…si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.» [30]

Por tanto, partiendo de la premisa de que desarrollan funciones jurisdiccionales, los árbitros podrán y deberán solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal andino siempre y cuando apliquen normas andinas y actúen en única o última instancia[31] lo cual, por lo demás, suele ser lo habitual. El TJCA no ha entrado a distinguir entre la naturaleza pública o privada del arbitraje (más allá de una referencia genérica), ni el origen del órgano arbitral, ni el tipo de procedimiento, ni su carácter obligatorio o voluntario.

---

28 Sentencia de 26 de octubre de 2011, proceso 03-AI-2010, p. 21.

29 Ahora bien, no parece tan clara la posibilidad de realizar una equiparación tan estrecha entre árbitros y jueces, pues también presentan importantes diferencias funcionales y procesales que pueden ser muy relevantes a los efectos de la interpretación prejudicial. En este sentido, Jara, *op. cit.*,destacó alguna diferencia más entre ambas figuras, además del *imperium*, al señalar que:

> «…las atribuciones de los árbitros son transitorias para la solución del conflicto en el que las partes han acordado someterse a arbitraje […] el proceso arbitral está direccionado por principios especiales, como los de libertad, flexibilidad, privacidad y celeridad –directrices netamente procesales–, o el *competence-competence* –orientador de las atribuciones de los árbitros para decidir sobre su competencia– y estos marcan diferencias procesales importantes.»

30 Sentencia de 26 de octubre de 2011, proceso 03-AI-2010, p. 21.

31 Sobre el rol del árbitro y su buen proceder en relación con la interpretación prejudicial ante el TJCA, véase el riguroso estudio FUENTES HERNÁNDEZ, A. (2018). *La interpretación prejudicial en la Comunidad Andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia*, Informe, Bogotá: FHA SAS.

Curiosamente, los criterios establecidos por el Tribunal andino no fueron trasladados a su *Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales* de 2017[32], en relación con lo que debemos destacar dos elementos. Por un lado, el Reglamento no utiliza la terminología del Tratado de Creación ni del Estatuto del Tribunal relativa a la cuestión prejudicial, que utiliza la expresión «jueces nacionales», sino que opta por una expresión equivalente a la europea, «órgano jurisdiccional»[33]. Por otro lado, a diferencia de lo que hace con los órganos administrativos, sobre los que contempla los requisitos que deben cumplir, el Reglamento no describe los requisitos que definen a un órgano jurisdiccional (juez nacional), sino que se limita a señalar las categorías que caben bajo ese concepto, esto es, «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»[34].

En otro orden de cosas, llama la atención que el Tribunal andino solo realiza una referencia en abstracto al arbitraje en su sentencia, indicando que el desempeño de funciones jurisdiccionales asimila un árbitro a un juez; pero no se realiza un análisis específico de la naturaleza jurídica y de las funciones del órgano arbitral en el caso de autos. En concreto, se trataba de un tribunal arbitral creado *ad hoc* en virtud de una cláusula compromisoria en un contrato entre empresas de telecomunicaciones con la finalidad de resolver las diferencias derivadas del contrato. Sin embargo, el Tribunal andino no realiza la labor de determinar cómo es el órgano arbitral en cuestión, si decide en equidad o en derecho; de decidir en derecho, qué tipo de normas aplica; si es público o privado; de ser público, si tiene o no alguna conexión con la normativa comunitaria y, en particular, con la Decisión 462 que regula el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones, y con la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Normas Comunes de Interconexión[35].

También debe destacarse que el Tribunal andino no acudió en ningún momento a la experiencia de varias décadas del TJUE en la materia, aunque fuese para decidir en sentido contrario, habida cuenta de la identidad entre ambos Tribunales y entre ambas competencias prejudiciales, y con el importante desarrollo jurisprudencial que se señaló *supra*. Sin duda, se desaprovechó una excelente oportunidad para establecer un diálogo judicial en esta materia entre ambos Tribunales que podría haber sido muy fructífero.

---

32 Acuerdo 08/2017, de 24 de noviembre.

33 Artículo 2.e) del Reglamento.

34 Artículo 2.e) del Reglamento.

35 Puede encontrarse un estudio centrado sobre este caso y el arbitraje en materia de telecomunicaciones en NAMÉN BAQUERO, D. (2018). *La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia Andino y sus efectos en el arbitraje*, en *Revist@ E- Mercatoria*, vol. 17, n. 1, enero-junio, Bogotá, pp. 3 – 45.

A su vez, a pesar de haber hecho una breve y genérica referencia inicial a los arbitrajes públicos (administrados) y privados (independientes), llama la atención que el Tribunal andino parece concebir solo el arbitraje privado, al afirmar que:

> «…teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, *otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad* y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa…»[36]

No es solo que el Tribunal no haya entrado en el debate entre árbitros públicos y árbitros privados, sino que parece asumir únicamente la premisa de que los árbitros son privados.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia de altos tribunales nacionales han adoptado posiciones más matizadas en relación con las diferencias entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral, destacando, fundamentalmente, que la primera tiene su origen en la ley (público) y la segunda en la voluntad de las partes (privado)[37], aunque tenga, como es lógico, base legal o incluso constitucional; y que el desarrollo de funciones jurisdiccionales no puede ser suficiente, por sí mismo, para justificar una asimilación o equiparación entre las figuras[38].

Curiosamente, en varias sentencias, el TJCA parece matizar su jurisprudencia cuando afirma que el concepto de juez nacional es «un término genérico y comprensivo de todas las autoridades que administran justicia *por mandato legal*»[39]. Un árbitro privado administra justicia por mandato convencional o privado, no legal, por lo que podría parecer que el TJCA rectificó su jurisprudencia, excluyendo el arbitraje privado, o, cuando menos, podría parecer contradictorio con la jurisprudencia establecida en la medida en que se mantenga la consideración de los árbitros privados

---

36 Sentencia de 26 de octubre de 2011, proceso 03-AI-2010, p. 21.

37 En este sentido, Jara, *op. cit.*, destaca las posiciones doctrinales y jurisprudenciales de tribunales internos latinoamericanos y de España, desde las perspectivas contractualistas, jurisdiccionalistas o eclécticas del arbitraje, partiendo de la idea de que «la jurisdicción arbitral no puede equipararse ciegamente con la jurisdicción estatal…»

38 Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México afirmó que:

> «toda actuación del árbitro o tribunal arbitral en tanto existe la posibilidad de que resuelva determinado o determinable conflicto, es decir, ejerza una cierta jurisdicción, no se equipara en lo absoluto a la función jurisdiccional del Estado, puesto que esta última surge de lo acogido en nuestra Ley Suprema y por consiguiente, es genérica y permanente; en cambio, la jurisdicción arbitral se supedita, indiscutiblemente a la voluntad de los particulares, consecuentemente, esta es siempre determinada y temporal; lo dicho, pues, la jurisdicción arbitral no es posible sustanciarse sin la expresión de voluntad de las partes, esto es la manifestación de las mismas de someter determinada o determinable disputa, mediante pacto expreso, al poderío arbitral»
> Sentencia de amparo 2160/2009, de 8 de septiembre de 2010, Sala Primera.

39 Así, por ejemplo, la sentencia de 20 de noviembre de 2014, proceso 121-IP-2014, apartado 18; la sentencia de 24 de agosto de 2015, proceso 242-IP-2015, apartado 9, o la sentencia de 29 de marzo de 2019, proceso 737-IP-2018, apartado 1.3.

como jueces nacionales a los efectos de la interpretación prejudicial. Sin embargo, tal rectificación o tal contradicción son simplemente aparentes, pues no han sido confirmadas por la jurisprudencia. De todos modos, no se puede extraer del contexto de la sentencia cuál es el sentido que se pueda atribuir a la expresión «por mandato legal». ¿Acaso el "mandato" legal debe entenderse en el sentido de "fundamento" legal?

En su *Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales*, el Tribunal exige creación legal o constitucional para órganos administrativos[40], lo cual podría parecer redundante, en la medida en que es inherente a un órgano administrativo su creación por ley en tanto que parte de la administración pública; pero no establece tal requisito para órganos jurisdiccionales[41]. Podría concluirse que para el Tribunal andino un árbitro privado siempre será un juez nacional por el simple hecho de ejercer una función jurisdiccional, aunque la "jurisdicción" no tenga base legal ni constitucional, sino simplemente privada. Piénsese, por ejemplo, que hay países en que los laudos ni siquiera son recurribles en amparo o lo son de forma muy excepcional, precisamente por ser actos privados y ajenos al poder público. En efecto, muchos países ponen muchas limitaciones al recurso de amparo frente a laudos arbitrales, o incluso lo impiden. En el ámbito latinoamericano, por ejemplo, la naturaleza *sui géneris* del arbitraje se pone de manifiesto en las dificultades de buscar la protección en amparo frente a laudos arbitrales en países como México o Perú, aunque otros como Bolivia, Chile, Colombia, y Venezuela lo establecieron con mayor claridad, aunque con carácter excepcional[42]. En otros países como España, el Tribunal Constitucional estableció que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional:

> «…carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo Arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo […,[43]] Aquello que,

---

40 «…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*…» [artículo 2.d)]. La cursiva es añadida. Los requisitos consagrados en el Reglamento fueron establecidos por la jurisprudencia del TJCA a partir de su sentencia de 20 de noviembre de 2014, proceso 121-IP-2014, apartado 28.

41 El Reglamento define órgano jurisdiccional, a los efectos de la interpretación prejudicial, "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" [artículo 2.e)]. De esta manera, pareciera que el Tribunal andino adopta una posición jurisdiccionalista en relación con el arbitraje. Ver Jara, *op. cit.*, p. 37.

42 Jara, *op. cit.*, p. 238 – 239.

43 «Sólo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial, o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado». Así, el recurso de amparo se dirigirá, por tanto, contra la sentencia que resuelva la pretensión de anulación del laudo*; cfr.* REMON, J. (2008). *La anulación del laudo: El marco general del pacto*

> por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional.»[44]

Mientras el poder judicial interno se inhibe en los arbitrajes privados —entre otras razones, para librarse de carga procesal[45]—, el *poder judicial comunitario* no se inhibe, dando lugar así a determinados riesgos, como el incremento de su carga de trabajo —ya pesada, en particular, en interpretaciones prejudiciales—, la interferencia en la libre autonomía de las partes en el litigio arbitral, la ralentización de un procedimiento arbitral o la puesta a disposición de una institución pública internacional al servicio de litigios privados cuyo impacto sobre el derecho comunitario, además, puede ser irrelevante. Se puede argumentar que se busca garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en cualquier rincón de los territorios de los países miembros —lo cual es, desde luego, legítimo y defendible—, pero el poder judicial interno también deja de cumplir sus funciones cuando entra en juego el arbitraje privado, incluso limitando sobremanera el acceso a la vía del amparo contra laudos o las vías de recurso de revisión o anulación, que se limitan a aspectos *in procedendo* y no *in iudicando*.

Con independencia de cuál sea la posición que se defienda, parece oportuno plantear si es relevante o no esa distinción entre derecho público y derecho privado que, sin embargo, sí ha utilizado el TJCA en otros terrenos. Así, por ejemplo, en el Auto de 25 de marzo de 2019[46], desestimatorio de una demanda arbitral, el Tribunal declara improcedente la demanda porque considera que versa sobre una cuestión de derecho privado (y sin aplicación de una norma de derecho comunitario). De igual modo, en su interpretación prejudicial de 12 de junio de 2017, proceso 366-IP-2015, el propio Tribunal andino «modula su jurisprudencia anterior» sobre la base de la distinción entre materias de orden público (derecho público) y derechos de libre disponibilidad (derecho privado) para determinar qué materias pueden someterse a arbitraje y cuáles no (pp. 14 – 15)[47].

Luego, la distinción entre lo público y lo privado es relevante para el Tribunal andino, hasta el punto de que se utiliza como fundamento para excluir la competencia del Tribunal. Aunque no hubiese habido normas derivadas aplicables al caso de autos,

---

de exclusión y el orden público, en *Spain arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, n. 1, pp. 115 – 132).

44 Sentencia 176/1996, 11 de noviembre, ECLI:ES:TC:1996:176.

45 Téngase en cuenta que el hecho de que los laudos tengan efecto de cosa juzgada es, precisamente, porque el arbitraje suele sustraerse a los controles del poder judicial. Jara, *op. cit*., p. 240.

46 Proceso 02-ARBITRAJE-2018 (antes numerado como 02-DL-2018), Demanda arbitral interpuesta por la señora María Elena Aguirre Vaca contra la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

47 En el mismo sentido, por ejemplo, la interpretación prejudicial emitida en el proceso 560-IP-2016.

cabe preguntarse qué habría dicho el Tribunal si la demandante hubiese alegado vulneración de normas del Acuerdo de Cartagena o principios generales del derecho, que también son fuente de derecho comunitario andino. ¿Habría primado la dimensión privada del litigio para declararse incompetente[48] o habría primado la salvaguarda del derecho comunitario andino y entraría al fondo del asunto[49]?

El argumento principal para defender la consideración de los árbitros privados como jueces nacionales es la finalidad de la interpretación prejudicial, salvaguardar los objetivos de los tratados y garantizar la interpretación uniforme del derecho comunitario en todo el territorio de los Estados miembros, de tal manera que no pueda haber litigios, aunque sean privados, en los que no se aplique el derecho comunitario o se aplique de forma divergente a la interpretación del Tribunal andino. Este mismo argumento fue sostenido en Europa desde los primeros momentos de la doctrina *Vaassen-Göbbels*. Así, por ejemplo, se refería Gormley a la conveniencia de considerar a los árbitros individuales como órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos de la cuestión prejudicial para asegurar la interpretación uniforme del derecho comunitario:

> «In a proper situation, Article 177 will enable arbitral bodies to obtain aid from the EEC Tribunal because of the necessity to assure uniformity of treaty interpretation, the validity of acts taken by community institutions, plus interpretation of statutes and regulations. Only the community court can assure this indispensable uniformity. Individual arbitrators will have the same tendency to "distort" the single standard of community law, as have some national judges.»[50]

Sin embargo, este argumento, aun teniendo su base de razonabilidad, puede ser rebatido desde diversas perspectivas, para lo que resulta muy útil la posición del abogado general Reischl en el asunto *Nordesee*. Por un lado, el abogado general

48 Apartado 3.9 del Auto.

49 Apartado 3.7 del Auto.

50 Para el autor:

> «the 'private system of international law' cannot be ignored because of the fact the Community cannot develop its supranational economic sphere without at the same time dealing with commercial arbitration […] private arbitration –national and international- will still have a significant role to play».
>
> GORMLEY, P. (1968). *The Future Role of Arbitration within the EEC: The Right of an Arbitrator to Request a Preliminary Ruling Pursuant to Article 177*, en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 12, n. 4 (summer), pp. 550 – 560.
>
> En la misma línea se pronunciaron recientemente Broberg y Fenger defendiendo la importancia de considerar a los árbitros privados en la cuestión prejudicial, y estableciendo incluso un mecanismo propio en derecho danés para sortear la doctrina del TJUE.
>
> BROBERG, M.; FENGER, N. (2020). *Arbitration cases and preliminary references to the European Court of Justice – an assessment of 'the Danish Solution'*, en *Arbitration International*, 36, p. 150.

consideró que era «harto improbable que cuestiones relativas a objetivos importantes del Tratado surjan en procedimientos arbitrales privados»[51], dada la naturaleza de los litigios que suelen desarrollarse ante los arbitrajes privados, lo que condiciona o restringe el impacto del litigio y de la decisión sobre el derecho comunitario andino. En el ámbito andino, la doctrina ha destacado que el derecho comunitario andino podría no ser relevante en arbitrajes cuyo aspecto central sean los aspectos contractuales de la relación entre las partes («el comportamiento contractual de las partes»)[52]. En este sentido, supone un avance muy significativo la posición del TJCA en el proceso 01-IP-2021, Caso Guayasamín, que permite racionalizar la relación del arbitraje con la interpretación prejudicial.

Por otro lado, el abogado general trata de desentrañar la intención detrás de la creación de la cuestión prejudicial, preguntándose si «los autores del Tratado comprendieron la necesidad de extender el artículo 177 a los tribunales arbitrales y admitieron que también debía garantizarse en este ámbito una aplicación uniforme y exacta del Derecho comunitario»[53]. Para Reischl, no hay duda de que:

> «…[s]e puede perfectamente dudar de ello no solo desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos que excluyen completamente la posibilidad de controlar los laudos arbitrales, sino también desde el punto de vista de aquéllos que, como el Derecho alemán, solo admiten, en el control de los laudos, un examen limitado desde el punto de vista del orden público y de la violación de las buenas costumbres.»[54]

Por ello, concluye que «es posible defender la tesis de que hay que admitir que, mediante las fórmulas elegidas para el artículo 177, los autores del Tratado no quisieron incluir a los tribunales arbitrales.»[55]

Cabe preguntarse, en el fondo, hasta qué punto la exclusión de los árbitros privados del mecanismo de la cuestión prejudicial supone un riesgo para la unidad o la uniformidad del derecho comunitario, en la medida en que ni siquiera los Estados han adoptado medidas para garantizar la correcta aplicación del derecho interno por parte de tales órganos arbitrales, salvo en casos excepcionales.

---

51 Conclusiones del abogado general Sr. Gerhard Reischl presentadas el 2 de febrero de 1982, p. 257.

52 RÍOS PINZÓN, Y; y LANDAETA CHINCHILLA, S. (2018). *La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia*. Documento presentado en la Mesa de Arbitraje y Conciliación de la Comisión de Propiedad Intelectual de la ICC, Capítulo Colombia, pp. 28 – 29.

53 Conclusiones del abogado general Sr. Gerhard Reischl presentadas el 2 de febrero de 1982, p. 259.

54 *Ibidem*. Precisamente en el marco de este control sobre los laudos, el abogado general considera que un juez ordinario podría presentar una cuestión prejudicial dentro de un procedimiento de ejecución o de anulación de laudos.

55 *Ibidem*., p. 262.

En efecto, el control de la jurisdicción ordinaria sobre los árbitros privados es muy reducido, a veces solo a través de limitados recursos de anulación que no entran en el fondo del asunto, e incluso el recurso de amparo frente a laudos arbitrales puede llegar a estar extraordinariamente limitado. En este sentido, el abogado general apunta con agudeza que si:

> «…el Derecho material nacional no se aplica correctamente en los laudos arbitrales y, por consecuencia, no se ve ningún peligro para la evolución del Derecho debido a que no se ha adoptado ninguna medida para su aplicación permanente y exacta, me parece difícil, habida cuenta del Derecho comunitario, considerar necesarios requisitos más estrictos.»[56]

Así, si el derecho interno no contempla mecanismos de protección frente a laudos, más que en circunstancias excepcionales, no debería ser un motivo de preocupación para el derecho comunitario que no se contemple la interpretación prejudicial para árbitros privados.

Asimismo, puede afirmarse que la apertura de la cuestión prejudicial a árbitros privados, además de suponer un incremento de la carga de trabajo (más preocupante en el caso del Tribunal andino, dado el número creciente de consultas que recibe, que ya suponen el 96% de su carga de trabajo), supone desviar al Tribunal «de su misión propia en provecho de litigios privados, a menudo poco importantes, de carácter comunitario»[57]. De igual modo, desde la perspectiva del arbitraje propiamente dicho, el abogado general Reischl advirtió que, además, «ello constituiría una intromisión difícilmente soportable en la jurisdicción arbitral»[58] comprometiendo dos de los pilares esenciales del arbitraje privado: la autonomía de la voluntad de las partes (que podrían no querer el planteamiento de una cuestión prejudicial)[59] y la celeridad del proceso (demorándolo durante los meses que requiere el Tribunal para ventilar la cuestión prejudicial)[60], incrementando, en su caso, los costes procesales. Cabe preguntarse, en este punto, si el incremento de los plazos en el procedimiento arbitral como consecuencia de la solicitud de una interpretación prejudicial no constituye una vulneración esencial de la institución del arbitraje, concebida con una naturaleza intrínsecamente célere.

---

56 *Ibidem.*, p. 259.

57 *Ibidem.*, p. 260. Véase, por ejemplo, ORTIZ BAQUERO, I. (2010). *El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo*, en *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n. 14, noviembre, pp. 3 – 48.

58 Conclusiones del abogado general Sr. Gerhard Reischl presentadas el 2 de febrero de 1982, p. 260.

59 *Cfr*. MARTÍNEZ ARCOS, L. V. (2014). *Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Revista de Derecho Privado*, n. 52, julio – diciembre, p. 28.

60 El tiempo de respuesta medio del TJCA a las solicitudes de interpretación prejudicial planteadas por órganos arbitrales es superior a los seis meses, oscilando entre un mínimo de tres meses y un máximo de doce. Ríos y Landaeta, *op. cit.*, p. 8.

4. El dilema de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los árbitros en materia de interpretación prejudicial

Finalmente, cabe preguntarse por las consecuencias del incumplimiento por parte de los árbitros de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial. En el estado actual de la cuestión, las consecuencias se despliegan tanto en el ámbito interno como en el ámbito comunitario. Por un lado, tras las sentencias en los procesos 03-AI-2010 y, sobre todo, 57-IP-2012, el Tribunal andino ha creado *ex novo* una causal de nulidad de laudos[61], inexistente en derecho interno, al establecer que:

> «…[e]s muy importante, tal y como se dijo anteriormente, que la falta de interpretación prejudicial, de conformidad con los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normativa interna.»[62]

En el proceso 03-AI-2010, el TJCA declaró el incumplimiento del Estado colombiano en un caso en el que un tribunal arbitral no había solicitado la interpretación prejudicial y en el que el Consejo de Estado no había solicitado la interpretación prejudicial en el proceso de anulación de los laudos. Ello derivó en la creación por el propio Tribunal andino de una causal de anulación de laudos en el derecho colombiano —aplicable, por extensión, a Bolivia, Ecuador y Perú—, por inobservancia de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial, que fue objeto de críticas por parte de la doctrina[63], pero asumida con encomiable disciplina por el Consejo de Estado colombiano[64], aunque no de forma unánime[65].

---

61 En relación con la inclusión de causal de nulidad de laudos por no presentación de cuestión prejudicial, HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (2019): *El juez nacional en su condición de juez europeo. La aplicación judicial de los principios de equivalencia y efectividad (su manifestación procesal*), en *European Inklings (EUi)*, n. 17, Oñati, pp. 113-114.

62 Sentencia de 11 de julio de 2012, Proceso 57-IP-2012, p. 15.

63 En este sentido, pueden encontrarse posiciones críticas que, fundamentalmente, consideran que el TJCA actuó *ultra vires*, en MARTÍNEZ ARCOS, L. V. (2014). *Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Revista de Derecho Privado*, n. 52, julio – diciembre, versión en línea; o TANGARIFE TORRES, M. (2016). *Cooperación judicial iberoamericana: La interpretación prejudicial andina: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, pp. 207 – 230.

64 El Consejo de Estado introdujo la causal de anulación de laudos por inobservancia de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial mediante providencias de 9 de agosto de 2012.

65 Es muy reveladora la aclaración de voto dentro del Consejo de Estado:

> «1. Compete exclusivamente al legislador regular las causales de anulación de las decisiones de los árbitros (Art. 116 y 150. num 1 y 2 C.N.). Nuestro ordenamiento no previó en la Ley 80 de 1993, tampoco en la Ley 1150 de 2007, ni recientemente en la Ley 1563 de 2012, como causal de anulación de laudos arbitrales, la omisión de "consultar" al Tribunal Andino de Justicia en aquellos eventos en los cuales se discuta la aplicación de normas comunitarias andinas. Tampoco,

El propio Tribunal llegó a establecer la posibilidad de apreciar de oficio el vicio de nulidad del laudo, con relevantes consecuencias en el plano interno[66].

Por otro lado, en el ámbito comunitario, y quizá más importante, habría que plantearse la cuestión fundamental derivada de la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial por un árbitro privado. Cabe preguntarse hasta qué punto puede ser responsable un país miembro por un incumplimiento de un particular —árbitro privado— sobre el que el Estado no ejerce ningún control, ni en su nombramiento, ni en sus competencias, ni en su procedimiento, ni sobre su decisión. Al contrario, el mandato del árbitro privado no deriva de la ley, sino de un acuerdo entre particulares —pacto o convenio arbitral—, sobre el que el Estado se inhibe voluntariamente, pues, aunque le reconoce funciones jurisdiccionales, también lo reconoce como mecanismo *extrajudicial* situado, por tanto, fuera del poder judicial. De acuerdo con la doctrina de la responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario, la acción u omisión constitutiva de la infracción debe provenir de un órgano del Estado, vinculado con alguno de los tres poderes, incluso del poder judicial[67], sin que los comportamientos privados puedan

el ordenamiento andino contiene regulación positiva alguna acerca del régimen arbitral aplicable en la subregión, en tanto que este asunto corresponde al legislador interno. En tal virtud, vía decisión jurisprudencial no es posible crear causales y, aún menos, anular un laudo arbitral, con fundamento en situaciones no previstas la ley. 2. El entendimiento de la "causal" de anulación contraviene la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral. Los supuestos que configuran la "causal de anulación", conforme la interpretación del artículo 33 de la Decisión 500 de 2001, se refieren a aquellos eventos en los que corresponda la aplicación de las normas comunitarias o cuando surge una controversia sobre dicha aplicación. Incluso, se opta por su estructuración en casos, como en el que dio origen a la decisión en este proceso, en el que la aplicación de esas normas no se discutió ni fue determinante para la decisión del proceso arbitral, pero el juez de anulación considera o, al menos, tiene dudas sobre esa circunstancia. El proceso de raciocinio que lleva a sostener que en un caso son aplicables normas comunitarias, sin que tal circunstancia fuera debatida en el proceso arbitral, supone la definición del derecho aplicable al litigio, aspecto que tiene que ver con asuntos sustanciales de la controversia. Este "causal" desconoce, entonces, los estrictos y precisos términos del recurso anulación de laudos arbitrales, pues impone al juez del recurso extraordinario definir primero el derecho aplicable, para, de allí, derivar el yerro que justifica la anulación, esto es, su no consulta al Tribunal Andino de Justicia. Así, aun cuando las características del recurso de anulación de laudos arbitrales exigen al Consejo de Estado limitarse a aspectos *in procedendo*, la aplicación de esta "causal" amplía el restringido ámbito de acción del juez del recurso, en cuanto funda su procedencia en errores *in iudicando*.»

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias de 3 agosto de 2016, Radicación n.º 11001-03-26-000-2015-00089-00 (54.315) y de 10 de noviembre de 2016, Radicación n.º 11001-03-26-000-2016-00063- 00 (56845), Aclaración de Voto.

66 *Cfr*. FUENTES, A. (2021). *La interpretación prejudicial en la Comunidad Andina y las obligaciones del 'juez nacional' en Colombia*, en VARELA, D. F. et al. (eds.). *Los procesos judiciales ante las altas cortes, Tomo III, Corte Suprema de Justicia*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021, pp. 276 y ss.

67 Así lo han establecido tanto el TJUE, desde su sentencia en el asunto 77/29 *Comisión contra Bélgica*, como el propio TJCA: la conducta constitutiva de un incumplimiento estatal puede derivar de cualquier tipo de medida «legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias

generar responsabilidad. ¿Las funciones jurisdiccionales atribuidas a un particular —árbitro— constituyen nexo suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado?

En los casos de posible incumplimiento derivado del poder judicial, deben extremarse todas las cautelas por las características propias de independencia del poder judicial. Como se señaló en relación con la UE, la Comisión Europea había sido especialmente prudente en este terreno «en consideración de la elevada carga política, jurídica y simbólica que comporta la declaración del incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro como consecuencia de la actuación de su poder judicial»[68]. La consecuencia de ello fue que la primera sentencia del TJUE que admitió responsabilidad contra un Estado miembro por un mal uso de la cuestión prejudicial por sus jueces no llegó hasta 2003[69], y limitada también extraordinariamente solo a supuestos extremos[70]. Esta limitación a supuestos extremos revela prudencia también por parte del Tribunal de Luxemburgo, que había sido consciente de sus relaciones con los tribunales nacionales se basan en relaciones de cooperación y no de jerarquía, y que «podrían verse negativamente afectadas si el Tribunal comunitario declarase la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por el Poder Judicial»[71]. A su vez, no fue hasta 2018, con la sentencia *Comisión contra Francia*[72], que el TJUE estimó por vez primera un recurso contra un Estado miembro por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Desde el extremo opuesto, el concepto de *juez nacional* del Tribunal andino abre de par en par la puerta de la responsabilidad del Estado para que pueda verse comprometida con facilidad por una actuación arbitral, ya sea directamente o indirectamente —como sucedió en el proceso 03-AI-2010—, desde el momento en que el Tribunal andino determinó la obligatoriedad de la consulta prejudicial. En particular, estableció que:

> «…se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros,

o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino» (Sentencia de 8 de diciembre de 1998, Proceso 03-AI-97).

68 ARNALDOS ORTS, E. (2018). L*a sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-416/17 Comisión contra Francia o la inédita declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de un Estado miembro como consecuencia de la inobservancia de la obligación de plantear la cuestión prejudicial*, en *Foro de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 50, p. 156.

69 Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler*.

70 Alonso, *op. cit.*, p. 12

71 PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2000). *La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Madrid: Universidad Carlos III, Tesis Doctoral, p. 511.

72 Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión contra Francia*, C-416/17.

> cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria»[73].

Por tanto, el Tribunal da pie a que la acción u omisión —inobservancia de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial— de un particular —árbitro privado—, que no pertenece ni representa ni depende de ningún órgano de ningún poder del Estado, pueda configurar un incumplimiento flagrante[74] del derecho comunitario andino que comprometer la responsabilidad de cualquier país miembro[75]. En efecto, se ha destacado que:

> «…[d]e no solicitarse la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN en los casos en los cuales es obligatoria, el país miembro estaría incurriendo en vulneración flagrante del Derecho Comunitario Andino y, por consiguiente, sería posible una denuncia por parte del particular afectado –inclusive si tiene el carácter de inversionista extranjero- ante la Secretaría General de la CAN y, de darse el caso, ante el propio Tribunal de Justicia supranacional.»[76]

Sin embargo, cabe preguntarse si el incumplimiento seguirá siendo flagrante en el caso de que, aun no solicitando la interpretación prejudicial, el juez nacional realiza una interpretación acorde con el derecho comunitario. Dadas las graves consecuencias de una sentencia condenatoria de incumplimiento y de la eventual responsabilidad del Estado, en aras de mantener el espíritu de cooperación judicial y, sobre todo, la finalidad de la interpretación prejudicial, parece razonable considerar que no estaríamos ante un incumplimiento "flagrante".

Además, el terreno de la vía del incumplimiento y de la eventual responsabilidad de un Estado como consecuencia de la inobservancia de la obligación de la presentación de una cuestión prejudicial es resbaladizo. Tanto la Secretaría General como, sobre todo, el TJCA deberían extremar sus cautelas a la hora de instruir causas por eventuales incumplimientos provenientes de los órganos jurisdiccionales nacionales para no convertir en jerárquica una institución como la interpretación prejudicial que

---

73 Sentencia de 26 de octubre de 2011, proceso 03-AI-2010, p. 22.

74 Sasaki puso de manifiesto que «en la jurisprudencia andina se tiene muy claro que el incumplimiento de la obligación de solicitar interpretación prejudicial en el caso de tratarse de la única o última instancia ordinaria es uno de tipo "flagrante", sin importar las circunstancias del caso concreto».

SASAKI, A. (2017). *La responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario*, Tesis Doctoral, Madrid: Universidad Complutense. p. 168.

75 En relación con las posibilidades que ofrece esta vía, véase el estudio más completo que se ha desarrollado al respecto: SASAKI, A. (2017). *Ibid*.

76 ANAYA VERA, E.; POLANCO LAZO, R. (2014). *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?*, Con-texto, n. 46, febrero, pp. 31 – 55.

es esencialmente cooperativa[77], basada en un diálogo judicial en el que la garantía de la aplicación del derecho comunitario se basa en una mutua relación de confianza y en una estrecha colaboración entre el TJCA y los jueces nacionales, que constituyen conjuntamente la «jurisdicción comunitaria andina»[78].

5. Consideraciones finales

La inexistencia de un concepto cierto de juez nacional, a los efectos de solicitar la interpretación prejudicial, determinó la necesidad de que el TJCA llevase a cabo una labor de construcción jurisprudencial que ha sido objeto de una suerte de crítica laudatoria. El Tribunal andino ha adoptado una posición expansiva, que da cabida a cualquier órgano que *aplique* derecho comunitario, e invasiva, llegando a introducir *ex novo* causales de nulidad de autos en los derechos internos de los países miembros.

La gran heterogeneidad que impregna la realidad del arbitraje desaconseja tratar a todos los órganos arbitrales a partir de un mismo patrón, e impide meterlos a todos en el mismo cajón. Los Estados suelen contar con una pluralidad de órganos para la resolución de litigios, por lo que habrá que estar a cada caso concreto para determinar si cumple con los requisitos para ser un juez nacional u órgano jurisdiccional nacional, sin que, de entrada, pueda aplicarse ninguna regla general, salvo, evidentemente, en el caso de órganos del poder judicial de cada Estado.

En este sentido, el TJCA, desaprovechando la gran oportunidad de establecer lo que podría ser un fructífero diálogo judicial con el Tribunal de Luxemburgo, ventiló con demasiada rapidez el concepto de juez nacional y, sobre todo, su relación con el arbitraje. De igual modo, pasó por alto la oportunidad de realizar una amplia reflexión sobre la relación del arbitraje con la interpretación prejudicial y una construcción del concepto de juez nacional a la luz del arbitraje.

Con independencia de cuál sea la posición que finalmente se adopte en torno al arbitraje, parece no solo conveniente, sino hasta imprescindible, detenerse en la distinción entre el arbitraje público y el arbitraje privado. Se trata de una tarea desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo la sentencia *Vaassen-Göbbels* de 1966, mientras que para el Tribunal de Quito sigue siendo una tarea pendiente a pesar de que, como se señaló, en lugares puntuales de su jurisprudencia deja en evidencia la importancia del mandato legal que deben cumplir los árbitros a los efectos de la interpretación prejudicial.

---

77 «No existe aquí ninguna relación de subordinación o supraordenación de una esfera judicial respecto de la otra, sino, como se dijo, una perfecta comunicación colaborativa, en la cual cada una de las jurisdicciones cooperan en el logro del objetivo de la IP».

BUENO MARTÍNEZ, P.; PEROTTI, A. D. (2005). *La teoría del acto aclarado. ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?*, en *Díkaion*: Revista de Actualidad Jurídica, n. 14, 2005, p. 136.

78 Sentencia de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87.

En el caso del arbitraje público, el órgano arbitral estaría revestido de rasgos que le permitirían atribuirle la noción de órgano jurisdiccional o juez nacional y, por tanto, estaría legitimado para la presentación de la cuestión prejudicial. Sin embargo, los arbitrajes privados se alejan de los aspectos fundamentales del concepto de juez nacional en la medida en que prima la autonomía de la voluntad frente a la ley, situándose en la esfera estrictamente privada, lo que tiene una relevancia de primer orden, por ejemplo, a efectos de determinar la eventual responsabilidad del Estado por perjuicio a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario.

Aun cuando el TJCA mantenga a los árbitros privados bajo el paraguas del concepto de juez nacional, tanto la Secretaría General como el propio Tribunal deberían extremar su proceder, en general, ante cualquier posible incumplimiento procedente de los jueces nacionales y, en particular, ante situaciones de inobservancia de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial por parte de los árbitros, para evitar quebrar el espíritu de diálogo y cooperación judicial. Además, y finalmente, no estamos ante una cuestión baladí, sino de primer orden, en la medida en que se podría activar la responsabilidad del Estado por daño a los particulares por infracción del derecho comunitario sin que media la acción de ningún órgano del Estado, sino de un simple particular, un árbitro privado.

La relación entre el arbitraje y la interpretación prejudicial es compleja, pudiendo llegar a ser demasiado difusa, como en la jurisprudencia andina, o demasiado confusa, como en la jurisprudencia europea. En un momento como el actual, en el que el TJCA ha atravesado momentos clave para su futuro como consecuencia del proceso de reingeniería iniciado para su modificación, la reflexión o la revisión del concepto de juez nacional y sus consecuencias cobran más valor. Por las diferentes razones sustentadas en este trabajo, el arbitraje presenta muchos desafíos para la interpretación prejudicial, y viceversa, que todavía no han sido abordados por el Tribunal andino. Sin duda, como apunta el avance jurisprudencial del proceso 01-IP-2021, se trata de una de las grandes líneas de desarrollo para el TJCA, para el derecho comunitario andino y para la Comunidad Andina en los próximos años.

6. Bibliografía complementaria

- BALDEÓN HERRERA, G. *La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en AA.VV. (2003). *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Isla de Margarita, 2003.
- GÓMEZ APAC, H.R. *El arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en AA.VV. (2022). *Contratos del Estado, Arbitraje y Derecho Administrativo,* Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2022.
- INDACOECHEA JÁUREGUI, J. M. *La interpretación prejudicial recaída en el Proceso 242-IP-2015 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Revista Tribunal Internacional*, Vol. 7, n. 13, versión en línea, 2018.
- LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, M. *Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial*, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 1849, Madrid, 1999.

- RODRÍGUEZ MEDAL, J. *Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?*, en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1, 2015.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Madrid: Civitas/Fundación Universidad Empresa, 1993.
- SOCA TORRES, I. *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Tesis Doctoral, Barcelona: Universidad Ramon Llull, 2015.
- URIBE, R, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.

La Coruña, enero de 2024.

**

SUBCAPÍTULO III

EL MÉTODO CREATIVO E INCLUSIVO DE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL ANDINO: LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS CON FUNCIÓN JURISDICCIONAL DENTRO DEL MARCO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Jackeline Patricia Céspedes Arteaga

Jackeline Patricia Céspedes Arteaga

Abogada y doctora en derecho por la Universidad Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, laureada con el premio europeo de tesis de derecho público europeo - EPLO 2017 por su tesis en derecho comparado comunitario regional. Es miembro de la Asociación de Legislación Comparada (SLC), del Instituto de Derecho Público Administrativo (IDPA), de la Sociedad Francesa de Derecho Internacional Público (SFDI) y de la Sociedad Internacional de Derecho Comunitario y de la Integración (SIDECI). Ha asistido a cursos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Instituto Internacional de Derechos Humanos «Fundación René Cassin», el curso de actualización profesional para personal parlamentario francés en la Escuela Nacional de Administración (ENA), la Academia Internacional de Derecho Constitucional, el Colegio de Altos Estudios Europeos «Miguel Servet» y la Fundación por el Derecho Continental. Ha trabajado en la Asamblea Nacional francesa, en la Sección de Informes y Estudios del Consejo de Estado francés y actualmente se desempeña como abogada en derecho reglamentario europeo digital e industrias farmacéuticas. Es tutora de derecho administrativo en la Universidad Paris 1 – Panthéon-Sorbonne y coautora de libros sobre protección de datos y redactora de crónicas de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la revista LexisNexis.

***

EL MÉTODO CREATIVO E INCLUSIVO DE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL ANDINO: LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS CON FUNCIÓN JURISDICCIONAL DENTRO DEL MARCO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Jackeline Patricia Céspedes Arteaga

Palabras clave

Interpretación prejudicial. Propiedad intelectual. Rol del juez comunitario andino. Autoridades administrativas. Derecho comparado comunitario. Jurisprudencia andina. Interpretación creativa y funcional. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Keywords

Preliminary ruling. Intellectual property. Role of the Andean Community judge. Administrative authorities. Comparative Community law. Andean jurisprudence. Creative and functional interpretation. Court of Justice of the Andean Community.

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina continúa reafirmando los elementos de la noción de juez nacional o órgano jurisdiccional dentro de su actividad jurisdiccional. Desde hace algunos años se constata un giro jurisprudencial en las decisiones del Tribunal andino en relación con la apreciación de la noción de juez comunitario, más inclusivo que en sus precedentes y en los precedentes jurisprudenciales europeos. El Tribunal andino proyecta de esta manera desarrollos importantes jurisprudenciales adaptados a la realidad de la región andina, permitiendo no solo la garantía de la aplicación uniforme del derecho comunitario andino sino también la reanimación de las nociones que, lejos de quedar en letra muerta en los textos fundadores del Sistema comunitario andino, se ven dinamizadas por iniciativas del Juez comunitario andino. En esta perspectiva, se puede decir que, en el derecho comparado comunitario, tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, el concepto de órgano jurisdiccional nacional es y será una noción en constante movimiento.

Abstract

The Court of Justice of the Andean Community continues to reaffirm the elements of the notion of national judge or jurisdictional body within its jurisdictional activity. For some years now, the decisions of the Andean Court have been more inclusive than in its precedents and in European case law. The Andean Court thus projects important jurisprudential developments adapted to the reality of the Andean region, allowing not only the guarantee of the uniform application of Andean Community law but also the revival of notions which, far from remaining a dead letter in the founding texts of the Andean Community system, have been given new impetus by the initiatives of the Andean Community judge. In this perspective, it can be said that, in comparative Community law, both in the Andean Community and in the European Union, the concept of the national court is and will be a notion in constant movement.

1. Introducción: Las autoridades administrativas independientes, *ovnis* del derecho administrativo clásico

La teoría clásica de la separación de poderes elaborada por Locke[1] y Montesquieu[2] ha sido implantada en los países latinoamericanos de tradición civilista. Es así que se puede identificar también la separación de poderes como sistema de gobierno en los Países Miembros de la Comunidad Andina desde sus fundaciones respectivas. Este sistema de gobierno centralizado se caracteriza principalmente porque fue a su vez delimitado en tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Sin embargo y como ha sucedido en diversos países del mundo, las nuevas políticas económicas provenientes de los Estados Unidos han originado la creación de nuevas estructuras administrativas de regulación denominadas: «Autoridades administrativas» o «Autoridades administrativas independientes» de los poderes clásicos del Estado.

Así bien, encontramos el origen de estas nuevas entidades administrativas, no en el derecho administrativo clásico, sino el derecho administrativo estadounidense, más precisamente con la constitución de la primera *Public Authority* o *Independent Agencie,* conocida como la *Interstate Commerce Commission*, creada en 1887 con la finalidad de garantizar la regulación y el control de todo lo relativo al comercio y al transporte entre diferentes estados de los Estados Unidos.

[1] La práctica de régimen británico de la separación de poderes fue teorizada por primera vez en la obra del filósofo Locke en su obra «*Two Treatises of Government*», publicada por primera vez en Londres, 1689.

[2] La teoría de la separación de poderes fue posteriormente sistematizada por Montesquieu que se inspiró principalmente en las descripciones de los tratadistas clásicos, plasmando esta teoría en el Libro XI del Tratado del Espíritu de las Leyes, originalmente «*De l'esprit des lois (Chapitre VI du Livre XI - De la Constitution d'Angleterre)*» publicado en Ginebra, 1748.

Luego, a principios del siglo XIX y como consecuencia de la aplicación de la política de regulación más conocida como el *New Deal*[3], se crearon nuevas «Agencias independientes» constituyéndose estas en verdaderos órganos al servicio del Congreso de los Estados Unidos, desarrollando principalmente funciones administrativas, pero al margen de la estructura del poder ejecutivo[4].

A pesar de identificarse fácilmente el origen de estas nuevas entidades administrativas en el derecho administrativo estadounidense, las *Independent Regulatory Agencies* no han sido objeto de ninguna definición oficial desde su creación[5]. Actualmente, se las puede considerar como servicios públicos integrados formalmente al poder ejecutivo, pero que conservan una libertad parcial en relación con este, pues dependen a la vez del poder ejecutivo y del legislativo.

En el continente europeo, que como consecuencia de la liberalización de mercados y la privatización de las empresas públicas iniciados en los años 80s, se puede constatar la creación de autoridades administrativas. Y es en el marco del sistema de integración europeo que se advierte también la existencia de Agencias europeas creadas como órganos de regulación sectorial, que tienen como función la coordinación con los órganos administrativos nacionales y sus homólogos europeos en los diferentes Países miembros de la Unión Europea[6] sobre temas comunes sectoriales, otorgándoles

3 El *New Deal* fue la política destinada a luchar contra los efectos de la Gran Depresión que sufría los Estados Unidos. Este programa fue implementado por el presidente F.D. Roosevelt y fue desarrollado entre 1933 y 1938. El *New Deal* fue desplegado en dos etapas y tuvo como objetivo principal sostener los niveles más desfavorecidos de la población y lograr una reforma innovadora para la época. Con esta política se logró dinamizar la economía y los mercados financieros estadounidenses. Este programa incluía principalmente une reforma bancaria, programas de asistencia social de urgencia, programas de ayuda al sector laboral, y programas agrícolas. Para realizar las inversiones en esos sectores se crearon agencias gubernamentales de las cuales una de las más importantes la *Works Progress Administration*. Para profundizar sobre el tema ver: A. J. Badger, *The New Deal: The Depression Years, 1933-40*, Macmillan, Londres, 1989; Marie Scot, *Élie Halévy. Un regard français inédit sur le New Deal de Franklin D. Roosevelt*, *Histoire@Politique*, vol. 31, no. 1, 2017, pp. 95-120.

4 Robert S. Barker, *Separación de poderes en los Estados Unidos: resumen y actualización*, IUS et VERITAS, N° 12, 1996 (originalmente publicado en Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, 1993).

5 Ni la Ley estadounidense de Procedimiento Administrativo de 1946 «*Administraive Prodecure Act*» ni ningún otro texto especifican la naturaleza de estos órganos.

6 A título de ejemplo dentro del derecho de la protección de datos personales, se puede citar al Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) que ha sido creado con la función de garantizar que el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) y la Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal se apliquen de manera coherente en los países de la Unión Europea, así como en Noruega, Liechtenstein e Islandia. A este órgano unionista, se deben también sumar las organizaciones nacionales de protección de datos de los países miembros: *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI)* (Alemania); *Datenschutzbehörde* (Austria); *Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA)* (Bélgica); Комисия за защита на личните данни (Bulgaria); Γραφείο Επιτρόπου Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (Chipre); *Úřad pro ochranu osobních údajů (ÚOOÚ)* (República Checa); *Datatilsynet* (Dinamarca); *Úrad na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky* (Eslovaquia); *Republika Slovenija Informacijski pooblaščenec* (Eslovenia); Agencia Española de Protección de Datos

nuevas funciones legislativas a través de la elaboración de recomendaciones y opiniones o guías prácticas de aplicación de la reglamentación sectorial y, en ciertos casos, otorgándoles también poderes de sanción en caso de incumplimiento de la reglamentación sectorial aplicable. Esta última función es considerada por algunos autores de doctrina como solo *cuasi funciones* judiciales, con el objetivo de evitar toda asimilación con el rol clásico del juez judicial, elemento esencial del Poder Judicial.

Con la llegada de la globalización económica y la apertura de sectores económicos nuevos, se verá también en América Latina la creación de autoridades administrativas que tienen como misión principal el responder a las políticas de regulación[7] necesarias para el desarrollo económico de los países latinoamericanos. A su vez y como reflejo de la actividad de sus Países miembros, al interior de la Comunidad Andina, se puede constatar que el concepto clásico de juez nacional se verá impactado con la llegada y la dinámica de las autoridades administrativas **(I)**, principalmente dentro del régimen común sobre los derechos de la propiedad intelectual[8] y en la elaboración de criterios jurisprudenciales andinos relevantes de inclusión de estas autoridades administrativas como actores plenos de la integración andina **(II).**

(España) y tres otras agencias regionales (Andalucía, País Vasco y Cataluña); *Andmekaitse Inspektsioon* (Estonia); *Tietosuojavaltuutetun toimisto* (Finlandia); *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (Francia) ; Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (Grecia); *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság (NAIH)* (Hungría); *Persónuvernd* (Islandia); *Data Protection Commission* (Irlanda); *Garante per la Protezione dei Dati Personali* (Italia); *Datu valsts inspekcija* (Letonia); Datenschutzstellev (Liechtenstein); *Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija (VDAI)* (Lituania); *Commission nationale pour la protection des données* (Luxemburgo); *Office of the Information and Data Protection Commissioner* (Malta); *Datatilsynet* (Noruega); *Autoriteit Persoonsgegevens (AP)* (Países Bajos); *Urząd Ochrony Danych Osobowych (UODO)* (Polonia); *Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD)* (Portugal); A*utoritatea Naţională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal*) *(ANSPDCP)* (Rumania); *Datainspektionen* (Suecia).

7 A título de ejemplo no exhaustivo de autoridades administrativas que se han creado estos últimos 30 años en los Países miembros de la Comunidad Andina: **En Colombia:** Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Financiera de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Nacional de Salud, Dirección General Marítima, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Instituto Colombiano Agropecuario. **En el Perú:** Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Fondo de Compensación para el Desarrollo Social, Organismo Supervisor de la Inversión Privada de las Telecomunicaciones, Instituto Nacional de la Infraestructura Educativa y de Salud, Superintendencia de Banca y Seguros, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. **En el Estado Plurinacional de Bolivia**: el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, Superintendencia de Regulación Financiera, Superintendencia Agraria, Superintendencia de Electricidad, Superintendencia de pensiones, valores y seguros, Superintendencia de Regulación Financiera.

8 Régimen común sobre propiedad industrial: Decisión 486 y sus modificatorias Decisiones 632 y 689; Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos: Decisión 351; Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales: Decisiones 345 y 366; Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos: Decisiones 391, 423, 448; Régimen común sobre Marca País: Decisión 876.

2. Criterios clásicos de la noción del juez nacional en los sistemas de integración comunitario

La Comunidad Andina, creada el 26 de mayo de 1969 mediante el Acuerdo de Cartagena, es el segundo sistema de integración regional económico y social más importante en el mundo, después de la Unión Europea.

Es a través de la normativa andina comunitaria que se han establecido mecanismos jurisdiccionales de garantía de la aplicación de la norma comunitaria. A este respecto, se puede citar como instrumento clave de todo proceso de integración regional a la interpretación prejudicial[9], que constituye el mecanismo de cooperación entre jueces comunitario y nacional más dinámico. Conocido en la doctrina comunitaria comparada como el «*dialogue des juges*»[10], este mecanismo jurisdiccional comunitario está destinado más precisamente a garantizar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento comunitario andino. Esta figura ha sido incluida en el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (también referido como **Tribunal andino** o **TJCA**). La interpretación prejudicial según el instrumento antedicho otorga, en principio, solo al juez nacional el rol principal de activación del procedimiento:

> «**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.»[11]

---

9 Definida en el ordenamiento jurídico andino como el «mecanismo procesal mediante el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina explica el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como 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». Artículo 2 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, aprobado mediante Acuerdo 08/2017 del 24 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017.

10 El origen de la expresión «*diálogo de los jueces*» se debe a M. Genevois, quien, en sus conclusiones en la sentencia de la Asamblea del Conseil d'État francés de 6 de diciembre de 1978, Ministère de l'Intérieur c. Cohn-Bendit, declaró, a propósito de las relaciones entre el juez comunitario y el juez nacional, que no debe haber «ni lugar para el gobierno de los jueces ni para la guerra de los jueces, sino para el diálogo de los jueces».

11 Artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, codificado mediante Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 483 del 17 de septiembre de 1999.

Además y a manera de precisión, es en el Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina que se encuentra la determinación de los dos tipos de interpretación prejudicial válidos dentro del procedimiento jurisdiccional andino que implican al juez nacional:

- La 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 decidir el proceso»[12]; y,

- La 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»[13].

Como se puede advertir de la redacción inicial de las disposiciones citadas precedentemente, el ordenamiento jurídico andino admite solamente la acción del juez nacional dejando fuera de toda posibilidad de acción a las autoridades administrativas, sean estas independientes o descentralizadas dentro del mecanismo de la interpretación prejudicial de la norma andina. Misma situación identificable en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que reconoce como único actor comunitario nacional habilitado para participar dentro del mecanismo de interpretación judicial al «Juez judicial»[14].

Durante muchos años y como consecuencia de la aplicación estricta de la teoría de la separación de poderes, se ha mantenido dentro de los sistemas de integración regional

---

12 Artículo 122 del Estatuto del TJCA, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 680 del 28 de junio del 2001.

13 Artículo 123 Estatuto del TJCA, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 680 del 28 de junio del 2001.

14 En sentido amplio se entiende por Juez a todo magistrado de orden judicial o administrativo. A manera de ejemplo comparativo, la Corte de Justicia de la Unión europea había dictaminado que la Autoridad de la competencia no es un órgano jurisdiccional competente para plantear una consulta prejudicial en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ver Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretación prejudicial N° C-53/03 de fecha 31 de mayo 2005 y decisión de interpretación prejudicial N° C-462/19 del 16 septiembre de 2020.

comunitario europeo y andino la noción cerrada y poco adaptable de «juez nacional comunitario».

Pero será gracias a la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —que ha realizado interpretaciones jurisprudenciales permitiendo la ampliación de la noción de juez comunitario nacional a las autoridades administrativas nacionales con función jurisdiccional, también a los árbitros[15] y a las autoridades aduaneras[16]— que la noción clásica de juez revestirá en el ámbito del derecho comunitario andino un nuevo empuje y dinamismo jurisprudencial.

3. Los aportes de la jurisprudencia del TJCA en el reconocimiento de las autoridades administrativas como garantes del orden jurídico comunitario andino

Como se ha indicado, la realidad económica regional andina, sobre todo en materia de propiedad intelectual[17] ha permitido incorporar actores económicos nuevos en el ecosistema comunitario andino, actores necesarios para la dinámica nacional de sus Países miembros: las empresas privadas y las autoridades administrativas de regulación sectorial. Es indudable que los actores económicos privados, considerados como ciudadanos andinos, necesitaban acudir a la justicia comunitaria andina para viabilizar soluciones en la aplicación de la normativa andina que les permitiera desarrollar sus activades en la región.

En 1987, el Tribunal andino abrió una primera posibilidad a los funcionarios administrativos de los Países Miembros de la Comunidad Andina que cumplían con

15 Respecto al rol del árbitro como juez nacional que posee funciones jurisdiccionales ver: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Acción de incumplimiento N° 3-AI-2010, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1985 del 11 de octubre de 2011 y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, N° 167-IP-2020 del 29 de agosto de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5292 del 31 de agosto de 2023. Para profundizar sobre el tema ver: Jorge Antonio Quindimil López, *El árbitro como juez nacional a la luz de los Tribunales de Justicia de la Comunidad Andina y de la Unión Europea, e*n *Conjuntos geopolíticos, regionalización y procesos de integración en el siglo XXI* (Eric Tremolada Álvarez, Editor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pp. 261-308.

16 Para profundizar sobre el reconocimiento de autoridades aduaneras como juez nacional andino ver: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 426-IP-2019 del 6 de mayo de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4487 del 2 de junio de 2022.

17 Régimen común sobre propiedad industrial: Artículo 55 del Acuerdo de Cartagena, Decisión 486 y sus modificatorias Decisiones 632 y 689; Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos: Decisión 351; Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales: Decisiones 345 y 366; Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos: Decisiones 391, 423, 448; Régimen común sobre Marcas País: Decisión 876.

funciones jurisdiccionales para poder ejercer las mismas funciones que un juez nacional[18].

Pero es a finales de la década del 2000, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió sentencias de interpretación prejudicial en las cuales se da una interpretación amplia e innovadora de la noción de juez nacional, que la alejan de la posición clásica que se había tomado hasta ese momento[19]:

> «[E]l término '**Juez Nacional**' debe interpretarse **incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna;** para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho comunitario Andino.
>
> Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el "juez nacional" y el "juez comunitario" en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración.»[20].

El TJCA, también estableció criterios para clasificar la naturaleza de un órgano y de sus actos como judiciales. Así, se estableció el criterio orgánico, formal o subjetivo destinado solo a los jueces nacionales jurisdiccionales y el criterio funcional, material u objetivo aplicable a órganos diferentes a los del Poder Judicial[21], precisiones dadas por el Tribunal andino, con el objetivo de garantizar principalmente, la aplicación uniforme del derecho comunitario andino en la región.

En su decisión de principio, emitida en el año 2014, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reafirma su labor de interpretación jurisprudencial utilizando el método de interpretación teleológico y funcional, y dotado de creatividad reconoció la «legitimidad activa de las autoridades administrativas para solicitar interpretaciones prejudiciales»[22], permitiendo así la confirmación de la extensión de los márgenes de apreciación de la noción clásica de juez nacional.

---

18 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación prejudicial N° 1-IP-87 del 3 de diciembre de 1987 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28 del 15 de febrero de 1988.

19 Ver: Yolanda Mendoza, *La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,* en Agenda Internacional Año XXVI N° 37, 2019, pp. 271-292.

20 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretaciones Prejudiciales N° 14-IP-2007 y N° 130-IP-2007 publicadas en las Gacetas oficiales del Acuerdo de Cartagena N° 1513 del 27 de junio de 2007 y N° 1584 del 11 de febrero de 2008 respectivamente.

21 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina N° 121-IP-2014 del 20 de noviembre de 2014, publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2427 del 11 de diciembre de 2014.

22 Para profundizar ver: Luis José Diez Canseco Núñez y María Ángela Sasaki Otani, *Derecho administrativo en el marco de la Comunidad Andina: la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales,* en Revista IUS ET VERITAS, N° 62, junio 2021, pp. 215-229.

Según jurisprudencia constante, el Tribunal andino reafirmará su intención de ampliar el perfil de juez a la autoridad administrativa con función jurisdiccional, alejándose así del método exegético de interpretación del derecho andino para iniciar una etapa de interpretación creativa de la norma comunitaria. Es así como el Tribunal andino reconoce la legitimidad de la Dirección de signos distintivos (DSD) y de la Comisión de Signos distintivos del INDECOPI del Perú para solicitar una interpretación prejudicial facultativa[23]; también se ha reconocido la competencia a las autoridades administrativas encargadas del registro de la Propiedad Industrial y otros avances en lo que respecta al derecho de la propiedad intelectual. También se recibieron consultas prejudiciales del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual del Estado Plurinacional de Bolivia (SENAPI)[24], de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC)[25], del Órgano colegiado de Derechos intelectuales del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales del Ecuador (SENADI)[26].

Respecto a este giro de interpretación prejudicial de una noción básica del derecho comunitario en general sobre «el rol de juez nacional», el expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y gran impulsor contemporáneo del derecho comunitario andino y del rol del TJCA, Luis Diez Canseco, magistrado ponente de la sentencia de principio N° 121-IP-2014, preciso recientemente[27] que el espíritu de interpretación que motivó la ampliación de la noción de juez nacional hacia las autoridades administrativas de los Países Miembros de la Comunidad Andina responde a una necesidad de otorgar Justicia, y para ello, precisa, que se utilizó el

---

23 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 140-IP-2014 del 20 de noviembre de 2014 publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2460 del 4 de marzo de 2015.

24 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 105-IP-2014, del 28 de noviembre de 2014, publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2459 del 4 de marzo de 2015.

25 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 242-IP-2015 del 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2579 del 4 de septiembre de 2015. Para profundizar sobre esta decisión ver: Juan Manuel Indacochea, *La Interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino, e*n IUS et VERITA, N° 56, julio 2018, pp. 106-129.

26 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 737-IP-2018 del 29 de marzo de 2019 publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3645 del 20 de mayo de 2019.

Para una vista general y completa sobre el aporte de cada decisión, ver: Gustavo García Brito, *La consulta prejudicial facultativa y la protección de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Andina*, en Perspectiva de los administradores de justicia en propiedad intelectual en América Latina, Corte Suprema de Justicia, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2021, pp. 89-109.

27 Conversatorio *«10 años de la primera interpretación prejudicial facultativa en el Perú»* organizada por la Secretaría General de la Comunidad Andina, 14 de marzo de 2024.

método finalista de interpretación de la normativa jurídica andina. Según Diez Canseco, se debe identificar en estas sentencias —que otorgan un reconocimiento legítimo a las autoridades administrativas—, la finalidad de fondo de «flexibilizar y actuar con creatividad para lograr el objetivo final del proceso de integración que es mejorar el nivel de vida de sus habitantes y hacer partícipes del proceso de integración a los grandes actores económicos de la región: los actores privados».

4. Conclusiones

Hoy, al celebrarse los 45 años de creación y 40 años de servicio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[28] al derecho y a la integración, se puede afirmar que más allá del mimetismo inicial atribuido al Sistema Andino de Integración, y más precisamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto al Sistema de Integración Europeo[29] se han generado en su seno jurisprudencial nuevas tendencias de interpretación de la norma comunitaria andina.

Estos logros jurisprudenciales han sido posibles gracias a la madurez institucional y la notable evolución creativa de la interpretación de los jueces andinos en diferentes momentos de la historia del Tribunal andino. El mérito intelectual del Tribunal andino es la observación y la aplicación de soluciones a las problemáticas que se presentan al interior del Sistema Andino de Integración.

Se puede afirmar con certeza, que el Tribunal andino aporta de manera pertinente al derecho comparado comunitario con nuevos espacios de interpretación respecto a la ampliación de la noción de juez nacional a las autoridades administrativas con función jurisdiccional, legitimadas dentro de los mecanismos básicos de la justicia comunitaria, sobrepasando de esta manera la percepción clásica de juez comunitario y preparando a la región andina para afrontar los nuevos desafíos de la regulación sectorial que se hace cada vez más presente en las realidades económicas en diferentes países del mundo.

París, 2024.

***

[28] Para comprender el desarrollo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el tiempo ver: Gustavo García Brito, *El rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los 50 años de integración subregional*, en Comentario Internacional, N° 20, 2020, pp. 167-199.

[29] Karen J. Alter y Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, International Courts and Tribunal Series, Oxford University Press, 2017, p. 334.

CAPÍTULO VIII

TRASCENDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

SUBCAPÍTULO I

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO

Koen Lenaerts

Koen Lenaerts

Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y catedrático de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Leuven.

Nacido en 1954 en Mortsel (Bélgica), el Sr. Lenaerts se licenció en Derecho en 1977 en la Katholieke Universiteit Leuven (Universidad Católica de Lovaina, Bélgica) antes de continuar sus estudios en la Harvard University (Universidad de Harvard, Estados Unidos). Obtuvo en esa institución los títulos de Master of Laws en 1978 y de Master in Public Administration en 1979. Tras su regreso a la Katholieke Universiteit Leuven, se doctoró en Derecho en 1982. Comenzó su carrera profesional en la misma universidad en 1979 como asistente y luego como profesor de Derecho Europeo en 1983. A lo largo de su carrera académica, también enseñó en el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica) de 1984 a 1989 y en la Harvard Law School (Facultad de Derecho de Harvard), como profesor invitado, en 1989.

El Sr. Lenaerts se incorporó al Tribunal de Justicia como letrado del Juez René Joliet y ocupó esa función de 1984 a 1985, antes de ejercer como abogado en el Colegio de Abogados de Bruselas de 1986 a 1989.

Es miembro de un gran número de fundaciones, organizaciones o instituciones en los ámbitos jurídico, cultural, artístico y social. Ha sido distinguido como barón (2005); Distinguished Helen DeRoy Fellow, University of Michigan Law School (2005); Honorary Master of the Bench of the Inner Temple, Londres (2010); doctor honoris causa por la Universidad de Poitiers (2016); doctor honoris causa por la Mykolo Romerio universitetas (2017); doctor honoris causa por la Universidad de Namur (2017); doctor honoris causa por la Universitatea Nicolae Titulescu din Bucuresti (2017); All European Academies Madame de Staël Prize for Cultural Values (2017); doctor honoris causa por la Sofijski universitet «Sveti Kliment Ohridski» (2018); doctor honoris causa por la Universiteti Europian i Tiranës (2018); doctor honoris causa por la Vilniaus universitetas (2022); doctor honoris causa por la Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iaşi (2023).

Fue nombrado juez del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 25 de septiembre de 1989, fecha de constitución de ese órgano jurisdiccional. Prestó servicio en el Tribunal de Primera Instancia durante más de catorce años antes de ser nombrado juez del Tribunal de Justicia el 7 de octubre de 2003. Sus pares le eligieron presidente de Sala durante dos mandatos sucesivos, del 9 de octubre de 2006 al 8 de octubre de 2012, y posteriormente vicepresidente del Tribunal de Justicia el 9 de octubre de 2012. Fue elegido presidente del Tribunal de Justicia el 8 de octubre de 2015 y ocupa ese cargo desde entonces.

***

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO

Koen Lenaerts[1]

Palabras clave

Integración regional. Unión Europea. Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Estado de Derecho.

Keywords

Regional integration. European Union. Andean Community. Court of Justice of the European Union. Court of Justice of the Andean Community. Rule of Law.

Resumen

Todo proceso de integración regional debe llevarse a cabo a través del Derecho y con arreglo al Estado de Derecho. En este sentido, tanto la Unión Europea como la Comunidad Andina han establecido, en sus diseños estructurales respectivos, tribunales permanentes, imparciales e independientes; cuya misión es garantizar que el Derecho de integración sea respetado tanto por las instituciones como por los Estados miembros. Para entender cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el "TJUE") desempeña la función de garante del Estado de Derecho en el proceso de integración, la presente contribución tiene por cometido describir su estructura y funcionamiento, así como los métodos de interpretación que dicho tribunal aplica. A modo de conclusión, se afirma que es mediante el respeto del Derecho de la Unión y, por consiguiente, de la interpretación que hace el TJUE de dicho Derecho, que la Unión Europea ha logrado convertirse en un espacio donde el progreso económico y el progreso democrático avanzan en paralelo, reforzándose mutuamente.

Abstract

Regional integration can only be carried out through law and in accordance with the rule of law. In that regard, both the

[1] Todas las opiniones expuestas aquí son opiniones personales del autor.

European Union and the Andean Community have established, in their respective structural designs, permanent, impartial, and independent courts; whose objective is to ensure that the law of integration is observed by both the institutions and the Member States. In order to understand how the Court of Justice of the European Union (the "CJEU") fulfills this guarantor role, the present contribution aims to describe its structure and operation, as well as the methods of interpretation applied by this court. A brief conclusion supports the contention that it is through respect for Union law and, consequently, for the interpretation carried out by the CJEU of this law, that the European Union has managed to become an area where economic and democratic progress advance in parallel, mutually reinforcing each other.

1. Introducción

Tanto la Unión Europea como la Comunidad Andina reposan sobre un ideal básico, a saber, que un proceso de integración regional solo puede llevarse a cabo a través del Derecho y con arreglo al Estado de Derecho.

Para que dicho ideal se convierta en una realidad tangible, el proceso de integración regional debe establecer un tribunal permanente que sea imparcial e independiente. Dicho tribunal deberá actuar en calidad de intérprete supremo de los Tratados constitutivos[2], garantizando así que tanto las instituciones establecidas por dichos Tratados como los Estados miembros respeten el Derecho de integración.

En Europa, los autores del Tratado de Roma eran conscientes de la importancia de crear un Tribunal de Justicia[3], y es por ello que el Artículo 19 TUE establece que dicho tribunal «[garantizará] el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados»[4].
En Sudamérica, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el «**TJCA**») tiene el mismo cometido, puesto que el Preámbulo de dicho Tratado establece que:

---

2 En la Unión Europea, los Tratados constitutivos son el Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, el «**TUE**») y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, el «**TFUE**»).

3 Para saber más sobre la creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**), véase RASMUSSEN, M., «The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice», *Journal of European Integration History*, 2008, p. 77.

4 Véase Artículo 19 TUE. Véase, por ejemplo, LENAERTS, K., y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., «El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea», en J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, B. BECERRIL ATIENZA; J.M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea* (Sistema jurisdiccional de la UE), 2012, p. 33.

> «…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».

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el «**TJUE**») y el TJCA no solamente comparten la misma misión, al ser ambos garantes del Estado de Derecho en el proceso de integración, sino que también gozan de competencias jurisdiccionales similares[5]. Por ejemplo, ambos tribunales pueden declarar la nulidad de los actos adoptados por las instituciones establecidas por los Tratados constitutivos. Asimismo, ambos tribunales pueden conocer de recursos cuyo objeto es establecer si un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. Finalmente, ambos sistemas de integración establecen un mecanismo de remisión prejudicial, el cual resulta indispensable para un diálogo de "juez a juez" sobre el Derecho de integración[6].

Con motivo del 45º aniversario de la creación del TJCA y del 40º aniversario de su puesta en funcionamiento, mi contribución a esta obra colectiva consiste en una descripción de la estructura y del funcionamiento del TJUE (2.), así como de un breve análisis de los métodos de interpretación que dicho tribunal aplica (3.). A modo de conclusión, me gustaría hacer hincapié en la importancia que reviste el valor de respeto del Estado de Derecho para poder avanzar en todo proceso de integración regional (4.).

2. Estructura y Funcionamiento del TJUE

En la Unión Europea existen dos órganos jurisdiccionales, el Tribunal General y el TJUE, ambos encargados de velar por que el proceso de integración europea se haga con arreglo a Derecho[7]. El Tribunal General, compuesto por 2 jueces por Estado miembro[8], conoce principalmente de recursos de anulación interpuestos contra actos adoptados por las Instituciones de la Unión Europea[9]. Se trata pues de un órgano jurisdiccional con competencias en materia contencioso-administrativa y, tratándose de funcionarios europeos, en materia laboral. Sus resoluciones judiciales pueden ser

---

5 Para un estudio exhaustivo sobre similitudes y diferencias entre ambos tribunales, véase ALTER, K.J., y HELFER, L.R. (coord.), *Transplanting International Courts: the Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

6 Véase, en este sentido, CIENFUEGOS MATEO, M., «Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, 43.

7 Artículo 19 TUE.

8 Artículo 19 TUE, Artículo 254 TFUE y Artículo 48 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el «**Estatuto del TJUE**»).

9 Artículo 256 TFUE y Artículo 51 del Estatuto del TJUE.

recurridas en casación ante el TJUE, pero únicamente por cuestiones de Derecho[10]. En el trascurso del presente año, el Tribunal General también conocerá de cuestiones prejudiciales pero únicamente en una serie de materias específicas[11].

En lo que respecta al TJUE, este está compuesto por un juez por Estado miembro (al igual que el TJCA)[12]. A los 27 jueces que componen el TJUE, hay que añadir 11 abogados generales y un secretario[13]. El TJUE ejerce una jurisdicción de carácter suprema y constitucional. *Suprema*, ya que asegura la interpretación uniforme del Derecho de la Unión. *Constitucional*, ya que sus sentencias han sentado los principios básicos de dicho Derecho, como, por ejemplo, el principio de efecto directo[14], el principio de primacía[15], el principio de autonomía[16], y el principio de tutela judicial efectiva[17].

Más de la mitad de los asuntos introducidos y resueltos por el TJUE son cuestiones prejudiciales[18]. Este dato demuestra que el mecanismo de remisión prejudicial constituye «la piedra angular del sistema jurisdiccional instituido por los Tratados», ya que:

> «…establece un diálogo de juez a juez entre el [TJUE] y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tiene como finalidad garantizar la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados»[19].

10 Artículo 256 TFUE.

11 Dichas materias son: el sistema común del impuesto sobre el valor añadido (IVA); los impuestos especiales; el código aduanero; la clasificación arancelaria de las mercancías en la nomenclatura combinada; la compensación y asistencia a los pasajeros en caso de retraso o cancelación de los servicios de transporte o de denegación de embarque; y, el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

12 Artículo 19 TUE.

13 Artículo 19 TUE y Artículos 252 y 253 TFUE.

14 Sentencia de 5 de febrero de 1963, van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1.

15 Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66.

16 Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales - CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

17 Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49.

18 Véase, en este sentido, TJUE, «Panorámica del año 2023», disponible en: *CURIA - Informe anual - Tribunal de Justicia de la Unión Europea (europa.eu)*

19 Véanse, en este sentido, el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartado 176, y la sentencia de 6 de octubre de 2021, Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:799, apartado 27.

Dicho diálogo versa sobre el Derecho y solo el Derecho, de ahí que únicamente jueces independientes puedan participar en el mismo. Consideraciones de índole meramente política no pueden formar parte de dicho diálogo judicial. Así, el principio de independencia judicial es fundamental para el buen funcionamiento del mecanismo de remisión prejudicial[20].

Cada juez o abogado general es propuesto por el Estado miembro de su nacionalidad, y es designado de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años renovables[21]. Dicho esto, desde el 1º de diciembre del año 2009, existe un comité encargado de velar por la idoneidad de los candidatos propuestos. Dicho comité, llamado «Comité 255», en referencia al artículo del TFUE que lo establece, puede emitir un dictamen no vinculante que puede ser positivo o negativo sobre el candidato en cuestión. Cabe señalar que, hasta la fecha, ningún Estado miembro ha mantenido una candidatura que haya recibido un dictamen negativo[22].

El TJUE resuelve los asuntos que se le planteen en Salas de 3 jueces, en Salas de 5 jueces y en Gran Sala[23]. Esta última se compone de 15 jueces. Cuanto más importante sea un asunto desde una perspectiva jurisprudencial, mayor será el número de jueces que conocerán de él. Así, por ejemplo, asuntos que planteen problemas nuevos y de suma importancia serán juzgados por la Gran Sala. A modo muy excepcional, el Pleno del TJUE —compuesto por 27 jueces— podrá conocer de asuntos que sean transcendentales para el ordenamiento jurídico de la Unión. En cambio, asuntos que no conlleven un desarrollo jurisprudencial significativo o que no susciten cuestiones nuevas, podrán ser examinados por Salas de 5 o de 3 jueces.

El TJUE es un órgano colegial, en el cual lograr un consenso es de suma importancia, ya que los Tratados no prevén que los jueces puedan emitir votos particulares[24].

Cada miembro del TJUE tiene a su disposición un gabinete, compuesto por cuatro letrados y dos asistentes. Por razones obvias, la talla de los gabinetes de presidencia y de vicepresidencia es mayor. Cada miembro se encarga de componer su propio equipo y es responsable de su buena gestión. Tratándose de los letrados, no existe un perfil único, ya que estos pueden ser miembros de la judicatura en sus Estados miembros, funcionarios nacionales o europeos, así como provenir del mundo académico o de la

20 Véase, en este sentido, LENAERTS, K., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, p. 351.

21 Articulo 19 TUE.

22 Puede consultarse el informe de actividad de dicho Comité para el año 2022, en el siguiente hipervínculo: *2022.2597-qcar22002enn_002.pdf (europa.eu)* (disponible únicamente en inglés y francés).

23 Artículo 16 del Estatuto del TJUE.

24 Véase, en este sentido, LENAERTS, K., «How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy», *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 1302.

abogacía. Todos ellos deben estar en excedencia, ya que la función de letrado exige una dedicación exclusiva. Dicho esto, mis más de treinta años de experiencia en el TJUE demuestran que la existencia de un vínculo de confianza entre el juez (o abogado general) del TJUE y el letrado en cuestión es imprescindible para que este último desempeñe sus labores con asiduidad.

3. Interpretación del Derecho de la Unión

Los Tratados constitutivos de la Unión Europea no contienen ninguna disposición que enumere, u ordene jerárquicamente, los métodos de interpretación que el TJUE puede o debe seguir[25]. Dichos métodos son el resultado de la jurisprudencia del TJUE. Así, se desprende de la misma que este utiliza los denominados «métodos clásicos de interpretación». Se denominan clásicos ya que los encontramos tanto en el Derecho internacional público como en el Derecho nacional. Se trata pues de la interpretación literal, la contextual y la teleológica.

Ahora bien, dichos métodos deben examinarse atendiendo a las características específicas del Derecho de la Unión, para así poder determinar el peso o la utilidad de dichos métodos en cada caso concreto. Así, por ejemplo, una de dichas características específicas es el multilingüismo. En el ordenamiento jurídico de la Unión, hay que tomar en cuenta el principio de igualdad lingüística según el cual todas las versiones lingüísticas de un acto de la Unión de carácter general (esto es, las 24 versiones lingüísticas) tienen el mismo valor normativo. A modo de ejemplo, la versión española de una directiva tiene el mismo valor normativo que la versión alemana, italiana, rumana o griega. Esto quiere decir que, en caso de disparidades lingüísticas entre dichas versiones, el TJUE no puede dar, sin más, prioridad a una versión lingüística en detrimento de las otras. Para salvaguardar dicha igualdad, el TJUE no tiene más remedio que recurrir a otros métodos interpretativos, y en particular, a la interpretación contextual y teleológica.

En lo que respecta al método contextual, se debe resaltar la importancia creciente de los trabajos preparatorios. Si bien es cierto que en un principio el TJUE no hacía uso de los mismos al no estar publicados, hoy en día ya no es así. Por una parte, dichos trabajos están publicados y se pueden descargar fácilmente en internet, lo cual legitima su uso de cara al justiciable. Por otra parte, la calidad de dichos trabajos ha aumentado considerablemente, y, por ende, la utilidad de los mismos.

El método teleológico, por su parte, es el método que más ha caracterizado el trabajo interpretativo del TJUE. Esto se debe al hecho de que los Tratados fundacionales son «tratados marco», ya que están redactados en términos generales y sus disposiciones reposan sobre una serie de objetivos que deben alcanzarse. En cambio, el Derecho derivado se caracteriza por regular cuestiones concretas y con un alto grado de

25 Para un estudio de estos métodos, véase LENAERTS, K., y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2023.

tecnicidad[26]. Así, para colmar el vacío que existe entre estos dos extremos, el TJUE debe tomar en cuenta los objetivos perseguidos por los autores de los Tratados, ya que dichos objetivos sirven de puente entre ambos extremos.

Además, como he defendido en mi libro sobre los métodos de interpretación[27], rechazo las tesis de un sector de la doctrina, según la cual el TJUE se ha servido de la interpretación teleológica para cometer actos de activismo judicial y así aumentar las competencias de la Unión. Por una parte, entiendo que no existe ninguna relación lógica entre activismo judicial y el aumento de competencias de la Unión. En efecto, se pueden cometer actos de activismo judicial y al mismo tiempo favorecer las competencias de los Estados miembros. Por otra parte, el método de interpretación teleológico se limita a identificar los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión. Si este último no ha querido dar un paso más en el proceso de integración y ha preferido preservar las competencias de los Estados miembros, este método servirá para descartar interpretaciones del acto de la Unión en cuestión que den impulso al proyecto de integración europea.

Además, se desprende de la jurisprudencia del TJUE que el Derecho internacional y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros son tomados en cuenta a la hora de interpretar el Derecho de la Unión. A tal efecto, el Derecho de la Unión puede ser interpretado a la luz del Derecho internacional siempre y cuando las obligaciones internacionales en cuestión no afecten la arquitectura constitucional de la Unión[28], ni los valores sobre los cuales la Unión se fundamenta[29]. Este límite a la integración del Derecho internacional es lo que el TJUE denomina el principio de autonomía[30].

Por su parte, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros son de gran importancia para el descubrimiento de los principios generales del Derecho de la Unión[31], así como para el «*federal common law making*», esto es, para definir

---

26 Los Tratados constitutivos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los principios generales del Derecho, constituyen el «Derecho primario» de la Unión Europea. En cambio, se denomina «Derecho derivado» a los actos adoptados por las Instituciones de la Unión Europea.

27 *Ibídem*, p. 75.

28 Dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123.

29 Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461.

30 LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J.A., y ADAM, S., «Exploring the autonomy of the European Union legal order», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht = Heidelberg Journal of International Law*, 2021, p. 47.

31 Véase artículo 6 TUE, apartado 3.

conceptos jurídicos que encontramos en directivas o reglamentos, pero respecto de los cuales la Unión Europea no tiene competencias[32].

Finalmente, desde una óptica interpretativa, se debe resaltar la importancia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, la «**Carta**»). La Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y es de extrema importancia para entender el Derecho de la Unión, en general, y la jurisprudencia del TJUE, en particular. Uno de cada diez asuntos que llegan al TJUE versa sobre la Carta[33]. Además, la Carta es interesante ya que, a diferencia de los Tratados, sí que contiene artículos que indican al TJUE como debe interpretarse[34].

Finalmente, he de afirmar que ningún método prevalece sobre los demás, sino que, en la medida de lo posible, el TJUE intenta aplicarlos conjuntamente para reforzar el resultado interpretativo al que intenta llegar.

4. Conclusiones

La Unión Europea es, sobre todo y ante todo, una «Unión de Derecho»[35], en la que tanto los Estados miembros como las Instituciones de la Unión Europea deben respetar las «reglas del juego», tal y como vienen establecidas por los Tratados constitutivos. En su concepción más básica y fundamental, el valor del Estado de Derecho exige el respeto de dichas reglas.

En ejercicio de su soberanía, los Estados miembros de la Unión han decidido «crear entre sí una unión cada vez más estrecha»[36], para alcanzar juntos objetivos que, actuando cada uno por separado, serían imposibles de conseguir.

Dado que el Derecho de la Unión respeta las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dicho Derecho está impregnado de una serie de valores universales que comparten todas las sociedades democráticas. El proyecto de integración europea va más allá de crear un mercado interior, y avanza hacia un espacio común donde todos los Estados miembros se comprometen a respetar valores fundamentales, tales como la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos.

---

32 LENAERTS, K., y GUTMAN, K., «"Federal Common Law" in the European Union: A Comparative Perspective from the United States», *American Journal of Comparative Law*, 2006, p.1.

33 Véase, en este sentido, véase LENAERTS, K., y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 119.

34 Véanse los artículos 51 a 54 de la Carta.

35 Véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento, 294/83, EU:C:1986:166, apartado 23; de 29 de junio de 2010, E y F, C-550/09, EU:C:2010:382, apartado 44; y de 30 de mayo de 2017, Safa Nicu Sepahan/Consejo, C-45/15 P, EU:C:2017:402, apartado 35.

36 Preámbulo del TUE.

La Unión hace la fuerza, pero la fuerza de la Unión radica en el respeto de dichos valores comunes y, en particular, del Estado de Derecho. Es mediante este compromiso de respetar el Derecho de la Unión y, por consiguiente, la interpretación que hace el TJUE de dicho Derecho, que la Unión Europea ha logrado convertirse en un espacio donde el progreso económico y el progreso democrático avanzan en paralelo, reforzándose mutuamente.

A mi entender, esta es la clave del éxito para toda organización regional que quiera traer progreso, bienestar y felicidad a sus ciudadanos.

5. Bibliografía

- ALTER, K.J., y HELFER, L.R. (coord.), *Transplanting International Courts: the Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

- CIENFUEGOS MATEO, M., «Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013.

- LENAERTS, K., «How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy», *Fordham International Law Journal*, 2013.

- LENAERTS, K., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022.

- LENAERTS, K., y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., «El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea», en J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, B. BECERRIL ATIENZA; J.M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea* (Sistema jurisdiccional de la UE), 2012.

- LENAERTS, K., y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2023.

- LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J.A., y ADAM, S., «Exploring the autonomy of the European Union legal order», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht = Heidelberg Journal of International Law*, 2021.

- LENAERTS, K., y GUTMAN, K., «"Federal Common Law" in the European Union: A Comparative Perspective from the United States», *American Journal of Comparative Law*, 2006.

- RASMUSSEN, M., «The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice», *Journal of European Integration History*, 2008.

Luxemburgo, 2024.

***

SUBCAPÍTULO II

A 45 AÑOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Carlos Antonio Guerra Gallardo

Carlos Antonio Guerra Gallardo

Magistrado presidente de la Corte Centroamericana de Justicia. Diputado nacional ante la Asamblea Nacional, presidiendo la Comisión Pro-Derechos Humanos y la Paz, la Comisión de Justicia y siendo primer secretario. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de Comisión de Carrera Judicial. Miembro de la Sala Constitucional y Sala Civil. Ha sido oficial de la Comisión para la verificación y reconciliación del Cardenal Obando y Bravo.

Abogado y notario público de Nicaragua por UNAN-Managua. Posee un grado de maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Centro Americana (UCA) y un postgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Centroamericana de Ciencias Empresariales.

***

A 45 AÑOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Carlos Antonio Guerra Gallardo

Palabras clave

Derecho Comunitario. Comunidad Andina. Sistema de la Integración Centroamericana. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Corte Centroamericana de Justicia. Competencia de cortes regionales.

Keywords

Community law. Andean Community. System for Central American Integration. Court of Justice of the Andean Community. Central American Court of Justice. Regional courts' competences.

Resumen

El Derecho Comunitario es el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones de las Comunidades de Estados con otros sujetos de derecho, entre los que se encuentran no solo los Estados y las organizaciones internacionales, sino también los órganos, organismos e instituciones comunitarias y los particulares sean estos personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados miembros.

Dichas Comunidades de Estados son constituidas por Tratados Instituyentes de las mismas como organizaciones internacionales de carácter supranacional, *sui generis*, dando origen a un Sistema Jurídico-Institucional u ordenamiento jurídico nuevo, autónomo, con primacía, aplicación inmediata y eficacia directa en el ordenamiento interno de los Estados, cuyo común denominador o *ius proprium* se basa en las relaciones de integración regional y un sistema judicial de garantía de su aplicación e interpretación uniforme.[1]

[1] Concepto tomado de la Conferencia del Dr. Orlando Guerrero Mayorga, secretario general de la Corte Centroamericana de Justicia, en ocasión de Cátedras Universitarias.

Abstract

Community law is a compilation of juridical norms that regulate relations within a Community of States with other subjects of International law such as States, International Organizations, Community Organisms and Institutions, and private persons. Those Communities of States are constituted by Treaties as supranational institutions, sui generis, giving origin to a new autonomous, prevalent, immediate, and directly effective legal system. The common aspect of those systems is based on regional integration relations and a judicial system that guarantees its application and homogeneous interpretation.

1. Introducción

Conforme al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**,** en su parte preambular, se destaca la necesidad de la existencia de un órgano jurisdiccional para dirimir las controversias que surjan en la Comunidad Andina:

> «**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 declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente;»

Coincidentemente, la Comunidad Centroamericana, conforme al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (**ODECA**), en el artículo 12 crea la Corte Centroamericana de Justicia, a fin de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y ejecución de dicho Protocolo y sus instrumentos complementarios, o actos derivados del mismo.

Ambas comunidades se rigen por el Derecho Comunitario, creando un sistema jurídico institucional u ordenamiento jurídico nuevo, autónomo, con primacía y eficacia directa en el ordenamiento de los Estados, para garantizar un sistema de bienestar y de prosperidad hacia todos los habitantes de la Comunidad Andina y de la Comunidad Centroamericana, respectivamente.

Tanto los Estados que integran la Comunidad Andina —actualmente Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú—, como la Comunidad Centroamericana (**SICA**) —Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Belice y República Dominicana—, dentro de sus respectivas Constituciones conservan un lugarcito al proceso de la integración y a la creación de órganos con objetivos y propósitos comunes que permiten el ejercicio conjunto de soberanía en órganos e instituciones comunitarias de carácter supranacional, para facilitar la obtención del bien común y garantizar la paz, la libertad, la democracia y el desarrollo.

Por otro lado, es importante enfatizar que tanto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Centroamericana, tienen facultades exclusivas y de carácter excluyente que los propios Estados, en el ejercicio conjunto de su soberanía, han limitado a fin de alcanzar la unión andina y centroamericana, como *status* inicial de una futura comunidad latinoamericana.

2. Competencias atribuidas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por el Tratado Originario

Al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**) se le concedieron 3 competencias básicas orientadas a: garantizar el respeto del ordenamiento jurídico (control de legalidad); a velar por el cumplimiento por parte de los países miembros de sus obligaciones (control de cumplimiento); y a mantener la uniformidad en la aplicación de las normas andinas (aplicación uniforme). Estas competencias se materializan en dos acciones: de nulidad y de incumplimiento, y en un procedimiento: la consulta prejudicial.

Según el artículo 17 de su Tratado de Creación, el Tribunal declara la nulidad de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y de las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de Convenios que violan el derecho comunitario, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún país miembro, el Consejo Andino, la Comisión, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones que prevé el artículo 19 del Tratado. De esta manera se ejerce la tutela del ordenamiento jurídico.

Así se origina **la acción de nulidad**. Es subjetiva por la legitimación activa y es objetiva puesto que se consagra en el interés general, para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas de inferior categoría.

Esta acción (caracterizada en el derecho público universal) se soporta en el principio de legalidad a su vez establecido en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Tratado de Creación del Tribunal, los que regulan lo referente a la definición, conformación, caracterización y jerarquización del ordenamiento jurídico. Los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 complementan esta competencia, con la función de darle trámite a las demandas respectivas, dotando a la acción de algunas especificidades, entre ellas: la caducidad de dos años para su ejercicio y también en cuanto a los titulares de la acción, al atribuir legitimidad a personas particulares, quienes deberán demostrar lo procedente de la acción y que las normas objeto de demanda "afecten" sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Es de hacer notar también que las normas establecen una especie de *estoppel*, ya que no permite incoar esta acción a los países miembros contra las decisiones de la Comisión o Consejo que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo.

En el Protocolo de Cochabamba, el término de caducidad se aumenta de 1 a 2 años. Se establece la posibilidad de suspender provisionalmente la norma objeto de la demanda o adoptar algún otro tipo de medidas cautelares con la finalidad usual que estas tienen. Crea un mecanismo de inaplicación de las normas andinas ilegales, respecto de las cuales haya operado la caducidad de la acción y no puedan por lo tanto ser objeto de demanda ante este Tribunal (porque ha transcurrido el término para la caducidad). En este caso el juez nacional deberá suspender el proceso interno y deberá consultar al Tribunal de la Comunidad sobre la legalidad de la norma en cuestión, siendo la decisión que se obtenga obligatoria para el juez. Si el Tribunal considera que la norma es ilegal el juez no la aplicará en el caso concreto.

Por otro lado, **la acción de incumplimiento** está regulada en los artículos 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal y en los artículos 107 al 120 del Estatuto.

Constituye el instrumento por el cual el órgano judicial comunitario vigila el cumplimiento de las obligaciones por parte de los países miembros en el sentido de acatar y de no obstaculizar la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico comunitario (artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal).

El Tribunal conoce de acciones de incumplimiento interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Estados Miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos debido al incumplimiento de un Estado miembro.

La acción de incumplimiento es de naturaleza contenciosa puesto que se impone (o exime según el caso) el cumplimiento de una prestación de hacer o no hacer. El artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal establece:

> «**Artículo 27.-** Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.
>
> Si dicho País Miembro no cumpliere la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.
>
> En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.
>
> El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.»

Es presupuesto procesal de la acción es agotar ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, y también por parte de esta, actos prejudiciales parecidos a los que constituyen el agotamiento de la vía gobernativa en los ordenamientos nacionales.

Estos pasos previos para la activación de la demanda ante el Tribunal, bien se haga por la Secretaría General o por alguno de los países miembros o un particular, son: a) pliego por escrito de observaciones hecho por la Secretaría General al Estado (observaciones que se formulan de oficio, o por queja o reclamo que presente un país miembro o particulares); b) la respuesta del Estado cuya conducta se observa, en un plazo no mayor de 60 días; c) elaboración de un dictamen por la Secretaría General.

Es importante tener en cuenta lo que dice el artículo 31 del Tratado acerca de que los particulares pueden también interponer acciones mediante procesos judiciales internos en los que los jueces nacionales tengan competencia para definir los incumplimientos del ordenamiento jurídico que puedan afectar los derechos de los individuos, con el objeto de lograr no solo el cumplimiento de las obligaciones sino la reparación de los perjuicios. En este caso el Tribunal interviene por pronunciamiento sobre la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que deban ser aplicadas por el juez nacional. La responsabilidad que se genera en estos casos igualmente es interna, asimilable en derecho administrativo a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos de la administración.

No obstante, también esta acción habilita a los particulares para ocurrir directamente ante el Tribunal cuando el incumplimiento de algún país, dictaminado por la Secretaría General los afecte.

En el trámite de esta acción el Tribunal está facultado para ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora.

En el caso de la Comunidad Andina, lo más significativo en relación con las modificaciones introducidas en esta acción es lo que se refiere a la facultad que se le da al Tribunal en caso de que un país persista en su conducta haciendo caso omiso del pronunciamiento judicial, pueda imponerle sanciones distintas a las consistentes en la pérdida de los beneficios de la integración, con lo que el Tribunal queda investido de poder en la ejecución de sus propias sentencias y con capacidad de hacer respetar sus decisiones.

Por último, la **Consulta Prejudicial** es la interpretación prejudicial de la norma, que tiende a garantizar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento comunitario en todos los Estados miembros. El Tribunal Comunitario cuando admite la consulta de parte del juez nacional obligado a aplicar una norma comunitaria, debe manifestarse por la expedición de una providencia en el que se precise el alcance de una norma comunitaria pertinente.

La cuestión prejudicial es el mecanismo de cooperación por excelencia entre el juez nacional y el juez comunitario. Se trata de un incidente procesal de carácter no contencioso y obligatorio cuando quiera que el juez nacional deba aplicar una norma comunitaria de cualquier rango para lo cual sea competente. El artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal establece la existencia de dos tipos de consulta: una de carácter facultativo y otra obligatoria.

La obligatoria se da cuando las decisiones que deban pronunciar los jueces nacionales no sean susceptibles de recurso en derecho interno (se excluye la casación y el amparo). En los casos de consulta obligatoria es así como deben actuar los jueces nacionales de única o de última instancia. Lógicamente el proceso interno se suspende hasta que el Tribunal Comunitario emita su pronunciamiento y el consultante queda impedido para dictar sentencia sin contar con la interpretación solicitada.

La consulta facultativa es la que plantea voluntariamente el juez nacional cuyas decisiones son revisables por vía de recursos de instancia se suspende el proceso mientras se evacua la consulta. La respuesta no es presupuesto indispensable para la emisión de la sentencia, que se puede dar antes de la respuesta del Tribunal Comunitario.
Es competencia del Tribunal determinar las normas del ordenamiento comunitario que se van a interpretar. El TJCA puede suprimir las que no se ajusten a la realidad planteada y agregar otras, de oficio que estime necesarias para resolver el caso. El juez consultante al ser notificado de la interpretación prejudicial deberá continuar el trámite interno y en su sentencia está obligado a acatarla.

Es bueno destacar la prevención que se hace a los países miembros para que velen por el cumplimiento que sus respectivos jueces deben darles a las normas que regulan esta competencia tanto en cuanto a la obligatoriedad de formular la consulta, como en relación con la obligación de adoptar al resolver el caso concreto la interpretación del Tribunal Comunitario.

3. Nuevas Competencias y Funciones del Tribunal

Hay 3 nuevas funciones introducidas por el Protocolo de Cochabamba, dos son de naturaleza jurisdiccional: el recurso por omisión o por inactividad y la acción laboral, y una de naturaleza extrajudicial: la función arbitral.

El Recurso por Omisión o Inactividad sencillamente es poder obligar mediante sentencia, a los órganos de la Comunidad para que ejecuten en el marco del ordenamiento jurídico comunitario una cierta función cuando hayan omitido dicho cumplimiento. Se debe realizar en los términos y condiciones que el Tribunal señale previa presentación de una demanda ya sea de los países miembros, de otros órganos de la Comunidad y más importante de cualquier persona particular que sea sujeto del ordenamiento jurídico andino.

Tiene connotaciones de una acción pública puesto que pueden ejercerla todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo los particulares sean personas jurídicas o naturales. Solo requiere para su promoción la demostración de que previamente se haya requerido por escrito al organismo remiso a cumplir la función a que está obligado, habiendo persistido el órgano en la conducta omisiva.

Mediante la **Jurisdicción Laboral**, el Tribunal es el único y exclusivo juzgador de los conflictos de carácter laboral que puedan presentarse entre los funcionarios y

empleados de los distintos organismos que conforman la estructura del Sistema Comunitario Andino y estos, en su calidad de empleadores.

Los conflictos laborales deberán ser resueltos por el Tribunal de justicia de la comunidad mediante el trámite de una acción judicial que está regulada en su Estatuto mediante un procedimiento especial contemplado en su Capítulo V, artículos 135 al 139.

Por último, mediante la **Función Arbitral**, el Tribunal puede actuar como árbitro para dirimir conflictos que se den por la aplicación o interpretación de contratos celebrados entre los órganos del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros cuando las partes lo convengan; también se extiende la función arbitral a las controversias que se den entre particulares por la ejecución de contratos de carácter privado regidos por norma del ordenamiento jurídico andino. El Sistema también le da esta potestad de resolver este tipo de conflictos a la Secretaría General de la Comunidad Andina, de acuerdo al artículo 39 del Protocolo de Cochabamba.

4. Competencias atribuidas a la Corte Centroamericana de Justicia por el Protocolo de Tegucigalpa (genéricas) y su Convenio de Estatuto (específicas)

La jurisdicción y competencia de la Corte Centroamericana de Justicia (en lo sucesivo, **La Corte**) son de carácter obligatorio para los Estados, órganos y organizaciones que formen parte del Sistema de la Integración Centroamericana (**SICA**) con potestad para juzgar y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para los Estados o para los órganos u organismos del SICA y para los sujetos de derecho privado.

Las **Competencias genéricas** están comprendidas en los artículos 12 y 35 del Protocolo de Tegucigalpa y las **Competencias específicas** están otorgadas a La Corte en el artículo 22 de su Convenio de Estatuto y se pueden dividir de la siguiente manera:

- **Competencia Internacional**
  La Corte se puede constituir en un Tribunal de Justicia Internacional de acuerdo al artículo 22 literal a), ch) y h) del Convenio de Estatuto, cuando conozca en única instancia a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos, también cuando conozca de controversias en su carácter de árbitro de los asuntos en que los Estados le hubieren solicitado de común acuerdo como Tribunal competente y podrá decidir, conocer, y resolver un litigio *ex aequo et bono*, si los interesados, lo convienen. Asimismo, conocerá de una controversia entre un Estado centroamericano y un tercer Estado, bajo la condición de que el conflicto le sea sometido de común acuerdo.

- **Competencia de Integración**
  Su principal tarea como órgano judicial de la integración la desarrolla a través de la resolución de las acciones de nulidad o incumplimiento:

  - de las disposiciones legales, reglamentarias administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado, cuando afecten los convenios, tratados, y cualquier otra normativa del Derecho de integración;
  - de los Acuerdos o resoluciones de los órganos u organismos del Sistema;
  - de los asuntos que someta directa e individualmente cualquier afectado por los acuerdos del Órgano u Organismo del SICA;

  La Competencia de integración (laboral) la desarrolla al conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas, dictadas por los Órganos u Organismos del SICA, que afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada.

- **Competencia Consultiva**
  La Competencia consultiva de La Corte se puede clasificar en 2 clases: Consulta de carácter ilustrativa y de carácter obligatorio. Las consultas pueden ser solicitadas por las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, por los órganos u organismos del SICA, por los Jueces o Tribunales Judiciales del Derecho Interno y por los Estados y particulares.; es decir, «cualquier interesado», según el artículo 22 literal c) del Convenio de Estatuto de La Corte.

  - Las Cortes Supremas de Justicia de los Estados. La Corte dispone de competencias para expresar *opiniones ilustrativas* sobre aquellos casos que le sean sometidos por las Cortes Supremas de Justicia nacionales, en dichos casos servirá de un órgano de consulta permanente.

  - Los órganos u organismos del SICA. La Corte se constituye en órgano de consulta de los órganos u organismos del SICA en la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa, y de su derecho complementario y derivado. En este caso, tal como lo establece el artículo 24 del Estatuto, las consultas evacuadas serán de obligatorio cumplimiento.

  - Los Jueces o Tribunales Judiciales del Derecho Interno. Las Consultas dirigidas por estos a La Corte son denominadas *consultas prejudiciales.*

    La Corte podrá resolver de toda consulta prejudicial requerida por cualquier juez o tribunal que conozca de un caso pendiente de fallo, sobre el cual mantenga duda para su resolución, para obtener así, una interpretación y aplicación uniforme de las normas que rigen el ordenamiento jurídico del SICA, sus instrumentos complementarios y actos derivados.

    En este caso, la sentencia que responde a la consulta es obligatoria para los jueces (artículo 78 Ordenanza de Procedimientos). La Consulta o Cuestión Prejudicial es una institución *sui generis* propia del derecho judicial

comunitario; cuya función es aclarar las dudas de los jueces nacionales respecto a normas y actos comunitarios, que se les presentan en el conocimiento de ciertos casos. Lo que posibilita la interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario en todo el territorio de la comunidad.

- Los Estados: podrán solicitar consultas a La Corte sobre la interpretación de cualquier tratado o convención internacional, o respecto a conflictos de los Tratados entre sí o con el Derecho interno de los países; con lo cual se puede llegar a determinar la compatibilidad de tales instrumentos con el Derecho de la Integración Regional. Para los Estados, este tipo de consulta es de carácter ilustrativo, sin embargo cuando se trata de consultas relativas al SICA, serán obligatorias para los Estados que la integran.

- **Competencia Constitucional**

  Esta competencia la desarrolla La Corte al conocer y resolver, a solicitud del agraviado, las controversias suscitadas entre los Poderes u Órganos fundamentales de los Estados, y cuando los Estados no respetan los fallos judiciales.

  Sumamente peculiar, aunque innovador a nivel internacional, resulta la capacidad de La Corte para conocer, a solicitud de afectados, de aquellos conflictos que puedan surgir entre los poderes u órganos fundamentales de los Estados del istmo, es decir, que puede resolver conflictos entre los poderes de un mismo Estado.

  En el ámbito centroamericano, la regla ya aparecía en el tratado por el que se constituyó la extinta Corte de Justicia Centroamericana.

- **Competencia Arbitral**

  La Corte conoce y falla como árbitro, si así lo decide, en asuntos en que las partes lo hubiesen solicitado como Tribunal competente y para decidir, conocer y resolver un litigio *ex aequo et bono* si los interesados lo convienen; las partes pueden ser personas naturales o jurídicas, Estados, Órganos u Organismos del SICA.

  Las partes conforme al acuerdo de arbitraje podrán decidir someter a arbitraje, todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, y podrán establecer cuál será el procedimiento arbitral a seguir.

  Si las partes no establecen el procedimiento arbitral en la cláusula compromisoria, La Corte, de acuerdo al artículo 64 de la Ordenanza de Procedimientos, tiene la competencia para señalarlo a fin de lograr mantener la objetividad de los derechos, la salvaguarda de los propósitos y principios del SICA, la igualdad de las partes, y la garantía del debido proceso.

Cabe destacar que el juicio arbitral ante La Corte es gratuito. Es decir, que los Magistrados no devengarán honorario alguno, de tal manera que las partes no tienen que incurrir en elevados costos.

- **Otras Competencias**

  - Estudios comparativos de las legislaciones:
    La Corte podrá hacer estudios comparativos de las legislaciones de Centroamérica para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes. Esta labor contribuye a lograr la integración jurídica de Centroamérica, pudiendo realizar la misma de manera directa o a través de institutos u organismos especializados.

  - Otros Tratados como el Tratado Marco de Seguridad Democrática, el Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, y Convenio Centroamericano sobre la Prevención de Desastres Naturales atribuyen competencia a la Corte Centroamericana para dirimir controversias que se deriven de los mismos.

- **Incompetencias de La Corte**
  De la competencia de La Corte se excluye el conocimiento de controversias fronterizas, territoriales o marítimas, a no ser, como ya se dijo, que las partes de común acuerdo decidan someterlo a su conocimiento; y la materia de Derechos Humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siempre y cuando comprenda a esta la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana Sobre Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos interamericanos de Derechos Humanos y los sujetos procesales sean Estados Parte y particulares, personas naturales, ya que de afectar derechos comunitarios individuales contenidos en los instrumentos jurídicos de Integración y cuyos sujetos procesales no son solo los Estados, sino los órganos, instituciones comunitarias y particulares, sean estos personas naturales o jurídicas, será atribución de la Corte Centroamericana de Justicia la tutela y protección de los mismos.

5. Conclusiones

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Centroamericana de Justicia, como órganos jurisdiccionales permanentes de la Comunidad Andina y del Sistema de la Integración Centroamericana, constituyen un instrumento eficaz para lograr la integración de ambas comunidades, ya que cuenta con vastas competencias que no solo les permiten regular las funciones de los órganos y organismos del Sistema Andino y Centroamericano por medio del control de la legalidad de sus actos, sino también mantener la unidad en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario a través del procedimiento de Interpretación y Consulta Prejudicial.

Ambos Tribunales consolidan el *Ius Standi* (acceso directo de individuos ante instancias u órganos jurisdiccionales), garantizando por medio de los mecanismos de arreglo pacíficos de las controversias, la seguridad jurídica y la solución civilizada de las mismas.

Hoy que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cumple 45 años de funcionamiento cabe destacar su inmensa labor jurisprudencial con un significativo acervo comunitario y a pesar de sus propias dificultades, ha fortalecido la seguridad jurídica y la cooperación entre el juez nacional actuando como juez comunitario y el Tribunal, con más de 90 % de casos sobre Interpretación Prejudicial, único en el marco de los tribunales comunitarios.

Managua, 2024.

***

SUBCAPÍTULO III

THE COURT OF JUSTICE OF THE ANDEAN COMMUNITY THROUGH THE LENS OF THE CARIBBEAN COURT OF JUSTICE

Adrian Saunders

Adrian Saunders

The Honourable Mr. Justice Adrian Saunders, president of the Caribbean Court of Justice (CCJ), is a native of St. Vincent and the Grenadines. He holds a Bachelor of Laws degree from the University of the West Indies (Cave Hill) and a Legal Education Certificate from the Hugh Wooding Law School in Trinidad & Tobago in 1977.

The Honourable Mr. Justice Saunders joined the Eastern Caribbean Supreme Court (ECSC) High Court Bench in 1996, after 19 years of private practice. He was among the first cohort of judges to join the CCJ bench in 2005, before elevating to the office of Court President on July 4, 2018.

***

The Court of Justice of the Andean Community through the lens of the Caribbean Court of Justice

Adrian Saunders

Palabras clave
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Corte de Justicia del Caribe. Comunidad Andina. Comunidad del Caribe. Integración económica. Integración regional. Cortes internacionales.

Keywords
Court of Justice of the Andean Community. Caribbean Court of Justice. Andean Community. Caribbean Community. Economic integration. Regional integration. International Courts.

Resumen

En celebración del cuadragésimo quinto aniversario de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**), este artículo presenta una perspectiva de las labores del TJCA a desde la óptica del Presidente de otra corte subregional, la Corte de Justicia del Caribe (Caribbean Court of Justice – **CCJ**). Al igual que la CCJ, el TJCA es una corte que sirve a una pequeña comunidad de Estados dentro de una región conformada por naciones «en vías de desarrollo» o «del tercer mundo». El establecimiento de ambas cortes demuestra la determinación y resiliencia de los pueblos de las respectivas regiones para avanzar en su camino hacia la autodeterminación, la resolución propia de sus disputas, el fomento de la integración regional y económica, la promoción del estado del derecho y la creación de un *corpus* de jurisprudencia sobre el derecho comunitario que guía a los Estados y a los particulares de la Comunidad.

Abstract

In celebration of the 45th anniversary of the Court of Justice of the Andean Community (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – **TJCA**), this article presents a perspective of the TJCA through the lens of the President of another sub-regional court, the Caribbean Court of Justice (**CCJ**). Like the CCJ, the TJCA is a court serving a small community of States within a region, viewed as 'developing'

or 'third world' States. The establishment of both courts shows the determination and resilience of the people of their respective region to advance their drive for self-determination, arbitrate their own disputes, foster regional and economic integration, uphold the rule of law and create a body of Community law jurisprudence that guides States and individuals of the Community.

1. Introduction

The impetus towards regional economic integration is not novel. After the second World War the advantages of such integration among European countries were fully appreciated and there arose a firm resolve to create a united Western Europe to urgently deal with the security of the European Continent.[1] Outside of Europe, among African, Caribbean and Pacific States, trade liberalisation pressures and the erosion of preferences have also encouraged the creation by treaty of social and economic trading blocs that foster greater regional integration. These treaties have in turn spawned specialised, international law courts with the jurisdiction to receive and arbitrate disputes that arise out of the respective treaties. These courts have not only served to further the integration process; more importantly, they have played a key role in defining, explaining and enforcing the rights of community nationals in relation to the treaties and instruments which established the respective economic blocs. International courts have thus become a vital mechanism for supporting the objectives of regional economic blocs by fostering legal certainty, promoting social and economic integration, and upholding the rule of law within their respective regions. The Court of Justice of the Andean Community or Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**) is a prime example of such an International Court and over the last 45 years it has done much to meet the needs of Member States, private entities and individuals under its supranational jurisdiction.

2. Integration: The Andean and Caribbean Context

The integration imperatives and the specific role of regional courts in Latin America and the Caribbean present some features and challenges that are unique when compared with their European counterpart. The former must navigate a global environment which they have had little, if any, hand in shaping and which is often most unfavourable to their aspirations as developing states. They are largely motivated by a popular desire for self-determination and, certainly in the case of the Caribbean, a strong yearning to strengthen their independence from former colonial masters.[2] It is certainly true, however, that the success of Europe's attempts at

1 Cuthbert Joseph, '*Institutional and Structural Patterns of Integration in Latin America and the Caribbean: A Legal Critique*', in *El Comité Jurídico Interamericano: Un Siglo de Aportes al Derecho Internacional* (Organización de los Estados Americanos, 2006), pp. 153-194.

2 *Ibid*.

political, social and economic integration has inspired sub-regional integration efforts in various corners of the world.[3]

The Andean Community was established with the signing of the Cartagena Agreement on 26 May 1969.[4] A number of Latin American countries came together to establish the bodies and institutions making up the Andean Integration System. The goals of this movement were to promote economic growth, including setting out a framework for building a common market, attracting and regulating foreign investment and harmonising laws within the Community. It was not until 1979 that a Court of Justice (initially the Court of Justice of the Cartagena Agreement) was established.[5] Its aim is to interpret and enforce the treaty, settle disputes arising between or among Andean Community Member States, improve respect for Andean legal rules and give supremacy to Andean law. Renamed the TJCA by virtue of the Protocol of Trujillo in 1996, the Court now forms an essential part of the Andean Community. As a judicial body, it is tasked with settling disputes which arise between Andean Community Member States, between the States and the community bodies and between the States, community bodies and natural and legal persons. The Court has been integral in securing a uniform interpretation of Andean law and contributing to the application of a common economic policy.[6] The Court began its operations in 1984, some 15 years after the establishment of the Community. Since then, the TJCA has safeguarded the validity of the Cartagena Agreement and forged the development of Andean Community law, and respect for the obligations and rights which arise under it within the Andean system.

In a similar vein, Caribbean states have, since 1965, discussed and inched their way toward liberalised intra-regional trade and the creation of a Community Court. In August 1973, through the Treaty of Chaguaramas, there was created in the Caribbean a customs union which included the right of establishment, provision of services, movement of capital and a common economic tariff. But this was an entirely voluntary system with no provision made for enforcement either of the obligations undertaken by the States or the rights afforded to Community nationals. The successor to the Treaty of Chaguaramas, the Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy ('**the**

3 Karen J. Alter and Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* (Oxford University Press, 2017).

4 Subsequently modified by Protocols and Agreements including, *inter alia*, the Quito Protocol to the Cartagena Agreement creating the Andean Common Market (adopted 12 May 1987, entered into force 25 May 1988) 28 ILM 1165; Protocol of Amendment Establishing the Andean Community and the Andean Integration System (Protocol of Trujillo) (adopted 10 March 1996, entered into force 30 December 1997) TRT/PT/001; and the Additional Protocol to the Treaty Establishing the Andean Parliament (Sucre Protocol) (adopted 23 April 1997) TRT/PTEAP/001.

5 By virtue of the Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement (adopted 28 May 1979, entered into force 19 May 1983) TRT/CJCA/001.

6 Miguel Antonio Villamizar, '*The Andean Court of Justice*' in Robert Howse and others (eds), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 2018) (footnote omitted).

Revised Treaty') entered into force in 2002.[7] This treaty, for the first time, made provision for the Caribbean Court of Justice (**CCJ**), which was established in 2005 with compulsory and exclusive jurisdiction to interpret and apply the Revised Treaty.

The Revised Treaty provides nationals of the Community with the right to freedom of movement, free movement of capital and services and the right of establishment. It is an interesting fact that when the CCJ was inaugurated, some 26 years after the establishment of the TJCA, the CCJ was able to draw on the experiences and rules of the TJCA and those of other regional courts like the Common Market for Eastern and Southern Africa (**COMESA**), when devising its own rules of procedure.

The context and background to the creation of the Andean and Caribbean Communities and their respective Courts, the TJCA and CCJ, assist in illustrating their common responsibilities. While they serve different Member States in different regions, their core functions are similar. They both ensure the consistent interpretation and application of certain norms across their respective Member States. They both apply and develop Community law. They both seek to foster cooperation among their respective Member States. They both play an important judicial role in interpreting the relevant legal framework established by each Community.

3. Brief Outlook of the Role of the TJCA and the CCJ

The TJCA has been very active in the years since its creation. Annulment actions, prejudicial interpretations, actions of nullification, actions of non-compliance, and arbitration and labour matters comprise its caseload. It has been particularly active and influential in the domain of intellectual property, constructing an Intellectual Property (**IP**) rule of law, where national judges, agency officials and private parties actively come before the court and conform their behaviour to Andean IP rules.[8] Commendably, 45 years after its creation, the Court is considered to be one of the most active international courts.[9] This no doubt attests to the confidence that Member States and nationals have in the Court. It is clear evidence of the legitimacy that the TJCA has earned over the years.

---

7 Adopted 5 July 2001, entered into force 4 February 2002, 2259 UNTS 293. Today, there are 15 Member States of the Caribbean Community (CARICOM): Antigua and Barbuda, The Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti (joined in 2002), Jamaica, Montserrat, St Lucia, St Kitts and Nevis, St Vincent and the Grenadines, Suriname (joined in 1995) and Trinidad and Tobago. There are also associate members of CARICOM: Anguilla, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands and Turks and Caicos Islands.

8 M. Florencia Guerzovich '*Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community*' in Karen J. Alter and Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* (Oxford University Press 2017); Karen J Alter and Laurence R Helfer, '*The Andean Tribunal of Justice: From Washington Consensus to Regional Crisis*' in Karen J. Alter, Laurence R. Helfer and Mikael Rask Madsen (eds), *International Court Authority* (Oxford University Press 2018).

9 Villamizar (n 6) and Alter (n 3).

The CCJ, on the other hand, has heard several cases addressing freedom of movement and the common external tariff, but it has not been as active as the TJCA. Part of the reason for this lies in the dearth, indeed the absence, of referrals from domestic courts and tribunals. This is a circumstance that requires greater advocacy and public education among lawyers, domestic judges and the general public. The CCJ can therefore benefit considerably from the experiences of the TJCA in this regard. It is true, however, that, like the TJCA, the CCJ plays a crucial role in promoting regional integration among Member States and upholding the rule of law within the Community, as already mentioned. Decisions of the CCJ and the TJCA ensure consistency and coherence in the interpretation and implementation of the relevant Community law across their Member States. Decisions are based on legal principles and precedents, thereby encouraging stability, good governance and the rule of law within their respective economic blocs.

The states comprising both the Andean and Caribbean communities face significant challenges in developing their economies and strengthening their social structures. They struggle to thrive in a globalised world where the rules of globalisation are not always favourable. The scourges of political instability, crime, terrorism, drug trafficking, cyber threats and corruption all pose serious threats to their sovereignty, development and aspirations. For this reason, regional integration allows these States a better chance to overcome many of these challenges.

The courts that underpin these communities therefore have a huge role to play in advancing regional integration. To accomplish this role, these courts need to be effectively resourced with adequate and stable financial support that will strengthen their independence. At the same time, the courts must themselves cultivate public trust and confidence which is their most important asset, as it is essential that Member States, individuals and private entities and stakeholders generally feel that the Court is worthy of support and vital to the process of regional integration.

4. Conclusion

On the occasion of this 45th Anniversary, the Caribbean Court of Justice extends its heartiest congratulations to the TJCA on this significant milestone. We applaud the strides that have been made by the TJCA and look forward to the further strengthening of our relationship through greater opportunities for mutual exchange. There is much that we can learn from each other as international courts that serve in small communities, and which share common goals. We are confident that the TJCA's commitment to fairness, accountability, and the rule of law will demonstrate to the Andean Community and the people of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru, the value of its work and its indispensability to the Andean regional integration process.

Port of Spain, 2024.

***

SUBCAPÍTULO IV

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA VISTO DESDE EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR

Gisele Ricobom & Natasha Suñé

Gisele Ricobom

Gisele Ricobom es doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, España. Docente de la Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Árbitra del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, ejerciendo la presidencia de dicha corte. Actualmente asistente de la Directora General Brasileña en Itaipu Binacional.

Natasha Suñé

Natasha Suñé es abogada por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y magíster de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR). Fue de 2009 a diciembre de 2015 la primera funcionaria técnica del área jurídica del TPR.

***

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA VISTO DESDE EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR

Gisele Ricobom
Natasha Suñé

Palabras clave
Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Integración regional. Diálogo interinstitucional de cortes regionales.

Keywords
Permanent Review Tribunal of Mercosur. Court of Justice of the Andean Community. Regional integration. Interinstitutional dialogue among regional courts.

Resumen

El presente artículo aborda la relación que posee el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Ambas instituciones son tribunales regionales que a pesar de pertenecer a distintos procesos de integración y haber desarrollado diferentes funciones en el marco de sus competencias han realizado esfuerzos en generar lazos de cooperación. Estos lazos han fortalecido el conocimiento mutuo y sus respectivos procesos de integración regional en un continente en el cual la unión de naciones se vuelve necesaria para afrontar los desafíos a los que América Latina se enfrenta permanentemente.

Abstract

This article reviews the relations between the Permanent Review Court of Mercosur and the Court of Justice of the Andean Community. Both institutions are regional tribunals that act within a transnational integration process. Nevertheless, the Mercosur and the Andean Courts have had different experiences while developing their competencies. This situation has not prevented cooperation between these two regional courts, a situation that has contributed to their respective integration processes in a region in which union between nations becomes necessary to confront challenges to which Latin America is permanently subject.

1. Introducción

El rol de nuestros tribunales y cortes regionales consiste principalmente en que las controversias puedan ser solucionadas de forma pacífica. En un mundo convulsionado como el actual, en el que las consecuencias de la postpandemia y el incremento de los conflictos armados están ocasionando desgracias, este rol recobra vital importancia.

Es ahí donde el diálogo entre tribunales y cortes contribuye de forma favorable a nuestro legítimo cometido: la solución pacífica de controversias basadas en el derecho como instrumento de paz. América Latina, consagrada como una región pacífica, comparte un pasado común en la lucha por su emancipación y un destino inevitable: profundizar la integración regional. En esa búsqueda permanente de emancipación e integración, el derecho, como ciencia social, no ha quedado ni debe quedar ajeno.

Hace décadas discutíamos la falsa dicotomía entre integración y soberanía nacional. Ante el auge del proceso de globalización, que había logrado relativizar la importancia de las fronteras nacionales ante las problemáticas comunes, se había incrementado la importancia del valor del diálogo para alcanzar objetivos que trascienden los intereses nacionales. Hoy, décadas más tarde, sabemos que esa dicotomía es falsa en nuestra región porque necesitamos de integración regional incluso para resaltar las nuevas concepciones de soberanía y las nuevas concepciones de la globalización.

Los acuerdos regionales, movidos por la propia necesidad de los Estados de asociarse ante un multilateralismo cada vez más complejo, son el modo de relacionarse en el siglo XXI. Es por ello que resurge la necesidad de reflexionar juntos y advertir los desafíos que se nos presentan con una mirada basada en el cumplimento del derecho, como mecanismo de paz, ante los conflictos entre Estados. Pues, no hay desarrollo sin paz, ni paz sin desarrollo.

Grandes transformaciones surgen del trabajo conjunto de los Estados, en particular, mediante su participación activa en procesos de integración regional y es en esos procesos en que la labor de los tribunales y cortes deben profundizar el desarrollo de un vigoroso y productivo diálogo institucional y jurisprudencial.

El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur en laudos y opiniones consultivas, mediante el diálogo jurisprudencial, ha mencionado decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Pero también, desde el punto de vista institucional ha propiciado los intercambios en aspectos relacionados al funcionamiento de cada tribunal o corte regional, sus competencias y procedimientos internos con el objetivo de conocer distintas prácticas.

2. Diálogo jurisprudencial

En estos días se cumplieron 15 años de la gran labor del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur al definir el «derecho del Mercosur» con sus características particulares que lo diferencian del derecho que cada proceso de integración construye a lo largo del tiempo. Fue así que celebramos el 23 de abril los 15 años de la emisión de la Opinión Consultiva N°1/2008 en la que, con la composición plena del Tribunal Permanente de Revisión, y siendo relator el Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, se emitió una pieza jurídica de gran trascendencia para el derecho del Mercosur, no solo por haberlo definido[1], sino también por delinear sus principios, y características. Ello fue necesario porque mediante pronunciamientos anteriores[2] que hicieron referencia a los sistemas de interpretaciones o consultas prejudiciales existentes en el sistema europeo o en el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[3] se esbozaban características diferentes a las propias de un sistema intergubernamental. Gracias a este trabajo de estudiar el derecho comunitario europeo y el propio del sistema de la Comunidad Andina, se delinearon las características del «derecho de la integración», perteneciente a una subregión con un sistema intergubernamental. Este derecho para ser obligatorio necesita de la incorporación o internalización al ordenamiento jurídico de cada Estado Parte. A partir de ese momento la doctrina dejó de utilizar el concepto de "derecho comunitario" para referirse al derecho del Mercosur.

3. Diálogo institucional

Desde la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur hemos participado activamente desde 2010 organizando un diálogo permanente entre tribunales y cortes regionales. Las actividades efectuadas consistieron en reuniones de trabajo y actividades académicas instaurados por las secretarías y los colaboradores jurídicos[4]. Fomentamos con esos encuentros la vinculación entre árbitros y jueces[5] convencidos en la necesidad de que mantener la continuidad del diálogo y los

---

1 Opinión Consultiva 1/2008. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2008_es.pdf*

2 Laudo 1/2005, en sus numerales 4, 5 y 10 cita una interpretación prejudicial y un precepto jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Disponible en *https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2005_es.pdf*, así como la Opinión Consultiva 1/2007.

3 Laudo 1/2007, en sus numerales 8.3, 8.5, 8.6. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2007_es.pdf*

4 Acta STPR 26/09/2013. En las reuniones del 17 de diciembre de 2011, del 16 de marzo de 2012, del 27 de febrero de 2013, y 26 de septiembre de 2013, los secretarios de las cortes y tribunales expresaron la voluntad de continuar el plan de institucionalización de las reuniones de secretarios de Cortes y Tribunales Regionales. Disponible en el Archivo TPR.

5 Participación en el «III Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur», en Buenos Aires. Desde el 04 de octubre al 06 de octubre de 2011. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2011.htm*

encuentros permanentes fortalece a los procesos de integración subregional[6]. Entre muchas de las actividades, se realizaron distintas reuniones de trabajo, seminarios jurídicos y encuentros de magistrados y árbitros, virtuales como presenciales, así como acciones de cooperación académica[7], colaboración en publicaciones[8], e intercambio de jurisprudencia.

Estas colaboraciones e intercambios resultaron de interés y permitieron que haya una conexión y un mayor conocimiento mutuo de los distintos sistemas jurídicos como el andino, caribeño, centroamericano[9] y del Mercosur, como de las propias cortes subregionales, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Concluimos en muchas de esas iniciativas, organizadas por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, que conocer los distintos procesos de integración de la región y subregiones enriquecía al propio proceso. Es así como en los laudos y opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur se han hecho referencias a las decisiones de otros sistemas jurídicos a efectos de una mayor comprensión del derecho propio.

4. Conclusión

Desde el Tribunal Permanente de Revisión promovemos fortalecer el diálogo, la cooperación, los vínculos institucionales y jurisprudenciales para debatir sobre los desafíos y retos más importantes que enfrentamos: definir líneas de acción conjunta para fortalecer una enorme tarea común, la solución pacífica de controversias. En cada subregión, cumplimos básicamente la misma función: decidir cuestiones jurídicas contenciosas y consultivas, en las que hemos ido evolucionando y adecuándonos a la realidad de cada proceso. Sin duda, con tareas similares y objetivos comunes. Esta función es especialmente relevante en el momento actual, en que se han incrementado los conflictos armados, se advierten discursos fundamentalistas de odio y desintegración que favorecen a la utilización del uso de la fuerza, aumentando la desigualdad y la inequidad social.

Es por ello que resurge la necesidad de reflexionar juntos y también para advertir los desafíos que se nos presentan con una mirada basada en el cumplimento del derecho, como mecanismo de paz, ante los conflictos entre Estados.

---

6 II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur – Cartagena de Indias del 05 al 08 de septiembre de 2010. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2010.htm*

7 Firmas de Pre-acuerdos de Convenios de Cooperación Académica con la Corte Centroamericana de Justicia, CEDEP y ASADIP del 25 de febrero de 2011. Disponible en el Archivo TPR.

8 Invitación a escribir en RSTPR en el número dedicado a Opiniones Consultivas.

9 Participación del presidente y del secretario del TPR en el «I Encuentro de Cortes Regionales de Latinoamérica y el Caribe» - Nicaragua del 12 de octubre de 2011.

5. Fuentes de consulta

- Acta STPR 26/09/2013. En las reuniones del 17 de diciembre de 2011, del 16 de marzo de 2012, del 27 de febrero de 2013, y 26 de septiembre de 2013, los secretarios de las cortes y tribunales expresaron la voluntad de continuar el plan de institucionalización de las reuniones de secretarios de Cortes y Tribunales Regionales. Disponible en el Archivo TPR.
- Reunión virtual de asesores jurídicos y secretarios de Cortes Comunitarias Regionales de América Latina y El Caribe entre la Corte Centroamericana de Justicia, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Tribunal Permanente de Revisión, 2011. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2011.htm*
- Jornada "Integración Regional" entre la Corte Centroamericana de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión, 2012. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2012.htm*
- Pre-acuerdos de Convenios de Cooperación Académica con la Corte Centroamericana de Justicia, CEDEP y ASADIP, 2011. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2011.htm*
- II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur – Cartagena de Indias, 2010. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2010.htm*
- Reunión virtual de secretarios de Cortes Comunitarias y Tribunales Regionales de América Latina, 2013. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2013.htm*
- Laudo 1/2005, en sus numerales 4, 5 y 10 cita una interpretación prejudicial y un precepto jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2005_es.pdf* como así también la Opinión Consultiva 1/2007.
- Laudo 1/2007, en sus numerales 8.3, 8.5, 8.6. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2007_es.pdf*
- Opinión Consultiva 1/2008. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2008_es.pdf*
- Participación del presidente y del secretario del TPR en el "I Encuentro de Cortes Regionales de Latinoamérica y el Caribe". Nicaragua, 2011. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2011.htm*
- Participación en el «III Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur», en Buenos Aires, 2011. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2011.htm*
- Reunión virtual de autoridades de la Corte Centroamericana de Justicia, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. TJCA: Carlos Jaime Villarroell, CCJ: Magistrado presidente Ricardo Acevedo, TPR: Secretario Raphael Carvalho de Vasconcelos, 2013. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2013.htm*

- Reunión virtual de secretarios de Cortes Comunitarias y Tribunales regionales de América Latina y El Caribe, Dr. Welber Barral-Árbitro del TPR, 2013. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2013.htm*
- Visita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 2014. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2014.htm*
- Visita al TPR del magistrado César Salazar Grande, presidente de la Corte Centroamericana de Justicia. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2016.htm*
- Encuentro de presidentes del TPR y CCJ, Michelson Irusta y César Ernesto Salazar, 2016. Disponible en: *https://www.tprmercosur.org/es/activ_2018.htm*

Asunción, 2024.

***

CAPÍTULO IX

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL PODER JUDICIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS

SUBCAPÍTULO I

INTEGRACIÓN SUBREGIONAL ANDINA Y JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Oswaldo Giraldo López

Oswaldo Giraldo López

Magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado de la República de Colombia.

Abogado de la Universidad de los Andes. Cuenta con una especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, una maestría en Derecho de la Universidad de los Andes, una maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad Javeriana y una Maestría en Derecho Económico de la Universidad Javeriana.

Se ha desempeñado como árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, asesor jurídico de la Superintendencia Bancaria, gerente general de Derecho y Sistemas de Colombia Ltda., asesor del PNUD en la Consejería para la Modernización del Estado de la Presidencia de la República, asesor del PNUD en el Ministerio de Gobierno, Consultor de la OEI en el Ministerio de Educación, consultor externo del Instituto SER de Investigaciones, consultor externo de la Superintendencia de Valores, asesor externo del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente de Bogotá, D.C. (DAMA), asesor externo de la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. (Corabastos), asesor externo de la empresa Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda. y gerente general de Derecho Creativo S.A.S.

Docente de asignaturas como Metodología de la Investigación Jurídica, Derecho Económico Trasnacional, Contratación Estatal, Introducción y Prospectivas del Derecho Económico, entre otras de las Universidades de Los Andes, Javeriana, La Sabana, Nuestra Señora del Rosario y Militar Nueva Granada.

***

INTEGRACIÓN SUBREGIONAL ANDINA Y JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Oswaldo Giraldo López

En la celebración de los cuarenta y cinco años de existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y cuarenta años de funcionamiento institucional, es un honor participar con estas notas en la publicación académica que conmemora el evento por invitación de sus magistrados, en especial porque constituye un tema que no ha sido ajeno a mi trayectoria profesional y personal.

Me correspondió ver el nacimiento del Tribunal Andino de Justicia y participar en su primer proceso, como funcionario de la Junta del Acuerdo de Cartagena, órgano que antecedió a la actual Secretaría; en esa época el Tribunal recién integrado conocía de una demanda que había interpuesto la Junta contra la República de Colombia, por incumplimiento de alguna decisión de la Comisión. Muchos años han pasado desde entonces y muchas las contribuciones que el Tribunal de la Comunidad ha hecho en beneficio de la integración de nuestros pueblos, y muy particularmente con Colombia, en sus aportes sobre la interpretación prejudicial.

Ahora que me desempeño como magistrado de la sección primera del Consejo de Estado de Colombia, máximo tribunal de lo contencioso administrativo, reconozco en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina su firme propósito de crear una jurisprudencia sólida alrededor de temas que son indispensables para la consolidación de la unión subregional. Es incuestionable que los asuntos que han sido materia de regulación en la Comisión de la Comunidad Andina trascienden los límites territoriales de cada país individualmente considerado, y la visión global del Tribunal, en especial con su función de interpretación prejudicial, ilumina sin duda las decisiones que a nivel nacional deben ser tomadas en los procesos locales.

El juez nacional no puede perder la perspectiva regional, pues es en tal contexto en el que se desenvuelven los asuntos económicos, y en especial los que han sido objeto de concertación al interior de los órganos de decisión de la Comunidad Andina. En tal contexto, la interpretación del Tribunal de Justicia en los temas que son propios de la integración, así como su carácter obligatorio, cohesionan el derecho subregional en todos los países que hacen parte del Acuerdo, permitiendo una aplicación uniforme, necesaria para lograr la consolidación del proceso de integración económica.

Por esas razones el Consejo de Estado acude siempre al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando debe resolver conflictos en los cuales el derecho comunitario aplica, para entender el alcance de sus disposiciones y resolver el conflicto interno. Se trata de una consulta que surge del propio Tratado que le ha dado vida al Tribunal comunitario, de obligatorio cumplimiento, que permite entonces una solución al caso, a partir del criterio jurídico que este expresa.
Especial significación tiene para la nación colombiana los pronunciamientos que el Tribunal Andino ha proferido en materia de propiedad industrial, y particularmente

en marcas y patentes, pues son muchos los asuntos que se debaten en esta materia ante los tribunales de lo contencioso administrativo. Y ello es así, pues el registro de una marca, o la concesión de una patente, está en manos de la autoridad nacional competente que, en el caso de Colombia, lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, que se pronuncia a través de actos administrativos susceptibles de control judicial. Entonces, para resolver el caso, la jurisprudencia que ha expedido y que expide el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretando las normas comunitarias, permea los hechos que se debaten e influye definitivamente en la decisión final.

En los campos indicados, los pronunciamientos del Tribunal comunitario han logrado consolidar un conjunto de reglas y principios que le han permitido tomar decisiones uniformes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, e incluso, a las autoridades de la rama ejecutiva. Ello, con los consecuentes beneficios que trae para la seguridad jurídica, en especial en un sector tan importante para el desarrollo de nuestros países, como lo es el empresarial.

Es por lo dicho que la decisión que recientemente ha tomado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de darle cabida al acto aclarado merece mención especial, pues es una medida totalmente acertada, en tanto facilita la aplicación uniforme del derecho comunitario en la solución de conflictos internos en aquellos casos en los cuales los pronunciamientos están lo suficientemente decantados y no exigen por lo tanto una reiterada consulta sobre asuntos ya resueltos. Ello, además, si se tiene en cuenta que la medida no cierra la consulta al criterio del Tribunal Andino de manera permanente, como quiera que se permite acudir a él cuando el juez nacional lo considera necesario para la precisión de algunos conceptos.

Con la aplicación de la teoría del acto aclarado se logran muchos propósitos en beneficio de la justicia nacional y comunitaria; el principal es que se mantiene el criterio uniforme que proviene del Tribunal Andino, para ser aplicado en todo el territorio de la subregión, con lo cual se conserva la perspectiva comunitaria en la aplicación del derecho que compromete a los países que hacen parte del Acuerdo. Pero además de ello, descongestiona las labores que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tribunales nacionales desempeñan; ello permite que el esfuerzo se concentre en la atención de asuntos que aún no han sido decantados, a la vez que facilita la toma de decisiones de manera ágil, contribuyendo en el propósito de ofrecer una pronta justicia.

No cabe duda de que la intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mantiene vigente el derecho comunitario al interior de los países que integran el Acuerdo subregional, pues los jueces y las demás autoridades nacionales acatamos sus pronunciamientos, que perseveran en la construcción de un espacio ampliado en el cual debemos encontrarnos como pueblos latinoamericanos. La contribución que el Tribunal Andino de Justicia hace a la consolidación de una América Latina unida es invaluable, pues mantiene el derecho comunitario vigente a través de sus distintas competencias y funciones y recuerda a los países de la Comunidad Andina que tienen

un serio compromiso de solidaridad y de unión, que se ha asumido para el crecimiento de sus pueblos.

En instituciones como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se mantiene encendida la luz de esperanza en una América Latina que busca el camino de la unidad, como mecanismo para el crecimiento económico y social de los países que la conforman. Ese es el camino correcto, como lo pudo demostrar Europa cuando inició sus procesos de integración después de dos guerras que la devastaron. Y lo es más en la época reciente, en que los desafíos para el desarrollo exigen la unión de esfuerzos para asimilar los cambios en la tecnología y la irrupción de elementos que tienden a ensanchar las brechas, como lo son los avances en sistemas de información y el uso de la inteligencia artificial.

Ahora, debo reconocer, como lo he venido sosteniendo de tiempo atrás, que debemos buscar alternativas a la unión latinoamericana, pues el modelo que implantamos de Europa ha demostrado deficiencias, como quiera que no ha sido fácil transitar por el camino del libre comercio, la unión aduanera, el mercado común y la unión económica. Las desigualdades en el desarrollo económico que tienen los países de la región, y que precisamente dieron lugar a que, en el marco de la ya extinta ALALC, se conformara el Acuerdo Subregional Andino, se han convertido en obstáculo casi que insalvable para que los procesos de apertura e integración subregional y regional se extiendan sin contratiempo, como quiera que entran en juego intereses de muy variada índole, en países que no tienen economías consolidadas para abrir sus mercados a la competencia.

Debemos volver la vista a nuestras raíces y reconocer que los factores que nos unen como región deben primar en los procesos de integración sobre aquellos que nos alejan; y, aun cuando es cierto que la circulación de bienes y servicios en la región no ha estado exenta de dificultades, hay todo un terreno abonado de posibilidades en la circulación de la mano de obra y capital, pues en la identidad de la cultura está el elemento que nos une, de tal manera que es el ser humano el que está llamado a circular libremente en la región, para establecerse y establecer sus actividades en el lugar de América Latina de su predilección.

Somos un pueblo que se caracteriza porque comparte raza, lengua, religión e historia; nada mejor para la integración que su mano de obra y su capital circule libremente, pues en este campo las brechas están superadas. Es entonces el momento de pensar en la integración social, como paso previo a consolidar la integración económica, permitiendo que nuestra mano de obra calificada y no calificada, nuestros profesionales y nuestros empresarios, circulen libremente en la región y aporten a ella sus conocimientos, sin restricción alguna. Ello debe llevar a la unión de esfuerzos, en un mundo más interdependiente y globalizado por la tecnología, con la consecuente superación de las limitaciones al comercio y la caída de las fronteras entre los países. Y si bien está claro que ello no depende de las acciones que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emprenda, podrá esta institución ser factor determinante para la consolidación de acuerdos regionales y subregionales de contenido social, aportando sus luces con criterio amplio a los tribunales y demás autoridades

nacionales. Así como ha mantenido hasta ahora vigente el derecho comunitario, en campos de la actividad económica en donde no ha resultado fácil la integración, bien puede esperarse que se constituya en elemento de cohesión entre los países a medida que la integración regional tome fuerza.

Reconozco que no se trata de una tarea fácil, pues el proceso de integración subregional andino debe orientarse a ampliar su campo hacia la integración de América Latina, lo que implica consolidar acercamientos con otros procesos de integración económica que se desarrollan en la región y que no cuentan con una estructura institucional tan consolidada. Pero es para ello necesario que esos acercamientos muestren las ventajas de contar con una institución como el Tribunal Andino, que ha permitido que el derecho comunitario permee las legislaciones y la jurisprudencia nacionales, manteniendo la vigencia de un ordenamiento jurídico común.

Celebro de esta manera los cuarenta y cinco años de existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, complacido de ver sus logros y sus avances, y de constatar que su esfuerzo por mantener vigente el derecho comunitario andino en los países que conformamos la subregión se ha consolidado con su jurisprudencia. Igualmente, complacido de constatar que ha resultado valioso contar con su concurso para alcanzar un anhelo que muchos tenemos, de unidad latinoamericana, porque vemos en ella progreso para todos los países que integran la región.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es una institución que aporta valiosos elementos para la consolidación de los procesos de integración económica en la región latinoamericana y debe ser tenido en cuenta cuando los países avancen en la unión de los distintos acuerdos que existen, pues ha demostrado la importancia que tiene para mantener vigente el derecho comunitario. En esa medida, acompañará con sus luces el camino a la integración, estableciendo los criterios uniformes que deberán tenerse en cuenta cuando estén de por medio los asuntos que son propios de la integración económica y social de nuestros países.

Que sea este un sencillo pero merecido homenaje al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y un reconocimiento a la labor que ha desarrollado en beneficio de la integración de nuestros países. Me honra conocer la institución desde que tuvo vida y hasta ahora, así como tener el privilegio de contar con sus interpretaciones, cuando debo pronunciarme sobre los casos que son de mi conocimiento en el Consejo de Estado y está de por medio nuestro derecho comunitario. Para los ciudadanos que creemos en la integración de nuestros países resulta valiosa la existencia del Tribunal, pues ha persistido en mantener vigentes los principios y las reglas que han inspirado los procesos, con lo que ello implica para la subsistencia del sistema comunitario.

Bogotá, 2024.

***

SUBCAPÍTULO II

EXPERIENCIA JUDICIAL ECUATORIANA EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Patricio A. Secaira Durango

Patricio A. Secaira Durango

Juez (e) de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo.

Doctor en jurisprudencia y abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Planificación para la Seguridad y el Desarrollo por el Instituto de Altos Estudios Nacionales. Tiene una maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Se ha desempeñado en servicios en el Ministerio de Educación, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Congreso Nacional y en la Función Judicial como ministro y presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito de Quito, actualmente ejerce como juez nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Ha ejercido la docencia en asignaturas relacionadas al Derecho Público, sea en el ámbito del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, dogmático y procesal en pregrados de la Universidad Internacional del Ecuador y Universidad Metropolitana y profesor de postgrados de la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Central del Ecuador, Universidad Estatal de Guayaquil y Universidad Regional Autónoma de los Andes.

***

EXPERIENCIA JUDICIAL ECUATORIANA EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Patricio A. Secaira Durango

1. Breve introducción

Debemos reconocer que la integración de los pueblos, resulta ser un hecho propio de su naturaleza gregaria, que se relaciona con sus propias necesidades de subsistencia y seguridad, en los más diversos aspectos: alimentación, fuentes hídricas, salud, armonía social, entre otros elementos.

La organización, entendida como un orden que se constituye bajo la aceptación, casi volitiva, de reglas que se difunden y aplican al interior de sociedades más estructuradas y que originan institucionalidades superiores, son características que dan paso a la existencia de un aceptado poder público, como fuerza que se ubica por sobre la sociedad, generando mecanismos de protección interior; fuerza que se expresa en sentido material con un poder coactivo para el cumplimiento del orden, un poder financiero que impone contribuciones para sostenerse; y desde luego una fuerza cultural de identidades, de pertenencias, relacionadas a las costumbres, al idioma, la religión; historia que aglutina esas identidades y conduce a sostener esas otras fuerzas.

Los pueblos si bien aceptan la existencia de fronteras (como elemento de soberanía física), no dejan, por muchos factores, de vincularse con otros que son limítrofes o lejanos, que están en capacidad de fortalecer recíprocamente sus necesidades básicas; generando seguridad en distintos órdenes de interdependencia que regulan intereses más amplios, fortaleciendo no solo esas relaciones, sino el desarrollo interno de los mismos pueblos.

El mundo entero trae en su historia la diversidad de relaciones entre los pueblos, en el aspecto comercial de intercambio de alimentos y manufacturas; siendo esas relaciones las que han permitido el desarrollo y mejora del conocimiento, en materia de salud, comercio, escritura y demás; estructurando una cultura de confianza recíproca, ya que la cultura tiene movimientos constantes: centrípeta atrayendo el conocimiento y el bienestar hacia adentro; y, centrífuga, que permite que otros pueblos conozcan y aprovechen el conocimiento que sale del interior de cada pueblo.

Los conflictos armados, las conquistas alcanzadas de unos pueblos a otros son realidades que informan la historia universal; sin que debamos discutir esa problemática, nos limitaremos a señalar que estos acontecimientos también han sido fuente de imposición cultural, que por otros medios integraron unas sociedades con otras. Sin embargo, la integración, como lo hemos señalado, ha dado sus frutos entre otros acontecimientos, por la interrelación voluntaria de los pueblos, más allá de la actuación formal de los Estados, que en varios casos han tenido enfrentamientos entre pares.

2. Unidad y desunión

Nuestro continente no fue extraño a lo comentado. Antes de la conquista, sus pueblos mantenían abiertas relaciones de orden comercial y social, así lo han corroborado estudiosos de esas materias; sin que tampoco hayan sido ajenos a los conflictos, lo que tampoco implicaría la ausencia de esas relaciones. Más bien se ha verificado tanto la existencia de conflictos y de procesos de integración en otros aspectos.

La conquista trajo igualmente transformaciones sustanciales en estas tierras, estableciéndose cambios culturales, religiosos, económicos, de producción y de administración, extraños a la vivencia social autóctona. Puede decirse que Hispanoamérica ha tenido un importante proceso integrador que impuso idioma y religión; identidad que se mantiene. No obstante, los procesos de independencia de inicios de los 1800s formaron repúblicas autónomas estableciendo países que finalmente dividieron a los pueblos.

Es de allí mismo, de esa división, que surgieron voces que clamaban por la integración: de Bolívar nació una de ellas, pretendiendo el establecimiento de una gran nación formada por lo que hoy son Venezuela, Colombia y Ecuador; igualmente Francisco de Miranda pregonó la unidad de los que son esos países a los que debían incorporarse Bolivia y desde luego el Perú; esto es la unidad de las tierras que formaron parte de los Virreinatos de Lima y Nueva Granada.

Los intereses económicos, comerciales y de captación de poder, mezquinos desde luego, de los caciques criollos que se opusieron a la idea de un Estado unitario planteado por Bolívar, frente a la defensa de otros grupos que defendían la instauración de un Estado federal, como del pensamiento triunfador, que se encaminara a fundar repúblicas independientes.

A partir de las independencias, las nuevas repúblicas tuvieron lamentables disputas bélicas, por motivos territoriales, económicos, geopolíticos y de otra índole, varios de los cuales, por ventura, han sido superados. Esa conflictividad hizo que los Estados se miren con recelo, con inseguridad, que debían ser vencidas, siendo la integración de los pueblos una visión distinta sustentada en la confianza, en la seguridad, en la idea de la unidad que moldee el futuro de las naciones.

3. Integración andina

El 26 de mayo de 1969, fue firmado en Colombia el denominado Acuerdo de Cartagena, también denominado Pacto Andino; por el cual Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, acordaron el inicio de un ambicioso sistema de integración orientado a la promoción del desarrollo equilibrado de sus socios, instrumentando la cooperación económica y social; en busca del crecimiento y la generación de empleo en los países miembros; destinado al establecimiento de un mercado común latinoamericano; superando las diferencias de crecimiento de esos países. Siendo que

en 1996 se da un paso adelante transformando al Pacto Andino en la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Uno de los acontecimientos importantes del proceso de integración fue la creación del Tribunal de Justicia del Pacto Andino (28 de mayo de 1979), ahora llamado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; como un órgano encargado de velar y asegurar la debida aplicación del derecho comunitario andino y la uniforme interpretación de sus normas (*Acuerdo de Cartagena, sus protocolos, tratados y más instrumentos adicionales o modificatorios*); en el ámbito interno de los países miembros, tanto en sede administrativa como en el ámbito judicial.

4. Experiencia ecuatoriana en el ámbito judicial

Toda la normativa jurídica y las decisiones de los órganos comunitarios son de aplicación estricta en los países miembros. El Tratado de creación del Tribunal comunitario establece la obligación de sus integrantes de adoptar medidas que aseguren el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario; fijando como compromiso la obligación de no interferir aquél por el empleo de medidas contrarias o que obstaculicen su aplicación.

Ese es uno de los principios que determinan la obligación de cumplir el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sin que el ordenamiento jurídico nacional pueda contrariar el comunitario; lo cual implica que bien pueden los Estados miembros utilizar el principio de complemento indispensable para la mejor aplicación de la norma comunitaria y de los derechos que de ella se deriven.

Es importante la atribución de control jurisdiccional comunitario que tiene el Tribunal, ya que es competente para declarar la nulidad de los actos o normas contrarias a su ordenamiento jurídico que hayan sido emitidas por los órganos comunitarios, cuando sean impugnados por un País Miembro (siempre que no sea quien lo suscribió), el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas (cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos hayan sido vulnerados por el acto o norma impugnada).

Se asemejan estas acciones a las impugnaciones reguladas por la jurisdicción contencioso-administrativa: la subjetiva o de plena jurisdicción que ampara derechos personales y pretende su restablecimiento o reconocimiento; y, la de anulación objetiva o por exceso de poder que garantiza el interés legítimo de quien acciona y solo pretende la eliminación de normas jurídicas contrarias al ordenamiento, lo cual lo ubica como una acción en solo interés de la ley, para que sea aplicada debidamente la norma jurídica afectada.

No debe dejar de mencionarse que quienes tengan acciones jurisdiccionales internas en las que deba aplicarse la norma comunitaria, tienen el derecho de solicitar que se declare la inaplicabilidad al caso concreto, de decisiones o resoluciones que vulneren

el ordenamiento jurídico comunitario si estas no fueron impugnadas vía acción de nulidad comunitaria en el plazo de dos años.

Aunque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a la acción de nulidad regulada en el Artículo 17 del Tratado de creación del Tribunal.

Estos son elementos que, para el caso ecuatoriano, resultan particularmente importantes; en razón de que en un caso puntual, mediante normativa infralegal se emitieron disposiciones jurídicas, relativas al registro de patentes, que determinaron una acción comunitaria y el pronunciamiento del Tribunal, que restituyó el rigor de la norma comunitaria frente a la nacional y la necesaria rectificación administrativa relativa a la ejecución de esa normativa; decisión que reiterara el alcance del principio de complemento indispensable.

Debe reconocerse que la poca difusión de la normativa comunitaria, sobre todo en su aplicación por los órganos judiciales internos encargados de procesos en los que era necesaria la aplicación de aquella, fue un elemento significativo para que los juzgadores omitan su cumplimiento, sobre todo en un tiempo en el cual varios de los procesos relativos a propiedad intelectual estaban a cargo de la jurisdicción civil. Desde luego que ese desconocimiento de la aplicabilidad de ese ordenamiento normativo no era extraño a las partes procesales y a los abogados que actuaban en tales causas lo cual agravó la omisión.

Lo dicho refiere sustancialmente al caso de la potestad de los jueces nacionales a cargo de procesos judiciales en el que deba aplicarse o se controvierta norma comunitaria de solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia la Comunidad Andina, respecto del alcance de la disposición de la que se trate, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso interno; no obstante, cuando el fallo nacional no es susceptible de recurso en derecho interno, el juez está obligado a pedir la interpretación prejudicial de la norma comunitaria respectiva; pronunciamiento que tiene efecto vinculante para el juez nacional.

En Ecuador, en el año 1998, se expidió la Ley de Propiedad Intelectual, codificada en 2006, por la cual fueron derogados cuerpos jurídicos como la Ley de Derechos de Autor, Ley de Marcas de Fábrica, Ley de Patentes de Exclusiva Explotación de Inventos y sus respectivos reglamentos.

La ley mencionada creó los juzgados y tribunales de propiedad intelectual, como órganos especializados en la materia; los cuales en realidad jamás tuvieron realización alguna; entre otros aspectos por cuanto, una norma transitoria, en realidad, dispuso que hasta que sean efectivamente creados esos órganos judiciales, la competencia para el conocimiento de los procesos relacionados a la propiedad intelectual, estará a cargo de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo.

Al expedirse la ley citada, estaba en vigencia la Constitución de la República de 1998, que disponía que los actos administrativos podrán impugnarse ante los órganos judiciales competentes, que eran los tribunales distritales señalados, conforme la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; a más de que al haberse creado constitucionalmente el Consejo Nacional de la Judicatura, se asignó a este órgano la facultad de crear juzgados y tribunales; por manera que se hizo inviable la creación de los órganos especializados referidos, manteniéndose la competencia fijada en la Ley citada.

El proceso contencioso administrativo en Ecuador, es de una sola instancia, por manera que de sus decisiones no existe recurso de instancia de alzada; sino únicamente el recurso extraordinario de casación. De esta manera, la obligación de requerir al Tribunal Comunitario la interpretación prejudicial de las normas supranacionales, se radicó en los señalados tribunales distritales, judicaturas que efectivamente cumplieron con tales solicitudes, suspendiendo su decisión hasta obtener la interpretación. Requerimiento que en realidad fue cumplido; de tal modo que la interpretación prejudicial ha servido en el país, desde entonces, como una determinante guía de la correcta interpretación de la normativa comunitaria y un constante mecanismo de la difusión de su alcance.

Al promulgarse el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el 22 de mayo de 2015, el cual introdujo el procedimiento oral por audiencias, se omitió incorporar normas relativas al cumplimiento de la solicitud de interpretación prejudicial; lo cual condujo a que la Corte Nacional de Justicia expida la Resolución 14-2017 de 7 de junio de 2017, regulando que a la finalización de la denominada audiencia preliminar, en procesos ordinarios, se suspenderá el trámite del juicio y se solicitará la interpretación prejudicial; debiendo contabilizarse el tiempo para convocar a la audiencia de juicio a partir de la recepción de esa interpretación. Siendo ese el procedimiento que se observa en la actualidad.

5. Como conclusión

La poca difusión de las normas comunitarias andinas, sigue siendo un limitante para el conocimiento de su importancia y alcance; el cual los juzgadores competentes han debido superar por su propia iniciativa; siendo que las interpretaciones prejudiciales nacidas del seno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, han sido pieza fundamental para el conocimiento y profundización de esos temas; tanto que ahora son pocos los casos en los que pueden observarse falencias en la aplicación de ese ordenamiento comunitario; desde luego limitado a los casos sometidos a decisión de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Quito, 2024.

***

SUBCAPÍTULO III

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL PODER JUDICIAL DE PERÚ

Ramiro A. Bustamante Zegarra

Ramiro A. Bustamante Zegarra

Juez supremo titular de la Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú, integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Bachiller de Derecho, Universidad Católica de Santa María, aprobado con felicitación pública. Magíster en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional, Universidad Nacional de San Agustín, 2006. Egresado de la maestría en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008. Estudiante del tercer ciclo de la Maestría en Gestión Pública, Universidad San Ignacio de Loyola, 2022. Doctor en Ciencias Forenses y Criminalística, Universidad Nacional de San Agustín, 2007. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de San Agustín, 2013. Cuenta con varios cursos de especialización.

Se ha desempeñado como juez del Poder Judicial de Perú, con cerca de 30 años de labor efectiva. Ha sido juez especializado Civil (1993), juez superior provisional (1997), juez superior titular (2004), juez supremo provisional (2017). Ha recibido diversos méritos y reconocimientos de honor por excelencia en el desempeño judicial.

Docente de postgrado de Universidad Católica Santa María y de pregrado en la Universidad Nacional de San Agustín (hasta 2023), así como de la Academia de la Magistratura del Perú.

***

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL PODER JUDICIAL DE PERÚ

Ramiro A. Bustamante Zegarra

«La importancia de las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la experiencia de los tribunales peruanos ante las acciones de incumplimiento.»

Palabras clave

Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial. Acción de incumplimiento. Cooperación jurídica. Integración andina. Ordenamiento jurídico comunitario andino.

Keywords

Andean Community. Court of Justice of the Andean Community. Preliminary ruling. Noncompliance actions. Legal cooperation. Andean integration. Andean Community law.

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) tiene entre sus competencias interpretar las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina mediante interpretaciones prejudiciales con carácter vinculante. En el presente trabajo se explicará su importancia, y el carácter obligatorio de su solicitud por los órganos jurisdiccionales de los países miembros; al mismo tiempo se expondrá cómo la acción de incumplimiento ha sido utilizada para garantizar que los órganos jurisdiccionales cumplan con solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, pues su incumplimiento es entendido como una vulneración directa a sus obligaciones comunitarias, para lo cual se pondrá especial atención en la experiencia surgida por la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado peruano.

Abstract

The Court of Justice of the Andean Community (TJCA) has among its competences issuing interpretations of the Andean Community law by binding preliminary rulings. On this article we will explain the importance of the preliminary ruling, and

how its request by the courts of the member countries of the Andean Community has a mandatory character; moreover we will demonstrate how the noncompliance actions have been used to guarantee the national courts fulfill their obligation to request to the TJCA its interpretation of Andean community law by a preliminary ruling, since the noncompliance turns out to be an infringement to the obligations established by the Andean Community law, and to do so we will put emphasis in the experience that has arisen from the performance of the Peruvian courts.

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, también llamado el **Tribunal** o **TJCA**) ha sido una institución fundamental en el ámbito del derecho internacional público en la región andina. Una de las herramientas más significativas que posee para el desarrollo de su jurisprudencia son las interpretaciones prejudiciales (**IP**), pronunciamientos vinculantes que proporcionan claridad y coherencia en la interpretación de normas comunitarias, por tal motivo, debemos comprender que el cumplimiento de estas interpretaciones es esencial para garantizar la efectividad del sistema jurídico de la Comunidad Andina y promover la integración regional.

En primer lugar, el cumplimiento de las interpretaciones prejudiciales fortalece la seguridad jurídica dentro de la Comunidad Andina pues, al seguir las interpretaciones proporcionadas por el TJCA, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden evitar interpretaciones divergentes de las normas comunitarias, lo que garantiza la coherencia en la aplicación del derecho andino y, como consecuencia, se crea un ambiente propicio para la inversión extranjera, el comercio internacional y el desarrollo económico en la región.

En segundo lugar, el respeto a las interpretaciones prejudiciales del TJCA permite preservar el principio de supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros. El cumplimiento de las interpretaciones prejudiciales refuerza este principio al garantizar que las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales estén en consonancia con el derecho comunitario.

El incumplimiento de las interpretaciones prejudiciales del TJCA vulnera la relación de lealtad y cooperación entre las jurisdicciones de los países miembros y el TJCA. Por ello es que se necesitan de mecanismos eficaces para garantizar la implementación y ejecución de las decisiones del TJCA en los Estados miembros de la Comunidad Andina dentro de los que se destaca la acción de incumplimiento.

Es por tal motivo, que el objeto de este artículo es mostrar las consecuencias negativas del incumplimiento de las interpretaciones prejudiciales, así como ejemplificar con casos prácticos que se llevaron denuncias ante el TJCA sobre su incumplimiento por parte de los jueces peruanos. Este artículo servirá como ilustración de cómo el

incumplimiento de las interpretaciones del TJCA puede generar tensiones y afectar negativamente la integridad del sistema jurídico de la Comunidad Andina.

2. Breve Aproximación a la Creación y Papel del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Con la creación del Acuerdo de Cartagena en el año 1969, surgió la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio que solucione las controversias entre los Estados miembros. Con fecha 28 de mayo de 1979, se suscribió el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena mediante el cual se creó el «Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» hoy «Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina» (**TJCA**)[1], el cual recién entró en vigencia el 19 de mayo de 1983 e inicio sus funciones el 02 de enero de 1984.

Los jueces del TJCA disfrutan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, y se les prohíbe ejercer cualquier otra actividad profesional, remunerada o no, excepto la enseñanza universitaria. Además, cuentan con las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961, y tienen un estatus jerárquico equivalente al de los jefes de Misión. Su elección se lleva a cabo por unanimidad de los países miembros a partir de ternas presentadas por cada país, y su mandato tiene una duración de seis años.

Sobre las competencias del Tribunal, estas se han ampliado con el tiempo, pues a las competencias originales como las acciones de nulidad e incumplimiento y la de interpretación prejudicial, luego de la suscripción del Protocolo de Cochabamba de 1996 se han sumado: ***i)*** el recurso por omisión o inactividad ante el incumplimiento de alguna acción a la que el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, también referida como la **Secretaría General** o **SGCA**) estuvieren obligados; ***ii)*** la jurisdicción laboral para conocer controversias que se susciten entre empleados y los órganos del Sistema Andino de Integración (en lo sucesivo, el **SAI**); y, ***iii)*** la competencia arbitral para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre estos y terceros.

Sin embargo, pese a este avance en las competencias del Tribunal coincido en afirmar junto con otros especialistas que fue un desacierto no considerar al momento de la suscripción del Acuerdo de Cartagena la creación de este Tribunal de Justicia que dé solución a las discrepancias entre los Estados parte y que su creación era necesaria[2];

---

1 Luego de la suscripción del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino de 1996, conocido como el Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996.

2 María Ángela Sasaki Otani, *El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 304. Obtenido de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542012000100009&lng=es&nrm=iso; y,

pues la existencia de un órgano jurisdiccional internacional es clave para otorgar carácter supranacional al Acuerdo, el cual es de vital importancia para la vigencia del Acuerdo de Cartagena, ya que el principio de la supranacionalidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina permite distinguir un proceso de integración como el de la Comunidad Andina de un simple acuerdo de cooperación intergubernamental, ya que solo a partir de su instalación se tuvo un órgano que garantice la primacía de la normatividad andina y controle la legalidad, interpretación y cumplimiento de este ordenamiento jurídico.

Esta circunstancia trajo como consecuencia un serio retraso en la interiorización de los jueces nacionales sobre el ordenamiento jurídico andino y el carácter vinculante de las decisiones del TJCA, como veremos en el caso de las interpretaciones prejudiciales. Sin embargo, el trabajo desarrollado por el TJCA durante 40 años de servicio ininterrumpido lo ha convertido en partícipe clave para la consolidación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sobre todo con sus pronunciamientos sobre la correcta interpretación de las normas comunitarias, con lo cual se ha recuperado el tiempo perdido conduciendo a que cada vez exista mayor difusión sobre el ordenamiento jurídico comunitario entre los operadores de justicia de los países miembros e impulsando la integración de los países de la Comunidad.

Dicho esto, cabe señalar que de acuerdo al artículo 1° del Tratado de Creación del TJCA el ordenamiento jurídico comunitario está conformado por: el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, el propio Tratado de Creación del TJCA y sus Protocolos Adicionales y Modificatorios, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los Convenios de Complementación Industrial y otros que se adopten. Cabe señalar que el Estatuto del Tribunal Andino, recogido en la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de 2001 que regula su funcionamiento y procedimientos, ha distinguido en su artículo 2° entre normas de derecho primario y normas derivadas, considerando dentro de la primera categoría a los Tratados y sus Protocolos Modificatorios y Adicionales, dejando a las demás normas dentro de la categoría de normas derivadas. Sin embargo, debe quedar claro que esta distinción entre normas primarias y derivadas no implica en modo alguno que la vulneración o desconocimiento de las segundas sea más tolerable o permisible para los países miembros, ya que el artículo 4° del Tratado de Creación del TJCA no hace ninguna distinción entre las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina al establecer que estas son de observancia obligatoria para los países miembros y que estos últimos estén obligados a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, así como a no adoptar medidas que las contravengan.

Por otro lado, se debe resaltar que a diferencia de otros tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por ejemplo, el TJCA tiene una característica muy particular la cual es su carácter de órgano

Yolanda Mendoza, *La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Agenda Internacional*, 2019, vol. 26, número 37, p. 274. Obtenido de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7825906

jurisdiccional permanente supranacional y comunitario, característica que le permite ser un tribunal internacional mucho más activo y con mayor celeridad en la resolución de procesos; así se puede señalar que mientras en un caso seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden pasar más de 10 años hasta que se emita un fallo definitivo, en el caso del TJCA la emisión de una interpretación prejudicial puede demorar un promedio de algunos meses, lo cual se ve reflejado en la gran producción que tiene. Así tenemos que solo hasta el mes de agosto de 2023 el TJCA ha resuelto más de seis mil causas, entre interpretaciones judiciales, acciones de incumplimiento, nulidades y otros.

Cuadro 1

HISTORIAL DE PROCESOS RECIBIDOS Y RESUELTOS POR EL TJCA HASTA EL 14 DE AGOSTO DE 2023

		Causas resueltas
Interpretaciones prejudiciales	7.204	6.601
Acciones de incumplimiento	147	137
Acciones de nulidad	82	77
Acciones laborales	28	25
Recursos por omisión	10	10
Arbitrajes	2	2
Cuestión prejudicial de validez	1	0
Total	**7.474**	**6.852**

Fuente: Secretaría general del TJCA.

Fuente: Portal web TJCA[3]

3. Sobre la Interpretación Prejudicial y el trabajo colaborativo entre el TJCA y el Poder Judicial de los países miembros

El trabajo del TJCA se centra mayoritariamente en el ejercicio de su competencia para expedir interpretaciones prejudiciales, la cual tiene como finalidad garantizar la correcta interpretación y uniforme aplicación del Derecho de la Comunidad Andina en sus países miembros[4], con la cual los jueces nacionales se convierten también en jueces comunitarios, pues se encargarán de aplicar las interpretaciones prejudiciales en los países miembros al resolver las causas bajo su conocimiento.

Pero la finalidad de la interpretación prejudicial no se agota en el trabajo de interpretar el Derecho Comunitario, sino que esta desborda dicha tarea, pues tiene consecuencias en la integración de la Comunidad Andina, y es que no basta con que todos los países miembros tengan una misma norma sino que es necesario que esta sea interpretada y

3 Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/estadisticas/

4 Mateo Manuel Cienfuegos, *Consultas prejudiciales en la comunidad andina y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: Ensayo de comparación*, en *Revista De La Facultad De Derecho*, vol. 4, número 1, Nueva Serie II, 2013, p. 59 Recuperado a partir de: https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/6009

aplicada de forma uniforme por parte del TJCA, así como por los órganos jurisdiccionales de los países miembros, con esto se afianza realmente la integración entre los países de la Comunidad Andina. En este correlato el propio Tribunal ha señalado lo siguiente:

> «Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas "a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros" (art. 28 del Tratado de Creación del Tribunal).»[5]

En este sentido, podemos afirmar que la «interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la aplicación del Derecho Comunitario»[6] hecha con la finalidad de poder garantizar una aplicación correcta y uniforme del derecho comunitario.

Asimismo, Perotti al referirse a la interpretación prejudicial señaló que este:

> «…procedimiento persigue esencialmente la aplicación uniforme del derecho regional a través de la intervención, en el marco de un expediente nacional en el cual incida la normativa andina, de una instancia judicial especializada en la interpretación del derecho comunitario que se suma a la actividad del juez estatal, se basa en una particular relación de lealtad y cooperación entre las jurisdicciones de ambos órdenes.»[7]

La competencia de interpretación prejudicial del TJCA está contemplada en los artículos 32° a 36° del Tratado de Creación del TJCA, y el procedimiento está desarrollado en los artículos 121° a 128° del Estatuto del TJCA, los cuales establecen que la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico comunitario compete de forma exclusiva al TJCA y se activa por medio de la solicitud efectuada por el Juez nacional, para lo cual en el caso que la sentencia a emitirse no sea susceptible de recurso, el Juez debe suspender el proceso hasta que se remita la interpretación efectuada por el TJCA, como lo indica el artículo 33° del Tratado antes mencionado. De esta forma, vemos que procesalmente la interpretación prejudicial resulta ser un incidente, una actividad dentro del proceso que excede el interés de las partes y se asocia por su propia naturaleza al interés público[8].

---

5 Proceso 1-IP-87, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, **GOAC**) 28 de 15 de febrero de 1988. Marca: "Volvo".

6 Juan Carlos Dueñas Muñoz, *La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 17° año 2011, p. 38. Recuperado a partir de: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=e5ca668f-e7b5-88ed-56c3-0067f31ad756&groupId=252038

7 Alejandro Daniel Perotti, *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino,* en *Dikaion,* año 16, número 11, p. 130 Obtenido de: https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/320/462

8 Dueñas Muñoz, op. Cit., p. 53.

De esta forma, el Juez nacional cuando constata que en el caso que tiene frente a sí corresponde aplicar una norma del ordenamiento jurídico comunitario y que para emitir su fallo requiere un pronunciamiento del TJCA está actuando como Juez comunitario y esta tarea se efectúa de forma independiente, toda vez que no interfiere ninguna de las partes en la decisión, es decir que la sola mención o solicitud de aplicación de las normas comunitarias por las partes no es suficiente para que se solicite la interpretación, pues es tarea del Juez evaluar, verificar y justificar la intervención del TJCA, pues de lo contrario se incurrirá en una dilación innecesaria del proceso y con ello una sobrecarga innecesaria el Tribunal.

Esta medida resulta razonable porque de acuerdo con el artículo 32° del Tratado de Creación del TJCA la interpretación prejudicial se instauró para lograr la aplicación uniforme del ordenamiento de la Comunidad Andina en los países miembros, y no «como facultad para que las partes en un litigio conviertan al Tribunal en órgano consultivo dedicado a absolver toda clase de preguntas formuladas ad libitum y al margen de lo establecido por los artículos 28 y 30 del Tratado…»[9].

Una vez efectuada la solicitud corresponde al TJCA efectuar la interpretación correspondiente, para lo cual goza con amplia libertad, puesto que no está obligado a interpretar las normas solicitadas, sino que atendiendo al caso puede determinar cuáles son las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que deben ser interpretadas, con el fin de poder dar una respuesta idónea para el caso concreto, en este sentido el Tribunal ha señalado lo siguiente:

> «Requerida por un juez nacional al juez comunitario la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar con absoluta autonomía cuáles son en definitiva las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente, y todo con el "fin de lograr una comprensión global del caso consultado"; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente.»[10]

Efectuada la interpretación al Juez nacional le compete resolver el caso a la luz de la interpretación efectuada por el TJCA; es importante remarcar que el hecho que el Juez nacional esté constreñido a esta actividad no significa que esté en menor capacidad de interpretar la norma comunitaria o que exista una relación de jerárquica respecto del TJCA, el hecho que su actuación se limite a evaluar si se efectúa la solicitud de la interpretación prejudicial no merma ni disminuye su actuación como Juez comunitario, todo lo contrario, ello se debe a que el ordenamiento jurídico comunitario está diseñado de dicha manera, es decir, la interpretación compete única y exclusivamente al TJCA.

Esto último pone en evidencia que la interpretación prejudicial es un mecanismo de colaboración o cooperación judicial por el cual «el órgano jurisdiccional nacional y el

9 Proceso 4-IP-88, de 9 de diciembre de 1988.

10 Proceso 1-IP-94 publicado en la GOAC 164, de 2 de noviembre de 1994.

Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión»[11]. En tal sentido, la colaboración del TJCA se limita a la interpretación del Derecho Comunitario y no a aplicarlo, pues esta tarea le compete solo al Juez nacional al resolver el caso concreto; y, de igual modo, el TJCA tampoco puede pronunciarse sobre los hechos ni mucho menos efectuar calificaciones o realizar alguna actividad probatoria, ya que esta es una competencia exclusiva de Juez nacional.

Esta clara repartición de competencias ayuda a apreciar de forma mucho más clara el carácter cooperativo de la interpretación prejudicial, la cual también ha sido reconocida por el Tribunal al señalar que la interpretación prejudicial «equivale a una solicitud que hace el juez nacional al Tribunal Comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la Integración»[12].

En este punto conviene aclarar que la decisión del Tribunal no solo vincula al Juez nacional que solicitó la interpretación, sino también a los jueces de las demás instancias que conozcan del proceso por medio de los recursos que lleguen a interponerse, esto nos obliga a traer a colación un tema importante en relación a la obligación de solicitar la interpretación prejudicial y es la relativa a la distinción entre los órganos jurisdiccionales facultados a efectuar la solicitud y los que están obligados a hacerla.

El criterio establecido por el ordenamiento comunitario para determinar esta distinción radica en la posibilidad de que en la jurisdicción interna se pueda impugnar o revisar la interpretación de la norma del ordenamiento jurídico, así tenemos que el artículo 33° del Tratado de Creación del TJCA y los artículos 122° y 123° del Estatuto del TJCA establecen que cuando una sentencia es susceptible de ser recurrida mediante un recurso ordinario o extraordinario (la apelación o la casación en el caso peruano, respectivamente), el juez ***podrá*** solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal y llegada la oportunidad de emitir sentencia está facultado a resolver el caso aún sin recibir la interpretación, como vemos en este caso el Juez nacional que actúa en primera instancia judicial no está obligado a efectuar la solicitud de interpretación prejudicial. Todo lo contrario ocurre cuando no existe posibilidad de recurrir o impugnar el fallo, en otras palabras, si se trata de un caso en que el Juez nacional deba sentenciar en única o última instancia, este ***necesariamente*** deberá solicitar la interpretación prejudicial y el proceso quedará en suspenso hasta recibir la interpretación solicitada.

---

11 Guy Isaac (1985), citado por Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*. en Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004, p. 100. Obtenido de: www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

Ver asimismo: Ricardo Vigil Toledo, *La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La consulta prejudicial*, *en Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, op. Cit.

12 Proceso 1-IP-87, publicado en la GOAC 28 de 15 de febrero de 1988.

Lo antes expuesto evidencia que existe un supuesto que da la posibilidad a los órganos jurisdiccionales de los países miembros de abstenerse de solicitar la interpretación prejudicial, aun cuando la norma comunitaria sea aplicable al caso, en menoscabo de la cooperación con el TJCA; empero, ello no ocurre con el caso de las Salas Superiores o la Corte Suprema, las cuales no tienen esa posibilidad y solo podrán dejar de realizar la solicitud de interpretación en caso de que, luego de efectuar el examen de pertinencia de la norma andina, lleguen a la conclusión de que esta no tiene ninguna relevancia en la solución del litigio[13].

No obstante ello, en forma innovadora, el TJCA ha establecido la doctrina del acto aclarado, que ha sido definida como la excepción a la consulta prejudicial en el supuesto que exista una interpretación prejudicial previa del Tribunal de Justicia que sea aplicable al caso de autos en virtud de la similitud de los hechos y el derecho comunitario aplicable.

En efecto, en los Procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022, empleados a modo de ejemplo en el Proceso 384-IP-2019 se precisa con suma claridad, que la aplicación del criterio jurídico del "acto aclarado" es de plena aplicación dentro del mecanismo de la interpretación prejudicial, por el cual, el Juez nacional de única o de última instancia ya no estará obligado a solicitar interpretación prejudicial al TJCA si es que este Tribunal ya ha interpretado dicha norma con anterioridad en una interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena[14]; asimismo, señala que la obligación de solicitar la interpretación prejudicial se mantiene tan solo en cuatro supuestos que se señalan a continuación:

1) Cuando el TJCA no ha emitido interpretación prejudicial respecto de la norma del ordenamiento jurídico comunitario andino que debe aplicarse para resolver una controversia en sede nacional.
2) Cuando el TJCA sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena respecto de alguna de las normas del ordenamiento jurídico comunitario que deba ser aplicada para resolver el caso concreto, pero no respecto de otras normas del mismo ordenamiento que también son aplicables a la misma controversia, caso en el cual el TJCA emitirá

---

13 Un caso es lo resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, mediante la Casación 23049-2017 de fecha 01 de octubre de 2020, en la que se estableció lo siguiente*:*

«…la entidad recurrente sustenta su causal manifestando que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina debió efectuar la interpretación prejudicial del artículo 135 de la Decisión 486; pero, el mencionado artículo no se vincula con el caso concreto, pues, dicha norma comunitaria se refiere a los signos no podrán registrarse como marcas; mientras que el caso concreto trata sobre la afectación a los Derechos de Autor; por ende, la causal, materia de análisis, relacionada con las normas de la Comunidad Andina también debe declararse **infundada**.»

14 Proceso 384-IP-2019, publicado en la GOAC 5360, del 07 de noviembre de 2023, en virtud del acto aclarado reconocido por primera vez en los Procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022, publicados en las GOAC 5146 y 5147 del 13 de marzo de 2023.

pronunciamiento sobre las normas que no hubiere interpretado previamente, y ratificará el criterio jurídico interpretativo respecto de las normas sobre las que sí lo hubiere hecho.

3) Cuando el TJCA sí ha emitido interpretación prejudicial respecto de la norma jurídica comunitaria aplicable al caso concreto, pero el Juez nacional considera imperativo que el TJCA precise, amplíe o modifique el criterio jurídico interpretativo realizado.
4) Cuando el TJCA sí ha emitido interpretación prejudicial respecto de alguna de las normas del ordenamiento jurídico comunitario que deba ser aplicada para resolver el caso concreto, pero el Juez nacional tiene preguntas insoslayables sobre situaciones hipotéticas que, en abstracto, se desprenden o están vinculadas con la referida norma andina y que deben ser aclaradas por el TJCA para tener mayor precisión o claridad.

Por consiguiente, los únicos escenarios en que se puede prescindir de solicitar la interpretación prejudicial son cuando se establece que la norma comunitaria no resulta pertinente al caso en concreto y cuando se aplica la Doctrina del Caso Aclarado. Empero, no debe olvidarse que la omisión de solicitar la interpretación prejudicial siempre configura una vulneración al principio de colaboración con el TJCA y una violación al derecho del debido proceso conduciendo a que la sentencia que eventualmente se emita adolezca de nulidad, sea de primera o de última instancia, sin mencionar que esta omisión deliberada por parte de un Juez nacional también puede ser objeto de tutela por medio del procedimiento de incumplimiento.

Una vez emitida la interpretación prejudicial por el TJCA, es comunicada al órgano jurisdiccional que efectuó la solicitud y tiene pleno efecto vinculante para el Juez de la causa al igual que para los jueces que intervengan posteriormente en el proceso, quienes deben recibir, aplicar y hacer cumplir la interpretación proporcionada; pero eso no es todo, pues el carácter vinculante también involucra al Estado y da lugar a que se le exija el fiel cumplimiento de la interpretación prejudicial mediante el procedimiento de incumplimiento.

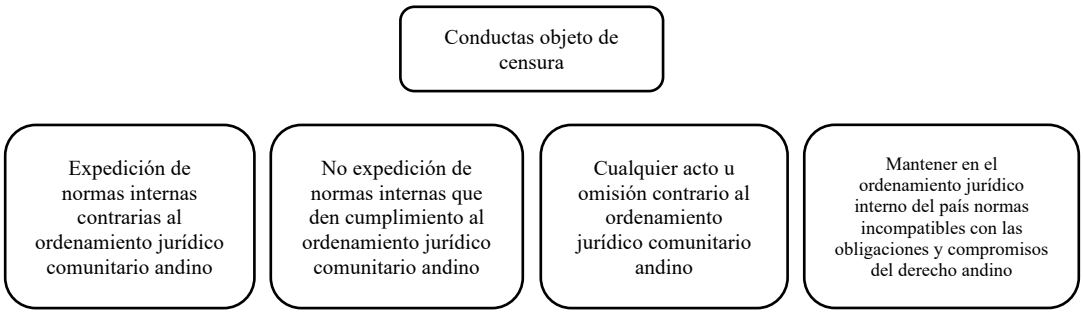
4. La acción de incumplimiento como medida de corrección de la cooperación judicial

Considerando que los países miembros tienen el deber de cumplir con la obligaciones asumidas con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, el incumplimiento consiste en toda aquella conducta que sea contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad, que se puede configurar por: ***i)*** promulgar normas contrarias al ordenamiento andino que contravienen o impiden la ejecución de las obligaciones y compromisos emanados de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, ***ii)*** no expedir normas destinadas a la observancia del citado ordenamiento; ***iii)*** mantener en el ordenamiento jurídico interno del país normas incompatibles con las obligaciones y compromisos comunitarios[15]; y, ***iv)*** cualquier acto u omisión, deliberado o no, que se oponga al

[15] Moisés Troconis Villareal, *Integración y Jurisdicción en la Comunidad Andina*, en *Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004, pp. 118-119. Obtenido de:

ordenamiento en referencia o que dificulte u obstaculice su aplicación; la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios, como incumplir con el deber de los jueces nacionales de solicitar al TJCA la opinión prejudicial en caso que una norma comunitaria resulte aplicable para resolver un caso y acatar la interpretación efectuada por el TJCA, como se ha señalado previamente. Esto se puede mostrar en el siguiente cuadro[16]:

Cuadro 2



En palabras del TJCA el incumplimiento a las obligaciones asumidas por un país miembro a las obligaciones asumidas, como el desacato a un fallo:

> «…constituye la más grave ofensa de cuantas puedan inferirse al Ordenamiento Comunitario pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el de respeto a los fallos que dirimen una controversia en última y definitiva instancia.
>
> Que cuando se desacata una sentencia no se causa un daño particular o concreto que pueda ser reparado con una medida compensatoria en favor de quien sufre el daño, como podría suceder en los casos de restricciones unilaterales al comercio de ciertos productos, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario al desconocer o ignorar la fuerza vinculante de las sentencias, razón por la cual las sanciones que se impongan en estos casos no tienen por qué estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
>
> Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los países miembros y a todos los órganos y entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en el que la subregión viene empeñada desde hace más de 30 años.»[17]

www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

16 Basado en el cuadro desarrollado en el Proceso 05-AI-2022, publicado en la GOAC 5188 del 22 de mayo de 2023.

17 Proceso 01-AI-97 del 20 de octubre de 1999, publicado en la GOAC 500 del 25 de octubre de 1999.

De este modo, la acción de incumplimiento regulada por los artículos 23° al 31° del Tratado de Creación del TJCA y en los artículos 107° y 120° del Estatuto del TJCA, se constituye en el procedimiento jurisdiccional mediante el cual el TJCA se encarga garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino por parte de los países miembros con el fin de que estos cumplan los compromisos asumidos mediante el Acuerdo de Cartagena y demás normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, mediante un pronunciamiento que tiene fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de su notificación como lo establece el artículo 91° del Estatuto del TJCA.

Empero esta acción no restringe el derecho de los afectados de poder accionar ante el Juez nacional; sin embargo, para evitar conflictos de jurisdicción y competencia, se establece claramente la prohibición de iniciar acciones de incumplimiento simultáneamente tanto ante el TJCA como ante los tribunales nacionales, así lo establecen los artículos 25° y 31° del Tratado de Creación del TJCA.

La legitimación pasiva en los procedimientos de incumplimiento siempre recae en los países miembros, como se desprende del artículo 23° del Tratado de Creación del TJCA, estos son los únicos sujetos con legitimación pasiva, por lo que no es posible la intervención de Poderes del Estado, organismos constitucionalmente autónomos u otro órgano estatal, pues la responsabilidad siempre es dirigida en contra del Estado independientemente de que la infracción haya sido cometida por alguno de sus órganos.
Por otro lado, la legitimación activa conforme al ordenamiento jurídico comunitario recae en la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), los países miembros de la Comunidad y terceros, quienes ante el incumplimiento de las obligaciones y compromisos comunitarios pueden presentar acciones judiciales ante el TJCA cuando se vean afectados en sus derechos por el incumplimiento de otro país miembro.

La acción de incumplimiento consta de dos etapas, una etapa prejudicial (de carácter administrativo) y otra judicial. La primera tiene la finalidad que el país miembro desista voluntariamente de incumplir con sus obligaciones y compromisos comunitarios, y puede iniciarse de oficio por la SGCA, por un país miembro afectado o por un particular afectado en sus derechos (este último supuesto de legitimación activa fue ampliado mediante el Protocolo de 1996 de Cochabamba), para lo cual el actor debe aportar prueba fehaciente de que se ha incurrido en el incumplimiento de la obligación o del compromiso comunitario.

Esta primera etapa tiene por finalidad dar una solución amistosa al incumplimiento de forma extrajudicial En este caso, la SGCA invita al país infractor a que cese voluntariamente en el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. El Tribunal ha manifestado que «gracias a esta fase previa el país contraventor tendrá conocimiento de las posibles infracciones cometidas y podrá corregir su conducta sin ser sometido a la jurisdicción del Tribunal»[18].

[18] Proceso 16-AI-99 de 22 de marzo de 2000, publicado en la GOAC 581 del 12 de julio de 2000.

Iniciada la etapa prejudicial, la SGCA luego de verificar que la solicitud cumple con los requisitos abre la investigación y formula una Nota de Observaciones dirigida al país miembro infractor en la que se identifica el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada, y los motivos por los cuales considera que el hecho es constitutivo de incumplimiento, luego de lo cual, el país miembro dispone de un plazo no mayor de sesenta días para dar respuesta a los cargos formulados en su contra. Con la respuesta a la Nota de Observaciones o vencido el plazo, la Secretaría General dentro de los 15 días siguientes emitirá un dictamen sobre el estado del cumplimiento de las obligaciones comunitarias, de modo tal que si en el dictamen se establece que el país miembro persiste en su conducta infractora queda habilitada la posibilidad de interponerse la acción de incumplimiento ante el TJCA, así como si no se emitiese el mismo en los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento.

La Nota de Observaciones resulta ser de importancia en el trámite del proceso de acción de incumplimiento porque es el documento en base al cual girará el debate en la etapa judicial y por ello se trata de una formalidad esencial, su omisión puede llevar al rechazo de la acción de incumplimiento, pues debe existir congruencia entre los incumplimientos señalados en la Nota de Observaciones, el dictamen y los hechos expuestos en la demanda de acción de incumplimiento. Sobre la verificación de este requisito de congruencia el Tribunal ha expresado lo siguiente:

> «…sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino
> (…)
>
> Aunque los motivos que contenga "el dictamen" también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda, pudiendo, en consecuencia, ser enjuiciados por la parte demandada dentro del proceso de incumplimiento, la finalidad de esta acción, sin embargo, no se limita a un simple control de legalidad del dictamen, sino que se dirige a verificar si la infracción acusada fue o no cometida, y en definitiva a examinar las circunstancias del incumplimiento demandado y las causas exonerantes que pudiere haber propuesto la demandada como argumentos de su defensa.»[19]

Ahora bien, respecto del inicio de la etapa judicial conviene señalar que, en principio, la SGCA es la encargada de interponer la acción de incumplimiento ante el TJCA y el ejercicio de esta acción es de carácter obligatorio y no potestativo[20], ello se

---

19 Proceso 43-AI- 99 de 23 de noviembre de 2000, publicado en la GOAC 620 del mismo día.

20 Troconis Villareal, op. Cit. p. 120.

desprende de lo establecido en el artículo 23° del Tratado de Creación del TJCA. Sin embargo, ante el incumplimiento de esta obligación en los artículos 24° y 25° del Tratado se establecen los dos supuestos en los que los países denunciantes y las personas afectadas pueden iniciar la acción de cumplimiento ante la inacción de la Secretaría General y acudir directamente al Tribunal, los cuales son los siguientes: ***i)*** Si el dictamen emitido por la SGCA fuese de incumplimiento y esta no inicie la acción dentro de los sesenta días siguientes de su emisión; ***ii)*** Si la SGCA no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento.

Al respecto, el TJCA se ha pronunciado dejando clara la posibilidad de que la acción de incumplimiento pueda ser ejercida de forma directa por los afectados señalando lo siguiente:

> «…los supuestos para que los particulares interpongan la correspondiente acción por el posible incumplimiento de un País Miembro, serían que el dictamen haya sido de incumplimiento y la Secretaría General no intentare la acción ante el Tribunal dentro de los sesenta y cinco días siguientes a su emisión, o que hayan trascurrido setenta y cinco días sin que la Secretaría General emita su dictamen, o que el dictamen sea de cumplimiento.»[21]

Es importante, destacar que respecto a la facultad que goza la SGCA de emitir un dictamen para iniciar la acción de incumplimiento, tiene la particularidad de que se encuentra fuera de control jurisdiccional por parte del TJCA, esto es, que no cabría iniciar alguna acción como la nulidad o interponer recurso por omisión o inactividad en contra de la SGCA en caso esta no proceda a emitir el dictamen o lo emita de forma tardía, así ha quedado establecido por el propio Tribunal en el Proceso 24-AN-99, de fecha 02 de febrero del 2000, publicado en la GOAC 542 del 8 de marzo de 2000.

Una vez que emitida la sentencia que declara el incumplimiento de un país miembro, esta tiene fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de su notificación, como lo dispone el artículo 91° del Estatuto del TJCA; por lo tanto, el país miembro queda obligado a realizar e implementar todas las medidas necesarias para su ejecución en un plazo de noventa días de notificada la sentencia, de acuerdo con el artículo 111° del Estatuto del TJCA. De este modo, el país miembro y todos sus órganos públicos quedan obligados a cooperar para restablecer el orden comunitario trasgredido, por lo que, están llamados a que, dentro del ámbito de sus competencias, actúen de buena fe y deroguen las normas internas que contravienen el ordenamiento comunitario, cesen de realizar los actos denunciados, entre otros, con el fin de asegurar la efectividad del fallo del TJCA.

Atendiendo a que la acción de incumplimiento puede ser incoada ante el TJCA tanto por la SGCA o un país miembro y también por los particulares afectados, se evidencia que el objeto de la acción de incumplimiento no será el mismo, por un lado, en el caso que sea la SGCA o un país sea quien acude ante el TJCA, el objeto del proceso será

[21] Proceso 114-AI-2004, publicado en la GOAC 1295 del 9 de febrero de 2006.

establecer el incumplimiento por parte del país infractor y ordenar que cese dicha conducta. En cambio, en caso de que sea un particular afectado quien acuda ante el TJCA, el proceso no se limitará tan solo a establecer el incumplimiento de las obligaciones y compromisos comunitarios cometido por el país infractor, sino que también debe determinar si este incumplimiento afectó los derechos del accionante, pues la resolución correspondiente luego servirá como sustento para el posible pago de una indemnización por daños y perjuicios conforme al artículo 30° del Tratado de Creación del TJCA, el cual establece que la sentencia de incumplimiento constituye un título suficiente para que el particular pueda solicitar ante el Juez nacional la indemnización por daños y perjuicios que corresponda, como ha quedado ya establecido en reiterada jurisprudencia del Tribunal[22].

5. Sobre el procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento

Si al final del periodo de noventa días otorgado al país miembro de la Comunidad Andina para que corrija el incumplimiento de sus obligaciones y compromisos comunitarios el incumplimiento persiste, el Tribunal, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, puede iniciar un procedimiento sumario por desacato. En este caso, conforme a lo establecido en los artículos 112° a 120° del Estatuto del TJCA se otorgan cuarenta días al país miembro para presentar sus argumentos ante el Tribunal. Si se verifica que no se cumplió con lo ordenado en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal una vez verificado el desacato, emite un auto en el que declara el incumplimiento y da un plazo de treinta días a la Secretaría General para que emita su opinión sobre las sanciones que el Tribunal podría imponer.

Luego de recibir esta opinión, el TJCA expide un auto debidamente motivado exponiendo las sanciones a que hubiera lugar mediante las cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro puede restringir o suspender, total o parcialmente las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país sancionado, tal como lo señala el artículo 27° del Tratado de Creación del TJCA y los artículos 118° y 119° del Estatuto del TJCA.

Esto muestra que, como lo señaló Sasaki, la sanción impuesta al país miembro no se debe al incumplimiento de las normas o compromisos comunitarios, sino que esta se impone por la inejecución de un pronunciamiento judicial constando tal incumplimiento[23].

Por último, cuando el país sancionado manifieste que ha dado pleno cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia, el TJCA requerirá a los países miembros y a la Secretaría General que en un término máximo de cinco días emitan su opinión, al cabo de los cuales el Tribunal resolverá sobre el levantamiento o no de las sanciones. En caso de que, luego del levantamiento de las sanciones, se verificara

22 Ver procesos 118-AI-03, 125-AI-04 y 200-AI-05.

23 Sasaki Otani, op. Cit. p. 303.

nuevamente el incumplimiento de la sentencia, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario por desacato[24].

Sin perjuicio de lo antes expuesto, debemos acotar que a pesar del reconocimiento hecho a los jueces nacionales como jueces comunitarios al tener la posibilidad de conocer de procesos en los que se demande el incumplimiento de normas comunitarias por algún país miembro, las normas andinas no son claras al momento de señalar qué es lo que puede hacer el Juez de algún país miembro para que el Estado demandado cumpla con sus obligaciones y el ordenamiento jurídico comunitario o las medidas coercitivas que puede imponer para que se ejecuten la obligaciones comunitarias asumidas. Esto sin duda representa un problema, puesto que si bien en el caso del TJCA puede contar con la opinión de la Secretaría General o de los países miembros al momento de determinar qué sanción imponer, los juzgados no cuentan con tal herramienta, lo que imposibilita un cumplimiento efectivo del fallo que estos emitan en la jurisdicción de cada país.

6. La actuación de los órganos de la jurisdicción peruana con relación a las acciones de incumplimiento

La relación por parte del Estado peruano con el TJCA ha avanzado mucho durante el paso de los últimos 40 años, superándose incluso situaciones complicadas como la ocurrida en la década de los noventas, en que el Gobierno del ex Presidente Fujimori planteó, por un momento, denunciar el Acuerdo de Cartagena. Ello se debe a que la confianza y colaboración con la Comunidad Andina se ha ido construyendo con el paso de los años, en los cuales la economía de los países miembros se ha dinamizado y crecido exponencialmente en relación a años anteriores, trayendo consigo el incremento en las relaciones comerciales entre los mismos, contexto en el cual el trabajo desarrollado por el TJCA y la SGCA ha demostrado que son órganos independientes, confiables y capaces no solo de aplicar el ordenamiento comunitario, sino por sobre todo de dotar de eficacia a sus propias decisiones entre los países miembros de la Comunidad Andina, situación bastante complicada teniendo en cuenta otras experiencias de integración entre países, como la europea, por ejemplo.

En cuanto a la relación de los tribunales peruanos con el TJCA, la historia no pudo ser distinta, esta se ha ido fortaleciendo con el paso de los años. Podemos identificar un primer momento, en el que los tribunales del Perú, por ejemplo, omitían realizar la solicitud de interpretación prejudicial correspondiente al TJCA en casos en los que resultaba aplicable una norma comunitaria para resolver un caso concreto; pero esto se debía más al desconocimiento del ordenamiento comunitario, que a una omisión deliberada. Esta deficiente actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales trajo como consecuencia uno de los primeros antecedentes en los que la Secretaría General de la Comunidad Andina intervino ante el Estado peruano por el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, lo que trajo como consecuencia la emisión de la Resolución 459 emitida por la SGCA, con fecha 5 de setiembre de 2000, oportunidad en la que se dictaminó que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte

[24] Artículo 120 del Estatuto de TJCA.

Suprema de Justicia al conocer el proceso 1106-99, en segunda instancia, no cumplió con suspender el procedimiento judicial para tramitar la solicitud de interpretación prejudicial.

El caso versaba sobre una solicitud de oposición efectuada por la empresa Unilever N.V de los Países Bajos (Unilever) al registro de la marca EDEN FOR LADY & Diseño, presentada por la empresa Distribuidora de Productos de Belleza Ltda., oposición que fue declarada infundada a nivel administrativo. Ante este hecho se interpuso demanda contra la decisión de registro de la marca, la cual fue resuelta por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia declarando infundada la demanda. Como consecuencia, Unilever interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social, confirmando la sentencia apelada sin suspender el proceso ni solicitar al TJCA la interpretación prejudicial, pese a haber sido solicitada previamente de forma reiterada por la empresa Unilever. Como consecuencia, la Secretaría General inició el procedimiento prejudicial, elaborando la Nota de Observaciones SG-F/2.1/2460-2000, y ante el silencio de las autoridades peruanas y con el conocimiento de un nuevo pronunciamiento en la misma causa incumpliendo con la obligación de realizar la solicitud de interpretación prejudicial dictaminó que el Gobierno del Perú, a través de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia incurrió en el incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular de los artículos 4°, 33° y 36° del Tratado de Creación del TJCA y ordenó que se levante dicho incumplimiento y se realicen todas las acciones necesarias que permitan la tramitación de las solicitudes de interpretación prejudicial alegadas por la empresa Unilever.

El acatamiento del ordenamiento jurídico andino por parte de los tribunales peruanos ha avanzado mucho desde entonces. Eso se puede verificar con el número de interpretaciones prejudiciales solicitadas por los órganos jurisdiccionales peruanos que ha ido incrementándose año tras año, reforzando el trabajo colaborativo entre las jurisdicciones nacional y la del TJCA.

Es oportuno en este punto tener presente el reciente caso de la acción de incumplimiento tramitada bajo el Proceso 05-AI-2022, seguido por la empresa Zinc Industrial Nacionales S.A. (Zinsa), contra el Estado peruano en los cuales se demandó al Perú por incumplir con normas vinculantes del ordenamiento jurídico andino conforme a los artículo 3° y 4° del Tratado de Creación del TJCA, el artículo 4° del Estatuto del TJCA, 2° de la Resolución 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y 2° de la Resolución 2292 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Mediante lo resuelto en el Proceso 05-AI-2022, el TJCA determinó que la empresa Zinsa acudió directamente ante el TJCA alegando una falta de pronunciamiento oportuno por parte de la Secretaría General, al amparo de lo dispuesto por el artículo 24° del Tratado de Creación del TJCA alegando que el Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima Sub especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros habría incurrido en la violación del ordenamiento jurídico comunitario al adoptar de forma retroactiva la Resolución 2272 de la Secretaría

General, mediante la cual se fija el criterio vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común - NANDINA del producto denominado comercialmente "BOLAS DE CINC de 50mm", al emitir las resoluciones 10, 11 y 13 en los procesos 05700-2021-0-1801-JR-CA-20, 5876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 5817-2021-0-1801-JR-CA-20, respectivamente.

Sin embargo, el TJCA estableció que no correspondía que la empresa Zinsa acuda ante el Tribunal, puesto que los actos con que se habría configurado la conducta infractora de las obligaciones comunitarias del Estado peruano, entiéndase las resoluciones emitidas por el Juzgado antes mencionado, no podían ser denunciadas mediante una demanda de acción de incumplimiento ante el TJCA, toda vez que ya había ejercido su derecho recurriendo ante la jurisdicción nacional, la cual constituye una vía alternativa y le impedía acudir al TJCA, por cuanto este ya no era competente para poder conocer de los actos denunciados. En ese entendido, el TJCA procedió a rechazar la acción de incumplimiento promovida por la empresa en contra del Estado peruano en el proceso 05-AI-2022 mediante Auto publicado en la GOAC 5188 del 22 de mayo de 2023.

Este caso evidencia de forma práctica cómo el Tratado de Creación del TJCA reconoce al Juez peruano la facultad de actuar como Juez Comunitario, al otorgarle jurisdicción para poder implementar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino, de acuerdo a los artículos 4°, 25° y 31° del Tratando de Creación del TJCA, en los que se establece que existen dos vías paralelas para poder solicitar el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, y con ello se evidencia una vez más el carácter cooperativo de la relación entre los jueces nacionales y el TJCA, pues se reconocen las competencias de cada uno.

Este proceso también resulta importante por dos factores: ***i)*** se hace mención a la existencia de los procesos de incumplimiento 04-AI-2022 y 01-AI-2023 seguidos por las empresas Zinsa e Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) presentando hechos y argumentos similares al Proceso 05-AI-2022 (examinado previamente), en los que también se acudió directamente ante el TJCA alegando que la Secretaría General no cumplió con emitir dictamen dentro del plazo, los que tuvieron la misma suerte, es decir, fueron rechazos por cuanto las empresas recurrieron previamente ante los jugados peruanos; y, ***ii)*** Se verificó como otro factor determinante para rechazar la demanda del proceso de incumplimiento, el no acatamiento del literal c) del artículo 49 del Estatuto del TJCA que establece entre los requisitos adicionales para interponer una demanda en acción de incumplimiento que el demandante presente de una declaración jurada de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional. Este incumplimiento también se dio en el caso del Proceso 04-AI-2022, en el que, mediante resolución, de fecha 6 de noviembre de 2023, incluso se hizo un llamado de atención a la defensa técnica de la empresa IEQSA, al declararse infundado el recurso de reconsideración contra el auto que rechazó la demanda.

7. Conclusiones

La progresiva aplicación del ordenamiento jurídico comunitario en el Perú es un reflejo de la confianza en la jurisprudencia andina como un mecanismo efectivo para la resolución de disputas y la interpretación de normas en el contexto de la integración regional lo cual constituye un avance significativo hacia la consolidación de la integración del Perú y los demás países de la Comunidad Andina.

En el caso de los juzgados peruanos, la obligación de solicitar las interpretaciones prejudiciales contribuye a garantizar la coherencia y uniformidad en la aplicación del derecho andino al caso concreto; sin embargo, esta práctica debe propender a efectuarse cada vez más en los juzgados peruanos de primera instancia y no dejar esta tarea solo en manos de los órganos de revisión o la Corte Suprema, a fin de evitar que el incumplimiento del trámite de la solicitud de una interpretación prejudicial, puesto que de esa forma se fortalece y garantiza la aplicación de la interpretación efectuada por el TJCA, por todos los jueces que intervengan en el proceso.

La adopción de la doctrina del acto aclarado por el TJCA ha sido provechosa para afianzar la uniformidad de la aplicación de las interpretaciones efectuadas por el Tribunal por parte de los órganos jurisdiccionales de los países miembros, lo que les ha permitido que no solo puedan resolver las causas bajo su conocimiento con mayor celeridad y eficiencia, sino que también se cuente con mayor seguridad jurídica, lo que beneficia y dinamiza las relaciones comerciales entre los países de la Comunidad y favorece la integración económica.

La acción de incumplimiento se erige como una herramienta fundamental para garantizar la eficacia de las normas comunitarias en los Estados miembros[25]. La experiencia en el caso peruano ha mostrado que el ejercicio de la facultad por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina de revisar el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario así como de las decisiones y resoluciones adoptadas por el TJCA y la posibilidad que dicho Tribunal imponga sanciones al Estado peruano ha servido, en un primer momento, de impulso para que los órganos jurisdiccionales peruanos reconozcan su importancia y, por ejemplo, cumplan con solicitar interpretaciones prejudiciales, constituyéndose hoy en día en un práctica habitual, con lo cual se fomenta el respeto por el derecho comunitario y se previene la inobservancia de las obligaciones derivadas de la integración regional.

La acción de incumplimiento tiene como objetivo la ejecución de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros de la Comunidad Andina. La colaboración entre los juzgados peruanos y el TJCA es esencial para garantizar una aplicación efectiva del derecho comunitario en el ámbito nacional. Esta relación no solo implica el acatamiento de las interpretaciones emanadas del TJCA, sino también

[25] Para más información, ver Secretaría General de la Comunidad Andina. *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*. Lima, 2da. Ed., 2008, Obtenido de *https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201166181126libro_patentes.pdf*

reforzar la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los países miembros y el TJCA.

Lima, 2024.

***

CAPÍTULO X

TESTIMONIOS

Compilado por Gonzalo Vaca Dueñas

SUBCAPÍTULO I

TESTIMONIOS Y VIVENCIAS DE MIS DÍAS EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

RESEÑA DE MAGISTRATURA EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Patricio Bueno Martínez

RESEÑA DE MAGISTRATURA EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Patricio Bueno Martínez
Exmagistrado por la República de Ecuador
Expresidente del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena

Debo iniciar esta breve reminiscencia de una parte de la historia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, felicitando a sus honorables, presidente doctor Íñigo Salvador, y demás magistrados, por la labor que vienen desempeñando en la recordada y querida Institución. Aprovecho también para agradecer la invitación que recibí para redactar estas breves líneas llenas de recuerdos sobre mi paso por el entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Gracias al arquitecto Sixto Durán Ballén, presidente del Ecuador, y de su canciller Diego Paredes, fui incluido en la terna para que los plenipotenciarios de los Países Miembros eligieran a los Magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Inicié mis funciones el primero de febrero de 1993.

El Tribunal estuvo integrado además por los doctores Edgar Barrientos Cazazola, por la República de Bolivia; Roberto Salazar, por la República de Colombia; Juan Vicente Ugarte del Pino, por la República del Perú; y por la República de Venezuela, Carmen Elena Crespo de Hernández. Un tiempo después renunció la magistrada de Venezuela, integrándose su suplente, el doctor Luis Henrique Farías Mata. A mediados del período de mi magistratura, integraron el Tribunal los doctores: Gualberto Dávalos García, por Bolivia y José Calle y Calle por Perú. El secretario *Ad hoc* fue el señor Patricio Peralvo, quien a la vez era el contador de la Institución. El manejo financiero debía precautelar la austeridad. Actualmente, soy el único sobreviviente de los colegas magistrados de aquella época.

Durante el tiempo que ejercí la magistratura, los procesos fueron poco a poco en aumento; y, con el propósito de expandir el conocimiento del derecho comunitario andino, en mi gestión como presidente del Organismo, propuse la incorporación de pasantes, como servicio gratuito para el Tribunal. Como anécdota, recuerdo que a uno de los primeros pasantes le cuestioné si conocía las acciones y funciones del Tribunal, siendo su obvia respuesta que no tenía experiencia en la materia. Por ello le dije que lo lamentaba y no era idóneo para la pasantía. Enseguida el astuto aspirante, con firmeza, me dijo: «si usted no me da la oportunidad de ingresar, ¿cómo quiere que adquiera experiencia?». De inmediato le di la razón, se le permitió que ingrese y aprenda, siendo uno de los destacados practicantes de aquella época, Diego Hidalgo Sánchez, quien aportó su experiencia y conocimiento al Tribunal durante aproximadamente 8 años con el siempre recordado Dr. Luis Henrique Farías Mata.

Otro ex pasante me ha comentado recientemente que las enseñanzas que obtuvo en su paso por el Tribunal no solo fueron en lo profesional, sino también en lo personal, al aprender del desconocido derecho comunitario andino y trabajar directamente con los

Magistrados, recibiendo tantas lecciones de vida y experiencias en el manejo del derecho, haciendo también grandes amistades de diversos países que hasta ahora perduran. Me indicó, asimismo aquel ex pasante, que uno de sus mentores fue el Magistrado con el que directamente colaboró, y que realmente asimila su experiencia en el Tribunal como un posgrado especializado en la Comunidad Andina que verdaderamente le ha permitido creer en la integración de los pueblos como una vía certera para alcanzar mayor desarrollo.

La labor de los pasantes fue fructífera para el Tribunal. Algunos de ellos fueron posteriormente contratados por los gobiernos de los Países Miembros en defensa de sus intereses. Jóvenes de diferentes países ingresaron como pasantes, entre ellos los ecuatorianos Genaro Baldeón, Diego Hidalgo, Johana Aguirre Guerrero y David Padilla; Miryam Serrano, Germán Lozano, Vivian Alvarado y Hernán Duque, por Colombia; Alejandra Muñoz por Bolivia (hoy abogada asesora del Tribunal); y, por Venezuela, Daniel Salazar. Ninguno de ellos recibió remuneración alguna del organismo, principalmente porque el Tribunal no tenía fondos, y porque el objetivo que debía regir era la austeridad.

Entre recordadas batallas internas, me viene a la memoria la oposición que manifesté al aumento de remuneración de los Magistrados. La situación económica del Tribunal en ese entonces era estrecha, y en alguna ocasión los Magistrados no recibimos nuestros ingresos por más de seis meses. Por ello, el personal era contratado por una empresa tercerizadora que era la que cancelaba sus sueldos. Además, estimaba que por el momento los Magistrados teníamos una aceptable remuneración dadas las condiciones económicas del Ecuador.

El conocimiento de la existencia y actividades del Tribunal en los cinco Países Miembros de la Comunidad Andina en esos años era muy escaso, pues el Tribunal para esa época apenas tenía nueve años de existencia.

Para difundir las actividades y las funciones del Tribunal, realizamos seminarios internacionales en varios países: en las ciudades de La Paz y de Sucre en Bolivia; en Bogotá, Colombia; en Quito, Guayaquil y Cuenca en Ecuador; en Lima y Trujillo en Perú; y en Caracas y Barquisimeto en Venezuela.

A todos estos eventos fueron invitados personalidades de distintos países como el doctor Germánico Salgado, impulsor de la creación del Pacto Andino, ahora Comunidad Andina; el Dr. José Manuel Otero Lastres, tratadista español; el Dr. José Manuel Sobrino Heredia, decano de derecho en la Universidad de La Coruña, y autor de varias obras de derecho comunitario europeo; Dr. Marco Matías Alemán, tratadista colombiano; Dr. Manuel Urueta Ayola, de Colombia; Dr. Manuel Sánchez Palacios Paiva, magistrado de la Corte Suprema de Perú; Dr. Osear Hassenteuful, ministro de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia; Dr. Joaquín Barreto Ruíz, vicepresidente del Concejo de Estado de Colombia; Dr. Galo Pico Mantilla, exmagistrado del Tribunal de Justicia de Comunidad Andina; Dr. Reynaldo Chalbaud Zerpa, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela; Dr. Enrique Martínez Gutiérrez, secretario

nacional del Centro de Universidad Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, España.

En las conferencias intervenimos los magistrados del Tribunal, abarcando diferentes temas. Para el logro de estos seminarios, la cooperación técnica y económica de la Unión Europea y de algunos organismos internos de cada País Miembro fue de gran importancia.

La presencia de los nombrados tratadistas sirvió para expandir aún más el conocimiento del derecho comunitario ya que, como profesores, su experticia es trasmitir el conocimiento e invitar a profundizar en él.

Existen diversos libros publicados que dan cuenta de esos transcendentales eventos académicos internacionales, como la Memoria del Seminario: «Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos», auspiciado por el entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la Comunidad Europea y la Cámara de Comercio de Bogotá, llevado a cabo en la capital colombiana los días 24 a 26 de abril de 1995, que contó con valiosos aportes de personalidades de la integración, tales como: Guillermo Fernández de Soto, José Carlos Mointinho de Almeida, Dámaso Ruiz-Jarabo y Colomer, Alberto Zelada Castedo. Además, se publicaron otros textos como: «Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino», referente al seminario realizado en Barquisimeto, Venezuela, en julio de 1995; Memorias sobre el seminario: «La Integración, Derecho y los Tribunales Comunitarios» en Quito, Cuenca y Guayaquil en Ecuador, así como Trujillo en Perú. Y otro con relación al mismo seminario llevado a cabo en La Paz y Sucre en Bolivia en agosto de 1996.

A pesar de la importancia del Tribunal para la Comunidad Andina, y de sus competencias, existía poco reconocimiento del organismo y de sus funciones. Ello podría ser la razón por la que existía poca participación e interés por parte de profesionales, quedando solo para un sector o grupo como los importadores, o quienes protegen sus marcas, patentes, o asuntos arancelarios. Posteriormente, se amplió algo en materia laboral, pero limitado a los órganos del Sistema Andino de Integración. Esto a diferencia, sin duda, de los jueces comunitarios europeos, que conocen procesos de variadas índoles y de asuntos que atañen a una gran parte de la ciudadanía europea.

Inicialmente, el Tribunal rechazó la interpretación de normas comunitarias contenidas en las Decisiones 85, 311 y 313 por considerar que estas ya no estaban vigentes y que existía la sustracción de materia, confirmándose este criterio en el proceso No l-IP-92, mediante el Auto de fecha 6 de abril de 1992, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 106, de 21 de abril de 1992.

> «El Tribunal observa (…) que (…) la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo (…) fue sustituida (…) por la Decisión 311…
> (...)
> Igualmente se observa que dicha Decisión 311 fue, a su vez, sustituida por la Decisión 313...

> (…)
> [Concluye el Tribunal que] no le es posible a este Tribunal, por falta de competencia para
> ello, satisfacer el pedimento del Consejo de Estado de la República de Colombia de interpretar por vía prejudicial normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en virtud de que, conforme a lo pautado en el artículo 28 del Tratado de Creación de este Tribunal: "corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena..." (…), y, como hemos señalado, la mencionada Decisión 85 dejó de formar parte del citado Ordenamiento a partir de la fecha de la publicación de la Decisión 311, en fecha 12 de diciembre de 1991.»

Así en el proceso l-IP-93 de primero de julio, el Tribunal determinó:

> «"Que la Decisión 311, cuya interpretación se solicita, fue sustituida por la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada el 6 de febrero de 1992, y publicada en la Gaceta Oficial 101 del 14 de febrero de 1992".
>
> "Que en el presente caso, el Tribunal no puede efectuar dicha interpretación por sustracción de materia, conforme al criterio expuesto uniformemente en las providencias de fechas 6 de abril y 8 de junio de 1992, y publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena, números 106 y 112, respectivamente".»

En otros procesos, igualmente, el Tribunal admitió que no puede proceder a la interpretación de normas derogadas y en consecuencia declaró improcedente las respectivas solicitudes de interpretación.

Posteriormente, se cambió de criterio porque había normas que, aunque ya no estaban vigentes, eran aplicables para resolver una controversia en la justicia nacional sobre hechos acaecidos cuando esa norma aún estaba vigente. Con este nuevo criterio, las solicitudes de interpretación prejudicial fueron admitidas a trámite en forma numerosa. Estos cambios de criterio fueron expuestos con claridad en el proceso 2-IP-94 de 4 de julio de 1994, marca NOEL, en la que se explicó con claridad la aplicación de la ley en el tiempo y la supervivencia de los efectos de la ley antigua. Con igual orientación jurídica se resolvió, en el proceso 1-IP-94 de 1994, aceptar la interpretación.

En miras a obtener un mayor conocimiento de las sentencias del Tribunal, y con el apoyo del Instituto para la Integración de América Latina -INTAL-, se publicaron tres tomos de la «Jurisprudencia del Tribunal del Acuerdo de Cartagena» conteniendo sentencias dictadas desde el año de 1984 hasta 1988, y en periodos posteriores se publicó hasta el tomo XII con sentencias dictadas hasta el año 1999, obras que fueron auspiciadas con otros organismos o instituciones.

Atendiendo la cordial invitación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asistí, conjuntamente con el magistrado de Colombia, a un evento que permitió visualizar el funcionamiento del Tribunal europeo como el órgano garante de la aplicación uniforme de la normativa comunitaria en dicho sistema de integración.

Hasta diciembre del año 2021, habían ingresado al Tribunal 6815 causas, de las cuales 6427 fueron procesadas. De estas, 6190 fueron de interpretación prejudicial; 131 acciones de incumplimiento, 72 de nulidad, 22 de laboral y 10 recursos de omisión.

Adicionalmente, recuerdo la recusación iniciada en mi contra por el doctor Rodrigo Bermeo en su calidad de apoderado de C.A. BIGOTT Succ (compañía venezolana) presentada el 13 de agosto de 1996, relacionado con la solicitud de interpretación prejudicial formulada por el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, proceso interno No. 1430-681-94, en el caso de la marca BELMONT (Gaceta Oficial No. 233 de 19 de noviembre de 1996 en el Proceso 11-IP-96, auto por el cual se declara inadmisible la recusación intentada contra un magistrado de este Tribunal).

El Tribunal entre sus considerandos hace hincapié en la interpretación prejudicial refiriéndola como:

> «…la piedra angular del desarrollo uniforme del proceso jurídico comunitario y la vía más socorrida de acceso al Tribunal Andino, habiéndola revestido el legislador supranacional de características especialísimas acordes con su función exclusivamente declarativa del Derecho Comunitario, con el fin de asegurar la aplicación uniforme de éste en el territorio de los Países Miembros, y confiándola a un cuerpo colegiado supranacional integrado por cinco Magistrados con diferente nacionalidad de origen».

Complementa, además, el Tribunal confirmando que:

> «…las causales de impedimento o de recusación contenidas en el artículo 72 de los Estatutos del Tribunal, están relacionadas con las partes, o sus representantes o mandatarios acreditados en los procesos contenciosos sometidos al Tribunal Comunitario y que tales causales son taxativas, y a ellas no pueden dárseles aplicación extensiva *extra legem*.»

Refiere también que :

> «…conforme a lo previsto en los artículos 28, 29 y 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que definen la naturaleza y características de la interpretación prejudicial en el proceso comunitario andino y entre éstas, la de tratarse de un procedimiento no contencioso que se desarrolla exclusivamente entre los jueces nacionales y esta alta jurisdicción comunitaria, solo viable por obra de la solicitud de aquellos, y le está vedado a este Tribunal manifestarse sobre los hechos materia del proceso intentado por la recusante ante el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo, Distrital de Quito, República del Ecuador, Proceso Interno N° 1430-681-94, caso "marca BELMONT".»

Es preciso aclarar que los considerandos en referencia hacen relación al articulado de la Decisión 184, que hoy corresponde a la Decisión 500.

Entre otros considerandos, declara el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como «inadmisible la recusación intentada por el doctor Rodrigo Bermeo, con el

carácter de apoderado de la C.A. Bigott Succ en el proceso contencioso interno, contra el magistrado de este Tribunal, doctor Patricio Bueno Martínez». Además, este Tribunal resuelve: «continuar el curso de la tramitación, que se encuentra en estado de sentencia, previa notificación al juez solicitante de la interpretación.»

En este contexto, las partes, o sus representantes o mandatarios, son las únicas que pueden presentar recusación a los magistrados para conocer de los asuntos sometidos a su consideración. Actualmente, las causales de impedimento y recusación de se encuentran previstas en el artículo 67 de la Decisión 500, que contiene el Estatuto del Tribunal.

En la interpretación prejudicial, las partes son el Tribunal Andino y el juez nacional solicitante y, conforme al citado artículo 67, es motivo de impedimento o de recusación «el parentesco del Magistrado o de su cónyuge dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las partes, sus representantes o mandatarios».

El abogado que presentó la solicitud de interpretación ante el juez nacional, si bien está en cuarto grado de consanguinidad, no es parte del juicio y por lo tanto no era aplicable ninguna de las causales de recusación o impedimento enunciadas en el artículo 67 de la Decisión 500.

En el año 2000, el presidente de la República del Ecuador, doctor Jamil Mahuad, envió la terna para la designación de nuevos magistrados, habiéndome incluido en el primer lugar de esta. Reunidos los Plenipotenciarios acreditados para tal efecto, no pude ser reelegido por la votación negativa de Venezuela, ya que para la denominación se requiere del voto unánime. Siempre se ha nombrado al primero de la terna. La decisión de Venezuela se deviene por cuanto la recusación antes indicada no tuvo el efecto esperado por el doctor Bermeo, representante de la compañía venezolana Bigott Succ. En la actitud de Venezuela, me da la impresión de que hubo una injerencia política que obligó a su Plenipotenciario; actitud que contraría la total independencia que debe existir entre los gobiernos y la designación de los magistrados.

La impresión principal que tuve al inicio de mis funciones fue la de dar mi voto en una acción de incumplimiento cuando se declaraba al Ecuador por incumplimiento. «¿Cómo voy a votar en contra de mi país?», era mi temor. Recordaba las palabras que el doctor Oswaldo Hurtado Larrea, presidente de la República del Ecuador, expresó al inicio de las actividades del Tribunal el 5 de enero de 1984:

> «…los esfuerzos desplegados por los países andinos no han sido vanos. Hoy, 1984, afortunadamente se han concretado en la iniciación de funciones este Alto Tribunal de Justicia que, en sus actuaciones consagra el principio de la supranacionalidad, sus magistrados, actúan con plena independencia de los países partes y sus actos se fundamentan en los principios de imparcialidad y autonomía. Nuestra subregión ofrece a este modo, un nuevo derecho en el ámbito Latinoamericano, ya que el Tribunal tendrá las funciones de controlar la legalidad, solucionar los conflictos que se presenten entre las partes y ofrecer la interpretación unitaria del derecho.»

En este sentido el doctor Edgar Barrientos, entonces presidente del Tribunal, en el acto de posesión, entre otras cosas, manifestó:

> «En este proceso de integración en consecuencia el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, no solo se constituye en el organismo jurisdiccional del más alto nivel que dirime controversias entre los Países Miembros y uniforma el derecho comunitario, velando por el cumplimiento de las obligaciones nacidas directa e indirectamente del Acuerdo, sino que, como Órgano Principal debe también jugar un papel importante y trascendente en este proceso.»

En este sentido, el artículo 6, inciso 2, del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina determina:

> «Los Magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones (…) y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo.»

Estos argumentos direccionaron mis actuaciones en el período de mi magistratura.

Una gran satisfacción fue haber compartido con magistrados con quienes no siempre teníamos un criterio unánime, adoptábamos las decisiones y resoluciones en clima de armonía y sobre todo con estricta aplicación a la norma comunitaria.

Conocí a representantes de los Países Miembros como jueces, tratadistas, catedráticos y profesores de gran talla intelectual y moral. Con muchos guardo amistad.

En los diferentes seminarios, conocí a muchos jóvenes, ávidos por estudiar derecho comunitario. Muchos se convirtieron en pasantes que alegraban el ambiente y se desempeñaban con dedicación y capacidad. El personal del Tribunal siempre demostró respeto y consideración.

Tuve el gran pesar del fallecimiento del magistrado colombiano, Roberto Salazar. Me había invitado a una reunión de despedida de mis funciones y, ocho días antes, un sábado, fui informado de esa triste noticia. Más triste fue cuando el lunes contesté el teléfono y preguntaban por el doctor Salazar para la firma de las escrituras de la compraventa de su casa. La muerte no tiene miras para nada ni para nadie.

Hago un acto de reconocimiento a quienes han partido al más allá y fueron mis compañeros en el Tribunal: Edgar Barrientos Cazazola, Juan Vicente Ugarte del Pino, Roberto Salazar Manrique, Gualberto Davalos García, Juan José Calle y Calle, Luis Enrique Farías Mata, Galo Pico Mantillo y Patricio Peralvo, ex secretario del Tribunal este último.

Las vivencias en el Tribunal Andino constituyen para mí un enriquecimiento de vida profesional y personal.

Quito, 2024.

***

REMEMBRANZAS DE UN ANTIGUO MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano

REMEMBRANZAS DE UN ANTIGUO MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
Exmagistrado por la República de Colombia
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Rememorar, en esta conmemoración de los cuarenta y cinco años de existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, episodios y vivencias de las cuales fui testigo ático es para mí, antiguo magistrado y Presidente de dicho Órgano Supranacional, además de emocionante, motivo de orgullo, complacencia y satisfacción.

Evocar, en primer lugar, a los distinguidos y brillantes juristas latinoamericanos que, en representación de los Países Miembros de entonces, contribuyeron con sus luces y esfuerzos al afianzamiento de la Justicia Comunitaria Andina, es obligación moral y sentimental por cuanto los siete magistrados con los que me correspondió interactuar durante el periodo en que ejercí la magistratura, marcaron positiva y profundamente mi devenir intelectual. Comienzo pues por recordar, de entre ellos, a quienes ya dejaron este trasiego por la vida, pero que la honraron sobremanera en el brillante rol que les correspondió desempeñar. Hablo de Juan José Calle y Calle, ese prestante diplomático y jurista peruano que dio lustre a los trabajos del Tribunal y cuyo señorío es digno de elogio y remembranza. Hablo, por supuesto, de Gualberto Dávalos García, el gran boliviano que, desde las luchas agrarias y las sentencias de la Corte Suprema de su país, con su gran don de gentes vino al Tribunal a enseñar la palabra del latinoamericanismo. Y hablo también ahora, de Luis Henrique Farías Mata, eminente jurista y académico venezolano quien, como el autor de estas líneas, había participado en la creación y desarrollo de algunas de las instituciones de la integración andina, entre ellas, el propio Tribunal. A ellos tres los saludo en el más allá y les digo que me honra mucho haber trabajado a su lado. Asimismo, debo recordar con agrado y afecto a quienes continúan trajinando en sus distintas labores políticas, jurídicas, docentes, académicas o administrativas y que me acompañaron en la judicatura andina: los doctores Rubén Herdoíza Mera (Ecuador), Ricardo Vigil Toledo (Perú), Moisés Troconis Villarreal (Venezuela) y Walter Kaune Arteaga (Bolivia); todos ellos juristas de elevada factura y caballeros de singular prestancia, para quienes va mi efusivo saludo y mis agradecimientos por su amistad, su apoyo y sus enseñanzas.

Creo imperativo destacar que las labores del Tribunal se cumplieron por el equipo mencionado con la responsabilidad y la eficacia que la magna tarea imponía, y que ya tenía una senda de un cuarto de siglo de experiencias acumuladas.

Empero en mi sentir, lo más gratificante fue haber podido contribuir al desarrollo y a la definitiva introducción del Tribunal en la institucionalidad supranacional comunitaria andina, lo cual se logró con la implementación del Acuerdo de Cochabamba mediante la expedición del nuevo Estatuto del Tribunal contenido en la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (22 de junio

de 2001) que fue, justo es decirlo, fruto de las deliberaciones, trabajos, debates e insistencia de quienes por esas calendas conformábamos el órgano jurisdiccional de la CAN.

En efecto, desde mayo de 1996 los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela habían convenido por medio del Protocolo de Cochabamba introducir profundas modificaciones al Tratado de Creación del Tribunal, esencialmente en procura de reafirmar la condición de entidad supranacional y comunitaria del mismo y de lograr que los Países Miembros, en particular sus organismos jurisdiccionales superiores, entendieran y acataran las implicaciones derivadas de tales cualidades; esto es, por la razón misma de pertenecer a una entidad regida por el Derecho Comunitario. Debo, entre paréntesis, señalar que me correspondió, en la condición de subdirector de Integración del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, participar activamente en las discusiones previas y en la negociación del texto que dio origen al referido protocolo modificatorio.

Las reformas de Cochabamba al Tratado fundacional, que en 1979 creó el Tribunal, consagraban, de una parte, instrumentos y competencias novedosos que, tendientes a complementar los que ya poseía, permitirían una mayor penetración institucional del organismo jurisdiccional dentro de la Comunidad Andina. Entre ellos, se destacan el de velar en el más alto nivel por la intangibilidad del ordenamiento jurídico comunitario, asegurar su cumplimiento y dirimir las controversias que en torno a su aplicación se presenten entre los sujetos a los cuales se aplica. De otra parte, las reformas rediseñan de una mejor manera las competencias que originalmente le habían sido atribuidas por el Tratado Fundacional, haciéndolas más ágiles, más oportunas y, sobre todo, más accesibles a los diferentes sujetos del ordenamiento andino, entendiendo ahora por tales no solo a los Países Miembros y a los organismos que conforman el proceso integracionista, sino, cosa trascendental, a los ciudadanos y personas particulares de todo el territorio de la comunidad. Con estas características, el Tribunal quedaba proyectado, al menos potencialmente, como uno de los tribunales supranacionales más avanzados e importantes.

A mi llegada a la magistratura en el año de 1999, me sorprendió saber que el funcionamiento del nuevo Tribunal concebido por el instrumento de Cochabamba tres años antes, aunque en pleno vigor, era inaplicable por la razón de que no existía ni un Estatuto ni un Reglamento interno que pusieran en ejecución las instituciones consagradas genéricamente en el Tratado. Obviamente esta era una obligación que debía acometer el propio Tribunal para presentar a los órganos legislativos de la Comunidad, esto es, a la Comisión y Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y por ende a los Países Miembros, el proyecto correspondiente. Todos los magistrados estuvimos de acuerdo en lo imperioso que era emprender esta tarea y llenos de entusiasmo, con el concurso y denuedo de todos, por cierto, sin desmedro del cumplimiento de la función jurisdiccional, nos entregamos a esa labor en largas reuniones de discusión y debate, llegando a concretar el proyecto de Decisión que debía poner en vigencia el Estatuto del Tribunal una vez que fuera adoptado mediante Decisión. Definido el proyecto de estatuto era menester socializarlo tanto con los Países Miembros como con la Comisión del Acuerdo, lo cual suponía un nuevo

esfuerzo de publicidad y convencimiento, labor que fue desempeñada a cabalidad por el Tribunal con lujo de competencia hasta lograr que en la ciudad de Valencia (Venezuela) dentro del Consejo Presidencial Andino celebrado en ese País Miembro (junio de 2001) se emitiera la Decisión 500 contentiva del referido Estatuto del Tribunal.

Acto seguido, era necesario acometer la tarea complementaria de elaborar y poner en vigencia el reglamento interno del Tribunal que le diera a este las herramientas fundamentales para dinamizar las funciones que, de acuerdo a esta nueva concepción orgánica y funcional, eran necesarias poner en ejecución y así permitir su desempeño con todas sus atribuciones y prerrogativas. Esto igualmente se cumplió como una especial tarea colectiva que los Magistrados asumimos con el mismo empeño que nos animó en la redacción del Estatuto, y que culminó con la aprobación de dicha norma reglamentaria por el Pleno del Tribunal el día 18 de mayo del año 2004.

Contando pues con los anteriormente citados textos legales, el Tribunal pudo iniciar una nueva etapa precisamente 25 años después de que hubiera sido creado. Por ello, no es sorprendente que ahora, cuando se cumplen 45 años de su existencia (lamentablemente sin contar con Venezuela por haberse retirado dicho país del Acuerdo de Cartagena), nos encontremos con un Tribunal que goza del respeto y la admiración, no solo en el ámbito latinoamericano sino en el concierto universal, y que se le tenga como paradigma del desarrollo de instituciones tan importantes como las que tocan con la noción de supranacionalidad y de derecho comunitario.

Otro de los asuntos que me llena de satisfacción es el que concierne a la celebración de los 25 años de existencia del Tribunal, para cuya conmemoración tuvimos la idea de publicar un libro que denominamos **TESTIMONIO COMUNITARIO** (agosto de 2004) en el cual se plasmaban las opiniones de los cinco magistrados de entonces acerca de los diferentes tópicos de la integración andina y del derecho comunitario, así como la recopilación ordenada de los principales aspectos jurisprudenciales que el Tribunal había desarrollado a lo largo de su existencia[1]. Dicho libro, o mejor, la edición de dicho libro, fue coordinada por mí y para su publicación, tanto en papel como en digital, contó con la colaboración del señor Patricio Peralvo, quien fungía como Director Administrativo del Tribunal. Es de destacar, así mismo, que el referido texto constituye el primero que el Tribunal digitalizó, siendo esta otra muestra también de su afán por estar tecnológicamente actualizado en el desarrollo de sus funciones.

Finalmente, y aunque no menos importante, debo recalcar el papel que jugamos los magistrados como divulgadores de los temas atinentes a la integración andina, al derecho comunitario, al comercio exterior, a la propiedad industrial, al derecho de

[1] Según el resumen que hace la Biblioteca Digital de la Comunidad Andina:
«Contiene: – Cronología de los Magistrados que han integrado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. – Elementos Doctrinales Relativos al Derecho Comunitario y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la visión de los Magistrados que actualmente lo componen; – Criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia en Materia de Integración. – Reseña de la Producción Bibliográfica de los Magistrados del Tribunal en Materia de Integración y Derecho Comunitario; – Normativa comunitaria básica relativa a la existencia y al funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.»

autor y demás involucrados en el Acuerdo de Cartagena, los cuales temas fueron tratados en seminarios, conferencias, coloquios, ensayos y publicaciones, cátedras magistrales universitarias y otros medios de comunicación en el ámbito del territorio de los Países Miembros y en el de algunos de los países de la Unión Europea. Amén de que, y esta era y fue nuestra verdadera razón de ser como magistrados, con nuestras sentencias, interpretaciones prejudiciales y demás actuaciones judiciales concurrimos a impartir justicia comunitaria, y a fe que algún aporte pudimos hacer a la jurisprudencia y a la doctrina de este nuevo derecho que orienta la integración de los pueblos.

Es por lo anterior que, al acercarse nuestro Tribunal Andino a la madurez de sus cuarenta y cinco años, debo saludar a los Honorables Magistrados que hoy lo integran, felicitarlos por la importante gestión que cumplen y agradecerles la invitación para consignar estas remembranzas en el libro conmemorativo, alentándoles a perseverar en la misión de aplicar, hacer cumplir y difundir el Derecho Comunitario Andino.

Bogotá, 2024.

***

VIVENCIA JUDICIAL: MI PASO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Luis José Diez Canseco Núñez

VIVENCIA JUDICIAL: MI PASO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA[1]

Luis José Diez Canseco Núñez
Exmagistrado por la República del Perú
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Recuerdo con nostalgia cuando hace un poco más de 40 años era un joven egresado de la universidad que estaba haciendo investigaciones para mi tesis de bachillerato en derecho y quien, además de pasar largas horas en el centro de documentación de la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC), nutriéndome de información sobre el derecho de la competencia y del consumidor de la Comisión Europea, tuve la oportunidad de contagiarme del extraordinario entusiasmo y efervescencia por la integración andina que emanaba de las constantes reuniones que se desarrollaban en la sede de la JUNAC y que entonces denominábamos coloquialmente "la Junta". Ella estaba conformada por cinco representantes de los Países Miembros y dirigida por su coordinador, los mismos que en todas sus actuaciones ponían en evidencia su compromiso con el proceso que cobijaba su sede.

En esos años, las salas de reuniones estaban abarrotadas de funcionarios gubernamentales e internacionales, de representantes de las empresas y gremios, del ámbito académico y universitario, además de la sociedad civil; a quienes se les acogía con la mayor apertura para recoger sus preocupaciones, puntos de vista e iniciativas. Todo ello ponía en evidencia que se estaba intentando cumplir a cabalidad el objetivo principal del Acuerdo de Cartagena consagrado en el último párrafo de su artículo 1, que en la actualidad y lamentablemente ha pasado al olvido, cual es «procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión».

Esa efervescencia, por cierto, contagiosa e inspiradora, marcó un derrotero en mi vida puesto que, a pesar de ser un simple ciudadano andino, tuve no solo el privilegio sino honor de ser atendido por el Coordinador de la JUNAC (boliviano) y el jefe de asesoría legal (ecuatoriano), quienes escucharon atentos mis ideas en el sentido de que nuestro proceso de integración debería contar, a semejanza de hoy Unión Europea, con normas sobre la competencia (libre y desleal) a la par de avanzar paulatinamente en disposiciones sobre protección a los consumidores. Mis iniciativas fueron evaluadas rápidamente, aceptadas con visión de futuro y posteriormente trasladadas a la Comisión Europea para ser incorporadas a uno de los proyectos de cooperación técnica que se estaban gestionando en esa época. Los "Juntos" y la gran mayoría de

---

[1] El presente testimonio es una versión revisada, editada, actualizada y ampliada del publicado en: Luis José Diez Canseco Núñez, *Vivencia judicial: mi paso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, Director), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino*, Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019, pp. 213-215. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf

funcionaros de la JUNAC eran personas dignas de admiración. En esta línea, recuerdo lo que uno de ellos me dijo: «acá estamos para crear, avanzar y, sobre todo, no empantanarnos en procesos burocráticos». En efecto, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, los protagonistas de la integración eran las empresas y la sociedad civil, quienes estaban acompañados por funcionarios de alto nivel y contaban con amplios conocimientos que finalmente eran respaldados por los "Juntos", para luego proceder a las reuniones de la Comisión para que se adoptaran las Decisiones correspondientes.

Esta más que estimulante dinámica de iniciativas y de producción normativa era una constante de la JUNAC que debe destacarse sobre manera y que en la actualidad languidece al verificarse que la Secretaría General de la Comunidad Andina ha claudicado de su papel de formulación de propuestas legislativas. En otras palabras, parecería que se ha olvidado de la existencia del inciso c) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena (formular propuestas de Decisión), para circunscribir su labor al inciso b) de dicho artículo (atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión).

Volviendo a la maravillosa dinámica a la que hacía referencia en párrafos anteriores, nunca podré olvidar el 25 de mayo de 1984 cuando los Magistrados del entonces denominado Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, sentados al lado de la Comisión y la Junta, hoy Secretaría General, del naciente Sistema de Integración Andino, celebraron el décimo quinto aniversario de la suscripción del Acuerdo de Cartagena. Hacía pocos meses que el Tribunal había entrado formalmente en funciones. Ello se había producido luego del largo proceso de ratificación del tratado internacional que lo había creado cinco años atrás.

Tuve el privilegio de ser invitado al acto central de la conmemoración, el mismo que pude observar desde una de las salas adyacentes donde se congregaba la prensa. Escuché atentamente, y no exento de entusiasmo, los diversos pronunciamientos sobre la importancia del proceso de integración andino. No eran, y hoy lo puedo ratificar haciendo una comparación, palabras huecas y meramente protocolares. Se percibía en cada uno de los discursos de los representantes gubernamentales, así como de los altos funcionarios que hicieron uso de la palabra, el convencimiento de la importancia de la integración para los Países Andinos.

Recuerdo claramente lo que señaló uno de los magistrados en el sentido de que, con la entrada en funciones del Tribunal, se cerraba el círculo de la institucionalización del proceso de integración, que se instituía en el más avanzado en Hispanoamérica; y que, con las labores del Tribunal, además de ser este el garante del cumplimiento y difusión del ordenamiento jurídico andino por la vía de sus sentencias y jurisprudencia, se brindaría seguridad jurídica y, especialmente, se suplirían los vacíos que no pudieran alcanzarse en el seno de la Comisión luego del análisis y votación de las propuestas normativas que principalmente formulaba la Junta.

Lo expresado por el magistrado andino marcó mi vida: el Tribunal está para brindar seguridad jurídica, difundir y velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico y, finalmente, suplir vacíos legislativos.

Un detalle protocolar que me llamó poderosamente la atención fue que el presidente del Tribunal estaba sentado al costado del presidente de la Comisión y del coordinador del Acuerdo de Cartagena, lo que ponía de manifiesto la igualdad de los tres líderes de la integración. Ello, a diferencia de lo que me ocurrió años después, cuando era magistrado del Tribunal de Justicia, que nos hicieron sentar en la sala de prensa.

Algunos meses después y ya graduado, me incorporé como consultor de nivel internacional para trabajar en un conjunto de propuestas tendentes a la armonización del derecho de la competencia y del consumidor de los Países Andinos. Ello en el marco de uno de los proyectos de cooperación técnica que venía impulsando la Comisión Europea conjuntamente con la Junta de Acuerdo de Cartagena. En esa época, 1985, la temática del derecho de la competencia y del consumidor era prácticamente inexistente en nuestros países y debo poner de relieve nuevamente que los miembros de la Junta, así como los funcionarios de la misma, me apoyaron sin reservas y con visión de futuro en los pasos iniciales en lo atinente a esta importantísima normativa. Sobre este particular, es del caso indicar que, en esa época, la Junta del Acuerdo de Cartagena, a través de su coordinador, era quien principalmente impulsaba las propuestas de Decisiones. No ocurría lo que aparentemente se verifica desde hace algunos años en el sentido de que la Secretaría General ha dejado de ser el motor de la integración. En otras palabras, una secretaría con minúsculas que casi ha auto marginado su obligación de proponer Decisiones andinas.

Durante mis años en la Junta tuve el privilegio conversar con varios de los magistrados del naciente Tribunal. Me imaginaba el reto que significaba para ellos y, debo confesarlo, en varias ocasiones pasó por mi mente que algún día podría ocupar ese cargo. Sueños de un joven abogado que, desde los inicios de su carrera, estuvo profundamente involucrado con la integración. Es por ello que, a lo largo de mis casi 40 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 pudiera servirlo si llegaba el momento.

En efecto, luego de mis años de permanencia en la Junta, y de los que posteriormente tuve a nivel internacional en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo (Banco Mundial); en 2013 tuve el honor de ser propuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Perú, y luego elegido por los Plenipotenciarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, como magistrado principal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La elección me honró profundamente y la considero la culminación de mi carrera como abogado, puesto que no existe nada más gratificante para un profesional del derecho que administrar justicia. Ello constituye un privilegio que conlleva una gran responsabilidad. En efecto, las partes en el proceso depositan sus aspiraciones en

quienes decidimos sus controversias. Esta labor es sumamente compleja y no exenta de dudas, producto de diversos factores que solo podemos atribuirlos a nosotros mismos. Por ejemplo: conocimientos o la falta de ellos; formación o desinformación; nuestras creencias y prejuicios; cultura e ideologías.

Somos seres humanos no exentos de dudas y perjuicios. Por ello, cuando retornamos a nuestras oficinas para meditar el voto una vez que ha culminado la sesión en las que las partes válidamente e, incluso con vehemencia, alegan sus posiciones; tenemos necesariamente que marginar nuestra nacionalidad, ideologías, conceptos preconcebidos y cualquier otra circunstancia que opaque la justicia para que, en un acto de sufrimiento, tomemos una postura acorde con en el derecho material y sus grandes principios.

Adicionalmente, las decisiones y mis actividades debían ser consecuentes con el profundo cariño y fe por la integración andina como la mejor manera para que nuestros ciudadanos y empresas (sus grandes actores) alcancen un mejor nivel de vida. No podía ser un mero cargo honorífico.

Es por ello que, desde el primer día, intenté 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, y no le confieren, la atención debida a este alto Tribunal. Del mismo modo, las empresas y una mayoría abrumadora de abogados negaban sistemáticamente su utilidad. Finalmente, la mayoría del sector académico desconocía 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.

Revertir esta percepción, injusta por cierto, era algo sumamente complejo y no exento de imponderables y hasta críticas; especialmente de funcionarios de mando medio de algunos de los ministerios de comercio que integraban la Comisión. Sin embargo, puedo decir con gran satisfacción que tuve el apoyo invalorable de mis colegas magistrados en el Tribunal, así como de su pequeña y sacrificada Secretaría, conjuntamente con los pocos abogados que asistían a las magistraturas. Debido a ello, pudimos iniciar un proceso creativo de auto reforma que ha permitido, estoy seguro, recolocar al Tribunal en el sitial 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 resolutiva. 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 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 la que se resolvían. Del mismo modo, se procedió a suscribir convenios con entidades académicas y profesionales que tratan temas asociados con la normativa andina vigente, así como a participar en innumerables foros internacionales en los que se hizo notar la presencia del Tribunal Andino.

En este sentido, tuve el atrevimiento, según algunos, de sugerir a los Países Miembros la adopción de diversas normas que coadyuvaran con el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico andino. Ello se hizo a través de la denominada Agenda Positiva para la Integración. Una de ellas, la normativa sobre el denominado signo o marca país, fue finalmente adoptada. Lamentablemente no ocurrió lo mismo con las iniciativas referidas a la reforma de la normativa sobre competencia, la adopción de Decisiones sobre protección al consumidor, así como la readecuación de las disposiciones sobre propiedad intelectual, entre otras. Esperemos que una Secretaría General, con visión de futuro, las retome a la brevedad.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no es ajeno a esa ralentización y burocratización del proceso de integración andina. En efecto, parecería que los únicos que pueden opinar sobre el proceso son los funcionarios públicos de mando medio, quienes han marginado a los empresarios y a la sociedad civil. En este contexto, constituye un deber moral de sus magistrados, y también de sus funcionarios, el trabajar en favor de la integración, más allá de los vacíos normativos o reticencias políticas. La rama de conocimiento que referimos como derecho ha evolucionado, alejándose paulatinamente del apego irrestricto a la literalidad de la norma positiva, muchas veces parca e insuficiente, hacia una visión omnicomprensiva y tutelar de derechos. En este sentido, cabe afirmar que en principio los jueces no legislan, salvo que adopten precedentes de observancia obligatoria o jurisprudencia normativa; pero no pueden desconocer su misión de aplicar justicia ante la ausencia de una ley. El derecho va más allá de la norma positiva. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es un tribunal de justicia y no un tribunal de leyes. Por ello una de las principales virtudes de los mecanismos funcionales de interpretación del derecho consiste en suplir los vacíos que posea la norma comunitaria, sea por la razón que fuese, para consolidar aún más el proceso de integración hacia su fin último, plasmado en el precepto inicial del Acuerdo de Cartagena, el mismo que debido a su importancia transcribo nuevamente: «procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión».

Una iniciativa de la mayor importancia que también intenté promover es la referida a la necesidad de que el Tribunal Andino de Justicia acogiera dentro de su acervo jurídico, y sobre la base del principio de inmediación, la posibilidad de que los interesados en los procesos de interpretación prejudicial pudieran participar más activamente en los mismos. Ello se verifica actualmente con ocasión de que puedan solicitar una audiencia informativa u oral con anterioridad a que se emita la interpretación.

Otra iniciativa que propuse en reiteradas ocasiones estaba referida a que el Tribunal adoptara jurisprudencia vinculante. Para ello era necesario que previamente tuviera muchos más casos o que la carga se incrementara. Ese objetivo se logró gracias a la intensa actividad de difusión del ordenamiento jurídico andino que orgullosamente, puedo decirlo, se inició durante mi gestión, y que generó el incremento exponencial de solicitudes de interpretación prejudicial. Es así que, años después, se incorporó, tal como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la doctrina jurisprudencial del acto aclarado, y sobre la cual los verdaderos actores de la integración, los ciudadanos y las empresas, están sumamente agradecidos puesto que genera predictibilidad, celeridad y seguridad jurídica. Es de lamentar la reacción de algunos gobiernos de los Países Miembros al intentar desautorizar dichos precedentes, a la vez que valorar la actitud del Tribunal de hacer caso omiso de un pronunciamiento a todas luces ilegal y que supone una sorprendente intromisión en la autonomía de un organismo internacional con personería jurídica propia. Haciendo un símil, es como si el Poder Ejecutivo de un Estado diera órdenes a su Poder Judicial.

Lo descrito hasta ahora fue una labor agotadora que me enriqueció de sobremanera, puesto que sentí 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" visto que los Países Miembros no han avanzado en esa dirección.

Se cumplen 45 años de creación del 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, ya que nuestro proceso de integración no puede ser un mero foro de histrionismo burocrático y de palabras vaciadas de contenido. Nunca debemos olvidar que, en su esencia, constituye un proyecto histórico que ha sabido perdurar gracias a su institucionalidad.

Resulta imperativo que los Países Miembros dejen de lado aquellas voces escépticas nacidas, ya sea por ideologías limitantes o por intereses alejados del bien común; y se embarquen en un proceso de integración en derecho, que profundice las relaciones comerciales, sociales, políticas y culturales entre los habitantes andinos. La Comunidad Andina, en lo particular, y por qué no, el continente americano en general, debe fortalecer los lazos históricos que unen a sus pueblos, mediante procesos destinados a consolidarse, con instituciones firmes, hacia una integración en toda regla; es decir, que vaya más allá de proclamas políticas que únicamente sustentan su existencia cuando se verifiquen coincidencias ideológicas. Esto último es más que lamentable, puesto que constituye una clara demostración de la falta de visión que aparentemente está imperando en la región.

La Comunidad Andina es, como su nombre lo indica, y siendo necesaria la redundancia, una comunidad de naciones y de pueblos que comparten mucho más de lo que varios están dispuestos a aceptar. Se debe celebrar las acciones de aquellos actores, como es el caso del Tribunal, que se enfocan en derribar esas líneas imaginarias auto impuestas que llamamos fronteras, para lograr una verdadera unión solidaria. Todo ello para lograr la materialización de la frase tantas veces repetida en

la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena: «Para nosotros la Patria es América». Sin duda, de lograrlo, el progreso y el desarrollo vendrán de agregado.

Invoco en este sentido a quienes actualmente y en el futuro tengan la misma responsabilidad para que sigan la senda del trabajo y la creatividad jurídica. Los jueces están llamados a hacer que el derecho evolucione, por lo que deben aplicar las normas existentes. Si ello no se verifica, interpretarlas acogiendo los grandes principios del derecho, en concordancia con los objetivos del proceso de integración andino. Que esa sea la guía que oriente las labores futuras del Tribunal, para lograr consolidar ese grato proceso de tutela de un bien jurídico tan valioso como lo es la Comunidad Andina. Háganlo con convicción y con el mismo entusiasmo que marcó mi vida y que traté de imprimir con algún éxito durante mi paso por el Tribunal, institución que admiro profundamente y que, actualmente, en mi opinión, es el gran baluarte del proceso de integración, vista la falta de iniciativa de la Secretaría General y la ausencia de compromiso por algunos burócratas de los Países Miembros. Para confirmarlo, basta con preguntarle a la sociedad civil y a las empresas, los verdaderos actores de la integración.

Lima, 2024.

***

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, CREACIÓN Y ACTIVIDADES INICIALES

Rubén Herdoíza Mera

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, CREACIÓN Y ACTIVIDADES INICIALES

Rubén Herdoíza Mera
Exmagistrado por la República del Ecuador
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Me es especialmente grato remontarme al pasado y recordar etapas y momentos en los cuales los Países Miembros de la ahora Comunidad Andina tomaron la determinación de crear este importante Órgano Jurisdiccional.

En ese contexto, han venido a mi memoria las instancias, por cierto delicadas y complejas, en las cuales los Países Miembros del entonces Acuerdo de Cartagena adelantaban posicionamientos para la estructura, facultades y competencias de ese importante órgano de la institucionalidad comunitaria.

En mi calidad de entonces miembro de la delegación oficial ecuatoriana, me correspondió, junto con destacados representantes de instituciones públicas nacionales, participar, de manera personal y directa, en las prolongadas negociaciones y aproximaciones que fueron siendo paulatinamente alcanzadas por los Países Miembros de la actual Comunidad Andina.

Firmado el que fue el Acuerdo constitutivo de ese órgano jurisdiccional y determinada, por cierto, también con una muy delicada y sensible negociación, la sede del organismo en la ciudad de Quito, le correspondió al entonces Ministerio de Industrias, Comercio e Integración del Ecuador, asumir su instalación y funcionamiento en dicha sede.

En armonía con las determinaciones precisadas, el ministerio en referencia encomendó a la Dirección Nacional de Integración del mismo, de la cual fui entonces su director, las responsabilidades dirigidas a la asignación del inmueble apropiado para su funcionamiento, a la dotación de equipos, sistemas, mobiliario y, de manera muy especial y cuidadosa, a la selección del personal básico, fundamentalmente administrativo, para su inicial y apropiado funcionamiento.

En tanto eran atendidos los requerimientos previos ligeramente referidos, los Países Miembros de la Comunidad adelantaban los contactos, diálogos y consultas oficiales, dirigidos a la elección de los primeros señores magistrados del órgano jurisdiccional andino, importante determinación que fue concretada en una reunión específica de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Constituido el Tribunal y posesionadas sus dignidades, los señores magistrados y su primer secretario, inició sus actividades en ejercicio pleno de las facultades y competencias determinadas en el Tratado de su creación.

Desde entonces, han transcurrido cuarenta y cinco años de vida y cuarenta años de funcionamiento efectivo de ese importante órgano comunitario, así como de destacada participación, en ese lapso, de calificados colegas nacionales de los Países Miembros, quienes con su sucesivo concurso han contribuido a precautelar el cumplimiento del ordenamiento jurídico que norma el quehacer de la Comunidad Andina.

He visto crecer a este organismo, desde la raíz y he formado parte de él como negociador, secretario y magistrado.

De toda esta experiencia profesional y humana tengo los gratos recuerdos, al haber compartido conocimiento y amistad fraterna con colegas nacionales de la Comunidad Andina, así como de otros países.

Quito, 2024.

***

HOMENAJE AL 45 ANIVERSARIO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Walter Kaune Arteaga

HOMENAJE AL 45 ANIVERSARIO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Walter Kaune Arteaga
Exmagistrado por el Estado Plurinacional de Bolivia
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Al adherirme con todo respeto y alegría al homenaje de festejos por los 45 años de Creación del Tribunal Andino y de los meritorios servicios prestados al proceso de la Integración Andina, me trae a la memoria que hace 20 años, cuando ejercía las funciones de presidente del Tribunal Andino, conmemoramos jubilosos los 25 años de su creación, con varios actos, entre ellos, a sugerencia del exmagistrado y presidente del Tribunal Andino, distinguido y apreciado Dr. Guillermo Chahín Lizcano, con la edición del libro titulado «Testimonio Comunitario», en cuya elaboración participamos los magistrados del Tribunal de aquella gestión con trabajos surgidos de la experiencia del ejercicio de las delicadas funciones de administrar justicia comunitaria y que contienen valiosos conocimientos que, estoy seguro, han servido y han sido profundizados a lo largo de los venturosos 20 años y más que han transcurrido desde aquel aniversario.

Mi vocación por la integración se manifiesta, inicialmente, al elaborar una tesis para consolidar mi calidad de Académico Fundador de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, donde al fundamentar los beneficios de la Represa «El Bala» en favor de Bolivia, Perú y Brasil, sugerí la constitución de la Integración Boliviana, Peruana y Brasilera "INBOLPEBRA". Esta vocación por la integración se profundiza con la experiencia lograda en el ejercicio de las funciones de magistrado del Tribunal Andino y de la docencia universitaria.

A propósito del tema, permítaseme rememorar que, cuando asumí las referidas funciones de magistrado, en enero del año 2003, después de un año en el que se debió proveer este cargo y que no se lo hizo oportunamente, en reunión de Sala Plena, el presidente del Tribunal, el Dr. Moisés Troconis Villarreal, hizo conocer sobre la invitación que recibió el Tribunal de participar en un Seminario Internacional sobre Integración a realizarse en mes de octubre de ese año 2003, en la ciudad ecuatoriana de Cuenca, pidiendo a los magistrados que preparen las ponencias para ser presentadas en dicho seminario. Sin embargo, al referirse a mi persona, me dijo que, como recientemente asumí las funciones de magistrado, no estaba obligado a realizar dicho trabajo, pero si yo quería puedo presentar alguna sugerencia o "trabajito".

Este hecho se constituyó en un desafío que me llevó a redoblar esfuerzos en el estudio y la investigación de esta importante materia, lo que culminó con la elaboración de la ponencia titulada «De la necesidad de la Integración y del Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario», que la presenté en tiempo oportuno; y, cuando en Sala Plena

se evaluó los referidos trabajos, se acordó que esta, mi ponencia, la exponga en la inauguración del indicado seminario internacional, lo que, para mi persona, fue un verdadero honor que conllevó de mi parte mayores compromisos con la Integración.

Durante la Presidencia del Tribunal Andino que tuve el honor de ejercer en el año 2004, concurrí a importantes acontecimientos relacionados con la integración que sumaron en mi persona otros compromisos de servicio a la Integración Suramericana, que me permito relatar a continuación.

En la Cumbre de presidentes de los Estados de MERCOSUR y de la Comunidad Andina, a la que asistí en mi calidad de Presidente del Tribunal, el 8 de diciembre del 2004, se creó la Comunidad de Naciones Suramericanas, que en el proceso de implementación se le cambio de nombre por UNASUR, cuyo acontecimiento, tan importante dentro del procesos de integración, sin embargo, consideré que podría afectar a la estructura de la Comunidad Andina y en especial del Tribunal Andino. Por ello, al regreso de este viaje informé, en Sala Plena, a los señores Magistrados sobre las posibles consecuencias que podría traer este nuevo Organismo, a fin de estar preparados para hacer frente a sus efectos, elaborando oportunamente las sugerencias más aconsejables.

De mi parte, fue uno de los temas a los que dediqué mucho trabajo de investigación científica, que culminó con la elaboración de varias ponencias que se encuentran incorporados en mis libros: «Temas de Integración y Derecho Comunitario»; «Proyecto de Ley Uniforme sobre Derecho Industrial para Suramérica y Latinoamérica» (del que soy coautor); «Manual de Conceptos, Doctrina y Jurisprudencia sobre Patentes»; «Manual de Conceptos, Doctrina y Jurisprudencia sobre Marcas»; y otros trabajos que, considero, pueden ser útiles para estudiarlos y complementarlos, considerando que Bolivia, País miembro de la Comunidad Andina, también lo es de MERCOSUR. Esta situación convierte a Bolivia en bisagra de la integración de estos dos sistemas de integración, uno supranacional y el otro intergubernamental.

Respecto a estos dos sistemas de integración, se debe considerar que, si bien son diferentes, no son incompatibles, irreductibles, exclusivos, o excluyentes, toda vez que admiten su articulación, combinación, complementación, adecuación y aplicación armoniosa, en un sistema de integración mixto suramericano y latinoamericano, para lo que, sin embargo, considero necesario que se haga énfasis en los principios y fines que cada uno de ellos sustenta y persigue, en especial sobre la jurisdicción y competencia que tienen.

Al respecto, es importante remarcar que la jurisdicción atributiva que ejercen los órganos del sistema supranacional andino «viene definida y limitada por su objeto: el Derecho Comunitario…» como señala Jesús Ángel Fuentetaja Pastor en su libro «El Proceso Judicial Comunitario» —Marcial Pons. Ed. Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 1996 Pág. 63—, coincidente con lo normado por los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, 4 y 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 4 y 5 de su Estatuto. La jurisdicción supranacional se encuentra sustentada

en la cesión de parte del ejercicio de la soberanía, que hacen los Países miembros al Organismo Supranacional, con cuyas partes se forma la soberanía compartida que la ejerce el organismo supranacional con la participación de los representantes de los Países miembros cedentes, de donde surgen órganos con facultades atributivas: Legislativas, sobre determinadas materias, así como ejecutivas y jurisdiccionales, independientes de los Países miembros, cuyas Decisiones, Resoluciones y Sentencias, sin embargo son vinculantes y obligatorias para estos.

De ello se explica, por ejemplo, por qué el Derecho de Patentes, marcas y otros que tienen que ver con el Derecho Industrial, solo pueden ser normados por Órganos Comunitarios y no así por la legislación interna de los Países miembros, así como el respeto y acatamiento que deben los Países miembros a las Sentencias dictadas por el Tribunal, como también a las Decisiones y Resoluciones emanadas de los otros Órganos del Sistema Andino de Integración.

Estos principios esenciales de la integración, más los que refieren al ordenamiento jurídico comunitario, de su aplicación inmediata, efecto directo y supremacía, deben merecer un permanente estudio y difusión, orientados a facilitar la integración Suramericana y evitar malas interpretaciones, haciendo énfasis que los beneficios que trae la integración en los distintos aspectos económicos, sociales, jurídicos, de preservación de la paz y otros justifican plenamente estas obligaciones y limitaciones que voluntariamente asumen los Países miembros.

Es importante resaltar que, si bien la facultad de declarar el Derecho Comunitario e interpretar uniformemente sus normas para su aplicación también uniforme por los Países miembros es facultad exclusiva del Tribunal Andino, la solución de las controversias que surgen de su aplicación es compartida entre este Órgano Jurisdiccional Comunitario y la jurisdicción nacional, cuya coordinación se opera a través del importante recurso de la interpretación prejudicial, explicada y desarrollada brillantemente por el exmagistrado y presidente del Tribunal Andino, distinguido y estimado Dr. Ricardo Vigil Toledo, conforme refiero en mi indicado libro “Temas de Integración y Derecho Comunitario”.

A propósito de este tema, a iniciativa del suscrito, se analizó y estudió en muchas reuniones de Sala Plena el sentido, alcance y vigencia de la norma contenida en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina que prevé una segunda vía para la acción de incumplimiento ante los jueces nacionales, en favor de los particulares, personas naturales o jurídicas, lo que me indujo a investigar los antecedentes, doctrina y jurisprudencia de esta acción en la Unión Europea, que culminó con la elaboración de un trabajo sobre este tema titulado «Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción de normas comunitarias», que se encuentra desarrollado en mi referido libro Temas de Integración y Derecho Comunitario, a partir de la página 322, cuyo tema persigue, además, una mejor coordinación entre la Comunidad Andina y sus Países miembros, y podría contribuir también a una mejor armonización de los sistemas de integración supranacional comunitario andino con el intergubernamental de MERCOSUR.

En ese mismo año, 2004, asistí en compañía del magistrado Moisés Troconis Villarreal a una reunión de presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados parte de MERCOSUR y otros invitados, realizada en la ciudad de Brasilia a la que asistió también el Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR, con cuyos miembros hicimos un equipo de trabajo en respaldo de este Tribunal que, por las propias limitantes en las competencias de este sistema de integración intergubernamental, las restricciones de sus facultades de la opinión consultiva, y excesivo formalismo y cierto centralismo del poder judicial, tiene muchas limitaciones. Esto motivó nuestra plena disposición de compartir con ellos las experiencias y logros alcanzados por nuestro Tribunal Andino, lo que me llevo a realizar un estudio sobre el «Mercado Común del Sur», que se encuentra desarrollado entre las páginas 198 y 223 del citado libro "Temas de Integración y Derecho Comunitario", y el consiguiente análisis comparativo entre las competencias asignadas a estos dos sistemas de integración cuyas conclusiones se encuentran en las páginas 266 y 267 del mismo. Este trabajo también está destinado a servir al proceso de integración suramericana.

Con relación a la ejecución de este anhelo, y a fin de lograr la institucionalidad de cualquier tipo de integración que se constituya con base en la Comunidad Andina y el MERCOSUR, respaldamos esta iniciativa con varios aportes que van desde establecer una base de derecho sustantivo conformado por normas que ya son de uso y aplicación común entre los Países miembros, como son las de Derecho de Autor, telecomunicaciones, transporte internacional, preservación del medio ambiente, biodiversidad, requisitos fitosanitarios, seguros, Derecho Industrial: Patentes y Marcas, para cuyo efecto, de este último tema, bajo los Auspicios de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, se constituyó la comisión correspondiente integrada por su Presidente, el Académico Dr. Ramiro Moreno Baldivieso, el Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia en el Brasil, Dr. José Carlos Tinaco Soares, y el suscrito Académico Fundador, que elaboró un Proyecto de Ley Uniforme de Derecho Industrial para Suramérica y Latinoamérica que se encuentra como anexo en el libro "Manual de Conceptos, Doctrina y Jurisprudencia sobre Patentes" de mi autoría, que conjuntamente con el "Manual de Conceptos, Doctrina y Jurisprudencia sobre Marcas", los he elaborado como apoyo a dicho proyecto de ley uniforme y han sido editadas con los auspicios de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, a la que le hago llegar mis más sentidos agradecimientos.

Dichas normas comunes serían elevadas a la categoría de normas comunitarias para regir en todos Estados parte, las que conjuntamente con las normas intergubernamentales que así se las reconozca, como también otras de ambos tipos que se dicten al efecto, se tendría el Derecho Sustantivo mixto Supranacional e intergubernamental, que a la vez fundamentaría el Derecho adjetivo correspondiente y la consiguiente creación de un Tribunal Suramericano de Justicia, con base en el Tribunal Andino; lo que compartimos con el distinguido y apreciado Dr. Oswaldo Salgado Espinoza, Ex Magistrado y Presidente del Tribunal Andino y Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia en el Ecuador, como se refiere en el citado libro "Temas de Integración y Derecho

Comunitario" que ha sido editado, en sus tres ediciones, bajo los auspicios de la Universidad Andina Simón Bolívar, de la que soy docente, a cargo de su distinguido y apreciado Rector Dr. José Luis Gutiérrez Sardán a quien le hago llegar también mis profundos agradecimientos.

Dentro de este afán de servir a la integración, donde tuve la oportunidad, me he dedicado a apoyar este importante tema, así cuando fui requerido para asesorar en la creación de la Universidad del Chaco, de la que fui su primer Rector, hice énfasis, dentro sus objetivos importantes, en la Integración de los Estados, la paz y la defensa del hábitat. Estos valores se expresan inclusive en la letra de su himno. Asimismo, en la tesis de las dos alternativas para obtener un enclave de salida al mar para Bolivia, con fundamentaciones estratégicas y geopolíticas, apoyé al proyecto del Ing. Antonio Bazoberry de la construcción del Canal Mutún Puerto Busch, de aproximadamente 120 kilómetros de largo, para acceder soberanamente a nuestras playas en el Río Paraguay y, a través de él, al océano Atlántico; lo que también favorece a la Integración Suramericana de MERCOSUR con la Comunidad Andina.

Me permito afirmar humildemente que todas estas obras las he realizado con todo cariño, para servir y preservar la integración supranacional de la Comunidad Andina y de su órgano jurisdiccional más importante, que es el Tribunal Andino.

Todas estas reflexiones y libros han sido elaborados bajo la inspiración y luces de Dios Nuestro Creador, de su amadísimo y único hijo nuestro señor Jesucristo, del Espíritu Santo y de la Santísima Virgen María, a quienes les agradezco con mis permanentes oraciones.

Estos libros e inquietudes están dedicados también al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al que le hago llegar mis permanentes agradecimientos y mis mejores votos de éxitos, siempre pensando en fortalecer y profundizar nuestro espíritu integracionista, compartiendo los trabajos de investigación científica que he realizado.

La Paz, 2024.

***

TESTIMONIO SOBRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Olga Inés Navarrete Barrero

TESTIMONIO SOBRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Olga Inés Navarrete Barrero
Exmagistrada por la República de Colombia
Expresidenta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Me complace corresponder a la invitación del presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el doctor Íñigo Salvador Crespo, perfilando algunas líneas que reflejen mi experiencia en el desempeño de tan honrosa tarea, para la edición de un libro memoria con motivo del 45 aniversario de la creación de este organismo comunitario.

En el mes de febrero del año 2005 tomé posesión del cargo de magistrada, a propuesta de la República de Colombia, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, culminando el ejercicio de la carrera judicial desde juez municipal de plena competencia hasta magistrada del Consejo de Estado de la República de Colombia.

Fue precisamente en este último cargo en la Rama Judicial donde tuve la oportunidad de acercarme a los temas de la normativa comunitaria andina en los casos de marcas y patentes y de propiedad industrial, pues se precisa de la interpretación prejudicial de las normas comunitarias alegadas dentro del proceso, a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y que tiene como finalidad dar una interpretación uniforme de las normas adoptadas por los órganos de la Comunidad Andina de Naciones; orientación muy valiosa que direcciona la actividad del juez nacional.

La obligatoriedad de la interpretación prejudicial se extiende a los laudos arbitrales en donde se aleguen normas comunitarias andinas, y también en las tareas de organismos administrativos que, como en el caso de la ley colombiana, cumplen funciones jurisdiccionales, como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio en demandas por vulneración de los derechos de los consumidores, entre otros.

Sin el aporte de la interpretación prejudicial, cada juez nacional podría, dentro del ámbito de su competencia, dar un alcance propio a la norma comunitaria desvirtuando el principio de la adopción de normativa aplicable a todos los Países Miembros: una norma común debe tener una interpretación común.

Es así como se establece una profunda interrelación entre los sistemas de justicia de los Países Miembros con la función del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, apoyando a los jueces nacionales al entregar el marco bajo el cual debe interpretarse la normativa comunitaria.

Durante el tiempo en que me desempeñé como magistrada del Tribunal Comunitario Andino, pude conocer el proceso de integración andino y compararlo con otros

procesos de integración entre países, como lo es la Unión Europea, para resaltar la importancia del principio de supremacía de la norma comunitaria, pieza clave de la integración europea y de la integración andina, por el cual tal normativa tiene un efecto directo y superior, lo que implica aplicación inmediata, con respecto a las legislaciones de los Países Miembros. Igualmente, la resolución judicial de las controversias que surgen del proceso de integración europea y andina. No todos los procesos de integración entre países se construyen sobre estos dos grandes principios.

Fueron años de aprendizaje que me llevan a la convicción de que todo proceso de integración entre países debe contar con un órgano jurisdiccional para la resolución de controversias que surjan de la interpretación de los tratados fundacionales y del derecho derivado.

La labor de los magistrados del órgano judicial comunitario asegura el cumplimiento de la normativa comunitaria andina, no solo por parte de las instituciones y organismos que componen el Sistema Andino de Integración, SAI, sino de parte de los Países Miembros y de sus autoridades. Si se entiende que el proceso de integración andino está previsto con un propósito común de desarrollo económico y social, el enfoque debe dirigirse más hacia lo social, exigiendo políticas de relaciones exteriores, libertad, seguridad y justicia, haciendo del pilar de todo el proceso el respeto de los derechos fundamentales y el otorgamiento de mayores garantías para la protección de los derechos comunitarios de los particulares, teniendo como objetivo de primer orden solucionar el grave problema del desempleo y el fortalecimiento de los derechos en materia de libertad, salud pública y medio ambiente y de la supresión de los obstáculos a la libre circulación.

Igualmente, resalto el reconocimiento que se hace en la normativa comunitaria andina de la necesaria coordinación con las autoridades judiciales de los Países Miembros, aduciendo que el SAI debe velar para que se cuente con administraciones de justicia eficientes, independientes, imparciales y autónomas, así como apoyar el diseño y ejecución de programas para su mejoramiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en directriz del año 2002.

El trabajo en el órgano jurisdiccional comunitario me permitió analizar lo avanzada de la concepción en la mencionada Carta Andina de Derechos, al prever una amplia gama de derechos, al lado del reconocimiento tradicional de derechos civiles, políticos o de primera generación, como son los derechos colectivos, los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes, y la protección especial de grupos de adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, desplazados, y de personas con diversa orientación sexual, de los apátridas y de los refugiados, entendiendo que el sistema comunitario debe valorarse como sistema de apoyo a las previsiones normativas de los Países Miembros y de refuerzo a tales normativas nacionales.

Este avance tiene un panorama muy amplio, pues creo que la integración entre los Países Miembros que conforman la Comunidad Andina debe implementar temas

como la homologación de títulos universitarios; la posibilidad de organizar los estudios preescolares, escolares y secundarios de manera que los estudiantes de un país andino no encuentren trabas o dificultades para continuar sus estudios en otro país de la Comunidad, aspecto pendiente de desarrollo normativo; lo mismo que la implementación de medidas tendientes a la posibilidad de desempeñar un trabajo, o labor, sin sentirse extranjero en otro territorio andino.

Hoy en día, como ciudadana comunitaria, aspiro a que la libre circulación de personas, bienes y servicios dentro del territorio andino se facilite cada día con más rigor, como sinónimo de fortaleza de nuestros pueblos que comparten un común origen étnico, idiomático y de costumbres.

Asimismo, que la buena voluntad de las autoridades nacionales y la visión de un mejor mañana, permitan el fortalecimiento de la integración para presentarnos ante el mundo como un bloque fuerte en defensa de los intereses comunes.

Finalmente, quiero manifestar de manera enfática que mi desempeño como magistrada del Tribunal fue una experiencia enriquecedora, de retos, con la mirada hacia un futuro integracionista, de exigencia intelectual. Trabajo que me permite resaltar el grado de compañerismo entre los integrantes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con quienes compartí tan grata y aleccionadora labor, y a quienes recuerdo con profunda gratitud y admiración.

Bogotá, 2024.

***

CUADRAGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - TJCA

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

CUADRAGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - TJCA

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
Exmagistrado por la República del Ecuador
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Al cumplirse el cuadragésimo quinto aniversario de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, expreso mi felicitación a tan importante órgano de administración de justicia comunitaria, deseando su progreso y continuidad a lo largo del tiempo.

Luego de haber terminado el 16 de enero del 2023 mi segundo periodo como magistrado principal por la República del Ecuador con éxito, honestidad, honradez, lealtad, responsabilidad, capacidad y con mucho amor y dedicación, debo manifestar mi satisfacción personal y profesional, al haber dejado de ejercer con honor tan alta dignidad al servicio de la Comunidad Andina (**CAN**).

Los magistrados hablamos y nos pronunciamos jurídicamente a través de autos y de sentencias, las cuales se hallan publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, por lo cual, recomiendo al lector, acudir a este importante medio de difusión, para que se entere de la fundamentación de las mismas y pueda sacar sus razonamientos y conclusiones.

Aspecto importante a dejar claro, y que fue parte de mi conducta y filosofía de trabajo como magistrado, fue que se respete lo que dispone el Tratado de Creación y el Estatuto del Tribunal, en el sentido de que los magistrados somos jueces comunitarios, es decir, si bien somos elegidos luego de un proceso de selección por designación de ternas de cada País Miembro, no es menos cierto, que ejercemos la actividad jurisdiccional con total autonomía e independencia de cada gobierno, y ejercemos la magistratura con libertad, sin presión, y sin compromisos de ninguna naturaleza, siempre sometidos a la normativa primaria u original y a la derivada o secundaria de la CAN.

Mi formación académica como doctor en jurisprudencia, magíster en derecho económico nacional e internacional, especialista en negociaciones comerciales internacionales, así como especialista en derecho aduanero, comercio exterior, integración, tributario, propiedad intelectual y derecho de la competencia, materias estrechamente vinculadas al derecho comunitario andino, me facilitó el ejercicio de la magistratura. También aprendí aspectos importantes por los aportes de los otros señores magistrados, del personal de asesores y, por qué no decirlo, aspectos de administración, de los señores secretarios generales del Tribunal y de los jefes financieros administrativos.

Mi testimonio, que se me ha solicitado para publicarlo, es muy personal y respetando el criterio de los demás, lo haré desde mi sentir, lo que yo viví y experimenté, y lo haré lo más reducido posible de acuerdo al espacio que me han indicado que lo haga y, lo dividiré en los asuntos jurisdiccionales, administrativos, académicos y de relaciones interpersonales, destacando en lo posible algunos de los aspectos positivos y negativos, o lo que puede ser lo mismos, aspectos favorables y desfavorables que yo percibí.

Dentro de lo jurisdiccional, tengo que resaltar en primer lugar, el gran esfuerzo, estudio, y análisis que me correspondió realizar no solo del derecho comunitario andino, sino, también, del derecho comparado, de la doctrina y la jurisprudencia internacional en materia comunitaria, con la finalidad de debatir en el pleno y lograr consenso, o el voto de mayoría con disidencia de algún magistrado. Hubieron muchas ocasiones en que la votación de los magistrados se terminó en empate, a dos, por lo que tenía que intervenir un magistrado suplente, principalmente en aquellos procesos que implicaban violación de normas e incumplimiento del derecho comunitario andino, es decir, las acciones o demandas de nulidad por violación al Acuerdo de Cartagena, al Tratado de Creación del TJCA, a los Tratados Modificatorios, a las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a las Decisiones de la Comisión de la CAN y a las Resoluciones de la Secretaría General, así como las acciones o demandas de incumplimiento de normas, derechos y obligaciones establecidos en el derecho comunitario andino; y, en algunas ocasiones en interpretaciones prejudiciales.

Un aspecto que merece que me refiera es la debilidad coercitiva que tienen las sentencias que dicta el TJCA para que estas tengan mayor eficacia y efectividad. La multa que se podría aplicar a los Países Miembros para los casos de incumplimiento, no la aplica el Tribunal, como sí sucede en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo resultado es muy exitoso, asegurando un respeto total a la normativa comunitaria europea, conforme se puede verificar en sus sentencias.

Respecto a la intervención de los magistrados suplentes en el caso de empates en la votación, debo decir que, en mi criterio, no es lo más apropiado, puesto que, en algunos casos, se podría poner en peligro la independencia, objetividad e imparcialidad, por lo que se debería buscar una mejor alternativa.

En segundo lugar, debo destacar, el gran trabajo que se realizó en interpretaciones prejudiciales, tanto cuantitativa como cualitativamente, especialmente en aquellas de carácter obligatorio solicitadas por los jueces nacionales de cada uno de los Países Miembros. Dada la complejidad de las materias, especialmente de propiedad intelectual, derecho de la competencia, aduanera, tributaria, telecomunicaciones, minería ilegal, y otras, se tuvo que establecer y reglamentar un procedimiento que implicó un trabajo arduo, laborioso, armonioso y en conjunto de los cuatro asesores y de estos con los magistrados antes de que un proyecto de sentencia pase al pleno para su aprobación. Esta situación hizo que se elevara la calidad de las interpretaciones, se aumentara exponencialmente la cantidad de estas resueltas, se evitó la pérdida de

tiempo y desgaste en el debate en el pleno, en algunos casos por aspectos sencillos y sin relevancia.

Aspecto importante de mencionar, es que, al menos antes de mi salida del Tribunal, se dejó sentadas las bases en varios debates para que los nuevos magistrados entrantes, en el periodo 2023-2029, puedan adoptar un asunto muy polémico como lo es la doctrina del acto aclarado, con el fin de que no se tenga que repetir lo mismo en aquellas solicitudes de interpretación prejudicial que tienen sus semejanzas en asuntos de fondo y ganar tiempo para que los jueces nacionales no se demoren mucho en despachar sus causas en espera que el Tribunal les envíe las sentencias de interpretación prejudicial.

Quizá tenga que acotar, que hay que poner más énfasis en el control posterior que el Tribunal debe realizar respecto del cumplimiento estricto de las sentencias de interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales que les corresponde aplicarlas de manera obligatoria y sin alteración.

También vale decir, que como en el TJCA existe una sola instancia de decisión, lo deseable sería que también hubiera un tribunal de casación, excepcional, especialmente para que revise las sentencias en acciones de nulidad y de incumplimiento, cuestión muy delicada, con lo cual se garantizaría una mejor aplicación de la justicia comunitaria, para lo cual hace falta presupuesto y apoyo de los Países Miembros.

En el aspecto administrativo, se tuvo también una difícil, compleja y áspera función, puesto que los magistrados perdíamos tiempo resolviendo asuntos que no eran de nuestra experticia, pero teníamos que hacerlo para asegurar la buena marcha del Tribunal, cuestión que considero debe ser manejada por otro cuerpo colegiado, para lo cual también hace falta presupuesto.

Durante la pandemia, personalmente tuve una grave afección que logré superarla, se tuvo que establecer el teletrabajo con esfuerzo y apoyo tecnológico, que dio mucho éxito, y se pudo cumplir con las programaciones de trabajo y de sesiones judiciales y administrativas.

En el último año de mi magistratura, concretamente en el año 2022, se solicitó a la Comisión de la Comunidad Andina, como correspondía hacerlo todos los años, la revisión e incremento de presupuesto del Tribunal, puesto que el mismo estaba congelado por muchísimos años, sin embargo, las causas se habían incrementado exponencialmente y se requería aumento de personal, materiales y equipo. Este aspecto fue negado y se obligó, a manera de imposición, irrespetando la normativa interna del Tribunal y pasándose por alto la autoridad y competencia del Pleno, a que una comisión forzada, con el fin de ajustarse a un presupuesto deficitario y congelado, desatinadamente por decir lo menos, se fuera en contra de la estructura interna del Tribunal, reduciendo el escaso personal administrativo, eliminando cargos, se quite derechos adquiridos, de magistrados, asesores, de los jefes administrativo financiero y del secretario general. Incomprensible y reprochable esta situación, que

lamentablemente resquebrajó la unidad del Tribunal y al final se impuso la fuerza de una Decisión ilegal frente a la razonabilidad y a la legalidad.

Vale destacar, que después de muchos años de una lucha intensa, especialmente de los magistrados del último periodo del 2016 al 2022, se pudo conseguir que el gobierno ecuatoriano cumpla su compromiso y entregue un local definitivo al Tribunal para dejar de arrendar locales con los problemas y las implicaciones del caso.

En cuanto al aspecto académico, lo considero fructífero, participé y participamos los magistrados y asesores en la capacitación sobre el derecho comunitario andino a jueces, fiscales, autoridades, docentes, alumnos y público en varias universidades y auditorios de los 4 países, tanto localmente como en el exterior. Los magistrados tuvimos la oportunidad de participar en algunos cursos de capacitación en el exterior, especialmente en materia de propiedad intelectual, generalmente precedidos de una invitación y con muy pocos gastos para el Tribunal. Hice, juntamente con los otros magistrados, aportes académicos para varios libros, revistas, y publicaciones, participé en conferencias, debates y simposios a nivel nacional e internacional. Es de lamentar que siempre faltó tiempo y debe continuarse con las capacitaciones dado el escaso conocimiento que existe del derecho comunitario andino en la subregión andina.

Me hubiera gustado que, durante mi permanencia en el Tribunal como magistrado principal, la Comunidad Andina hubiera dado el gran paso en la consolidación de una unión aduanera o de un mercado común, conforme está planteado en el Acuerdo de Cartagena. La zona de libre comercio que actualmente opera no es suficiente, la considero débil. Han transcurrido tantos años de integración andina y no se ha logrado este gran objetivo, que sería de gran importancia no solo para el comercio y la economía de los Países Miembros del Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena, sino para la felicidad y mejorar el nivel de vida del ciudadano andino, beneficiario directo del proceso de integración. Personalmente, así lo compartí y expuse cuando tuve la oportunidad de participar sobre el tema en los diferentes foros. Me apena mucho que, a los 55 años de creación del proceso de integración andino, pude constatar y observar que existan y se tenga que mantener en las fronteras terrestres disputas, peleas, ataques, decomisos, y se siga hablando de contrabando de mercancías originarias de los 4 Países Miembros. Esto, en mi apreciación, está mal, se debe educar, difundir el objeto y concepto de la zona de libre comercio, para que la gente entienda de qué se trata, cómo debe y qué debe hacer para evitarse problemas y confusiones y obtener beneficios del libre comercio, obviamente, salvando las excepciones de control, como lo es el caso de mercancías de terceros países, el cumplimiento de políticas internas soberanas de cada país como puede ser para el control de precios y la fuga de combustibles, control de armas, control del narcotráfico, o de mercancías que afecten a la salud de las personas, animales o vegetales, a la moral, o por cuestiones de seguridad interna, de protección de patrimonio cultural y de algunas cosas más. Considero que vivimos una zona de libre comercio cargada de trabas pararancelarias que desnaturalizan el libre comercio; y, como lo indiqué, ya es tiempo de dar el gran salto a una etapa superior de la integración si realmente queremos seguir hablando de

una verdadera integración económica y comercial, dejando de lado el proteccionismo a ultranza, y los intereses individuales, que han sido quizá el mayor obstáculo.

Finalmente, refiriéndome a las relaciones interpersonales y humanas, que pude vivir como magistrado, me dejó algunos sinsabores, y es obvio, pues un organismo judicial de cuatro cabezas, porque a la final, lo integramos personas de cuatro países con raíces parecidas, pero con ciertas diferencias, no podemos pensar y actuar igual. En mi criterio, faltó, en algunos casos puntuales armonía, unión y más altura en los debates, en las sesiones judiciales y administrativas en cuanto especialmente a relaciones de trato y consideración. Nuestra jerarquía diplomática equivalente a la de jefe de misión, es decir, la más alta jerarquía, impone tolerancia, sabiduría, respeto mutuo, estima, consideración, lealtad, y honestidad. Salvado esto, fue una experiencia personal y profesional excepcional, porque también tuvimos buenos momentos y muy agradables, nos pudimos conocer mejor, participamos de reuniones personales y familiares muy amenas, afectuosas y tranquilas.

Personalmente, dada la oportunidad, quiero aprovechar para dejar por sentado mi agradecimiento al personal que colaboró directamente en mi magistratura por su gran calidad profesional y humana, en especial a mis asesores, el doctor Eduardo Almeida Jaramillo, al abogado Julio César Navarro, a mis colaboradores asistentes jurídicos, doctor Javier Freire, doctor Marcelo Ruiz y doctora Alejandra Leiva, a mi secretaria Belén Rodríguez, y en fin a todos los auxiliares y pasantes. Mi reconocimiento sincero y perenne de amigo a mi colega el doctor Luis Rafael Vergara Quintero, mi admiración y respeto a la doctora Martha Rueda y mi aprecio y consideración a la doctora Cecilia Ayllón, a la doctora Leonor Perdomo, al doctor Gustavo García, al doctor Hugo R. Gómez Apac, al doctor Luis Diez Canseco, y al doctor Felipe Aguilar, secretario del Tribunal, a la Ing. Germania Achig, al Ing. Homero Arellano, jefes administrativos. Mi aprecio y consideración también a todas la señoritas y señores asesores de las otras magistraturas, en fin, a todo el personal de secretarias y secretarios, y más personal administrativo.

Quito, 2024.

***

REFLEXIÓN, EXPERIENCIA Y PRECISIONES, A PROPÓSITO DE LOS 45 AÑOS DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Carlos Oswaldo Salgado Espinoza

REFLEXIÓN, EXPERIENCIA Y PRECISIONES, A PROPÓSITO DE LOS 45 AÑOS DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Carlos Oswaldo Salgado Espinoza
Exmagistrado por la República del Ecuador
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En primer lugar, felicito al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**) por sus cuarenta y cinco años de vida institucional, órgano fundamental que ha generado la seguridad jurídica adecuada para que la Comunidad Andina (**CAN**), esté cumpliendo 55 años de existencia.

El TJCA tiene sin dudas una fructífera labor, que se ha constituido por sus resultados, en un referente de las Américas y del mundo, cuya sede está en Quito, en la «Mitad del Mundo». Fue un espacio de aprendizaje y capacitación permanente, por la exigencia que imprimimos en nuestra época (2005-2011), en la calidad de las sentencias y su oportunidad, buscando reducir los tiempos de despacho, en la perspectiva de una justicia ágil.

Como reflexión creo que, entre 2005 a 2011, en el TJCA 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 los 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 y 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 TJCA, lo que en algunos casos hace onerosa su participación y lo que es peor, en otros casos, impide su acceso y con ello, lamentablemente, se llega a la impunidad o 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 o 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 alternativa[1] 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 audiencias[2], las causas, la jurisprudencia (disponiendo de buscadores), los seguimientos que hace a las 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 efectividad[3] de la justicia.

En nuestra época (2005-2011), de los múltiples logros y experiencias, quiero compartir tres, que considero que fueron muy valiosos:

1) El haber generado el debate sobre la conveniencia de que las opiniones consultivas (**OC**)[4] 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 y 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 MERCOSUR y tomar el ejemplo de los procesos de integración, como la CAN, SICA[5] y UE[6], entre otros.

2) En Ginebra, Suiza, se construyó la reflexión respecto de los debates de los años que deben tener las patentes de invención. Se pudo dejar un criterio muy importante sobre el número de años que ellas deben tener, 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

1 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.

2 Están los vídeos y se transmiten en vivo las mismas.

3 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).

4 Son las equivalentes a las interpretaciones prejudiciales (IP) de la CAN.

5 Sistema de la Integración Centroamericana, cuyo órgano de justicia es la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ).

6 La Unión Europea, con su actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), antes: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

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 OMC[7] y de la OMPI[8], sin argumentos y planteamientos que puedan desvanecer la propuesta innovadora, que se la hizo en calidad de Magistrado del TJCA.

3) 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 TJCE[9]; 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (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 de la Neo-Integración* (2010), de mi autoría:

[Cuadro en la siguiente página]

7 Organización Mundial del Comercio.

8 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

9 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Cuadro*

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 a la Uniformidad e Incumplimiento de la Normativa Comunitaria e Intergubernamental (UNC/UNI) de Europa, Latinoamérica y del Caribe.

Sistemas de Integración (SI) [Año Creación]	**Órgano de Solución de Controversias [Año Funcionamiento]**	**PM / Nro. de Habitantes del PI en Millones**	**Promedio IUNC o 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 la Integración Centroamericana **SICA** [1958]	**CCJ** [1994]	7 / 43	a) 15,28 b) 2,48	a) 1,86 b) 6,35
Comunidad Andina **CA/CAN** [1969]	**TJCA** [1984]	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

* Información actualizada al 17 de agosto de 2010. Res. = Resoluciones; Ksos= Casos

Siendo los niveles de productividad del SICA, CARICOM y MERCOSUR, insignificantes en relación a la CAN y la Unión Europea (UE).

Sin duda, la fortaleza del TJCA, está en muchos ámbitos y, por ello, es un referente de las Américas y del mundo.

Aprovecho de esta oportunidad para realizar dos precisiones sobre aspectos que, en mi criterio personal, son confundidos y no bien utilizados por parte de doctrinarios,

académicos y estudiosos del Derecho de Integración: el uno creer que todos los órganos integrantes del Sistema Andino de Integración (**SAI**), son supranacionales; y, el otro, considerar que toda relación comercial es un proceso de integración. Veamos brevemente:

Los órganos de un sistema de integración son supranacionales o comunitarios, si sus decisiones, que deben ser aplicadas en el territorio integrado del Acuerdo, Tratado o Convenio, cumplen al menos tres requisitos que tienen sus efectos jurídicos: 1) que no requieren de incorporación o internalización, o como se conoce en la jurisprudencia y doctrina: son de cumplimiento obligatorio o aplicación inmediata; 2) que sean de efectos directos o directa aplicación, como una consecuencia lógica de no requerir de incorporación o internalización, es decir que, se generan las obligaciones y derechos que emanan de la norma integracionista; y, 3) que exista primacía de la norma comunitaria sobre la nacional.

Por ejemplo, las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, que es el órgano legislativo de la CAN, o las Sentencias del TJCA, que es el órgano de justicia de la CAN, sí tienen estos tres efectos jurídicos antes indicados. No así, el Parlamento Andino y la Universidad Andina Simón Bolívar, para citar al menos dos órganos que dicen ser supranacionales, pero que, por sus efectos jurídicos, no lo son.

En conclusión, para que un órgano del SAI sea comunitario o supranacional, sus decisiones deben tener como efectos jurídicos las tres características antes detalladas, caso contrario, no son órganos comunitarios o supranacionales.

Finalmente, no toda relación internacional, aunque sea comercial o arancelaria, es proceso de integración **(PI)**. En efecto al menos deben cumplirse siete aspectos o elementos caracterizadores de un Proceso de Integración (PI) que los detallo:

1) La existencia de un conjunto normativo común constitutivo sobre determinada(s) materia(s) que normalmente es(son) de competencia(s) soberana(s) de cada Estados Parte (**EP**) o Países Miembros (**PM**) y que es cedida para desarrollar las mismas de forma compartida a través de sus órganos facilitadores (**OF**) o la institucionalidad del PI;

2) Que dicha normativa común constitutiva (que generalmente consta en un acuerdo, tratado o protocolo) haya sido suscrita o adherida e internalizada por cada uno de los EP o PM del PI, de acuerdo a sus procedimientos internos y por sus órganos rectores competentes (ejecutivos, congresos o asambleas y cortes de justicia). Esto concluye cuando, una vez aprobado (internalizado), se deposita ante el órgano designado del sistema integrador. Igual procedimiento debe seguirse cuando se trate de normas complementarias o adicionales cuando sean del caso[10];

[10] Dependerá si el modelo de integración es supranacional o intergubernamental. Al ser supranacional, solo requerirá que la normativa originaria se apruebe en sus Congresos o Asambleas y demás procedimientos internos de los países miembros del PI, caso contrario, si es intergubernamental, sus normas para ser obligatorias en sus Países Miembros deberán cada vez

3) Que la relación sea entre dos o más países miembros o estados parte, con vigencia en el largo plazo, estratégica o indefinida y sus delegados o representantes sean quienes integren los diversos OF de la institucionalidad requerida;

4) La implementación operativa y ejecutiva del PI dependerá de la estructura organizativa que se haya creado para el efecto, es decir, por medio de órganos facilitadores (OF) con sus competencias establecidas, que generan una institucionalidad independiente de cada PM o EP[11], aunque todos los EP o PM formen parte de dicha institucionalidad, por ello, se establece la presidencia *pro tempore* rotativa en orden alfabético entre todos y cada uno de sus PM o EP;

5) Poseer uno o más órganos encargados de generar las normas secundarias o derivadas del PI;

6) Que se generan derechos y obligaciones que emanan de la normatividad común[12] originaria y derivada debiendo ser respetados por las partes, en las condiciones establecidas en el proceso integrador; y,

7) A más de las soluciones amistosas y diplomáticas, disponga de un mecanismo a mediano plazo que permita solucionar las controversias de forma heterocompositiva, sobre todo, en temas patrimoniales o de incidencia económica comercial-arancelaria, pudiendo derivarse en acciones concretas cuando se vulnerasen los derechos u obligaciones inherentes al conjunto de normas comunes del proceso de integración, se trate.

Las relaciones comerciales que no tengan estas características son solo eso, relaciones comerciales internacionales, pero NO relaciones comerciales o arancelarias de un proceso de integración.

Tanto las relaciones internacionales denominadas procesos de integración como las que no lo son, en la medida que generan derechos y obligaciones, son susceptibles

que haya una norma, ser internalizadas en cada Estado Parte, con los procedimientos contemplados en los mismos, dependiendo de sus constituciones y leyes pertinentes, a no ser que se determine los casos en que no requiera dicha internalización, que normalmente es para todo tipo de norma, pero en la práctica se puede cambiar esto.

11 Que tenga vida real a través de su propia institucionalidad integracionista y no sirva solo para los anaqueles, que se encarne y practique en los países miembros y el espacio territorial delimitado por el proceso integrador. Que no sea una integración de papel.

12 Si son declaraciones genéricas de las cuales no se derivan ni derechos ni obligaciones, esto es, enunciados filosóficos o sueños a alcanzar como los típicos preámbulos, que no aterrizan en formas concretas y prácticas de llevarlas a cabo que comprometen y obliguen a las Partes, jamás se concretarán en acciones de integración real. Usamos el término normatividad que significa cualidad de normativo y este, conjunto de normas aplicables a una determinada materia o actividad. Ver: Real Academia Española, «Diccionario de la lengua española», 22ª. Ed. (2012).

eventualmente de desembocar en conflictos, para lo cual requieren un sistema de solución de controversias; las primeras (PI) tienen órganos jurisdiccionales establecidos en los Acuerdos, Tratados o normativa integracionista o comunitaria y, las otras, deben definir los mecanismos en sus contratos bilaterales que, generalmente son arbitrales.

Hay una propuesta unificadora de estos aspectos que lo podemos apreciar con detalle en la tesis doctoral de mi autoría y consta en el repertorio de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.[13]

Quito, 2024.

***

[13] Disponible en: *https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6939*

EL TRIBUNAL ANDINO EN PERSPECTIVA

Luis Rafael Vergara Quintero

EL TRIBUNAL ANDINO EN PERSPECTIVA

Luis Rafael Vergara Quintero
Exmagistrado por la República de Colombia
Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Acuerdo de Cartagena estableció un Órgano Jurisdiccional, con carácter permanente, de los países miembros de la Comunidad Andina (**CAN**), con el propósito de solucionar las controversias que surgieran con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Este órgano supranacional de la CAN fue creado en mayo de 1979 mediante la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, bajo la denominación «Tribunal de Justicia». Desde su creación hasta nuestros días, el camino recorrido por dicho órgano no ha sido un "jardín de rosas", como diría alguien, debido a que, a pesar de haber encontrado algunos aciertos en la consecución de sus objetivos, ha afrontado circunstancias que han empañado su funcionalidad y operatividad, como lo pude percibir de primera mano.

El establecimiento de un Tribunal permanente destinado a interpretar, aplicar y hacer efectivo el Derecho a la integración es benéfico y ventajoso para la subregión andina, pues se logra establecer una jurisprudencia única, constante y uniforme para sus destinarios; cuestión que, por cierto, no sería posible obtener de otro tipo de autoridades tales como árbitros o funcionarios cambiantes de unos meses a otros, según lo que se ha podido identificar de la experiencia en otros acuerdos integracionistas regionales. De tal suerte que la CAN, desde hace 45 años, cuenta con un foro exclusivo dentro de su institucionalidad para resolver los conflictos que se generan por causa de la aplicación de la normatividad comunitaria, sin que sea del caso acudir a otro Tribunal, arbitraje o procedimiento distinto.

Adicionalmente, este Tribunal se justifica en el entendido de que brinda seguridad jurídica, certeza y previsibilidad en la aplicación de las normas que rigen el proceso de integración, protege los derechos de los ciudadanos y de los estados, y legitima la institucionalidad de la CAN desde su operatividad y funcionamiento. Dentro de esta perspectiva, no hay duda de que el control jurisdiccional del ordenamiento comunitario, de carácter supranacional, es vital para la existencia misma del proceso de integración, en el sentido de que se garantiza que los pactos económicos y comerciales logrados en la subregión andina estén respaldados por un conjunto de disposiciones normativas destinadas a hacer efectivo el Acuerdo de Cartagena, pero, sobre todo, por una autoridad que asegure su correcta aplicación.

Ahora, la dinámica del funcionamiento del Tribunal de Justicia de la CAN permite observar una serie de problemáticas o inconvenientes que merecen un profundo análisis para lograr superarlas, y, de esta manera, obtener con mayor eficiencia los fines que se persiguen con aquel órgano jurisdiccional. En primer lugar, la excesiva

tramitología y lentitud con la que proceden los órganos legislativos y de decisión del proceso de integración —el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (**CAMRE**) y Secretaría General de la CAN—, al analizar y decidir los proyectos de actualización de las normas procedimentales de las diferentes acciones andinas, ha causado que el Tribunal de Justicia, mediante jurisprudencia y reglamentos con discutible legalidad, establezca directamente reglas jurídicas que busquen llenar los vacíos normativos que presenta la legislación de la CAN en dichas materias. Lo anterior como justamente acontece en el fallo judicial sobre el ACTO ACLARADO (Sentencias del 13 de marzo del 2023) que tuvo como finalidad darle agilidad y eficacia a los procesos de los jueces nacionales que involucraran una norma comunitaria, anteriormente analizada por el Tribunal de Justicia, pese a que, hacía varios años, ya se había presentado al CAMRE un proyecto de borrador en la materia, del que jamás tuvo una decisión de fondo y, entonces, allí quedó "durmiendo el sueño de los justos".

En segundo lugar, los vacíos legislativos del ordenamiento jurídico comunitario, en materia laboral o en el escenario del arbitraje andino, han producido una serie de inconvenientes a la actividad del Tribunal de Justicia. De un lado, este órgano jurisdiccional, en las controversias de carácter laboral, ha acudido por analogía a la interpretación de las normas comunitarias, a partir de lo dispuesto en las legislaciones internas de los países, lo que no resulta muy equitativo ante las diferentes condiciones económicas y laborales que presenta cada uno de los miembros de la CAN. Por el otro, la falta de una regulación especial que atienda las dinámicas del arbitraje andino ha hecho inocua las funciones del Tribunal Andino en ese sentido, por lo que es urgente una legislación andina al respecto o, de otra manera, suprimirlas.

En tercer lugar, la conformación del Tribunal de Justicia bajo un número par de integrantes (con motivo de la salida de Venezuela de la CAN) dificulta la toma de decisiones por cuenta de votaciones que derivan en empates interminables. Lo normal es que, al momento de adoptar cualquier determinación o resolución, este tipo de órganos colegiados cuenten con un número impar de magistrados, sobre todo porque las discrepancias están a la orden del día; y, más aún, si sus miembros provienen de países distintos, pensamientos y escuelas de derecho diferentes, y gozan de una diversa cosmovisión de la vida, en el ámbito jurídico, económico, social y cultural.

En cuarto lugar, al tratarse de un Tribunal de única instancia, en el que no es posible un escenario de revisar las decisiones adoptadas o, en otras palabras, de obtener una segunda mirada de conformidad, existe una trasgresión de los derechos y principios universales del debido proceso, como es el de la doble instancia. Esto guarda mayor relevancia por cuanto está de por medio intereses vitales o cuantiosas sumas de dinero de Estados y/o empresas privadas, inclusive de personas naturales.

Estas dos últimas problemáticas pueden ser solventadas con reformas sustanciales a los procedimientos judiciales y administrativos andinos, que den lugar a una serie de medidas como, por ejemplo, el establecimiento de unas salas tripartitas de decisión; la adopción de un voto privilegiado en cabeza del Presidente del Tribunal; o la regulación de un recurso de revisión para la totalidad de los procesos, en el que se

excluya la participación de quienes adoptaron la decisión inicial y se promueva la intervención de los magistrados suplentes, entre otras. Frente a esto último, lo ideal es que se acuda a los magistrados suplentes en los empates o en el posible trámite de un recurso de revisión o de apelación para todos los procesos; empero, los honorarios, los costos de desplazamientos y las demoras son motivos de gran preocupación en la utilización de esta figura. En todo caso, la reciente pandemia del COVID-19 nos demostró que hoy en día se puede trabajar a través de medios electrónicos desde cada país miembro de la CAN, lo que baja los gastos significativamente.

En quinto lugar, una problemática crítica del Tribunal de Justicia reside en el hecho de que, desde el año 2008, este organismo ha funcionado, de forma inalterable y estática, con el mismo presupuesto en una economía dolarizada (por encontrar su sede situada en Ecuador), a pesar de las funciones adicionales que le fueron atribuidas en Cochabamba, la sobrecarga laboral que se ha venido presentando, la rapidez y oportunidad con que los países exigen la cooperación, y, especialmente, la DEPRECIACIÓN DEL PRESUPUESTO en el contexto económico del país sede, que, por cierto, advierte una pérdida del poder adquisitivo de hace 10 años en una economía dolarizada, equivalente al 36,71 %, según los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) del Ecuador.

Finalmente, a algunos miembros de la CAN les cuesta entender la importancia del control jurisdiccional que ejerce el mencionado Tribunal, así como las facultades de supranacionalidad, autonomía e independencia que de ello se deriva. De esto último, resulta relevante comprender que, una vez se elige por plenipotenciarios al candidato de la terna propuesta por cada país andino, este se torna en un JUEZ COMUNITARIO cuya misión fundamental es defender y proteger la legislación andina y los pilares fundamentales del Acuerdo de Cartagena, sin que sea legítimo que la manifestación de un voto o la expresión de cierta postura jurídica, pueda ser tachada como un acto de traición o deslealtad al país que lo postuló, en la medida en que los jueces deben ejercer su misión no solo de forma transparente, sino con autonomía e independencia de quien lo elige, nombra o postula; de otra manera no ejerce su misión dentro de los principios básicos de la judicatura. Cabe recordar al Molinero que increpó a Federico –El grande– Rey de PRUSIA en 1747 para ratificar la independencia y autonomía de los jueces sobre el ejecutivo y otros poderes, cuando al rechazar la compra de su molino, exclamó «Aún queda jueces honestos en Berlín».

En fin, para finalizar, debemos decir que el Tribunal Andino y el control jurisdiccional que por medio de él ejercen los Estados miembros de la CAN, deben ser fortalecidos y mantenidos pues es de vital importancia para la supervivencia y el mantenimiento de la legalidad en el proceso de integración andino.

Cartagena de Indias, 2024.

***

SUBCAPÍTULO II

TESTIMONIOS DE USUARIOS DEL SISTEMA ANDINO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

TESTIMONIO: IMPORTANCIA DE LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES PARA EL SENADI

Sujey Torres Armendáriz

TESTIMONIO: IMPORTANCIA DE LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES PARA EL SENADI

Sujey Torres Armendáriz
Directora General del
Servicio Nacional de Derechos Intelectuales

1. Introducción

El derecho de propiedad intelectual en el Ecuador ha permitido que la industria y creatividad se potencien a través de la protección de varias figuras legales, mediante normativa nacional y comunitaria.

El valioso hecho de que nuestro país sea parte de la Comunidad Andina (**CAN**), ha marcado un hito, no solo por las ventajas en muchos aspectos comerciales, sino también en las Decisiones Comunitarias, relacionadas a propiedad intelectual.

Que la Comisión de la Comunidad Andina haya dictado normas que han permitido la armonización entre países de la CAN, ha consolidado que marquemos la diferencia con otras regiones del mundo y seamos vistos como países que se integran y protegen esta rama tan importante del derecho, la cual es fuente de empleos, creatividad, sin contar con la mejora de tecnología para las necesidades del ser humano, las cuales cada día son mayores.

Desde la oficina nacional competente para la protección de derechos de propiedad intelectual, que en el caso del Ecuador es el SENADI (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales), no solo que las normas comunitarias han permitido que resolvamos día a día los distintos procesos que se presentan ante nuestra institución, sino que la valiosa herramienta denominada interpretación prejudicial, ha sido una fuente de refuerzo para poder soportar los criterios con base en los cuales se resuelve desde la concesión o negativa de un signo, hasta recursos de apelación o extraordinarios de revisión.

De la mano de la norma comunitaria, se encuentra la Interpretación Prejudicial, la cual permite al funcionario, casa adentro, no solo visualizar de manera integral lo que la norma comunitaria de obligatorio cumplimiento quiere transmitir, sino que además se pueden encontrar ejemplos didácticos a través de los cuales se facilita la aplicación de la norma al caso concreto.

El SENADI, al ser el ente rector del derecho de propiedad intelectual, se encarga de todos los procesos relacionados con la concesión, así como observancia de las tres ramas generales, las cuales son: propiedad industrial, derechos de autor y variedades vegetales y conocimientos tradicionales.

Como oficina nacional competente, contamos con innumerables casos en los cuales las Interpretaciones Prejudiciales han sido un referente para nuestros procesos internos y que considero es importante resumir los más recurrentes e importantes en el presente artículo.

2. Casos relevantes en los que se han utilizado interpretaciones prejudiciales

2.1. Signos descriptivos

El Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales (**OCDI**) conoció el recurso de apelación No. SENADI-2021-37015, de la Denominación Swiss Mask más logotipo para proteger productos de la Clase Internacional No. 9*:*

> «Máscaras respiratorias que no sean para la respiración artificial, respiradores para filtrar el aire, filtros para máscaras respiratorias, máscaras respiratorias que no sean para la respiración artificial Productos/Servicios: respiratorias (máscaras) que no sean para la respiración artificial.»

El signo solicitado era mixto, e intentaba proteger el siguiente gráfico:



El Tribunal que conoció el caso, para resolver el recurso, utilizó las siguientes Interpretaciones Prejudiciales:

Para análisis de la distintividad:

- Interpretación Prejudicial de 25 de agosto de 2014 dentro del Proceso 41-IP-2014.
- Interpretación Prejudicial de 19 de junio de 2013 dentro del Proceso 110-IP-2013.

Para análisis de los signos descriptivos:

- Interpretación Prejudicial de 21 de junio de 2021 dentro del Proceso 73-IP-2021.

La decisión del Tribunal, apoyada en las interpretaciones prejudiciales fue la siguiente:

> «En el presente caso, analizando al consumidor medio al cual están dirigidos los productos solicitados para registro, es decir, "Máscaras respiratorias que no sean para la respiración artificial, respiradores para filtrar el aire, filtros para máscaras respiratorias, máscaras respiratorias que no sean para la respiración artificial Productos/Servicios: respiratorias (máscaras) que no sean para la respiración artificial", este Tribunal considera que tanto las palabras SWISS al igual que MASK, escritas en idioma extranjero es de fácil comprensión para el público consumidor; y, no será considerado como un término de fantasía, por tanto, el presente análisis se debe realizar como si los términos están escritos en idioma español.
>
> En consecuencia, un signo que le indique al consumidor las características, funciones, usos, efectos, procedencia o cualquier otra información de los productos o servicios, no logrará evidentemente diferenciarlos de otros que concurran en el mercado y, por consiguiente, no podrá ser considerado como signo distintivo y mucho menos se puede otorgarle derechos de exclusividad a quien pretenda su registro.
>
> Esta Autoridad ratifica lo manifestado la Dirección Nacional de Propiedad Industrial en su parte resolutiva en cuanto a que el signo solicitado carece de distintividad intrínseca por ser descriptivo y, por lo tanto, se encuentra incurso en las prohibiciones de los literales b) y e) del artículo 135 de la Decisión 486.»

2.2. Marcas notorias (Caso Nike)

Dentro de las competencias del SENADI se encuentra declarar a un signo como notorio, trámite que en los últimos dos años ha tenido acogida entre los usuarios, quienes intentan darle una protección adicional a sus signos.

Uno los casos importantes por mencionar es la declaratoria de notoriedad de la marca de producto NIKE mixta, para identificar productos de la Clase Internacional No. 25, la cual se tramitó bajo el expediente No. SENADI- 2022-NOT-006 y cuya Resolución Nro.: 004-2023-SENADI-DNPI-NOT de 14 de julio de 2023, declaró la notoriedad de la misma.

Dentro de este proceso, la directora nacional de Propiedad Industrial utilizó para motivar su resolución las siguientes interpretaciones prejudiciales:

Para analizar las pruebas tendientes a demostrar el grado de conocimiento dentro del sector pertinente de cualquier País Miembro:

- Interpretación Prejudicial del 28 de julio de 2022, dentro del Proceso 20-IP-2022.

Para analizar la prueba:

- Interpretación Prejudicial del 1 de abril de 2015, dentro del Proceso 135-IP-2014.

2.3. Diseño tridimensional (barra de chocolate)



La Dirección de Signos Distintivos negó de oficio el registro del signo tridimensional en el Trámite No. SENADI-2022-49945, BARRA DE CHOCOLATE para identificar productos de la Clase Internacional No. 30 por presunta falta de distintividad, solicitud que se tramitó a través de recurso de apelación por el OCDI.

Dentro de la Resolución administrativa, el Tribunal utilizó las siguientes Interpretaciones Prejudiciales:

Para analizar los requisitos para el registro de marcas:

- Interpretación Prejudicial de 4 de julio de 2012 dentro del proceso 7-IP-2012.

Para la definición de marca tridimensional:

- Interpretación Prejudicial de 10 de septiembre de 2021 expedida en el proceso 476-IP-2019.

Para analizar las reglas que se deben observar al momento de hacer el análisis de registrabilidad de los signos tridimensionales:

- Interpretación Prejudicial de 6 de mayo de 2022 dentro del proceso 81-IP-2020.

Mediante Resolución No. OCDI-2024-022 del 19 de enero de 2024, el OCDI revocó la resolución y concedió el signo solicitado, en base a las siguientes consideraciones:

> «…se determina que, el signo solicitado está compuesto por la figura de un triángulo en su forma general, compuesto por cuatro (4) filas que van aumentando en forma descendente el número de triángulos con relieve piramidal hasta terminar en un conjunto de triángulos de 7 en total unos con forma triangular invertida que se fusionan con los mismos triángulos en su forma natural o con la punta hacia arriba, perfectamente alineados.
>
> Así, se confirma que el conjunto reivindicado en la solicitud de registro del signo denominado DISEÑO TRIDIMENSIONAL DE BARRA DE CHOCOLATE, es lo suficientemente distintivo respecto de los productos que pretende identificar dentro de la clase internacional No. 30.»

2.4. Medidas en frontera

El Servicio Nacional de Aduanas (**SENAE**) y el SENADI trabajan mancomunadamente, con la finalidad de evitar importaciones o exportaciones de mercancías que infrinjan derechos de propiedad intelectual.

Cuando SENAE detecta que una Declaración Aduanera tiene inconsistencias, o se sospecha que no se trata de un producto original, suspende la importación y remite al SENADI la documentación, con la finalidad de obtener el pronunciamiento de si se trata de mercancías que están dentro de la regulación en Propiedad Intelectual.

Dentro de los años 2022 a 2023, el SENADI recibió trescientos veinte y cinco pedidos desde SENAE por presuntos productos infractores.

Este es otro de los procesos dentro de los cuales, las Interpretaciones Prejudiciales, han apoyado para que la autoridad administrativa pueda resolver el caso, para lo cual se cita el caso siguiente.

Dentro del trámite de medida en frontera de la Declaración Aduanera No. 019-2023-91-00860238, por importación de cables y adaptadores con la marca APPLE, la directora nacional de Propiedad Industrial dictó la Resolución Nro. SENADI-DNPI-2023-0125-RE de 19 de junio de 2023, mediante la cual ratificó la suspensión de la importación, por considerar que los productos a ingresar al Ecuador no contaban con autorización de su titular ni eran originales.

Para la motivación de su Resolución, la autoridad citó las siguientes interpretaciones prejudiciales:

En lo referente a que el titular es quien mejor conoce su producto y puede, a su vez, guiar a la autoridad para la verificación de la autenticidad o no del mismo, se señaló el siguiente Proceso:

- Interpretación Prejudicial del 12 de diciembre de 2017, dentro del Proceso 452-IP-2017.

En cuanto a las importaciones de productos auténticos y consentimiento, se citó el siguiente Proceso:

- Interpretación Prejudicial de 7 de diciembre de 2021 dentro del Proceso 259-IP-2021.

3. Conclusiones

La interpretación prejudicial, constituye una valiosa herramienta para que la autoridad pueda soportar sus decisiones administrativas.

El uso de este importante instrumento ha sido adaptado a los trámites que concluyen con una Resolución administrativa.

La interpretación de la norma efectuada por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha permito que la oficina nacional haya reforzado sus decisiones con elementos de alta calidad, para contar con resoluciones mejor motivadas.

El aporte de las interpretaciones prejudiciales ha llevado a que, al resolver, la autoridad tenga lineamientos claros y concisos sobre aspectos que la norma en sí no enuncia, sin embargo, con la interpretación se amplía y permite efectuar una correcta aplicación de la misma.

Quito, 2024.

***

TESTIMONIO PARA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Karin Cáceres Durango

TESTIMONIO PARA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Karin Cáceres Durango
Expresidenta del Consejo Directivo del Indecopi

Desde el inicio de mi gestión como presidenta ejecutiva y presidenta del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (**Indecopi**), he tenido la oportunidad de conocer la estrecha relación que se tiene con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**), la misma que se ha venido forjando por el interés común en la difusión y profundización del conocimiento científico, relacionado con el proceso de integración andina, y el desarrollo del derecho comunitario, en particular, en lo que se refiere al ámbito de los derechos de propiedad intelectual, a través de las Decisiones Andinas 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial y 351 - Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Sabemos que, a través de los años, el Indecopi y el TJCA han llevado a la práctica el intercambio de conocimientos y de investigaciones por medio de visitas recíprocas de magistrados y funcionarios de ambas instituciones a sus respectivas sedes, en períodos determinados. Durante el año de mi gestión, he sido testigo de cómo el acompañamiento técnico y especializado se ha convertido, para nosotros, en un pilar jurídico que sostiene una alianza sólida y efectiva.

Bajo dicha premisa, durante la gestión que presido, se continúa promoviendo la cooperación y el intercambio científico y académico entre ambas instituciones, con el objetivo de contribuir al establecimiento de un marco regulatorio uniforme en las relaciones y actividades de colaboración interinstitucional entre el TJCA y el Indecopi, a fin de facilitar e incentivar la cooperación en el ámbito del derecho comunitario, el desarrollo científico y técnico, la formación, capacitación e intercambio de recursos humanos, así como impulsar el establecimiento de proyectos de investigación conjunta en aquellas áreas que se consideran de interés común, sin perjuicio de la acción individual e independiente de ambas Instituciones.

En ese sentido, seguimos fomentando relaciones de carácter académico, científico y cultural, animando el desarrollo de investigaciones conjuntas en los campos de la jurisprudencia y la integración regional, para beneficio de ambas instituciones y de la sociedad latinoamericana en general.

Del mismo modo, se sigue promoviendo el intercambio de conocimientos y experiencias de los magistrados del TJCA y funcionarios del Indecopi, en aquellas disciplinas de interés común. Además, seguiremos propiciando la elaboración de programas, edición de publicaciones, o la realización de actos conjuntos de difusión

de información relevante, que contribuye al establecimiento de un diálogo continuo y plural sobre el derecho comunitario.

En esa línea, estamos ejecutando diversas modalidades de cooperación mutua, tales como el intercambio de personal; reuniones y visitas recíprocas; capacitaciones a través de programas, cursos, seminarios, talleres, foros, conferencias, simposios, pasantías, visitas profesionales y de investigación del Indecopi en el TJCA; así como el intercambio de información por medio de publicaciones, tales como libros, revistas científicas, boletines y gacetas emanadas de ambas instituciones.

En este punto, valoro mucho las pasantías que han realizado diversos colaboradores del
Indecopi, que han permitido fortalecer sus capacidades profesionales, contribuyendo de esta forma con los conocimientos y experiencias adquiridas en una mejor comprensión de los temas y casos sometidos a su tramitación para la oportuna toma de decisiones.

Desde nuestra institución, reconozco la labor que realiza el TJCA en sus diversas competencias, en la solución de controversias, interpretaciones prejudiciales, acciones de incumplimiento, acciones de nulidad, entre otras.

En el ámbito de la propiedad intelectual, por ejemplo, destaco las diferentes interpretaciones prejudiciales y sentencias emitidas por el TJCA, que establecen tanto valiosos criterios y líneas de orientación en las diversas materias en que se pronuncian, como importantes precedentes jurisprudenciales aplicables para las direcciones de países de la Comunidad Andina.

Hay un hito importante que deseo resaltar en las relaciones entre el Indecopi y el TJCA y es la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 121-IP-2014, de fecha 20 de noviembre de 2014, que fue el instrumento por medio del cual el TJCA estableció la legitimidad activa de una entidad administrativa —como lo es el Indecopi, a través de la Dirección de Signos Distintivos— para solicitar interpretaciones prejudiciales, que hasta entonces solamente eran emitidas a petición de las autoridades jurisdiccionales; lo cual considero que se constituye como una herramienta poderosa para los órganos resolutivos del Indecopi, durante el desarrollo de sus funciones en materia de propiedad intelectual.

En esta interpretación prejudicial se precisaron los alcances del concepto del «Juez Nacional», cuya regulación se encuentra expresamente contenida en el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, interpretándolo de manera extensiva, comprendiendo a órganos decisorios diferentes a los que conforman el Poder Judicial. Así, en el pronunciamiento, se estableció que el concepto de juez nacional «constituye un concepto autónomo, propio del Derecho Comunitario Andino que debe ser definido por el Tribunal de acuerdo con criterios propios».

Así, luego de que el TJCA analizó la normativa señalada, concluyó que la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos del Indecopi actúan como

«juez nacional» y, por tanto, cuentan con legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales. Dicha interpretación, como era de esperarse, se hizo extensiva a otras autoridades administrativas, pertenecientes a los demás países miembros de la Comunidad Andina, como es el caso de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi.

Tras la referida interpretación prejudicial, las distintas direcciones de la institución que lidero, particularmente la Dirección de Signos Distintivos y la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, han aprovechado en reiteradas oportunidades la prerrogativa de poder solicitar interpretaciones facultativas.

En materia de invenciones y nuevas tecnologías, resalto el pronunciamiento emitido en la Interpretación Prejudicial 35-IP-2018, la cual constituyó un nuevo criterio jurisprudencial del TJCA; estableciendo que la publicación que se efectúe en el marco del procedimiento, ya sea por la autoridad o por el solicitante de la patente, no constituye una divulgación inocua en los términos del artículo 17 de la Decisión 486.

A la fecha, son muchas las interpretaciones prejudiciales emitidas por el TJCA a solicitud del Indecopi. Podemos mencionar que, a instancia de la Dirección y Comisión de Signos Distintivos, se han emitido 14 interpretaciones prejudiciales, la última ha recaído en el Proceso 94-IP-2020; mientras que, en el caso de la Dirección y Comisión de Invenciones y Nuevas Tecnologías, dado el carácter técnico de los procedimientos que tramitan, se han emitido tres, la última fue expedida en el Proceso 203-IP-2019, y actualmente se cuenta con una solicitud de interpretación prejudicial en trámite ante el TJCA. Dichas interpretaciones han cubierto muchos temas relevantes en la materia y, con certeza, mi gestión continuará empleando esta herramienta de interpretación en los casos que se requiera.

Estas interpretaciones prejudiciales contribuyen con la predictibilidad de los procedimientos y con la mejor y más eficiente aplicación de las normas de nuestro ordenamiento comunitario andino, lo que pone en relieve el rol de las direcciones y órganos resolutivos competentes del Indecopi, encargados de la aplicación de las normas comunitarias en materia de propiedad intelectual, permitiendo que se cumplan las obligaciones del Estado peruano como parte de la Comunidad Andina.

En suma, esta es una muestra de una larga relación de trabajo, cooperación y colaboración entre ambas instituciones, habiendo cumplido con creces los objetivos perseguidos por el convenio marco celebrado entre el Indecopi y el TJCA, el cual se encuentra con plena vigencia, por lo que aprovecho esta oportunidad para renovar, con total convencimiento, el compromiso institucional de continuar el desarrollo de nuestras funciones en un ambiente de colaboración con el TJCA, en el marco de nuestras competencias.

Lima, enero de 2024.

***

REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN BOLIVIA

Rodrigo Javier Garrón Bozo

REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN BOLIVIA

Rodrigo Javier Garrón Bozo
Abogado boliviano

Desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969 y del Tratado de Creación Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**) en 1979, la interacción de los ciudadanos con las instituciones comunitarias ha sido siempre un punto frágil, debido a la poca voluntad política de los Países Miembros (**PPMM**), reflejada en el debilitamiento institucional de la Secretaría General de la Comunidad Andina y del propio TJCA, dados los constantes atrasos en el pago de cuotas por parte de los PPMM[1], así como en el absurdo presupuesto con que cuenta el TJCA para su funcionamiento, y la falta o retraso en los nombramientos de los representantes nacionales en la Secretaría General, por dar algunos ejemplos que son de conocimiento público. Es en este contexto que el TJCA ha realizado notorios esfuerzos para disminuir las brechas a través de su jurisprudencia, situación que será resaltada en el presente artículo.

Ni siquiera la normativa comunitaria ya existente es aplicada plenamente por los PPMM, como es el caso del «Trato Nacional», figura fundamental en la integración, vigente y de «aplicación directa»[2], bajo el pretexto de falta de desarrollo de reglamentos o por simple desconocimiento de las autoridades; por ejemplo, el Estado boliviano en lo que respecta a materia laboral, no reconoce «Trato Nacional» a los ciudadanos peruanos, ecuatorianos y colombianos, a quienes se les exige una serie de requisitos, para ser representantes legales de sociedades comerciales, o para ocupar cargos de gerencia[3] e incluso con limitaciones a nivel de sueldo[4], pese a que el

---

1 Véase el oficio 02-P-TJCA-2020 de 10 de enero de 2020.

2 El Art. 10 de la Decisión 545 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores indica que: «Se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.»

3 El Art. 3° de la Ley General del Trabajo del Estado Plurinacional de Bolivia indica que*:*

«En ninguna empresa o establecimiento el número de trabajadores extranjeros podrá exceder del 15 por ciento del total y **comprenderá exclusivamente a técnicos**. Se requiere ser de nacionalidad boliviana para desempeñar las funciones de Director, Administrador, Consejero y Representante en las instituciones del Estado, y en las particulares cuya actividad se relacione directamente con los intereses del Estado, particularmente en el orden económico y financiero»

4 A la fecha, el Ministerio del Trabajo del Estado Plurinacional de Bolivia, sigue aplicando un Decreto Supremo de 2 de febrero de 1937, que a la letra indica que*:*

Derecho Comunitario es parte del Bloque de Constitucionalidad, tal como se desarrollará más adelante, contraviniéndose además el «Principio de Cooperación leal» establecido en el Art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TCTJCA**)[5].

Esta falta de voluntad política en la integración andina no ha permitido un mayor desarrollo de la Comunidad Andina (**CAN**) y, por el contrario, ha logrado un estancamiento en el desarrollo normativo, y consecuentemente evolutivo, del derecho comunitario andino, situación que ha sido paulatina y constantemente subsanada —en lo posible— por el TJCA, vía pretoriana.

Cierto es que la estrechez e interacción entre instituciones comunitarias y ciudadanos pasa por la bisagra institucional de los PPMM, exceptuando las Acciones por Incumplimiento (**AI**) que pueden ser planteadas directamente por los ciudadanos, aunque con algunas limitaciones, también impuestas por vía jurisprudencial por parte del TJCA[6]. Para todo el resto de los instrumentos jurídicos andinos, es necesaria la participación del Estado en diferentes instancias y formas.

Para el caso boliviano, la interacción entre ciudadanos e instituciones comunitarias, y más concretamente con el TJCA, ha sufrido un cambio dramático a partir de la *interpretación extensiva* realizada por el TJCA sobre los alcances del término *juez nacional*. Cabe recordar, que el Art. 33 del TCTJCA, establece que solo el *juez nacional* es quien está facultado para hacer las consultas de interpretación prejudicial (**IP**) al TJCA[7].

«Art. 1. - El ochenta y cinco por ciento (85%) de los empleados que sirvan a un mismo patrono, deberá ser de nacionalidad boliviana. Del total de sueldos pagados por el mismo patrono, se asignará el ochenta y cinco por ciento al menos, en favor de los empleados nacionales. Los pagos hechos en moneda extranjera, se reducirán al cambio bancario para restablecer dicho porcentaje».

5 El Art. 4 del TCTJCA indica 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.

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

6 Véase el Auto TJCA 03-AI-2017, punto 3.1.12 y 3.1.13.

7 TCTJCA, Art. 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.»

Esta situación, que conllevaba un complejo y desgastante proceso para los ciudadanos bolivianos, pues ante la imposibilidad de que sean los funcionarios administrativos de la Oficina Nacional Competente (**ONC**), que en el caso de la propiedad intelectual en Bolivia, recae en el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (**SENAPI**), quienes hagan las consultas prejudiciales al TJCA, se debía llegar a un proceso Contencioso Administrativo para que, dentro del mismo, recién el juez de la causa, que en este caso eran los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (**TSJ**), otrora magistrados de la Corte Suprema de Justicia (**CSJ**), sean quienes oficien dichas consultas al TJCA.

Así, el burocrático camino para llegar a una IP, más que engorroso, resulta prácticamente una denegación de justicia, o cuando menos una vulneración al principio de tutela judicial efectiva, pues además del tortuoso procedimiento ante las autoridades administrativas, que desde ya supone la existencia en la práctica de un conjunto de limitaciones de orden práctico y técnico, que implica además una serie de malas prácticas burocráticas, se debe esperar a un proceso contencioso-administrativo para que recién pueda plantearse una IP al TJCA.

Además de lo indicado anteriormente, debe sumarse el hecho que los procesos contencioso-administrativos (contra instituciones nacionales) se ventilan única y exclusivamente ante el TSJ ubicado en la ciudad de Sucre, con lo cual, la dificultad es aún mayor, debido a la distancia, a la contratación de abogados corresponsales con sede en la capital boliviana, y por supuesto, el incremento de los costos del litigio para las partes.

Ese panorama por supuesto conllevó a que los ciudadanos bolivianos hagan un uso muy limitado del TJCA, con todo lo que el poco ejercicio de una institución o de un derecho implica, como lo es, por ejemplo, el desconocimiento a las formas y alcances que debe tener una solicitud de IP. De hecho, en las primeras IP solicitadas por el TSJ, el TJCA se ha dedicado a repasar los alcances de la norma comunitaria y de la interpretación prejudicial, interpretando lo que a criterio del TJCA, se considera importante de la consulta (véase por ejemplo el caso 87-IP-2002).

Vale señalar que los jueces nacionales, incluso hasta el día de hoy, solicitan IP poco precisas, haciendo no una, sino varias preguntas, en su mayoría amplias, o peor aún, solicitando la interpretación de determinados artículos, sin especificar la duda o consulta concreta de cada artículo[8], lo cual —salvando las diferencias— dista mucho de lo que ocurre en la Unión Europea, donde las «Cuestiones Prejudiciales de Interpretación», son mayormente muy precisas y puntuales para el caso. Esta "práctica" ha derivado en sendas respuestas doctrinales por parte del TJCA, que

[8] Véase por ejemplo la Sentencia 573-IP-2016, en la cual «[l]a Entidad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los artículos 154, 238, 247, 250, 252, 253, 254, 255 y 256 de la Decisión 486 (…) de la Comisión de la Comunidad Andina».

además resultaban ser en varios casos ya repetitivas y bastante extensas, pues incluyen citas de autores[9] y el propio criterio jurisprudencial del tribunal.

A partir del año 2007, con las sentencias 14-IP-2007 y 130-IP-2007, el TJCA ha realizado una interpretación extensiva de lo que debe considerarse dentro del término juez nacional, determinando que este concepto:

> «debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino.»

A partir de la jurisprudencia citada, las ONC quedaron habilitadas para solicitar —de manera facultativa— las IP al TJCA, generando de manera automática una mayor participación de Bolivia ante el TJCA, dado que el SENAPI, a solicitud de los usuarios o de oficio, podían solicitar una IP directamente, sin tener que esperar que sea el juez del contencioso administrativo quien lo haga.

Es también remarcable y fundamental mencionar que, con la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, se ha jerarquizado al Derecho Comunitario, como parte del bloque de constitucionalidad[10], generándose una doble protección a la normativa comunitaria, la primera por vía comunitaria, a través de las acciones comunitarias establecidas en el TCTJCA, y la segunda, por vía Constitucional, sea a través de Acciones de Amparo o por el control de constitucionalidad propio del Tribunal Constitucional Plurinacional. Al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 1232/2022-S4 de 21 de septiembre de 2022, en relación a la Decisión 486 indica que:

> «…Dicha norma comunitaria, tiene como una de sus características más importantes, el de supranacionalidad, que es definida como el traslado de la competencia de los órganos nacionales a nuevos organismos internacionales de carácter comunitario. Asimismo, por mandato del art. 410.II de la CPE, dicha norma comunitaria tiene jerarquía normativa constitucional…»

A partir de los antecedentes indicados, el ejercicio de los derechos establecidos en la norma comunitaria ha sufrido, por vía jurisprudencial comunitaria y constitucional, un destacado impulso, pese a la voluntad política señalada. Habrá que esperar un caso «Bosman» para que, como ocurrió en la Unión Europea, sea el propio TJCA quien

---

9 Es importante destacar que, por ejemplo, a diferencia de otros tribunales supranacionales, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TJCA cita directamente a los autores de diferentes doctrinas, a modo de enriquecer sus sentencias.

10 Constitución Política del Estado - Estado Plurinacional de Bolivia, Art. 410, parágrafo II:

> «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país…»

haga prevalecer el «Trato Nacional», y se vayan eliminando las restricciones y limitaciones con las que cuentan actualmente los ciudadanos andinos que migran para trabajar en Bolivia. Similar impulso se espera que pueda ocurrir con la «Implementación del Acto Aclarado en la Comunidad Andina» de marzo de 2023, figura bajo la cual, hasta octubre del año pasado, ya se habían resuelto 297 casos[11]. Bajo esta figura, la autoridad administrativa o jurisdiccional, que en principio está obligada a realizar la IP, puede obviar dicha consulta si es que el criterio jurídico interpretativo ya ha sido constituido como «acto aclarado» por parte del TJCA, de acuerdo al «repositorio e índice de actos aclarados»[12], donde se presenta con exhaustivo detalle todos los criterios jurisprudenciales que ya no requieren de una nueva IP para su aplicación en el País Miembro.

En cuanto a las AI, si bien la Comunidad Andina fue pionera en el mundo en reconocer a los particulares el derecho de demandar a los PPMM de forma directa, es importante también hacer notar que en los últimos años el TJCA ha ido regulando a través de su jurisprudencia esta figura. Concretamente, a través del proceso 03-AI-2017, se ha establecido que la afectación a los particulares debe ser «concreta, real y directa», además de «oportuna», de acuerdo «a la naturaleza de la afectación». Asimismo, en la Sentencia 04-AI-2021, se ha establecido que la demanda por incumplimiento debe ser «actual e inmediata».

En conclusión, es posible afirmar que, de manera indudable, el TJCA a golpe de jurisprudencia, ha adquirido un rol activo en la integración y en la regulación comunitaria por la vía jurisprudencial, por lo que quienes en el ejercicio de nuestras profesiones u oficios, nos encontramos en la necesidad de aplicar el derecho comunitario, debemos velar para que esta institución se mantenga incólume ante las usuales presiones políticas, sea empoderada jurídica y económicamente, así como equipada con el personal de apoyo más capacitado y los magistrados más probos, otorgándoseles las garantías y condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones.

La Paz, 2024.

***

11 TJCA; Oficio No. 101-P-TJCA-2023 de fecha 11 de octubre de 2023; dirigido al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión de la Comunidad Andina.

12 Disponible en: *https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/actos-aclarados/*

EXPERIENCIAS PROFESIONALES COMO USUARIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Fernando Triana

EXPERIENCIAS PROFESIONALES COMO USUARIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Fernando Triana
Abogado colombiano

A continuación, me permito relatar mi testimonio relacionado con mi experiencia profesional como usuario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Si existe alguna forma de calificar la experiencia con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el desarrollo de la vida de un litigante de propiedad intelectual, tendría que ser de mutuo crecimiento y armónico complemento (tomando las palabras del mismo Tribunal para hacer referencia a la relación entre el ordenamiento jurídico andino y el nacional).

El Tribunal inicia como ese organismo lejano, distante de las partes, accesible únicamente a las autoridades nacionales, pero como todo organismo, evoluciona. Esa evolución sucede porque si bien los hechos específicos del caso no son materia de interpretación, solo las normas aplicables a los casos, lo cierto es que, muchas veces, existen detalles, minucias que son relevantes para las partes y que se resuelven con la interpretación de las normas, que no siempre se reflejan en los cuestionamientos realizados por la autoridad.

Por esa razón, se abrió una puerta a un acercamiento, una puerta que le permite a las partes aclarar esas minucias que podrían llegar a cambiar la interpretación de la norma.

Si bien es cierto que la norma es clara, la interpretación sí se basa en los hechos específicos del caso y es esa la razón de ser del Tribunal.

Esto tuvo gran relevancia en el año 2017. En el marco de un proceso por competencia desleal que vinculaba discusión sobre temas de derechos sobre signos distintivos, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., como juez de segunda instancia, ordenó la práctica de una Interpretación Prejudicial de los artículos 137, 154 y 155 de la Decisión 486 de 2000, lo que nos permitió, en el marco de ese trámite, abrir la puerta para que por primera vez luego de muchos años, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina escuchara los argumentos tanto de la autoridad judicial colombiana como de las partes, sobre la forma en la cual aquellas consideraban que, bajo las circunstancias del asunto, se debían interpretar las normas comunitarias vinculadas al caso.

Esa intervención ante la instancia comunitaria se impulsó mediante una petición promovida por nuestra parte en representación de los intereses de nuestro cliente, fundamentada en su momento en una interpretación de las normas que regían la actividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, analizadas bajo la aplicación del derecho fundamental al debido proceso y las garantías que se deben

otorgar a los intervinientes en los trámites ante la Justicia de los diferentes países que forman parte de la Comunidad Andina de Naciones, así como la ausencia en el reglamento de una expresa prohibición que impidiera agotar un procedimiento previo a la decisión final, en el cual se escuchara a las partes vinculadas y las autoridades nacionales en audiencia, sobre sus puntos de vista sobre el asunto.

De esa manera, se realizó la primera audiencia que nos permitió en adelante abrir camino para esa sana práctica, la cual posteriormente se adoptó como permanente regulando su procedimiento a través de una modificación introducida al Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales, a lo cual se procedió mediante el Acuerdo 03 de 2022, en virtud del cual se permite ahora expresamente que las partes puedan acudir directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para solicitar la práctica de audiencias para estos informes orales, dando una invaluable oportunidad a las partes y autoridades nacionales para dar a conocer sus puntos de vista en relación con la interpretación de las normas comunitarias que deben ser aplicadas, para dar solución a los diferentes casos que se ponen en consideraciones de las autoridades nacionales de los países parte de la Comunidad Andina.

De esta forma, se abrió un canal directo entre las partes de los procesos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que permitió un acercamiento que antes no se tenía.

Lo más importante es que este canal no se usa en todos los casos, pero sí les permite a las partes interesadas dar un mejor contexto al Tribunal para que su interpretación de las normas en cuestión sea relevante para ellas, el caso y los jueces que emiten sus decisiones.

En el año 2023, ya en vigencia del Acuerdo, tuvimos nuevamente la oportunidad de hacer uso del mecanismo de la audiencia a solicitud de parte y pudimos experimentar esta, ya no como una posibilidad por un vacío reglamentario, sino como una figura debidamente reglamentada y, además, facilitada por los medios tecnológicos que comenzaron a usarse producto de la pandemia.

Pero este no ha sido el único avance que hemos podido experimentar. El 13 de marzo de 2023, fuimos testigos del reconocimiento, por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la doctrina interpretativa del acto aclarado.

Hacía unos años veníamos viendo interpretaciones prejudiciales reiterativas, que se producían por la obligación de solicitar la interpretación, pero que recaían sobre normas respecto de las que ya había amplia interpretación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en concordancia con las normas contenidas en el Tratado de Creación del Tribunal y en los Estatutos del Tribunal se incorporó la doctrina del acto aclarado.

Esta doctrina no vino sola, sino que fue traída por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con un trabajo serio incluido en el índice de criterios jurídicos interpretativos que constituyen acto aclarado. Este índice es la clasificación por norma, tema, proceso, fecha, página y párrafo, de lo que consiste en acto aclarado en cada caso.

El acto aclarado tiene una ventaja muy grande y es la reducción de tiempo que supone el trámite de la interpretación prejudicial y la consecuente resolución del trámite nacional. Adicionalmente, le brinda la opción al juez nacional de verificar si el tema es acto aclarado y prescindir de la solicitud de interpretación prejudicial, siempre y cuando justifique la misma.

Sin duda ha habido muchos más aspectos de mutuo crecimiento y enriquecimiento. Las partes, aportando casos interesantes para que el Tribunal pueda expedir las interpretaciones que ajustan las normas andinas no solo a la realidad de los casos, sino que además tiene la oportunidad de actualizar la aplicación de las normas a las circunstancias cambiantes de la tecnología y las nuevas realidades sociales.

Ha sido una interesante experiencia poder estar al lado, ver y participar de todo el desarrollo que ha tenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y poder sentir el afán de sus magistrados por siempre mantener a la institución a la vanguardia de los avances jurídicos.

Bogotá, 2024.

***

LITIGAR ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Xavier Rosales Kuri

LITIGAR ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Xavier Rosales Kuri
Abogado ecuatoriano

He aceptado con gusto la invitación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para dar testimonio sobre la experiencia de litigar ante esta alta corte, con ocasión del aniversario número 45 de su creación.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene como objetivo la salvaguarda de la vigencia del Acuerdo de Cartagena, como ente independiente de los gobiernos de los países miembros y de los demás órganos e instituciones comunitarias, con capacidad de declarar el derecho comunitario andino, de dirimir las controversias que surjan de su aplicación y de interpretarlo de manera uniforme.

Litigar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es siempre una experiencia de profesionalismo y alto nivel. El Tribunal ha demostrado su compromiso con la gestión eficaz de los casos y una voluntad genuina de sus colaboradores, en todos los niveles, para atender oportunamente las solicitudes formuladas.

Destaca la voluntad demostrada por el Tribunal, de entablar un diálogo constructivo durante las audiencias, formulando preguntas que evidencian que los argumentos de las partes son atenta y efectivamente considerados en la formación del criterio de los magistrados sobre las cuestiones en controversia.

En términos del trámite en sí, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mantiene consistentemente una estructura de toma de decisiones transparente y comprensible. Cada disposición dictada por el Tribunal está respaldada en una argumentación motivada, cuya estructura permite una fácil comprensión de las motivaciones detrás de cada decisión. Esta estructura garantiza la transparencia, facilita una comprensión más sólida y promueve la confianza en la integridad del sistema judicial andino.

Litigar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, más allá de enriquecer significativamente mi experiencia en el ejercicio profesional, ha sido una experiencia esclarecedora sobre la relevancia del papel del Tribunal en la consecución de los fines del Acuerdo de Cartagena, como son la promoción del desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros de la Comunidad Andina en condiciones de equidad, acelerar su crecimiento y facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común.

Felicito al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por su quehacer y el servicio brindado, a la vez que reitero la confianza en su compromiso con la adopción de resoluciones fundadas en los principios de equidad y justicia, en observancia estricta del derecho al debido proceso y respetando en todo momento los derechos de las partes, para garantizar la efectiva vigencia de los principios y fines que inspiran el régimen legal comunitario.

Quito, 2024.

***

TESTIMONIO DE CONMEMORACIÓN POR ANIVERSARIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Luis Alonso García Muñoz Nájar

TESTIMONIO DE CONMEMORACIÓN POR ANIVERSARIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Luis Alonso García Muñoz Nájar
Abogado peruano

Es un honor para mí reafirmar la importante labor que cumple el Tribunal en el proceso de fortalecer el Sistema Andino de Integración, sentando las bases legales del derecho de la integración y, en particular, del respeto y protección a la propiedad intelectual en nuestra subregión.

A lo largo de mi trayectoria profesional, tanto en el sector privado como en el servicio público de la República del Perú, he tenido el privilegio de interactuar directamente con el Tribunal en diversas ocasiones. Ya sea como litigante en representación de mi país, o en la defensa de los intereses de empresas ante este órgano de justicia comunitaria, he sido testigo de la seriedad, imparcialidad y profesionalismo con los que el Tribunal aborda cada caso que se presenta ante él.

Es en este sentido que quiero compartir mi visión sobre la relevancia del Tribunal en el marco de un proceso de integración subregional y su papel en la protección y promoción de la propiedad intelectual y otras importantes ramas del Derecho en la Comunidad Andina. Asimismo, deseo destacar la importancia de su labor en la consolidación del Estado de Derecho y la defensa de los derechos fundamentales en nuestra región.

En estos más de 25 años de relación permanente con el Tribunal, he podido constatar de primera mano la seriedad, imparcialidad y profesionalismo con que el Tribunal aborda los casos que se someten a su jurisdicción, brindando un marco de seguridad jurídica indispensable para el desarrollo de las relaciones comerciales y la protección de los derechos de propiedad intelectual en la región andina.

¿Por qué incido tanto en los derechos de propiedad intelectual? Porque desde el año 1975 la Comunidad Andina cuenta con normas comunes sobre marcas, patentes y derechos de autor, las cuales son uno de los ejemplos más relevantes para demostrar que este esquema de integración funciona en servicio de los ciudadanos.

Con este breve testimonio, mi objetivo es contribuir al reconocimiento del valioso trabajo realizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y resaltar su papel fundamental como defensor de la integración subregional y la protección de los derechos de los ciudadanos y empresas que operan en nuestra región. Pero también, debemos ser críticos respecto de criterios discutibles, presentes en algunos de sus pronunciamientos, los cuales han impedido en ciertas ocasiones un acceso adecuado a la justicia comunitaria para las empresas.

La integración regional ha sido una pieza clave en el desarrollo económico y político de América Latina. Uno de los proyectos más destacados en esta área es la Comunidad Andina, que celebra su quincuagésimo quinto aniversario de creación. Como parte de la evolución de este proyecto, los Países Miembros consideraron estratégico contar además con normas supranacionales que aseguren un cumplimiento homogéneo en todo el territorio comunitario. Sin embargo, estas normas necesitan de un órgano judicial autónomo que garantice su aplicación e interpretación uniforme. Dentro de esta estructura de integración, el Tribunal tiene un papel fundamental en la consolidación del derecho andino y la promoción de la justicia en la región.

Como indicamos previamente, el proceso de integración andino comenzó en 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, llamándose en un inicio Pacto Andino, el cual más tarde se convertiría en la Comunidad Andina. Desde entonces, los Países Miembros —Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú— han trabajado en conjunto para promover el desarrollo económico y social, así como la cooperación política y desarrollar una agenda externa común. Para lograr esos objetivos, la Comunidad Andina ha establecido una serie de órganos e instituciones para facilitar este proceso, siendo uno de las más importantes el Tribunal. Creado en 1979 y en funciones desde 1984, el Tribunal tiene como objetivo principal garantizar la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino, a través de procesos establecidos de manera taxativa en su Tratado de Creación.

Aún recuerdo las audiencias que solían llevarse a cabo en el sótano de su antigua sede, cercana a la Avenida Amazonas, en la encantadora ciudad de Quito, Ecuador. Hoy en día, el Tribunal cuenta con una nueva sede que espero tener la oportunidad de visitar pronto. Lamentablemente, las restricciones impuestas por la virtualidad nos impiden regresar a esta querida ciudad para litigar, ya que actualmente la mayoría de los procedimientos se llevan a cabo de manera virtual, incluidas las audiencias.

Es importante destacar que, incluso antes de la pandemia de COVID-19, la mayoría de los procesos en el Tribunal se realizaban de forma virtual. Recibir una notificación por correo electrónico con una sentencia de incumplimiento siempre conlleva una expectativa gratificante.

El Tribunal está compuesto por magistrados altamente calificados de cada uno de los Países Miembros (4 en total), siendo parte de su labor resolver controversias entre los Países Miembros, entre órganos del Sistema Andino de Integración, entre órganos del Sistema Andino de Integración y Países Miembros, así como entre estos y los ciudadanos y empresas que operan en el ámbito andino. Y esto también es algo que merece ser destacado: cualquier ciudadano andino o empresa, que vean afectados sus derechos, tiene la oportunidad de recurrir al Tribunal. A diferencia del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio y otros foros donde solo los Estados pueden litigar directamente, los ciudadanos y empresas de la Comunidad Andina no tienen ningún impedimento para acudir al órgano judicial comunitario a resolver sus controversias.

De esta manera, como litigante ante el Tribunal y usuario del sistema de solución de controversias andino, puedo atestiguar la importancia de este órgano en la consolidación del proceso de integración andino, en especial a través de sus sentencias e intervenciones en las reuniones del Sistema Andino de Integración. Una norma como la Decisión 486 sobre propiedad industrial no hubiera sido lo exitosa que es (tiene casi 25 años de vigencia), sin el aporte de los magistrados del Tribunal que en ese momento (inicios de este siglo) formaban parte de dicho órgano. Y así podemos nombrar más ejemplos donde la intervención de los magistrados, para ordenar una negociación o dar luces sobre un concepto legal, contribuyó de manera decisiva a la consolidación de la Comunidad Andina.

El Tribunal ha desempeñado un papel importante en la resolución de conflictos comerciales entre los Países Miembros. Sus decisiones han sentado precedentes importantes en áreas como el comercio, la inversión, sanidad agropecuaria, normas aduaneras y la propiedad intelectual, contribuyendo así a un ambiente de seguridad jurídica para los actores económicos de la región.

Sin embargo, el camino hacia la integración plena no ha estado exento de desafíos. El Tribunal ha debido enfrentar obstáculos como la complejidad de los sistemas jurídicos nacionales, así como muchas veces la falta de voluntad política de los Gobiernos para asumir sus compromisos frente a este importante órgano. A pesar de ello, el Tribunal ha demostrado su capacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes y para encontrar soluciones equitativas y eficaces a los conflictos que se le presentan.

Han pasado 55 años desde la creación de la Comunidad Andina y 40 años desde que el Tribunal inició sus funciones al servicio del derecho y la integración, por lo que este órgano sigue siendo una pieza fundamental en el proceso de construcción de una región próspera, justa y unida. Su labor continúa siendo vital para garantizar la estabilidad jurídica, la protección de los derechos y el desarrollo económico de los Países Miembros, sus ciudadanos y empresas establecidas en este territorio. Como usuarios y beneficiarios de este sistema de justicia subregional, es nuestro deber seguir apoyando y fortaleciendo esta institucionalidad.

Agradezco sinceramente la oportunidad que se me ha brindado para compartir mi testimonio en esta conmemoración tan significativa para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Lima, 2024.

***

TESTIMONIO SOBRE EL SISTEMA DE JUSTICIA ANDINO

Juan Carlos Durand Grahammer

TESTIMONIO SOBRE EL SISTEMA DE JUSTICIA ANDINO

Juan Carlos Durand Grahammer
Abogado peruano

Con ocasión del 45 aniversario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**), reciba nuestros saludos y felicitaciones, las que hacemos extensivas a todos los magistrados del TJCA, tanto a los que lo integran actualmente, como a los que lo han integrado en el pasado.

La importancia de la Comunidad Andina (**CAN**) y de cada uno sus órganos, entre los que destaca el TJCA, ha permitido integrar el posicionamiento de los países de la CAN en el contexto económico internacional.

El fortalecimiento de un «mercado común Andino», con miras a contar con uno de perfil «latinoamericano», parte de contar con un sistema económico-legal integrado, pero sobre todo de tener un mecanismo eficiente para la solución de conflictos, donde el TJCA ha demostrado su valentía, eficiencia e imparcialidad en los diversos pronunciamientos emitidos a largo de su historia.

Como ciudadano de uno de los países miembros de la CAN y usuario del Sistema de Justicia Andino reitero mis saludos y felicitaciones por el 45 aniversario.

Lima, 2024.

***

CAPÍTULO XI

GALERÍA FOTOGRÁFICA CONMEMORATIVA

SUBCAPÍTULO I

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Compilado por Gonzalo Vaca Dueñas

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
(28 DE MAYO DE 2024)



Íñigo Salvador Crespo
Magistrado presidente (2024)
por la República del Ecuador
(enero de 2023 – actualidad)



Hugo R. Gómez Apac
Magistrado
por la República del Perú
(marzo de 2016 – actualidad)



Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada
por la República de Colombia
(enero de 2023 – actualidad)



Rogelio Mayta Mayta
Magistrado
por el Estado Plurinacional de Bolivia
(noviembre de 2023 – actualidad)

SUBCAPÍTULO II

EXMAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Compilado por Gonzalo Vaca Dueñas

EXMAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA



Hugo Poppe Entrambasaguas
Magistrado
por la entonces República de Bolivia
(enero de 1984 – septiembre de 1990)



Luis Carlos Sáchica Aponte
Magistrado
por la República de Colombia
(enero de 1984 – enero de 1987)



Estuardo Hurtado Larrea
Magistrado
por la República del Ecuador
(enero de 1984 – enero de 1987)



Gonzalo Ortiz de Zevallos
Magistrado
por la República del Perú
(enero de 1984 – abril de 1985)



José Guillermo Andueza Acuña
Magistrado
por la entonces República de Venezuela
(enero de 1984 – abril de 1988)



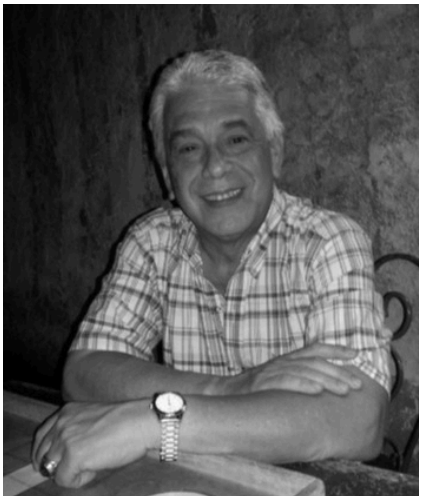
Nicolás de Piérola y Balta
Magistrado
por la República del Perú
(abril de 1985 – febrero de 1990)



Fernando Uribe Restrepo
Magistrado
por la República de Colombia
(enero de 1987 – enero de 1993)



Galo Pico Mantilla
Magistrado
por la República del Ecuador
(enero de 1987 – enero de 1993)



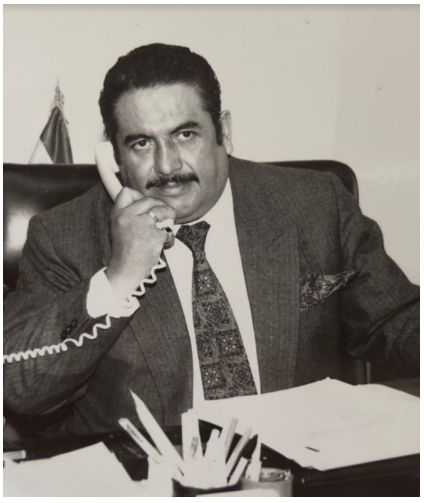
Iván Gabaldón Márquez
Magistrado
por la entonces República de Venezuela
(abril de 1988 – enero de 1990)



Juan Vicente Ugarte del Pino
Magistrado
por la República del Perú
(febrero de 1990 – enero de 1996)



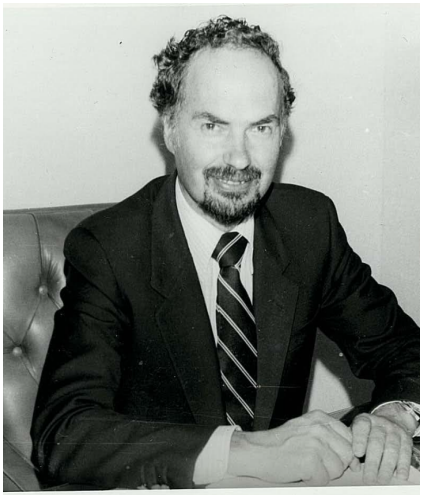
Carmen Elena Crespo de Hernández
Magistrada
por la entonces República de Venezuela
(febrero de 1990 – enero de 1996)



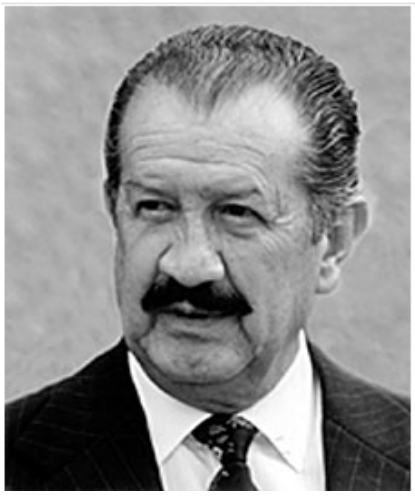
Edgar Barrientos Cazazola
Magistrado
por la entonces República de Bolivia
(septiembre de 1990 – enero de 1996)



Roberto Salazar Manrique
Magistrado
por la República de Colombia
(febrero de 1993 – enero de 1999)



Patricio Bueno Martínez
Magistrado
por la República del Ecuador
(febrero de 1993 – febrero de 1999)



Gualberto Dávalos García
Magistrado
por la entonces República de Bolivia
(febrero de 1996 – agosto de 2002)



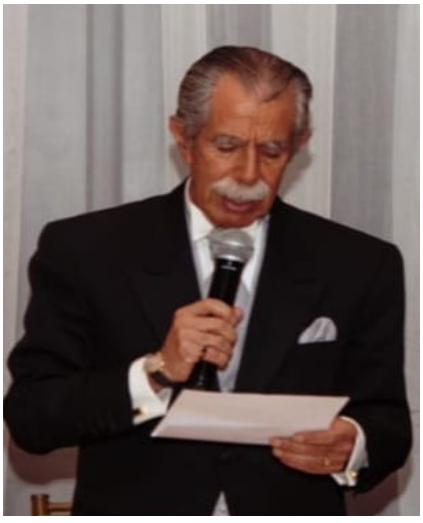
Juan José Calle y Calle
Magistrado
por la República del Perú
(febrero de 1996 – febrero de 2002)



Luis Henrique Farías Mata
Magistrado por
la República Bolivariana de Venezuela
(febrero de 1996 – febrero de 2002)



Guillermo Chahín Lizcano
Magistrado
por la República de Colombia
(febrero de 1999 – febrero de 2005)



Rubén Herdoíza Mera
Magistrado
por la República del Ecuador
(febrero de 1999 – septiembre de 2005)



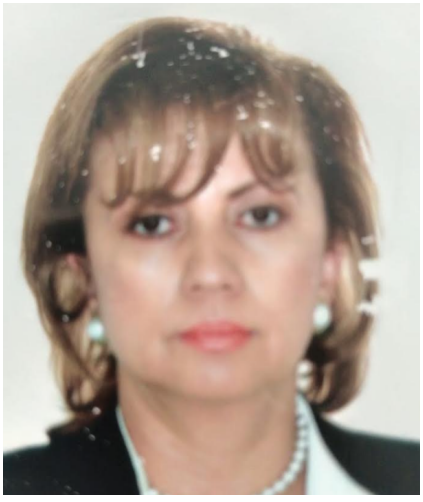
Moisés Troconis Villarreal
Magistrado por
la República Bolivariana de Venezuela
(febrero de 2002 – abril de 2006)



Ricardo Vigil Toledo
Magistrado
por la República del Perú
(febrero de 2002 – enero de 2014)



Walter Kaune Arteaga
Magistrado
por la entonces República de Bolivia
(enero de 2003 – enero de 2008)



Olga Inés Navarrete Barrero
Magistrada
por la República de Colombia
(febrero de 2005 – diciembre de 2008)



Oswaldo Salgado Espinoza
Magistrado
por la República del Ecuador
(septiembre de 2005 – enero de 2011)



Carlos Jaime Villarroel Ferrer
Magistrado
por el Estado Plurinacional de Bolivia
(enero de 2008 – enero de 2014)



Leonor Perdomo Perdomo
Magistrada
por la República de Colombia
(diciembre de 2008 – enero de 2016)



José Vicente Troya Jaramillo
Magistrado
por la República del Ecuador
(enero de 2011 – septiembre de 2015)



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
Magistrada
por el Estado Plurinacional de Bolivia
(enero de 2014 – enero de 2020)



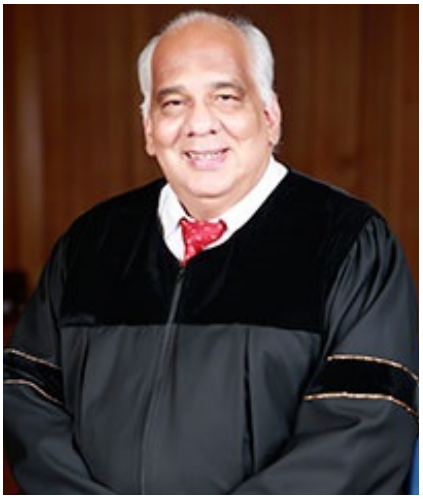
Luis José Diez Canseco Núñez
Magistrado
por la República del Perú
(enero de 2014 – marzo de 2016)



Hernán Rodrigo Romero Zambrano
Magistrado
por la República del Ecuador
(septiembre de 2015 – enero de 2023)



Martha Esperanza Rueda Merchán
Magistrada
por la República de Colombia
(enero de 2016 – enero de 2017)



Luis Rafael Vergara Quintero
Magistrado
por la República de Colombia
(enero de 2017 – enero de 2023)



Gustavo García Brito
Magistrado
por el Estado Plurinacional de Bolivia
(enero de 2020 – noviembre de 2023)

Quito, mayo de 2024.

***

SUBCAPÍTULO III

RECUENTO DE SECRETARIOS GENERALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Compilado por Gonzalo Vaca Dueñas

SECRETARIOS GENERALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA – TJCA

Secretaria general actual



Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general del TJCA
(enero de 2023 – actualidad)
País de nacionalidad: República del Perú

Exsecretarios generales

Nombre	País de nacionalidad	Periodo
Iván Gabaldón Márquez	República de Venezuela (entonces)	1984 – 1986
Rubén Herdoíza Mera (*ad interim*)	República del Ecuador	1987 – 1991
Patricio Peralvo Mendoza (*ad interim*)	República del Ecuador	1992 – 1998
Eduardo Almeida Jaramillo	República del Ecuador	1999 – 2004
Mónica Rosell Medina	República del Perú	2005 – 2006
Isabel Palacios Leguizamón	República de Colombia	2006 – 2012
Gustavo García Brito	Estado Plurinacional de Bolivia	2012 – 2018
Karla Margot Rodríguez Noblejas (*ad interim*)	República del Perú	2018
Luis Felipe Aguilar Feijoó	República del Ecuador	2018 – 2023

Quito, mayo de 2024.

***

SUBCAPÍTULO IV

EVENTOS PROTOCOLARES CON AUTORIDADES NACIONALES E INTERNACIONALES

Compilado por Gonzalo Vaca Dueñas & Mariohr Pacheco Sotillo, con la colaboración de Alejandra Muñoz Torres & Lupe Helena Núñez del Arco Viteri

REUNIONES CON JEFES DE ESTADO



Magistrado del TJCA, Edgar Barrientos Cazazola, junto con el presidente de la República del Ecuador, Rodrigo Borja Cevallos
Quito, 1989



Magistrados del TJCA Edgar Barrientos Cazazola, Roberto Salazar Manrique y Patricio Bueno Martínez junto con el presidente de la República del Ecuador, Sixto Durán Ballén
Quito, 1993



Magistrados del TJCA Luis Henrique Farías Mata y Patricio Bueno Martínez junto con el presidente de la República de Venezuela, doctor Rafael Caldera, y Andrés Caldera Pietri
Caracas, 1999



Magistrados del TJCA Hugo R. Gómez Apac, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano (presidente) y Gustavo García Brito
con el presidente de la República de Colombia, Iván Duque
Cartagena de Indias, febrero 2020



Magistrados del TJCA Hugo R. Gómez Apac, Íñigo Salvador Crespo, Sandra Charris Rebellón (presidenta) y Gustavo García Brito con el presidente de la República del Ecuador, Guillermo Lasso Mendoza
Quito, 2023



Magistrada (presidenta) del TJCA Sandra Charris Rebellón con el presidente de la República del Ecuador Daniel Noboa Azín
Quito, noviembre 2023

REUNIONES CON FUNCIONARIOS COMUNITARIOS



Magistrados del TJCA Carlos Jaime Villarroel Ferrer, Leonor Perdomo Perdomo, Ricardo Vigil Toledo y José Vicente Troya en su visita al secretario general de la Comunidad Andina, Pablo Guzmán Laugier
Lima, 2013



Magistrados del TJCA Hugo R. Gómez Apac (presidente) y Luis Rafael Vergara Quintero, junto al secretario general de la Comunidad Andina, Jorge Hernando Pedraza en el «Seminario Internacional: Solución de Controversias en la Comunidad Andina a los 50 años de su creación y 40 años del Tribunal de Justicia»
Lima, mayo 2019



Magistrado (presidente) Hugo R. Gómez Apac en la sesión solemne por el día de la Universidad Andina Simón Bolívar, la conmemoración de los 50 años de la Comunidad Andina
y 40 años del TJCA
Quito, julio 2019



Magistrados del TJCA Hugo R. Gómez Apac (presidente), Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
en la IV Reunión de representantes de instituciones del Sistema Andino de Integración
La Paz, octubre 2019



Magistrado del TJCA Hugo R. Gómez Apac (presidente) en la VI Reunión de representantes de órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI)
Quito, abril 2022



Magistrados del TJCA Rogelio Mayta Mayta, Sandra Charris Rebellón (presidenta), Íñigo Salvador Crespo y Hugo R. Gómez Apac con el doctor Gonzalo Gutiérrez Reinel, secretario general de la Comunidad Andina
Quito, noviembre 2023



Magistrado (presidente) del TJCA Íñigo Salvador Crespo en su visita al secretario general de la Comunidad Andina, Gonzalo Gutiérrez Reinel
Lima, marzo 2024

REUNIONES CON MINISTROS DE ESTADO



Magistrados del TJCA Hugo Poppe Entrambasaguas, Carlos Sáchica Aponte, Estuardo Hurtado Larrea y Gonzalo Ortiz de Zevallos en su visita al canciller de la República del Ecuador, Luis Valencia Rodríguez
Quito, 1981



Magistrados del TJCA Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Hugo R. Gómez Apac (presidente) y Luis Rafael Vergara Quintero, junto con el ministro de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador José Valencia Amores
Quito, 2019



Magistrada (presidenta) del TJCA Sandra Charris Rebellón en su visita al ministro de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia Germán Umaña
Bogotá, noviembre 2023



Magistrados del TJCA Hugo R. Gómez Apac, Sandra Charris Rebellón (presidenta), Íñigo Salvador Crespo y Gustavo García Brito
en su visita al ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador Gustavo Manrique Miranda
Quito, 2023



Magistrada (presidenta) del TJCA Sandra Charris Rebellón en su visita al ministro de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú Juan Carlos Mathews Salazar
Lima, 2023



Magistrados del TJCA Íñigo Salvador Crespo (presidente) y Hugo R. Gómez Apac en su visita al ministro de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú Juan Carlos Mathews Salazar
Lima, marzo 2024

EVENTOS PROTOCOLARES CON AUTORIDADES JUDICIALES



Reunión Internacional

Quito es escenario de la Primera Reunión de Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de los países miembros del Acuerdo de Cartagena. En el evento internacional inaugurado ayer, participan los más altos magistrados de las Cortes de Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela. En la gráfica un aspecto de la reunión que se clausurará mañana miércoles, tras haberse analizado varios punto relacionados con el ordenamient jurídico del Acuerdo de Cartagena y legislación interna de los países de Subregión.

La Hora 10 de Junio 1986

Primera Reunión de presidentes de las Cortes Supremas de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena
Diario La Hora
Quito, junio 1986



Magistrada del TJCA Sandra Charris Rebellón (presidenta) con el presidente de la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado,
de la Corte superior de Justicia de Lima, Ricardo Guillermo Vinatea Medina
Lima, 2023



Magistrada (presidenta) Sandra Charris Rebellón con el presidente del Consejo de Estado de la República de Colombia Jaime Enrique Rodríguez Navas
Bogotá, 2023



Visita del magistrado del TJCA Íñigo Salvador Crespo al presidente del Consejo de Estado de Colombia Jaime Enrique Rodríguez Navas
Bogotá, mayo 2023

EVENTOS CON AUTORIDADES INTERNACIONALES



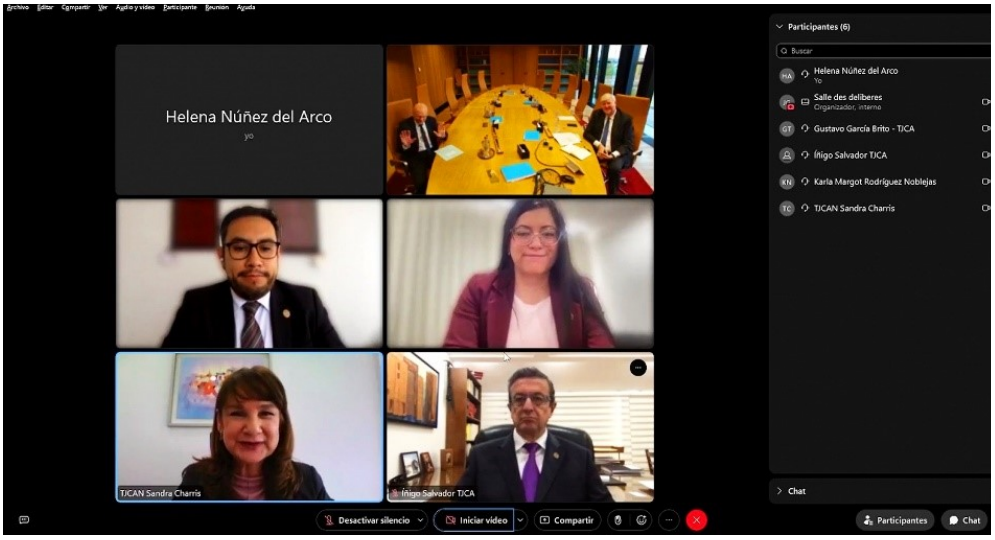
Magistrados del TJCA Leonor Perdomo Perdomo, Ricardo Vigil Toledo y José Vicente Troya en el «IV Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y Mercosur»
Quito, septiembre 2012



Magistrados del TJCA Cecilia Ayllón Quinteros, Martha Rueda Merchán, Hernán Romero Zambrano (presidente) y Hugo R. Gómez Apac con el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rodolfo de Figueiredo Caldas
Quito, 2016



Magistrados Gustavo García Brito, Íñigo Salvador Crespo, Sandra Charris Rebellón (presidenta) y Hugo R. Gómez Apac con la misión de Comercio y Desarrollo Sostenible de la Comisión de la Unión Europea
Quito, marzo 2023



Magistrados del TJCA Gustavo García Brito, Sandra Charris Rebellón (presidenta) e Íñigo Salvador Crespo, y la secretaría general del TJCA, Karla Margot Rodríguez Noblejas en una reunión virtual con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Abril, 2023

EVENTOS PROTOCOLARES DE LOS MAGISTRADOS DEL TJCA



El magistrado del TJCA José Vicente Troya homenajeado por la Universidad Andina Simón Bolívar tras obtener oficialmente su título de doctor en la Universidad de Salamanca (España)
Quito, mayo 2013



Designación del magistrado Luis José Diez Canseco Núñez, como presidente del TJCA, junto a la magistrada Leonor Perdomo Perdomo
Quito, enero 2015



Posesión del doctor Luis Rafael Vergara Quintero como magistrado del TJCA junto al magistrado Hernán Rodrigo Romero Zambrano
Quito, 2017



Elección del magistrado Hugo R. Gómez Apac como presidente del TJCA para el periodo 2019-2020 (de izq. a der.: magistrado Hernán Rodrigo Romero Zambrano; secretario general, Luis Felipe Aguilar Feijoó; magistrado Hugo R. Gómez Apac; jefa administrativa, Germania Achig Castellanos; y magistrado Luis Rafael Vergara Quintero
Quito, enero 2019



El doctor Luis Rafael Vergara Quintero, magistrado del TJCA, recibió reconocimiento por parte del Consejo de Estado de la República de Colombia en el «XXV Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo»
Santa Marta, septiembre 2019



Magistrados Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Gustavo García Brito y Hugo R. Gómez Apac
Quito, 2020



Magistrados del TJCA Gustavo García Brito, Sandra Charris Rebellón (presidenta), Íñigo Salvador Crespo y Hugo R. Gómez Apac
Quito, 2023



Magistrados Sandra Charris Rebellón (presidenta) e Íñigo Salvador Crespo en la posesión de Rogelio Mayta Mayta como magistrado del TJCA
Quito, noviembre 2023



Magistrada Sandra Charris Rebellón juramenta y posesiona
al magistrado Íñigo Salvador Crespo como presidente del TJCA
Quito, 2024

EVENTOS ACADÉMICOS



El magistrado Luis Rafael Vergara Quintero (presidente) en el Seminario Internacional de Capacitación «Derecho Comunitario Andino, funciones y competencias del Tribunal Andino, y Régimen Común de Propiedad Industrial»
Tarija, abril 2018



Magistrados del TJCA Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Luis Rafael Vergara Quintero (presidente) y Hugo R. Gómez Apac en el «Seminario Derecho, Innovación y Vanguardia en la práctica» por la Universidad Internacional del Ecuador, UIDE
Quito, noviembre 2018



Magistrados del TJCA Gustavo García Brito, Hugo R. Gómez Apac y Luis Rafael Vergara Quintero; y, Karla Margot Rodríguez Noblejas, abogada asesora del TJCA, en el «Seminario: El Proceso de Integración Andina y el Mecanismo de Solución de Controversias en la Comunidad Andina»
Cartagena, 2020



Magistrado del TJCA Hugo R. Gómez Apac (presidente) en el «Primer Seminario Internacional de Mercados Digitales y Libre Competencia Comunitaria»
Lima, noviembre 2022



Magistrado del TJCA Íñigo Salvador Crespo en el I Congreso internacional de Propiedad Intelectual por la Universidad del Azuay
Cuenca, abril 2023



Magistrado del TJCA Hugo R. Gómez Apac en el evento académico «Tensiones entre la propiedad intelectual y el derecho a la competencia», organizado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE
Quito, abril 2023



Magistrados del TJCA Hugo R. Gómez Apac, Gustavo García Brito, Sandra Charris Rebellón (presidenta) e Íñigo Salvador Crespo en el «Conversatorio: La aplicación del acto aclarado en la CAN», Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador
Quito, mayo 2023



Magistrada (presidenta) Sandra Charris Rebellón junto con los jueces especializados en lo Contencioso Administrativo del Perú, en la Pasantía académica de la 5ta Sala Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado y 7ma Sala Contencioso Administrativo con Subespecialidad Tributaria y Aduanera de la República del Perú
Quito, octubre 2023

SEDES E INSTALACIONES DEL TJCA



Sede del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena
(hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —TJCA—),
en la calle Vicente Ramón Roca 450 y 6 de Diciembre
Antes del 2008
Quito



Sede del TJCA en la Calle Augusto Egas 33-65 y Bosmediano
(desde antes del año 2008 - hasta diciembre de 2009)
Quito



Sede del TJCA en la calle Juan de Dios Martínez Mera 34-380 y Portugal
(desde el año 2010 hasta junio de 2017)
Quito



Sede del TJCA en la calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga, El Batán
(desde julio de 2017 hasta el 7 de noviembre de 2022)
Quito



Entrada principal al Edificio World Trade Center, sede actual del TJCA ubicada en la Av. 12 de Octubre 24-528 y Luis Cordero
(desde el 8 de noviembre de 2022 – a la fecha)
Quito



Magistrados del TJCA Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Hugo R. Gómez Apac (presidente) y Gustavo García Brito, junto al ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador, canciller Juan Carlos Holguín, y otros funcionarios, en la entrega oficial de la sede actual del TJCA
Quito, septiembre 2022



Recepción de la sede actual del TJCA
Quito, 2024



Oficina de la magistrada Sandra Catalina Charris Rebellón
Quito, 2024



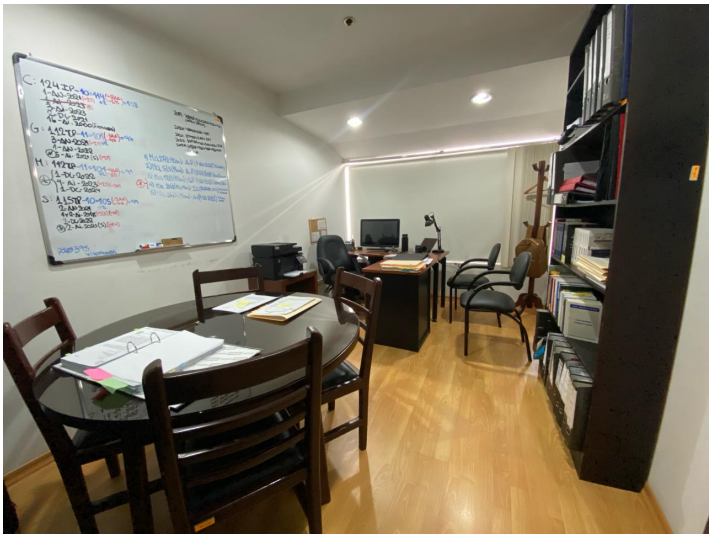
Oficina del magistrado y actual presidente del TJCA
Íñigo Salvador Crespo
Quito, 2024



Oficina del magistrado Hugo R. Gómez Apac
Quito, 2024



Oficina del magistrado Rogelio Mayta Mayta
Quito, 2024



Oficina de la secretaria general
Karla Margot Rodríguez Noblejas
Quito, 2024

Quito, mayo de 2024.

***

SUBCAPÍTULO V

COLABORADORES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Compilado por Mario M. Santos Pérez

COLABORADORES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA



Develación del escudo en la fachada de la sede del TJCA
13 de septiembre de 2023



Evento de homenaje al TJCA organizado por la Embajada de la República del Perú en la República del Ecuador
8 de mayo de 2024

Colaboradores del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Jefa administrativa y financiera
Germania Achig Castellanos

Abogados asesores
Carlos Sebastián Garcés Vásconez
John Alexander García Rodríguez
Alejandra Muñoz Torres
Mariohr Pacheco Sotillo
Carlos Gonzalo Vaca Dueñas

Auxiliar judicial
Mario Mateo Santos Pérez

Consultora legal
Lupe Helena Núñez del Arco Viteri

Servicio de apoyo administrativo
Edison Paúl Canchig Echeverría
Diego Francisco Jácome Granada
Hugo Washington Viera Zabala
Nancy Alexandra Viñamagua Taday

Servicio externo
Luis Castillo Auz
Gladys Jiménez Ramos
Carmen Manobanda

Quito, mayo de 2024.

***

Agradecimiento de los directores y la coordinadora general

Los directores y la coordinadora general agradecen el apoyo en la revisión y corrección de los textos finales de la presente obra colectiva brindado por Carlos Sebastián Garcés Vásconez, John Alexander García Rodríguez, Alejandra Muñoz Torres, Mariohr Pacheco Sotillo, Gonzalo Vaca Dueñas y Lupe Helena Núñez del Arco Viteri, en complemento de la labor de curaduría.

***



45 Años

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
QUITO - ECUADOR

COMUNIDAD ANDINA
SECRETARÍA GENERAL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
QUITO - ECUADOR

Embajada del Perú
en Ecuador

ISBN: 978-9942-45-664-9