



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 I

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 I

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 I, 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 978-9942-45-663-2

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 I)

Prólogos

Prólogo I: <i>Íñigo Salvador Crespo, presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina</i>	9
Prólogo II: <i>Gonzalo Alfonso Gutiérrez Reinol, secretario general de la Comunidad Andina</i>	13
Prólogo III: <i>Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez, exsecretario general de la Comunidad Andina</i>	17

Palabras de saludo

<i>Eduardo Zeballos Valle, embajador de la República del Perú en la República del Ecuador</i>	19
---	----

Presentaciones de directores

Presentación I: <i>Hugo R. Gómez Apac</i>	21
Presentación II: <i>Alejandro D.Perotti</i>	31
Presentación III: <i>Jorge Antonio Quindimil López</i>	35

Capítulo I: Integración jurídica..... 37

Subcapítulo I: Los procesos de integración económica: área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica	
--	--

<i>Humberto Zúñiga Schroder</i>	39
---------------------------------------	----

Subcapítulo II: Análisis comparado de los procesos de integración.....	55
--	----

Apartado I: I criteri decisionali per l'approvazione di un atto normativo nell'Unione Europea, nella Comunità Andina e nelle «altre» organizzazioni regionali	
---	--

<i>Piero Pennetta & Elisa Tino</i>	57
--	----

Apartado II: El funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en los sistemas de integración de Europa y Sudamérica	
--	--

<i>Mariana Peña-Pinon</i>	89
---------------------------------	----

Subcapítulo III: La Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración	
<i>Sandra Catalina Charris Rebellón</i>	113

Subcapítulo IV: Sistema de fuentes del derecho comunitario andino	
<i>Julián Alberto Trujillo Marín</i>	179

Subcapítulo V: Primacía del derecho comunitario frente al derecho internacional público. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.	
---	--

<i>María Cecilia Pérez Aponte</i>	193
---	-----

Capítulo II: Orígenes y trayectoria del «Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina»

<i>Álvaro R. Mejía Salazar</i>	217
--------------------------------------	-----

Capítulo III: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y las instituciones del Sistema Andino de Integración..... 233

Subcapítulo I: Fortaleciendo la Integración: La relación de colaboración entre el Tribunal de Justicia y la Secretaría General de la Comunidad Andina	
---	--

<i>Adriana Alegrett Salazar</i>	235
---------------------------------------	-----

Subcapítulo II: El Parlamento Andino, un órgano del Sistema Andino de Integración moldeado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina <i>Luis Felipe Aguilar Feijóo</i>	253
Capítulo IV: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sus magistrados, su organización y sus competencias jurisdiccionales <i>Hugo R. Gómez Apac, Karla Margot Rodríguez Noblejas & Mario M. Santos Pérez</i>	275
Capítulo V: Doctrinas judiciales elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – derecho material	325
Subcapítulo I: Derechos fundamentales.....	327
Apartado I: Esquema comunitario andino de protección de los derechos humanos <i>Marcelo Vargas Mendoza</i>	329
Apartado II: Evolución jurisprudencial comunitaria andina en materia de protección de los derechos fundamentales <i>David Padilla Moreno</i>	353
Subcapítulo II: El Derecho Tributario en la integración y el papel del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina <i>César Montaña Galarza</i>	371
Subcapítulo III: Contribuciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al Derecho Aduanero <i>Juan David Barbosa Mariño, Laura García García & Julio Guadalupe Bascónes</i>	389
Subcapítulo IV: La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de defensa de la libre competencia <i>Hugo R. Gómez Apac</i>	417
Subcapítulo V: La Zona Andina de Libre Comercio: El Programa de Liberación de Bienes del Acuerdo de Cartagena <i>Genaro Baldeón Herrera</i>	457
Subcapítulo VI: Derecho de propiedad intelectual.....	531
Apartado I: Principios generales del derecho y del derecho de autor en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina <i>Yecid Ríos Pinzón</i>	533
Apartado II: Requisitos de patentabilidad y materia patentable en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina <i>Íñigo Salvador Crespo</i>	559
Apartado II: Selección de Interpretaciones Prejudiciales proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de patentes <i>Ernesto Rengifo García</i>	593

PRÓLOGO I

Íñigo Salvador Crespo

Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Los sistemas internacionales de solución pacífica de controversias constituyen uno de los mayores avances que ha logrado la humanidad en la evolución histórica de sus instituciones jurídicas. Los conflictos que otrora derivaban en hostilidades armadas tienden, en la actualidad, a ser tramitados en espacios institucionales, de diálogo o de decisión, a fin de evitar el innecesario derramamiento de sangre que no hace más que profundizar los problemas que aquejan a nuestra especie. El resultado del arduo camino que hemos tenido que recorrer para lograr un mundo más pacífico ha sido la proliferación de instituciones internacionales que dedican sus labores a canalizar disputas transfronterizas, fomentar la cooperación y fortalecer la amistad entre los pueblos, logrando así un mayor desarrollo y bienestar que no se limita a la población de una sola nación.

Como parte de esa gran ola de internacionalización que el sistema global experimentó en la segunda mitad del siglo pasado, los gobiernos de las Repúblicas de Bolivia, de Colombia, del Ecuador y del Perú, unidos en un espíritu de fraternidad, solidaridad y colaboración, acordaron el 26 de mayo de 1969 la creación del proceso de integración subregional andino mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena. Nacía de esta manera la Comunidad Andina, una organización supranacional que, con el paso de los años, demostró estar destinada a cosechar diversos éxitos en el marco del fin plasmado en su instrumento constitutivo: mejorar persistentemente el nivel de vida de los habitantes andinos.

Uno de los avances más palpables de la Comunidad Andina en la vida de sus ciudadanos ha sido la creación de un sistema normativo supranacional de aplicación prevalente, directa e inmediata en el territorio de cada uno de los países miembros. La existencia de un ordenamiento jurídico propio, comunitario y de obligatorio cumplimiento —con efectos reales en la vida de las personas— se alza como la propuesta de valor que distingue al sistema de integración andino de las demás iniciativas integracionistas de este hemisferio.

Ahora bien, toda organización humana que pretende actuar en derecho requiere de una institución imparcial y autónoma con el poder de garantizar que las actuaciones de todas sus partes se realicen de conformidad con el ordenamiento jurídico al cual se han obligado, materializando en la práctica el postulado de la coercitividad de la norma jurídica, que la distingue de las demás categorías normativas. Por otro lado, si esta comunidad tiene una proyección transnacional, se volverá necesaria la existencia de mecanismos para que ese derecho se aplique homogéneamente en cada supuesto de hecho que pudiese presentarse, independientemente de su ámbito espacial o temporal y de los contextos socioculturales en los que los jueces, quienes aplican ese derecho, desarrollan esta tarea. En la Comunidad Andina, la respuesta a estas

demandas, inherentes a un proceso de integración tan avanzado, se materializa en las labores del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

El 28 de mayo de este año, el TJCA celebra su cuadragésimo quinto aniversario de creación. Su rica historia es fiel testigo de los avances del proceso de integración subregional andino, pero además es credencial de los enormes esfuerzos tributados a la integración regional y uno de sus principales propulsores. Como se verá a lo largo de este libro, la corte andina se encarga de resolver controversias entre los órganos comunitarios, entre los países miembros, entre los órganos comunitarios y los países miembros, y entre estos y los particulares legitimados para acceder a la justicia supranacional. Este tribunal es la única entidad con la competencia para interpretar, declarar y controlar judicialmente el ordenamiento jurídico comunitario andino. El juez comunitario se despoja de todo prejuicio o parcialidad relacionados con su nacionalidad desde el momento mismo en que se posesiona de su función, de modo que su nexos con Bolivia, Colombia, Ecuador o Perú no pasa de ser inicialmente sino un requisito de nominación y más tarde un simple criterio administrativo para la distribución y despacho de las causas. Durante estas más de cuatro décadas de trabajo, el TJCA ha venido desempeñando correctamente la función que los más de 115 millones de ciudadanos andinos le han encomendado, fortaleciendo el proceso de integración subregional y profundizando en gran medida los éxitos que el sistema andino ha venido cosechando.

En este contexto, los señores Hugo R. Gómez Apac, Alejandro D. Perotti, Jorge Quindimil López, y quien suscribe, en calidad de presidente del tribunal, en un ánimo de rendirle homenaje a la noble función del TJCA en una fecha tan importante como su cuadragésimo quinto aniversario, consideramos que el mejor tributo consistiría en preparar una ambiciosa obra académica que abordase temas sobre el derecho de la integración, historia de la Comunidad Andina y del tribunal, competencias y desarrollos jurisprudenciales del TJCA y la trascendencia e impacto de la corte andina en su relación con otras cortes nacionales e internacionales, a la que se sumase una sección conmemorativa que incluyera la presentación de testimonios de exmagistrados y usuarios del sistema andino de solución de controversias, así como una galería fotográfica con imágenes actuales e históricas vinculadas a la labor del tribunal.

Esta obra permitirá al lector profundizar sus conocimientos sobre las actividades cotidianas, históricas y actuales, de la que actualmente es la tercera corte internacional más activa del mundo. Tengo para mí que se trata de uno de los esfuerzos más ambiciosos de compilación, análisis y estudio académico sobre los avances de la Comunidad Andina, impulsados por el desarrollo jurisprudencial de su órgano jurisdiccional: el TJCA.

Aprovecho este segmento para celebrar asimismo la iniciativa de creación de esta obra, a sus directores, coordinadora, curador y, sobre todo, a sus autores, quienes con sus plumas también desempeñan un papel digno de mención en la consolidación de la Comunidad Andina. Todos quienes han contribuido con sus escritos han sido invitados a participar con base en un riguroso proceso de selección, fundamentado en sus reconocidas trayectorias profesionales y académicas en materia de derecho

comunitario, tanto andino como de otros sistemas de integración. Al recorrer las páginas de la presente obra, el lector encontrará las perspectivas de numerosos magistrados, funcionarios internacionales, diplomáticos, reconocidos juristas y doctrinarios; en fin, varios de los perfiles más selectos y autorizados en cuanto a lo que integración regional se refiere.

Este libro sin duda alguna constituye un aporte valiosísimo al estudio académico del Derecho Internacional, específicamente en su rama relativa a la integración y, en lo particular, a la integración andina.

¡Que el tribunal continúe con su labor de construir la integración y que la Comunidad Andina siga avanzando en el anhelo de mejorar la vida de todos nuestros conciudadanos andinos!

Quito, 31 de enero de 2024.

PRÓLOGO II

Gonzalo Alfonso Gutiérrez Reinel

Secretario General de la Comunidad Andina

En innumerables oportunidades a lo largo de la historia, las diferencias entre naciones han buscado resolverse a través del enfrentamiento armado. No obstante, con la evolución de la sociedad, también el entendimiento y la concordia se han abierto paso a través de la adopción de acuerdos o tratados, cuyo objetivo ha sido preservar la paz y promover la unión y la cooperación entre las naciones. Es así como la tendencia a buscar la solución pacífica de las controversias internacionales, mediante mecanismos jurídicos preestablecidos, se empieza a afianzar a fines del siglo XIX. Son particularmente emblemáticos los esfuerzos desarrollados en las Conferencias de Paz celebradas en La Haya, Países Bajos, en 1899 y 1907.

De las conferencias antes citadas surge un esquema muy importante: el Convenio para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, el cual tuvo como su principal instrumento al Tribunal Internacional de Arbitraje, en el que se privilegiaron como medios de solución de disputas el uso de los buenos oficios, la mediación, las comisiones internacionales de investigación y, finalmente, el arbitraje, a fin de prevenir más conflictos armados.

Para octubre de 1907, en La Haya, se adoptaron más de una decena de convenciones, y entre los puntos acordados en aquella Conferencia de Paz se encontraba una propuesta para crear un Tribunal de Justicia Internacional.

Esta idea crece y se consolida a partir de los devastadores efectos de la Primera Guerra Mundial, y es en la Conferencia de Versalles de 1919, que puso fin a esa terrible conflagración, en que, bajo el influjo del presidente estadounidense Woodrow Wilson, surge la Sociedad de Naciones —precursora de las Naciones Unidas— y se acompañó a este nuevo organismo internacional la idea de crear un órgano jurisdiccional paralelo, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

La paradoja histórica fue que los Estados Unidos, principal propulsor de la Sociedad de Naciones, no participó en ella. Debe recordarse que, si bien la Corte nació con la Sociedad de Naciones, no era parte de esta; inclusive la membresía de la Sociedad no generaba automáticamente una participación en la Corte. Y a pesar del limitado éxito de la Sociedad de Naciones, el mecanismo de solución de controversias creado a la par fue muy útil ya que, entre 1922 y 1940, llegó a conocer 29 casos contenciosos y emitió 27 opiniones consultivas.

América, por su parte, no fue ajena a los esfuerzos para alcanzar mecanismos efectivos de solución de controversias. La idea de llevar adelante una gran asamblea de plenipotenciarios en Panamá para «obtener el sistema de garantías que, en paz y en guerra, sea el escudo de nuestro nuevo destino» es lanzada por Simón Bolívar hace 200 años, el 7 de diciembre de 1824; incluso antes que se consolidara la independencia

de América del Sur en la batalla de Ayacucho. Todo ello bajo el influjo del patriota peruano Faustino Sánchez Carrión, entonces Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores de este país.

Es en ese Congreso Anfictiónico, que tiene lugar en Panamá entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826, en donde se firma el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre la Gran Colombia, el Perú, Centroamérica y México, en cuyo artículo 16 se establecía que «[l]as partes contratantes se obligan y comprometen, solemnemente, a transigir amigablemente entre sí, todas las diferencias que en el día existiesen o puedan existir entre algunas de ellas...»; es decir, se establece ya una clara obligación de llevar adelante la solución pacífica de las controversias entre las naciones latinoamericanas.

Esa convicción jurídica queda muy arraigada en las naciones del continente, y se reafirma constantemente. En ese sentido, en el Tratado de Lima de 1848, se señala que «cualesquiera cuestiones o diferencias que entre ellas se susciten, se arreglen siempre por vías pacíficas...». En 1865 y 1883 se visualizó al arbitraje obligatorio como el último recurso a utilizar. Y ello se refuerza en las Conferencias Internacionales Americanas de 1890, 1901, 1906, 1923, 1933, incluyendo la aprobación del Tratado de General de Arbitraje Obligatorio de 1902, así como el Protocolo de Adhesión a la Conferencia de Paz de La Haya de 1899.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 en Colombia, se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos, juntamente con el denominado Pacto de Bogotá o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de Controversias, suscrito por 21 países americanos. En dicho instrumento se formaliza el compromiso de usar siempre los medios pacíficos para solucionar las controversias, incluyéndose todas las alternativas, a saber, la mediación, la investigación y la conciliación, y finalmente, el recurso a la Corte Internacional de La Haya.

El Pacto de Bogotá se ha convertido en un instrumento al que consistentemente han venido recurriendo en los últimos tiempos los países latinoamericanos para solucionar sus controversias. Algunos de los casos recientes más emblemáticos son la controversia entre Nicaragua y Colombia respecto a delimitación marítima; el diferendo entre Costa Rica y Nicaragua sobre derechos de navegación; la controversia marítima entre el Perú y Chile; el caso de la fumigación con herbicidas entre Ecuador y Colombia; y el caso sobre la obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico entre Bolivia y Chile.

Paralelamente a todo este desarrollo, en América del Sur en la década de los sesenta se produce un gran impulso integrador. Producto de ese esfuerzo, en 1969 se suscribe el Acuerdo de Cartagena, mecanismo subregional en el que Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú conforman un sistema de integración y cooperación cuyo objetivo es propender al desarrollo económico equilibrado, armónico y compartido entre los cinco países. Es condición esencial de este sistema que el producto del esfuerzo integrador sea equitativo.

En el marco de este proceso surge, diez años después, en 1979, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que entra en funciones en 1984. Es este órgano jurisdiccional del más alto nivel el que completa de manera plena el concepto de la supranacionalidad en el Acuerdo de Cartagena ya que, a partir de su funcionamiento, tanto los países como los ciudadanos andinos obtienen una instancia a la que pueden acudir si sienten que sus derechos derivados del ordenamiento jurídico andino han sido vulnerados. Las determinaciones que alcanza el Tribunal son de cumplimiento obligatorio y deben ser acatadas plenamente, garantizando así el respeto al ordenamiento subregional.

A raíz de las reformas alcanzadas en 1996 con la transformación del Pacto Andino en la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina refuerza su acción y cobertura teniendo jurisdicción para pronunciarse sobre acciones de nulidad y de incumplimiento, recursos por omisión, cuestiones prejudiciales de validez, demandas laborales y arbitrales, así como solicitudes de interpretación prejudicial. Como lo señalan los juristas Hugo Gómez y Karla Rodríguez, «[e]l TJCA resuelve controversias entre los países miembros, entre estos y los órganos e instituciones del SAI y entre ellos y los ciudadanos andinos (personas naturales o jurídicas) cuando estos encuentran afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo»¹.

No parece presuntuoso señalar, y es más bien motivo de orgullo comunitario andino, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA o Tribunal) es el órgano jurisdiccional más efectivo y relevante a nivel subregional en toda América Latina. A pesar de las vicisitudes que ha sufrido y de la evolución que ha tenido la integración andina, el Tribunal se ha mantenido como un pilar indeclinable de respeto y defensa de la voluntad integradora de los países de la subregión.

El Tribunal ha sabido preservarse aun superando las trabas que se vienen presentado en el sistema multilateral de comercio, en el que entidades como, por ejemplo, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, sufren los embates de tendencias que quisieran descartar los elementos positivos del libre comercio y tornarse hacia visiones en las que las presiones de actores globales cobran mayor preeminencia que una adecuada equidad internacional que permite se preserven mejor los intereses de los socios más pequeños. Es innegable que una tendencia en la que se privilegie el bilateralismo pone en riesgo la equidad en el trato y sesga en contra de los más débiles, económica o políticamente, la preservación de sus derechos y la igualdad de condiciones para todos los países.

El Tribunal andino no solo ha sabido mantenerse como el intérprete máximo de la normativa comunitaria, sino que también ha innovado en su actuación y su ejecutoria. Por ejemplo, siguiendo el modelo de la Unión Europea, el TJCA ha incorporado el concepto del acto aclarado en el marco de sus interpretaciones prejudiciales, que,

¹ Hugo R. Gómez Apac y Karla M. Rodríguez Noblejas, *Capítulo III, 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, p. 82. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf

como lo señalan Bueno Martínez y Perotti, permite que un juez nacional se exima de acudir a la interpretación prejudicial del Tribunal andino cuando:

«exista interpretación auténtica en virtud de un tratado, cuando exista doctrina uniforme del derecho andino, cuando la norma en cuestión “haya sido interpretada por el propio Tribunal Andino en un caso materialmente idéntico o cuando lo ha sido en un caso análogo en virtud del procedimiento de interpretación prejudicial”.»²

También viene siendo materia de interés por parte del TJCA la función arbitral, que posee tanto el Tribunal como la Secretaría General de la Comunidad Andina, y que puede representar un nuevo horizonte de actuación en el seno del Sistema Andino de Integración.

A sus 45 años, el TJCA sigue siendo creativo, vital y activo; constituyendo su labor un instrumento esencial para asegurar el respeto del ordenamiento jurídico comunitario, y con ello llevar adelante y fortalecer la integración subregional. Debe merecer por tanto la más grande atención de parte de los países miembros, de modo que pueda desempeñar sus obligaciones con holgura, apoyo y el más alto profesionalismo jurídico.

La Secretaría General de la Comunidad Andina se compromete a seguir coordinando de la manera más estrecha posible con el Tribunal, para que este órgano jurisdiccional del Sistema Andino de Integración, en su camino a cumplir el medio siglo, mantenga su muy alto nivel y su importante rol central, de modo que garantice el imperio de la normativa andina.

Lima, 31 de enero de 2024.

² 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 *Dikaion*, 14(1). Disponible en: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1324>

PRÓLOGO III

Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez
Exsecretario General de la Comunidad Andina

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA o Tribunal) fue creado el 28 de mayo de 1979 como un órgano fundamental dentro del Sistema Andino de Integración.

Se plasmó por la precisa e inalterable convicción de los países miembros, expresada en el preámbulo del Tratado de creación del TJCA, 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.»

Por más de cuatro décadas el TJCA ha desarrollado una trascendental actividad funcional que ha sido reconocida por propios y extraños, lo que le ha valido la admiración por su acertado trabajo misional y su gran impacto jurisprudencial, erigiéndose como el Tribunal de integración más importante de América Latina y el Caribe, con especial notoriedad y reconocimiento global.

La Comunidad Andina tiene en el Tribunal su gran fortaleza institucional, por ser este el vigía de las normas vinculantes y ejercer permanente salvaguardia del derecho comunitario, con las características que tienen las decisiones andinas de ser normas supranacionales, de efecto inmediato y aplicación directa.

Derivado de estas características de aplicación preferente y prevalente sobre el derecho nacional, se han desarrollado muchos hitos que han permitido la evolución del derecho comunitario andino derivado (secundario), el control de legalidad, la vigilancia y equilibrio de los poderes para el cumplimiento del derecho comunitario por parte de los países miembros, como también las competencias funcionales de las instituciones comunitarias andinas.

Las más recientes novedades jurisprudenciales han sido de enorme impacto en la Comunidad Andina, como el acto aclarado, las eventuales multas que el Tribunal podría imponer a los Estados que se mantengan en desacato ante sentencias de incumplimiento, la ampliación del concepto de costas al habilitar el cobro de participación de las partes en los informes orales de las interpretaciones prejudiciales, en fin.

A lo anterior hay que agregar el enorme influjo que tiene el TJCA en la jurisprudencia interna de los países miembros, plasmadas en sentencias de los jueces, tribunales y cortes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, que han acogido en sus fallos las

múltiples interpretaciones prejudiciales del Tribunal; por ejemplo, y de manera sobresaliente, en asuntos de propiedad intelectual. Así las cosas, hay que concluir que el TJCA, es fuente principalísima del derecho comunitario.

Ahora bien, los enormes desafíos, superados ya —tales como el fortalecimiento presupuestal y su modernización administrativa; circunstancias a las que contribuí de manera decidida y eficaz como Secretario General de la Comunidad Andina y coordinador del Sistema Andino de Integración, con medidas acordadas con el Tribunal y los países miembros que dieron estabilidad institucional, sostenibilidad financiera y derivaron en la creación de una hoja de ruta para su mayor fortalecimiento, visibilidad, independencia y consolidación institucional—, se convirtieron en otro hito histórico.

Ahora bien, se vuelve necesaria la implementación de normas, acciones e, incluso, estrategias vigentes, pero aún pendientes, de desarrollo institucional en cuestiones como el arbitraje, el abogado general, el desafío de la digitalización e incorporación de las tecnologías, para el servicio de los ciudadanos andinos con una más pronta y cumplida justicia; herramientas hoy necesarias, ineludibles e imprescindibles que contribuyen a la celeridad, publicidad y a la ratificación de la reconocida transparencia que el Tribunal ya ha demostrado a lo largo de estos años de existencia.

Tiene el Tribunal ahora el reto histórico de seguir evolucionando e interpretando los cambios sociales, tecnológicos, y aun los políticos, desde la juridicidad y el equilibrio propios de la justicia para contribuir a la realización de la plena integración dentro del postulado mayor del Acuerdo de Cartagena: mejorar la calidad de vida de los ciudadanos andinos.

Desde su independencia y autonomía, debe el TJCA guiar al proceso de integración andino por un buen camino. Así, tiene como función el velar por el bienestar de la población, que lo hace cuando evita que se vulneren sus derechos, y así ayudar al fortalecimiento de la democracia, las libertades, la igualdad y la prosperidad incluyente; todo lo cual constituye un nuevo prolegómeno de los derechos de todos los ciudadanos andinos.

Saludo con júbilo, entusiasmo y admiración los éxitos que el TJCA ha cosechado a lo largo de estos 45 años, que se deben a la probidad, buen juicio, altruismo y dedicación de quienes han desempeñado con sobrados méritos las magistraturas y a sus equipos de trabajo. Todos han hecho posible la relevancia histórica que da a valor presente y orgullo a los ciudadanos andinos.

Finalmente, debo mencionar con reconocimiento, en este trayecto de la vida del Tribunal, a innumerables entidades públicas, organizaciones sociales, académicas, empresariales y naturalmente a los gobiernos, por su solidaria acción que han sido determinantes para la solidez de nuestra corte de cierre.

Bogotá, 31 de enero de 2024.

PALABRAS DE SALUDO

Eduardo Zeballos Valle

Embajador de la República del Perú en la República del Ecuador

Las Repúblicas de Colombia, del Ecuador y del Perú, así como el Estado Plurinacional de Bolivia somos naciones hermanas y vecinas, unidas por lazos históricos. En conjunto tenemos 115 millones de habitantes en territorios que tienen en total una extensión de más de 3,7 millones de km².

Con el propósito de aprovechar mejor nuestra vecindad, comunidad cultural y complementariedad económica en la tarea permanente de generar mayor bienestar para nuestros pueblos, el 26 de mayo de 1969 suscribimos el Acuerdo de Integración Subregional Andino, hoy Acuerdo de Cartagena, y dimos de esa manera inicio a la construcción de la Comunidad Andina (CAN). En estos 55 años hemos persistido en el objetivo que nos fijamos: procurar un «mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión» no solo en el ámbito comercial y económico, sino también social, político y cultural.

Para ello nos hemos dotado de una sólida institucionalidad, basada en un conjunto de normas de aplicación obligatoria en los Estados parte, que constituye uno de los sistemas supranacionales más sólidos de la región. Estas normas se aplican a las relaciones entre los Estados miembros de la CAN, pero también y principalmente a sus ciudadanos, empresas e instituciones, que adquieren de esa manera derechos y obligaciones cuyo ejercicio efectivo contribuye con el proceso de integración en beneficio de todos.

Ahora bien, incluso la norma mejor desarrollada quedaría relegada a ser tinta sobre papel si no existiesen entidades encargadas de «declarar el derecho (...) y asegurar su aplicación e interpretación uniforme». Ese es precisamente el rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), cuyo cuadragésimo quinto aniversario de creación celebramos este año 2024. En el cumplimiento de su rol, el Tribunal actúa salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos de los Países Miembros.

El TJCA se ha erigido por ello en un pilar fundamental del éxito y la vigencia de la CAN. Su incansable tarea de cautela, defensa, interpretación y difusión del ordenamiento jurídico comunitario andino —uno de los mayores éxitos del proceso de integración— le ha generado reconocimiento internacional y una enorme valoración por parte de los actores públicos y privados de los Estados parte. Es a través de su jurisprudencia que el derecho comunitario andino cobra vida, y se traduce en soluciones justas, prácticas y efectivas para sus destinatarios: los ciudadanos de nuestros países.

La presente obra celebra la trayectoria y el legado jurisprudencial del Tribunal Andino, así como su compromiso y dedicación con el fortalecimiento de la justicia en

la subregión andina. Constituye también un justo reconocimiento a la labor que desarrollan los señores magistrados y el personal profesional y técnico del Tribunal.

Quito, 31 de enero de 2024.

PRESENTACIÓN DE DIRECTOR I

Testimonio de tres experiencias de gestión: una administrativa, una judicial y una mixta

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado por la República del Perú
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El libro que tiene el lector en sus manos conmemora los 40 años de funcionamiento y los 45 de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA o Tribunal). Este proyecto académico empezó a germinarse hace unos años, cuando Jorge Quindimil, Alejandro Perotti, Karla Rodríguez y quien escribe concebimos la idea de agrupar en una obra colectiva una serie de ponencias de corte histórico, político y académico con el propósito de informar al mundo sobre la historia, institucionalidad y jurisprudencia del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, el proceso de integración jurídica, económica y social más longevo y exitoso de Sudamérica, que a la fecha agrupa a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Se invitó a personalidades de diferentes países que de una u otra forma están ligados a la integración subregional andina o a otros procesos de integración. Quienes con su pluma llenan las páginas de este libro son o han sido políticos, diplomáticos, jueces, funcionarios internacionales, litigantes y docentes universitarios relacionados con el derecho comunitario. A todos ellos, encariñados con la Comunidad Andina y con el Tribunal, mi agradecimiento por el tiempo entregado a este proyecto editorial que no tiene otro objetivo que rendir homenaje a la tercera corte internacional más activa del mundo.

El 2023, el magistrado Íñigo Salvador —quien ejerce la presidencia de la corte andina el presente año— se unió al equipo y acordamos consolidar en un solo proyecto dos iniciativas que iban en paralelo. El resultado: una obra académica de corte conmemorativo. Con él modulamos el índice y programamos las etapas de cierre de entrega de las ponencias y de revisión, edición, diagramación e impresión. Aprovecho este espacio para agradecer a Jorge, Alejandro e Íñigo por el apoyo en la codirección del libro, a Karla por las tareas de coordinación general y a Mario Santos por la curaduría.

Perdóneme lector, pero lo que viene a continuación tiene que ser narrado en primera persona.

¿Qué me llevaré del TJCA cuando me vaya? Para empezar, la añoranza mezclada con alegría —y sí, algo de orgullo— de haber creado criterios jurídicos interpretativos en materias como propiedad intelectual, competencia, comercio, tributario, aduanero, ambiental, transporte, arbitraje, derecho procesal andino, etc. Pero habrá otros recuerdos, más vivenciales y hasta viscerales, que tuvieron que ver con el día a día de la corte andina, con sus vicisitudes, con la amistad o enemistad con otros magistrados,

con el trato que los países miembros brindaron al Tribunal, con el apoyo recibido de diversas instituciones —especialmente las relacionadas con la propiedad intelectual—, entre otros avatares.

Ser juez en el TJCA no es solo elaborar y aprobar providencias judiciales, es también saber gestionar crisis, incidentes, sinsabores, contratiempos, dificultades, oportunidades. Y de esto quiero hablar en este espacio, ideal para los recuerdos. Deseo dar testimonio de tres experiencias de gestión: una administrativa, una mixta y una judicial, en ese orden. La primera, relacionada con la reorganización parcial del Tribunal que ha permitido aliviar, pero no eliminar, su crisis económica. La segunda, sobre la introducción de los informes orales en la tramitación de interpretaciones prejudiciales y el cobro de la costa procesal que financia dichos informes. La última, sobre los entretelones de la propuesta del precedente de observancia obligatoria y de la doctrina del acto aclarado, dos instrumentos procesales destinados a corregir, sobre la base del principio de economía procesal, la excesiva carga judicial derivada de la presentación de consultas prejudiciales repetitivas.

La gestión administrativa

Cuando me posesioné y juré como magistrado del TJCA, el 16 de marzo de 2016, un día antes de cumplir 44 años, tenía la idea de que me esperaba una oficina enorme con estantes llenos de enciclopedias jurídicas y una corte de abogados asesores que me ayudarían a resolver los centenares de procesos judiciales en trámite. Iluso, yo. Encontré una oficina decente pero pequeña, una abogada asesora y una secretaria. También un chofer, pero no había automóvil. Los jueces de esta corte regional, que tienen rango de jefes de misión diplomática (embajador), ni siquiera recibían un teléfono celular. Con su sueldo tienen que cubrir todo lo que jueces de altas cortes reciben de manera oficial.

El presupuesto anual del Tribunal es de 1'170.667,00 USD. Este monto se aprobó el 2008 y ha permanecido así hasta la fecha. Ya van 16 años con un presupuesto congelado. El mismo 2008, el TJCA tuvo un déficit presupuestal de 80.239,20 USD, pues ese año gastó 1'250.906,20 USD; el 2009, el déficit subió a 115.894,36 USD, pues dicho año gastó 1'286.561,36 USD; y su gasto fue subiendo año tras años. El 2016, el Tribunal gastó 1'747.939,94 USD; el 2017, 1'772.998,72 USD; el 2018, 1'659.234,45 USD.

¿Cómo pudo sobrevivir el Tribunal gastando más de lo que percibía? Existían unos ahorros que permitieron que, desde el mismo 2008, hasta el 2021, el TJCA pudiera gastar más de lo que percibía de los países miembros por concepto de aporte obligatorio. Dichos ahorros iban desapareciendo con el paso de los años.

¿Por qué el Tribunal gastaba más de lo que percibía como ingresos? No era por las remuneraciones de los magistrados, que nunca fueron aumentadas —y nunca solicitaron que se aumente— con relación a lo aprobado el 2008.

La crisis económica de la corte andina, en el sentido de que sus gastos eran mayores a sus ingresos, se debía a lo siguiente: (i) con la salida de Venezuela de la Comunidad

Andina el 2006, los ingresos del Tribunal disminuyeron en una proporción mayor a la disminución de sus gastos, lo que constituyó un primer desfase presupuestal; (ii) la carga procesal se incrementaba exponencialmente —entre los años 2008 al 2019 se cuadruplicó el número de causas recibidas y se quintuplicó el número de causas resueltas—; (iii) no obstante tener Ecuador una economía dolarizada, la inflación acumulada —que entre los años 2008 y 2021 ya era mayor al 42%— mermaba sus ingresos; (iv) el monto de las obligaciones previstas en el presupuesto del 2008 aumentaba por razones exógenas (v.g., las primas de los seguros de salud, los beneficios laborales de los empleados locales regidos por la legislación laboral ecuatoriana); (v) aparecían obligaciones no presupuestadas inicialmente (v.g., las dietas de los magistrados suplentes que intervenían en casos de empate); y (vi) la falta de pago oportuno de los aportes obligatorios de los países miembros. Estas seis causas, y el hecho de tener un presupuesto congelado, generaba el incremento de su déficit presupuestal con el paso de los años.

Dichas causas fueron informadas a la Comisión de la Comunidad Andina (Comisión) a propósito de solicitar el incremento del presupuesto del Tribunal. Adicionalmente, se le indicó que la Corte Centroamericana de Justicia y la Corte de Justicia del Caribe, pese a tener una menor carga procesal, tenían un presupuesto mayor al del TJCA. El de la primera, casi lo duplicaba; y el de la segunda, lo sextuplicaba. Nada de lo que se informó conmovió a la Comisión. Por el contrario, ante su escepticismo, el 2020, ordenó a la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) contratar una consultoría que revisara el presupuesto del Tribunal. El consorcio ganador del concurso público internacional hizo los estudios correspondientes y el 2021 concluyó recomendando que el presupuesto de la corte andina debía ser incrementado, en al menos, más de 430.000,00 USD. La recomendación no fue implementada.

El magistrado colombiano Rafael Vergara Quintero declinó ser presidente el año 2022 por razones de salud. Conforme a lo establecido en el reglamento interno del TJCA, la presidencia debía ser asumida por aquel que iba a presidirla el año siguiente, que era el magistrado peruano. Es así que asumí la presidencia del Tribunal —por segunda vez— el 2022, el año más complicado. La crisis económica empeoraba: se agravaba el déficit presupuestal, los ahorros del Tribunal estaban prácticamente agotados, no todos los países miembros estaban al día con el pago de sus aportes y se avizoraba una amenaza financiera relacionada con futuras contingencias laborales. Si no se hacía nada al respecto, el colapso financiero del TJCA era inminente, y con ello el cese de sus operaciones. Con el apoyo del magistrado boliviano Gustavo García Brito, planté al colegiado una reestructuración organizacional parcial que permitiera igualar sus ingresos con sus gastos. No hubo unanimidad ni mayoría, sino empate. La reforma no podía hacerse desde el Tribunal. Tuve que recurrir a la SGCA y a los países miembros. Con la colaboración del secretario general de la Comunidad Andina, el colombiano Jorge Hernando Pedraza, y de la gerente general de operaciones y finanzas de la SGCA, la colombiana Dolly Arias Casas, se coordinó el apoyo de los delegados de la Comisión para aprobar un presupuesto del Tribunal que resolviera su crisis económica. Dichos delegados, si bien aceptaron mi propuesta de reorganización parcial, redujeron los gastos de personal más allá de mi planteamiento inicial.

El 14 de julio de 2022, se publicaron en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena las Decisiones 900 y 901. La primera aprobó el presupuesto del TJCA para el año 2022 en la suma de 1'439.136,66 USD, lo que incluía una transferencia de la SGCA a favor del TJCA ascendente a 163.698,55 USD. La segunda aprobó el presupuesto del TJCA para el año 2023 en la suma de 1'170.667,00 USD.

Unos de los aspectos de la reorganización parcial fue el siguiente. Antes, el secretario del TJCA tenía las funciones de relator y cada magistrado tenía su propio equipo, que en términos funcionales era su abogado asesor (de confianza) más los pasantes, y cuando los ahorros aun lo permitían, un consultor de apoyo. Si bien ello dotaba de mayor autonomía a cada despacho, la gestión individual producía asimetrías en la productividad. Así, por ejemplo, al 31 de diciembre de 2019, mientras que la magistratura del Perú tenía 17 causas judiciales pendientes de resolver, la magistratura de Bolivia tenía 187.

Para corregir dicha situación, planteé sustituir la gestión individual por una colectiva. En lugar de que cada magistrado tuviera un abogado asesor, todos los abogados asesores trabajarían para todos los magistrados, bajo la supervisión del secretario general, quien además de relator haría las veces de secretario técnico. En este nuevo esquema, el magistrado sustanciador despacharía la causa judicial con el secretario general y el abogado asesor asignado al caso y les instruiría sobre el sentido del proyecto de la providencia judicial. Luego revisaría el proyecto presentado. Si no estuviera conforme con este, ordenaría las correcciones o modificaciones correspondientes; de lo contrario, lo presentaría para conocimiento de los demás magistrados.

Los gastos —de la reorganización parcial— que significarían poner en marcha esta nueva gestión de trabajo fue aprobada con la Decisión 901. La gestión colectiva —de 5 abogados asesores— se aprobó al interno del Tribunal a finales de enero de 2023 y a finales del mes siguiente se reasignaron los procesos judiciales para que cada despacho tuviera una carga procesal simétrica. En aras del buen funcionamiento de la reorganización parcial, con la reasignación acepté asumir casos de otros despachos que tenían años de retraso. La gestión colectiva tuvo los resultados esperados. La productividad del año 2023 fue superior a la de los dos años previos en lo relativo a la emisión de interpretaciones prejudiciales —en gran medida, gracias a la figura del «acto aclarado», que se relata más adelante—, y la más alta en la historia del TJCA en lo que se refiere a los procesos contenciosos: el 2023, el Tribunal resolvió 11 acciones de incumplimiento, 4 acciones de nulidad, 1 acción laboral y 1 cuestión prejudicial de validez. Adicionalmente, al terminar el 2023, los despachos tenían como pendientes de trámite un número simétrico de solicitudes de interpretación prejudicial. A modo de ejemplo, al 31 de diciembre de 2023, los despachos de las magistraturas de Perú y de Bolivia tenían, cada uno, 112 solicitudes de interpretación pendientes de trámite.¹

¹ No es posible conseguir un resultado simétrico en los procesos contenciosos, pues estos están sometidos a diferentes vicisitudes, como la posibilidad de que terminen tempranamente debido a que la demanda es improcedente o una excepción previa es fundada, o pueden extenderse en el tiempo por su complejidad, la cantidad de información a procesar, los recursos presentados por las partes procesales, las abstenciones y recusaciones, etc.

Y en lo relativo al presupuesto, la propuesta de reorganización parcial también cumplió el objetivo planteado. El año 2023, el Tribunal gastó 1'177.403,74 USD. El pequeño déficit presupuestal de 6.736,74 USD se explica por un hecho sobreviniente, que fue la renuncia de un magistrado antes de la culminación de su periodo, lo que originó que el Tribunal tuviera que asumir los gastos de instalación y pasajes del nuevo magistrado, lo que no estaba previsto en el presupuesto aprobado para el 2023. Si no se hubiera presentado dicha circunstancia, la corte andina habría gastado no más de 1'170.667,00 USD. En todo caso, el TJCA gastó el 2023 menos de lo que gastó durante los 15 años previos, incluido el 2008.

Gracias a la gestión administrativa, implementada en dos fases —la primera, a partir de agosto de 2022; y la segunda, a partir de febrero de 2023—, se ha mejorado notablemente la producción procesal y se ha solucionado en parte la crisis económica de la corte andina².

La gestión mixta: judicial y administrativa

Los magistrados interpretaban la norma andina sin escuchar a las partes involucradas en la controversia interna, a la autoridad consultante o a las entidades o instituciones expertas en la materia; es decir, sin escuchar a nadie, como dioses del Olimpo. Mi postura era que las interpretaciones prejudiciales podían mejorar si tomábamos conocimiento de los últimos avances doctrinarios y jurisprudenciales sobre el asunto involucrado, así como de la problemática real que tenían que afrontar tanto los ciudadanos como las autoridades administrativas y jurisdiccionales, pero esto implicaba abrir un espacio para escuchar.

Después de insistir lo suficiente, los magistrados se convencieron de expedir el «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales» (Reglamento de IP), aprobado por Acuerdo 08/2017 de noviembre de 2017³. El art. 9 de este reglamento disponía que el TJCA 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. La autoridad consultante podía participar de tales informes orales.

Surgió el espacio para escuchar. Si bien todavía no podían exponer las partes del proceso interno, sí lo podían hacer organizaciones e instituciones internacionales, así como la autoridad consultante. Así, por ejemplo, si el asunto involucraba una institución del derecho de la propiedad industrial, en el informe oral se podía escuchar lo que opinaban las oficinas de patentes y marcas de los países miembros, la

² Esta crisis puede mantenerse controlada si los países miembros pagan antes de cada ejercicio anual —en aplicación del principio financiero de que el presupuesto debe asignarse antes del gasto, y no con posterioridad a este— sus correspondientes aportes obligatorios anuales.

³ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3146 del 29 de noviembre de 2017.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (Asipi), la International Trademark Association (INTA) y las asociaciones nacionales de propiedad intelectual sobre una determinada disposición de la Decisión 486 - «Régimen Común sobre Propiedad Industrial». Dado que no teníamos suficientes recursos para tener más abogados asesores ni actualizar nuestra biblioteca, el plan era que los doctrinantes y expertos vinieran al Tribunal.

Unos meses después, a sugerencia mía, modificamos los arts. 6 y 9 del Reglamento de IP para precisar y ampliar lo referido a los informes orales, pues esta audiencia era la clave para nutrirnos de mayores elementos de juicio en el entendimiento de cómo interpretar una norma andina. El 11 de abril de 2018, mediante Acuerdo 04/2018⁴, se precisó en el art. 6 que la autoridad consultante, así como las partes involucradas en el proceso interno, podían formular preguntas o remitir informes de carácter técnico y/o normativo relacionados con el contenido y alcances de la norma andina a ser interpretada⁵; y se amplió el art. 9 para establecer que dichas partes podían ser convocadas a los informes orales.

Se logró la participación de las partes del proceso interno. Si ellas estaban interesadas, podían presentar informes escritos sobre cómo debía interpretarse la norma andina en cuestión, o exponer su posición en una diligencia de informes orales. Es evidente que el Tribunal podía tomar o no en consideración lo que ellas dijeran, pero era un insumo importante —tan importante como las exposiciones de las autoridades de los países miembros y de las organizaciones e instituciones internacionales o nacionales vinculadas con la materia— para la adopción de la interpretación prejudicial. El 26 de junio de 2018 se realizó el primer informe oral, en el trámite del proceso 186-IP-2017, en el que los abogados de las partes del proceso interno expusieron sus argumentos sobre cómo debían interpretarse las disposiciones de la Decisión 486 que tipifican los actos de competencia desleal relacionados con la propiedad industrial. Un informe oral que merece mencionarse fue el acaecido el 7 de julio de 2021, en el trámite del proceso 139-IP-2020, referido a la interpretación de las disposiciones de la Decisión 351 - «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» que abordan lo referido a la comunicación pública de obras audiovisuales y otros asuntos, en el que participaron, además de los abogados de las partes del proceso interno, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) del Perú, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (Senadi) del Ecuador, la Asipi, el Centro Colombiano del Derecho de Autor (Cecolda), la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI), la Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI) y la Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI).

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3284 del 14 de mayo de 2018.

⁵ La autoridad consultante recopilaría las preguntas formuladas y los informes presentados a fin de incorporarlos a la solicitud de interpretación prejudicial, pudiendo rechazar las preguntas o informes que considerara impertinentes o improcedentes.

También a propuesta de mi despacho, el Tribunal aprobó el cobro de una costa procesal que tuviera como destino financiar el gasto adicional que supone realizar los informes orales a pedido de parte durante la tramitación de solicitudes de interpretación prejudicial. Fue un proceso cuidadoso que se abordó paso a paso. Lo primero fue aprobar la Resolución 02-2022/TJCA del 1 de junio de 2022⁶, por medio de la cual se ordenó publicar el proyecto de Acuerdo que, modificando el art. 9 del Reglamento de IP, aprobaría la costa procesal, y se otorgó a la ciudadanía andina el plazo de 30 días calendarios para que presenten sus comentarios y sugerencias. En dicho plazo, no se recibió comentario negativo alguno, ni de las autoridades ni de los particulares. Por el contrario, el 1 de julio de 2022, la Asipi envió una comunicación señalando que la costa procesal ayudaría a la sostenibilidad y autofinanciación del Tribunal, así como que ella era indispensable para mantener el equilibrio de la administración de la justicia comunitaria. El mismo día, la INTA mencionó que apoyaba la propuesta, pues estimularía el uso de informes orales y proporcionaría a la corte andina los recursos necesarios para atender y dar respuesta razonable al creciente número de solicitudes de interpretación prejudicial. Ambas opiniones eran relevantes pues provenían de asociaciones internacionales de propiedad intelectual, la materia que más interpretaciones prejudiciales genera. Más del 90 % de la jurisprudencia del TJCA son interpretaciones prejudiciales, y de estas más del 90 % trata sobre propiedad intelectual.

Mediante Acuerdo 03/2022 del 7 de julio de 2022⁷, el Tribunal aprobó la modificación del art. 9 del Reglamento de IP a efectos de establecer que las partes del proceso interno pueden solicitar de manera directa a la corte andina la realización de un informe oral 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 (nacional) uniforme, previo pago de la costa procesal, la que sería definida al inicio de cada gestión judicial.

El 9 de febrero de 2023, mediante Acuerdo 01/2023⁸, la corte andina fijó en la suma de 2.500,00 USD la costa procesal que financia el gasto adicional que representa atender las solicitudes de informe oral en el marco de la tramitación de interpretaciones prejudiciales. Hasta enero de 2024, el Tribunal ha percibido, como ingreso extraordinario, la suma de 20.000,00 USD por el pago de 8 solicitudes de informe oral, recurso que se destina exclusivamente para cubrir los gastos que genera el despliegue de recursos técnicos, logísticos y humanos que permiten ejecutar, entre otras, las siguientes actividades⁹: la revisión del expediente de interpretación prejudicial; la elaboración de la providencia judicial por la cual se convoca a informe oral, lo que a su vez implica la identificación de las personas, entidades públicas e instituciones que van a participar en el informe oral, así como la formulación de la

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4486 del 2 de junio de 2022.

⁷ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4495 del 7 de julio de 2022.

⁸ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5125 del 9 de febrero de 2023.

⁹ Explicado en el Oficio 45-P-TJCA-2023 del 16 de mayo de 2023, dirigido al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Camre) y a la Comisión.

pregunta o preguntas que se van a plantear en la diligencia; la coordinación y logística de la audiencia; y la elaboración de un proyecto de interpretación prejudicial luego de culminado el informe oral.

La gestión judicial

Uno de los problemas del Tribunal era el crecimiento exponencial de su carga procesal. Para que tengan una idea, el 2008 recibió 139 causas, mientras que el 2019, 628 (cuatro veces más); el 2008 resolvió 142 causas, y el 2019, 734 (cinco veces más). La mayoría de ellas, solicitudes de interpretación prejudicial, y muchas de estas solicitudes, de contenido repetitivo: se solicitaba la interpretación prejudicial de normas que la corte andina ya había interpretado.

A inicios del 2019, durante mi primera presidencia, sugerí a los magistrados proponer al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Camre) y a la Comisión un conjunto de medidas que, sin que ello significara el incremento del presupuesto, logran el funcionamiento sostenible del TJCA. Así, mediante Oficio Múltiple 024-P-TJCA-2019 del 4 de febrero de 2019, complementado por Oficio 038-P-TJCA-2019 del 29 de marzo de 2019, dirigidos a los dos órganos legislativos de la Comunidad Andina, el Tribunal propuso la modificación de los arts. 122 y 123 de su Estatuto para crear la figura del *precedente de observancia obligatoria* (POO); que se le otorgue competencia para aprobar su propio arancel judicial con el objeto de lograr el autofinanciamiento parcial de la corte andina a través del cobro de derechos por la tramitación de los procesos judiciales —así como el cobro de derechos de trámite a los interesados en que el Tribunal convoque a informe oral en el curso de los procesos de interpretación prejudicial (el antecedente de la costa procesal)—; y que se le otorgue la facultad de administrar arbitrajes entre los países miembros e inversionistas.

La idea del POO era la siguiente. Si sobre un tema (una norma andina), el Tribunal hubiera expedido un POO, y este precedente fuera aplicable para resolver la controversia conocida por el juez nacional en un proceso interno, este no tendría la obligación de solicitar interpretación a la corte andina. Lo que se buscaba era disminuir la carga procesal que representaba la absolución de centenares de solicitudes de interpretación prejudicial repetitivas.

¿Por qué el POO y no el «acto aclarado»¹⁰? Porque al interior del Tribunal no había consenso para lo segundo, pero sí para lo primero.

En varias oportunidades, el TJCA reiteró al Camre y a la Comisión sobre la necesidad de aprobar el POO. Uno muy importante fue el Oficio 04-P-TJCA-2021 del 20 de enero de 2021, a través del cual se puso en conocimiento del Camre el documento titulado «*Propuestas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para el fortalecimiento del Sistema Andino de Solución de Controversias*», el cual repetía la propuesta del POO.

¹⁰ La explicación detallada de lo que es el acto aclarado se encuentra en este libro, en el artículo «*El TJCA y la teoría del acto aclarado: un cambio histórico*» de Alejandro Perotti.

Pasaban los años y no había respuesta del Camre ni de la Comisión, y empezó a calar la idea de que, para resolver el problema de las interpretaciones prejudiciales repetitivas, lo mejor era el acto aclarado, que el Tribunal podía aprobarlo jurisprudencialmente, que la del POO, que implicaba la modificación del Estatuto del TJCA.

En mayo de 2022, el Tribunal recopiló en un brochure titulado *«El precedente de observancia obligatoria como instrumento para la optimización de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina»*, lo que jueces, autoridades administrativas y doctrinantes habían dicho favorablemente sobre el POO, en el que constan las palabras del profesor español Jorge Quindimil, que se había manifestado, además, a favor del acto aclarado.

Mediante Oficio 46-P-TJCA-2022 del 3 de octubre de 2022, el Tribunal informó al Camre y a la Comisión sobre el inminente retraso judicial (en la emisión de interpretaciones prejudiciales y otros) si no se aprobaba el POO y los perjuicios de ello para los usuarios del sistema andino de solución de controversias. En dicho oficio se explicó cómo la reiteración de consultas prejudiciales respecto de temas ya interpretados tenía un efecto negativo en los usuarios del TJCA, las razones por las cuales esta corte se demoraba en emitir interpretaciones prejudiciales, que a partir del 2020 venía cayendo la producción de dichas providencias judiciales y que, según la proyección de consultas recibidas e interpretaciones emitidas, el pasivo judicial del TJCA se expandiría los próximos años. Si no se hacía nada al respecto; esto es, si los órganos legislativos comunitarios no aprobaban el POO o el Tribunal no aceptaba el acto aclarado, el pronóstico era que para el 2023, se recibirían 768 consultas prejudiciales y se emitirían 300 interpretaciones prejudiciales. La diferencia entre ambos números iba a ser un perjuicio en retraso para los usuarios.

En noviembre de 2022, la corte andina publicó el Cuaderno Doctrinario 002-2022-TJCA titulado *«La implementación del precedente de observancia obligatoria y de la teoría del acto aclarado en la Comunidad Andina»*, escrito por el profesor argentino Alejandro Perotti. Como presidente del TJCA, prologué el cuaderno doctrinario con el siguiente título *«Sobre la importancia de optimizar la interpretación prejudicial a través de la introducción del precedente de observancia obligatoria o la aplicación del acto aclarado»*.

En enero de 2023, llegaron dos nuevos magistrados, Íñigo Salvador (ecuatoriano) y Sandra Charris (colombiana). Con ellos y el magistrado García aprobamos el 13 de marzo del año pasado el criterio jurídico interpretativo del acto aclarado, un hito histórico en el derecho comunitario andino. El resultado, el 2023 se resolvieron 395 solicitudes de interpretación prejudicial: 23 sentencias que reconocen un acto aclarado, 5 sentencias que solo contienen criterios jurídicos interpretativos nuevos, 11 providencias judiciales que reconocen un acto aclarado y crean criterios jurisprudenciales nuevos, 17 autos de archivo por desistimiento y 339 autos que declaran que carece de objeto emitir interpretación prejudicial debido a que el asunto consultado ya ha sido aclarado.

El 2021, el Tribunal recibió 389 consultas prejudiciales; y el 2022, 534. Entre enero y marzo de 2023, recibió 123, pero entre abril y diciembre de 2023 tan solo 113. ¿Qué evidencia esto? Pues que está funcionando la figura del acto aclarado. Los jueces nacionales han interiorizado que sobre lo que el Tribunal ya ha interpretado no es necesario solicitar una nueva interpretación prejudicial, salvo que dichos jueces necesiten que el TJCA precise, amplíe o modifique un criterio jurisprudencial previamente aprobado.

El número de solicitudes de consulta prejudicial irá disminuyendo año tras año, hasta llegar al número que represente lo necesario: consultas sobre temas nuevos, o sobre temas respecto de los cuales la corte andina debe precisar, ampliar o modificar un acto aclarado, o debe responder preguntas sobre situaciones hipotéticas que en abstracto se encuentran relacionadas con una norma andina. La disminución de consultas prejudiciales, como consecuencia de que los jueces ya no están obligados a consultar aquello que ya fue aclarado, tiene una gran ventaja en términos de celeridad y economía procesal, que es que los procesos judiciales internos (nacionales) y los que tramita la corte andina se resolverán con mayor rapidez.

Estas tres experiencias de gestión evidencian que, más allá de las reformas legislativas que se puedan concretar, está en manos del TJCA, de sus magistrados, del despliegue de su ingenio dentro del marco del ordenamiento jurídico comunitario andino, los cambios que van a permitir una gestión administrativa y judicial más eficaz y eficiente para beneficio de los más de 115 millones de ciudadanos andinos.

Quito, 31 de enero de 2024.

PRESENTACIÓN DE DIRECTOR II

Alejandro D. Perotti

La presentación de una obra, y más aún cuando el presentante ha estado involucrado en su coorganización, tiene un saber “académico” especial, el cual se robustece si se trata, ni más ni menos, que del libro oficial que celebra el 45º aniversario de una corte internacional tan importante, como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**Tribunal**).

Existen, sin dudas, varios motivos para sentirse honrado de este rol de coorganizador y presentador.

En primer lugar, desde el punto de vista institucional, se trata de la celebración de la corte regional de integración, vigente y permanente, más antigua del continente americano¹.

A su vez, por lejos, se trata de la corte regional más activa de esta geografía, si se toma en consideración, que desde su inauguración (02/01/84) a la fecha (15/01/24), el Tribunal ha recibido 7.514 asuntos², de los cuales ha resuelto 7.031³, es decir un promedio de 175,77 sentencias por año.

Si a ello le agregamos que la jurisprudencia del Tribunal ha creado un verdadero ordenamiento jurídico autónomo, *sui generis*, basado en sólidos fundamentos, completado con una rica doctrina judicial, resulta difícil exagerar la satisfacción de participar en el armado de esta obra.

En segundo término, y no por ello menos importante, el contenido de este libro, tanto por los temas abarcados, como —principalmente— por los distinguidísimos académicos que intervienen, supera ampliamente cualquier expectativa que se pudiera haber albergado al comienzo de esta iniciativa.

En cuanto a los tópicos abordados, se podrá observar, fácilmente, que todos los aspectos relativos al Tribunal han sido analizados, incluyéndose sus doctrinas sobre el derecho regional material y adjetivo, como también cuestiones relativas a su organización, historia y relacionamiento con otras instituciones.

¹ Nótese que decimos de “integración” pues si consideramos a los tribunales “internacionales”, el más antiguo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que comenzó a sesionar los días 29 y 30 de junio de 1979 (cf. CIDH, «Historia», ver su página web, <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>).

² Interpretaciones prejudiciales, acciones de incumplimiento, acciones de nulidad, demandas laborales, recursos por omisión, arbitrajes y cuestiones prejudiciales de validez.

³ Fuente: Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En lo que respecta a los autores que componen la obra, provienen de distintos países (Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Nicaragua, Perú y Trinidad y Tobago), instituciones (tribunales internacionales; organismos públicos, internacionales, regionales y nacionales; asociaciones de distinta naturaleza; universidades; estudios jurídicos, etc.) y ocupaciones (funcionarios, abogados y académicos).

La idea original de esta obra se la debemos al magistrado Hugo R. Gómez Apac, quien, a mediados del año 2020, tuvo la generosidad de convidarnos a integrar el comité organizador, juntamente con el dilecto amigo y colega Jorge A. Quindimil López; distinción que fue luego ratificada en su momento por el presidente del Tribunal, Íñigo Salvador Crespo.

Desde esa fecha, la organización se desarrolló a lo largo de treinta y cinco reuniones virtuales, algunas de las cuales llegaron a tener lugar en días de festividades religiosas, como la que aún recuerdo del 24 de diciembre de 2020.

Fueron intensas horas de trabajo, enriquecidas por variadas iniciativas y propuestas tendientes al logro de su edición y publicación.

No puede dejar de mencionarse que, desde un comienzo y hasta el final, este libro debe mucho a la labor, incansable y constante por cierto, de la secretaria general del Tribunal, Karla M. Rodríguez Noblejas.

El esfuerzo que ha conllevado la redacción de cada uno de los trabajos incluidos en esta obra, como su organización, edición y publicación, estimamos, es un merecido tributo a los aportes que el Tribunal y todos aquellos que lo integraron —de una manera u otra— han brindado a la Comunidad Andina y sus ciudadanos y a la doctrina del derecho comunitario en general.

En efecto, es indiscutible que el Tribunal ha hecho que la Comunidad Andina sea un proceso sostenible y consolidado desde el punto de vista jurídico e institucional, ciertamente envidiable —en el buen sentido— si lo miramos desde otros procesos de integración vecinos.

Tampoco puede negarse que los derechos que la Comunidad Andina asigna a sus ciudadanos —incluyendo sus derechos fundamentales—, así como la tutela judicial efectiva regional, el estado de derecho y la democracia (estatal y regional), merced a la jurisprudencia del Tribunal, han sido garantizados y robustecidos con el paso de los años. Y dicho ello sin perjuicio de los debates que pueden surgir con relación a distintas posiciones adoptadas por el Tribunal.

No menos importante han sido las contribuciones del Tribunal de Quito al derecho comunitario en general, no solo en materias vinculadas a la protección de la propiedad

intelectual, sino también —solo para mencionar alguna— a las implicancias que tiene la falta de elevación de una cuestión prejudicial cuando ella es obligatoria para el juez nacional.

Si se me permite una reflexión personal, no puedo dejar de destacar la satisfacción que nos genera haber podido participar en —lo que será tal vez— la obra más importante sobre el Tribunal, más aún dada nuestra condición de ser (en la forma aunque no en el sentir) ciudadano no andino, amplitud de criterio en cuanto a la nacionalidad que, por cierto, está presente desde los comienzos mismos de la Comunidad Andina⁴ y del propio Tribunal⁵.

La honrosa distinción que nos significa compartir la coorganización de esta importante obra, tal vez sea en retribución a nuestro rol —asumido *motu proprio*— de embajadores del Tribunal en el área del Mercosur, el cual desarrollamos, ciertamente en soledad desde 1998, no solo a través de la inclusión de su jurisprudencia en los planes de estudio universitarios de la materia «Derecho de la integración» a cargo nuestro —en particular, en la Universidad Austral, Buenos Aires—, sino también por su cita constante en nuestros artículos de doctrina y conferencias.

No quisiéramos culminar sin antes señalar que esta obra constituye “el” libro sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y por ello llegue un agradecimiento especial al Tribunal, y en particular al magistrado Hugo R. Gómez Apac, como así también a su presidente Íñigo Salvador Crespo, por habernos dado el alto privilegio de coorganizar este proyecto.

Bovril, Entre Ríos, Argentina, 31 de enero de 2024.

⁴ Recuérdese, por un momento, que el [Acuerdo de Cartagena](#), en su redacción original (26/05/69) preveía que los miembros de la JUNAC (Junta del Acuerdo de Cartagena) «deberán ser nacionales de cualquier país latinoamericano» (artículo 14). La versión original del Acuerdo puede verse en Derecho de la Integración N° 5, octubre, 1969, ed. INTAL, Buenos Aires, pp. 103-116.

⁵ Si bien el «Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» (28/05/79) estableció finalmente que el Tribunal «estará integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros» (artículo 7), el proyecto que le sirvió de antecedente elaborado por la JUNAC («Bases de un tratado para la creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena», que figura como anexo del «Informe de la Junta sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena», numeral 4 del acta final – COM/VI-E, publicado en Derecho de la Integración N° 13, vol. VI, 1973, ed. INTAL, Buenos Aires, pp. 135-150) fijaba que los magistrados que integrarían el Tribunal «[d]eberán ser nacionales de cualquier país latinoamericano».

PRESENTACIÓN DE DIRECTOR III

Jorge Antonio Quindimil López

He tenido el honor de vivir los buenos y los malos momentos de la Comunidad Andina y de su Tribunal a lo largo del último cuarto de siglo. En 1998, tuve mi primer contacto directo con la Comunidad Andina, gracias a dos de sus mayores exponentes, el magistrado Luis Enrique Farías y el Embajador Sebastián Alegré, a la sazón secretario general, quienes proyectaban una imagen indeleble de la integración andina. Hoy, un cuarto de siglo después, tengo el honor de participar en el alumbramiento de este libro conmemorativo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con queridos colegas que queremos honrar la memoria y el trabajo de quienes han contribuido a su larga y fructífera vida.

Se puede decir alto y claro que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es uno de los tribunales internacionales más importantes del mundo, gracias a sus cuarenta años de contribución a la consolidación y a la evolución del derecho comunitario andino. Nuestro querido Tribunal cumple cuarenta años de servicio público internacional en favor de la salvaguardia de los derechos y de las libertades en el marco del proceso de integración.

Ciudadanos, empresas y Estados se han visto protegidos por una instancia judicial supranacional que ha logrado consolidarse a lo largo de las décadas por encima de muchas dificultades. En efecto, el Tribunal andino ha pasado por épocas convulsas, bien conocidas, que llegaron incluso a momentos de gran preocupación acerca de la propia viabilidad del Tribunal. Ahora bien, veámoslo en perspectiva. Las dificultades por las que ha pasado el Tribunal andino no son muy diferentes de las dificultades por las que atravesó, también de forma intermitente, la propia Comunidad Andina a lo largo de sus ya 55 años de existencia.

La Comunidad Andina y su Tribunal de Justicia han logrado sobreponerse a todas esas dificultades, no sin algunas heridas infligidas por quienes quizá no entendían la importancia de la integración y del derecho comunitario en su justa dimensión. Y esas heridas han dejado algunas cicatrices que han mermado el potencial de la institucionalidad supranacional, pero que quizá eran el precio a pagar para seguir adelante a la espera de tiempos mejores. Estoy pensando en la erosión de la función de control del cumplimiento del derecho por los países miembros de la Secretaría General, o en la jibarización del presupuesto del Tribunal a lo largo de los años.

Desde América y desde Europa se contempla al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como una de las grandes fortalezas de los países andinos, que lograron crear una instancia judicial de vanguardia al servicio de la integración y de sus ciudadanos. Salvo la Unión Europea, ninguna organización internacional de integración ha logrado establecer un sistema judicial comunitario tan sofisticado como el establecido por la

Comunidad Andina y su Tribunal de Justicia a lo largo de estos cuarenta años. Y que vengan muchos más.

¡Larga vida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina!

La Coruña, España, 31 de enero de 2024.

CAPÍTULO I
INTEGRACIÓN JURÍDICA

SUBCAPÍTULO I

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA: ÁREA DE LIBRE COMERCIO, UNIÓN ADUANERA, MERCADO COMÚN Y UNIÓN ECONÓMICA

Humberto Zúñiga Schroder

Humberto Zúñiga Schroder

Vicedecano de la Facultad de Derecho y profesor contratado a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Doctor en Derecho por la Universidad de Edimburgo, máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Ámsterdam y abogado y bachiller por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Además, es abogado australiano (*Australian Lawyer and Officer of the Supreme Court of Victoria*) y *solicitor* por la Corte Suprema del Estado de Queensland (2018, *non-practising*).

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA: ÁREA DE LIBRE COMERCIO, UNIÓN ADUANERA, MERCADO COMÚN Y UNIÓN ECONÓMICA¹

Humberto Zúñiga Schroder

Palabras clave

Integración económica. Área de libre comercio. Unión aduanera. Mercado común. Unión económica.

Keywords

Economic integration. Free trade area. Customs union. Common market. Economic union.

Resumen

El presente artículo presenta cuatro procesos de integración económica, destacando su importancia alrededor del mundo para el desarrollo económico y comercial de los Estados. Partiendo de ello, este trabajo iniciará haciendo alusión a la relevancia de la Comunidad Andina como un proceso consolidado en Sudamérica, enfatizándose la importancia general de la integración económica. Luego de ello, se explorará la Zona de Libre Comercio, caracterizada por la eliminación de aranceles entre los Estados; y, la Unión Aduanera, que va más allá al establecer un arancel externo común. Posteriormente, se examinará el Mercado Común, que facilita la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas y, finalmente, se analizará la Unión Económica —la forma más avanzada de colaboración— que implica una mayor armonización de políticas económicas para promover el desarrollo y el comercio entre los Estados.

Abstract

This article presents four processes of economic integration, highlighting their importance around the world for the economic and commercial development of States. Considering this, this work will begin by referring to the relevance of the Andean Community as a consolidated process in South

¹ El autor desea agradecer a César Ramos Rojas, asistente de investigación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, por su colaboración en la elaboración del presente trabajo.

America, emphasizing the general importance of economic integration. Subsequently, it will explore the Free Trade Zone, characterized by the elimination of tariffs between States; and the Customs Union, which goes further by establishing a common external tariff. Subsequently, it will examine the Common Market, which facilitates the free movement of goods, services, capital, and people and, finally, it will analyse the Economic Union —the most advanced form of collaboration— which implies greater harmonization of economic policies to promote development and trade between States.

1. Introducción

La Comunidad Andina (en adelante, la CAN) es uno de los esquemas de integración más antiguos y, en consecuencia, consolidados de Sudamérica, habiendo desempeñado a la fecha un papel crucial en la promoción de la integración económica entre sus Estados miembros. Constituida el 26 de mayo de 1969 mediante el Acuerdo de Cartagena^{2,3}, la CAN (antes denominada Pacto Andino), ha superado distintos escollos a lo largo de sus más de cincuenta años de existencia, habiendo fortalecido los lazos económicos y sociales de sus Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Uno de los principales logros de la CAN ha sido la reducción de aranceles y barreras comerciales entre sus miembros, lo que ha facilitado el intercambio de bienes, estimulando el crecimiento económico en la región⁴. Asimismo, la CAN ha logrado una mayor eficiencia en la asignación de recursos y ha generado economías de escala, permitiendo que las empresas de la región accedan a un mercado más amplio y, en consecuencia, aumenten su producción y competitividad.

Hablar de la CAN implica remitirnos a los denominados “procesos de integración económica”, ya que el mismo Acuerdo de Cartagena reconoce como uno de sus objetivos la consecución de un mercado común latinoamericano (artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, codificado por la Decisión 563). Brevemente, los procesos de

² El tratado constitutivo que establece los propósitos de la integración andina, codificado por la Comisión de la Comunidad Andina, en la Decisión 563 — «Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)».

³ Walker San Miguel Rodríguez, *Integración: La ruta al desarrollo con inclusión*, en AA.VV., *Rumbo a los 50 años. El arduo camino de la Integración* (Secretaría General de la Comunidad Andina), primera edición, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2017, p. 14.

⁴ Jeanine Aguirre Ochoa, Marco Aurelio Peña Morales y Sonia Massiel Duarte Payán, *La Comunidad Andina: Un Paradigma de Integración Económica en Latinoamérica*, en AA.VV., en Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas, Facultad de Ciencias Económicas de la UNAN-Managua, volumen 2, número 3, Managua, 2014, p. 6. Disponible en: <https://camjol.info/index.php/REICE/article/view/1447> (Consultado el 9 de enero de 2024).

integración económica consisten en iniciativas que buscan suprimir, ya sea parcial o totalmente, la discriminación en el tratamiento de los factores económicos dentro de una determinada área geográfica⁵. Estos procesos implican la eliminación de obstáculos que puedan existir entre los Estados participantes, promoviendo un grado de cooperación entre ellos con el objetivo de reducir las disparidades económicas y mejorar el bienestar en la zona o región en cuestión. A manera de ejemplo, se puede eliminar gradual o inmediatamente aranceles y restricciones comerciales con el fin de promover la libre circulación de bienes, servicios y capitales, o uniformizar la legislación en materia documental o migratoria, a fin de facilitar el movimiento de personas⁶. En la actualidad, las economías alrededor del mundo se asocian entre sí, con mayor o menor intensidad, por lo que prácticamente todos los Estados son partícipes de algún proceso de integración económica⁷.

Tal como veremos a lo largo del presente trabajo, estos procesos se caracterizan por contar con distintas etapas, las cuales varían dependiendo del grado de integración. Así, podemos hablar de: zona de preferencias arancelarias⁸, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica. Este trabajo estará centrado en estos cuatro últimos procesos⁹, haciendo también una breve referencia a su vinculación o aplicación por parte de la CAN. De este modo, se tiene como objetivo demostrar la importancia de los procesos de integración económica, sus particularidades, sus eventuales beneficios y la relación de la CAN con cada uno de estos.

2. Los procesos de integración económica

2.1. Área o zona de libre comercio

Un Área o Zona de Libre Comercio (en adelante, la **ZLC**), en inglés *free trade area*, se materializa mediante un acuerdo entre dos o más Estados para eliminar los derechos de aduana y, de esa forma, facilitar la libre circulación de mercancías.

⁵ Bela Balassa, *Teoría de la integración económica*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Ciudad de México, 1964, p. 2.

⁶ Héctor Casanueva, *Integración regional y definiciones políticas*, en Nuevos escenarios en los procesos de Asociación e Integración. Desafíos y Realidades, 2001.

⁷ Mongolia es el único Estado adscrito a la Organización Mundial del Comercio (OMC) que no pertenece a algún bloque regional.

⁸ En términos generales, en una zona de preferencias arancelarias (la cual no será abordada en el presente trabajo), los países miembros acuerdan concederse entre sí un arancel inferior al que conceden a terceros países. En otras palabras; a diferencia de una zona de libre comercio, en la cual existe una eliminación de aranceles entre los países parte del acuerdo, en una zona de preferencias arancelarias estos son reducidos, sin llegar a su eliminación.

⁹ Sin perjuicio de ello, parte de la doctrina sostiene que existen procesos de integración más avanzados que la Unión Económica, como por ejemplo, la Unión Económico-Política (Integración plena).

En estas áreas geográficas, definidas las empresas, pueden importar bienes para su manipulación, procesamiento, ensamblaje, fabricación o reconfiguración, con diversos beneficios. Estos beneficios pueden incluir exenciones fiscales, simplificación de procesos administrativos y la posibilidad de exportar materias primas, maquinaria, partes y equipos sin pagar impuestos. Además, estas zonas suelen ubicarse estratégicamente cerca de puertos importantes, aeropuertos internacionales y fronteras nacionales, aprovechando ventajas geográficas para facilitar el comercio de bienes¹⁰. Las regulaciones más flexibles, impuestos limitados y un menor nivel de control en comparación con otras áreas del Estado, hacen que las ZLC ofrezcan oportunidades significativas para las empresas que operan en ellas.

Cabe destacar que, en términos de impacto económico, las ZLC desempeñan un papel crucial en el comercio global al impulsar el crecimiento económico, facilitar el comercio internacional y fomentar la inversión extranjera. Su propósito es estimular la producción, la competencia y la exportación, atraer inversiones extranjeras directas, reducir las desigualdades económicas, y fomentar la difusión de tecnología y el desarrollo económico en general¹¹.

Ahora bien; dentro de una ZLC, cada Estado parte del acuerdo conserva su propia política comercial con respecto a terceros Estados que no forman parte del acuerdo¹². Esto significa que pueden mantener aranceles y regulaciones comerciales distintas para las transacciones con los Estados que no son parte de la ZLC.

Entre las áreas de libre comercio más relevantes en la actualidad identificamos el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (USMCA o T-MEC), el Área Continental Africana de Libre Comercio, y la Asociación Europea de Libre Comercio, que incluye Estados como Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza; entre otros. El ejemplo por excelencia en Sudamérica es la CAN. Al respecto, en la Reunión de Galápagos en 1989, los líderes de los Estados andinos dieron su aprobación al Diseño Estratégico y al Plan de Trabajo, que delinearón el nuevo modelo de la CAN¹³. Siguiendo este plan, los Estados de la comunidad decidieron eliminar los aranceles y establecer una zona de libre comercio en 1993, permitiendo así la libre circulación de

¹⁰ Esteban Sánchez Mantiñán y Bernardo Sánchez Pavón, *Nuevas oportunidades para las zonas francas: los aeropuertos*, Revista de Contabilidad y Tributación, número 386, mayo de 2015, p. 194.

¹¹ Manuel Cienfuegos Mateo, *¿El interregionalismo en cuestión?: El caso de las relaciones de la Unión Europea con el MERCOSUR*, en AA.VV., Revista Aportes para la Integración Latinoamericana, La Plata, número 22, junio de 2010, pp. 6-7.

¹² Iván Valdés, *Procesos de integración regional en América Latina: ¿Nuevo momento histórico?... Evaluación y perspectivas*, Trabajo de Investigación Final, Universidades Pompeu Fabra y Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2012, p. 7.

¹³ Jeanine Aguirre Ochoa, Marco Aurelio Peña Morales y Sonia Massiel Duarte Payán, *op. cit.*, p. 6.

mercancías, y liberalizándose también los servicios, especialmente de transporte en sus distintas modalidades¹⁴.

Después de lograr la creación de una ZLC, la CAN continúa en la labor de mejorar las normas que regulan este mercado ampliado y de promover acciones que favorezcan la transparencia y faciliten el flujo sin restricciones de mercancías. Con este propósito, los Estados miembros se han comprometido a no imponer restricciones o gravámenes que afecten el comercio intracomunitario, lo cual se encuentra recogido en el Acuerdo de Cartagena mismo; en concreto, en su artículo 72, que aborda el denominado «Programa de Liberación»¹⁵. Precisamente, en este contexto, la Secretaría General de la CAN asume la responsabilidad de supervisar la implementación de este programa, llevando a cabo investigaciones y emitiendo resoluciones para determinar si alguna medida adoptada por Bolivia, Colombia, Ecuador o Perú cae dentro de la definición de restricciones al comercio¹⁶.

En conclusión, en las Áreas o Zonas de Libre Comercio alrededor del mundo¹⁷, los Estados han pactado reducir o eliminar las barreras comerciales en ciertas áreas para fomentar el comercio y la cooperación económica. Por lo tanto, constituye un proceso crucial de integración económica a nivel mundial, impulsando el desarrollo de los Estados, principalmente en vías de desarrollo, al mismo tiempo que les permite mantener su libertad para aplicar las políticas que consideren apropiadas con respecto a terceros.

2.2. Unión aduanera

Una unión aduanera es una forma de integración económica entre Estados que va más allá de una zona de libre comercio. Los Estados que forman parte de la unión aduanera, mediante un acuerdo, establecen la creación de una tarifa exterior común, también conocida como arancel externo común (en adelante, el AEC), para

¹⁴ Gobierno del Perú, Acuerdos Comerciales, *Acuerdo de Libre Comercio entre Perú – Comunidad Andina*. Disponible en: https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/en_vigencia/comunidad_andina/inicio.html#:~:text=En%201993%2C%20los%20pa%C3%ADses%20andinos,transporte%20en%20sus%20diferentes%20modalidades (Consultado el 9 de enero de 2024).

¹⁵ De acuerdo con lo señalado en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, codificado por la Decisión 563, «el Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro».

¹⁶ Jeanine Aguirre Ochoa, Marco Aurelio Peña Morales y Sonia Massiel Duarte Payán, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ Nótese que, en 2019, antes de la pandemia causada por el COVID-19, existían más de 5400 zonas o áreas de Libre Comercio. Ver Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Special economic zones*, en *World Investment Report 2019*, 2019, p. 129.

importaciones de países fuera del bloque¹⁸. Esto implica la consolidación de dos o más territorios aduaneros en un único territorio aduanero, eliminando los derechos de aduana y otras restricciones comerciales que existían entre los miembros de la unión, o al menos respecto de ciertos productos originarios y considerados esenciales de los territorios aduaneros¹⁹.

Un rasgo particular de una unión aduanera es que, con el objetivo de cumplir con todas las medidas necesarias para lograr su consolidación, los Estados miembros deben renunciar a ciertos aspectos de su soberanía nacional en políticas comerciales relacionadas con aduanas, transfiriéndolos a una autoridad comunitaria central encargada de definir el AEC^{20,21}. En este sentido, el nivel de cooperación bilateral o multilateral que requiere este proceso de integración económica es mayor al que necesita un área o Zona de Libre Comercio.

Ahora bien, el propósito fundamental de una unión aduanera es mejorar la eficiencia económica entre los Estados miembros del acuerdo mediante la promoción de su integración en un territorio aduanero. No obstante, no es posible afirmar de manera generalizada que una Unión Aduanera sea beneficiosa *per se*, debido a que su conformación implica tanto costos como beneficios para los Estados que la conforman²². La creación de una unión aduanera puede generar supuestos en los que al menos uno de sus miembros resulte afectado negativamente, incluso en casos donde haya un aumento en el comercio general. Del mismo modo, puede ocurrir que al menos un Estado sea el único beneficiado en una unión aduanera donde se produzca desviación de comercio^{23,24}.

¹⁸ Luis Ernesto Tello Vidal, *El Perú en el proceso de integración de América Latina de 1960 a 1990*, en Líneas Generales, Lima, número 8, diciembre de 2022, p. 76.

¹⁹ Es importante mencionar que, de manera adicional a la implementación de un AEC, dentro de este esquema, se busca la armonización de normativas aduaneras respecto a los bienes, como nomenclatura, reglas de origen y procedimientos de aforo, para asegurar una aplicación uniforme de este arancel.

²⁰ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Perspectivas de la Unión Aduanera Andina*, en Documentos Informativos de la Secretaría General SG/di 568, 2003, p. 9.

²¹ Sin embargo, en determinados casos, los Estados pueden tener la prerrogativa de implementar un sistema exclusivo de limitación de importaciones.

²² *Ibidem.* pp. 10-11.

²³ Peter Robson, *The Economics of International Integration*, George Allen & Unwin, Londres, 1980, p. 19.

²⁴ Creamer, citando a Viner (1950), incluye una definición de “desviación de comercio”. Según este autor, la desviación de comercio ocurre «...cuando los aranceles establecidos para un APC [acuerdo preferencial de comercio], tal como una unión arancelaria o un área de libre comercio, da un margen de preferencia a los miembros de la unión arancelaria que sobrepasa los mayores costos de producción dentro de la unión arancelaria. Como resultado de esta política, miembros de la unión arancelaria pueden comprar productos ineficientes dentro de la unión arancelaria debido a las preferencias arancelarias, en lugar de comprar productos eficientes fuera de la unión arancelaria».

Por lo tanto, antes y durante la implementación de una unión aduanera, es crucial que los Estados presten especial atención a la consecuente distribución de beneficios y pérdidas en este proceso de integración económica. En este contexto, la determinación de la estructura del AEC durante la existencia de la unión aduanera se convierte en el principal medio para garantizar una distribución de beneficios y pérdidas aceptables para todas las partes involucradas²⁵. El objetivo fundamental es asegurar una distribución adecuada de los beneficios y costos que se generen en el mercado interno, permitiendo que todos los Estados aprovechen las oportunidades que ofrece un mercado ampliado.

Entre las Uniones Aduaneras alrededor del mundo, se encuentra la Unión Europea (en adelante, la **UE**), la organización más exitosa en cuanto a procesos de integración económica se refiere. Además, podemos citar al Mercado Común del Sur (en adelante, el **MERCOSUR**), el cual es una unión aduanera que abarca Estados de América del Sur; específicamente a Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela (aunque este último miembro se encuentra suspendido en todos sus derechos y obligaciones como Estado parte desde agosto de 2017); y, la Unión Aduanera y Económica del África Central, constituida por Botsuana, Lesoto, Namibia, Sudáfrica y Suazilandia.

La CAN también es otra importante organización regional con significativos avances en los procesos de integración económica, siendo que, desde su nacimiento, la CAN tuvo como objetivo la creación de una unión aduanera para sus Estados miembros²⁶. Si bien este organismo de integración adoptó un AEC en 1995, ello no permitió consolidar una unión aduanera, ya que aún faltaba perfeccionar la zona de libre comercio y el instrumento para aplicar el citado AEC. En ese contexto, fue en el año 1999 que el Consejo Presidencial de la CAN estableció como objetivo lograr el mercado común para 2005; tema que estuvo presente en las posteriores cumbres presidenciales, donde se definió la estructura del nuevo AEC, y que trajo consigo notable respaldo político²⁷. En consecuencia, en 2002, la Comisión de la CAN se reunió en forma ampliada, con la presencia de ministros de los diferentes Estados

Germán Creamer, *Regionalismo Abierto en la Comunidad Andina. ¿Creación o Desviación de Comercio?*, en Trimestre Económico, enero de 2024. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/German-Creamer/publication/46548399_Regionalismo_abierto_en_la_Comunidad_Andina_Creacion_o_desviacion_de_comercio/links/609c1511a6fdccc3ce87f13f/Regionalismo-abierto-en-la-Comunidad-Andina-Creacion-o-desviacion-de-comercio.pdf (Consultado el 9 de enero de 2024).

²⁵ Peter Robson, *op. cit.*, p.19. Robson precisa que podría haber métodos más efectivos para abordar la cuestión de distribución.

²⁶ Freddy Pérez Chávez, *Integración regional y mercado común: El caso Unión Europea y Comunidad Andina*, en AA.VV., en Revista Universitaria Europea, número 33, Madrid, 2020, p. 155.

²⁷ Secretaría General de la Comunidad Andina, *op. cit.*, pp. 7-8.

miembros, y adoptó el nuevo AEC mediante la Decisión 535²⁸. No obstante, la Decisión 805 (abril de 2015) dispuso dejar sin efecto las Decisiones andinas emitidas a la fecha, vinculadas con el Arancel Externo Común²⁹. En tal sentido, dentro de la CAN no podríamos hablar propiamente de la existencia de una unión aduanera consolidada, debido a la inexistencia de un AEC uniformizado y aplicado.

En resumen, las uniones aduaneras son un importante proceso de integración económica alrededor del mundo, cuya presencia en varias regiones refleja el interés de los Estados en fortalecer la cooperación económica, reducir barreras comerciales y fomentar el desarrollo conjunto. Sus beneficios tienden a ser significativos; sin embargo, el éxito depende de la implementación efectiva y la cooperación continua entre los Estados miembros.

2.3. Mercado común

Un mercado común es una etapa más avanzada en la integración económica entre Estados, la cual sigue a la formación de una unión aduanera. En un mercado común, los Estados socios van más allá de la simple eliminación de aranceles y obstáculos al comercio, extendiendo la liberalización a todos los factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas³⁰. Por lo tanto, implica una reducción aún más significativa de barreras al comercio, facilitando así el intercambio económico.

Un punto adicional que vale la pena resaltar es que un mercado común conlleva la armonización de las legislaciones comerciales, lo cual incluye el establecimiento de normas conjuntas en áreas clave como la fiscal, laboral, sanitaria, de calidad, financiera, de protección de consumidores y personas jurídicas, entre otros. Además, en cuanto a la movilidad de personas, se busca garantizar que los ciudadanos de los Estados parte tengan el derecho de establecimiento y trabajo en igualdad de condiciones y sin discriminación en cualquier territorio perteneciente al mercado común. Esto implica, en gran parte, el reconocimiento mutuo de títulos profesionales y la armonización de criterios educativos para facilitar la movilidad laboral³¹. Finalmente –y de manera simultánea a la libre circulación de los factores de producción entre los Estados y la armonización de las legislaciones comerciales– los miembros del mercado común coordinan su actuación frente a terceros, aplicándoles restricciones compartidas.

²⁸ *Ibidem*, p. 8.

²⁹ De manera concreta, el artículo 1 de esta Decisión dispuso «dejar sin efecto las Decisiones 370, 465 y 535 y aquellas que las sustituyan, modifiquen o complementen sobre el Arancel Externo Común».

³⁰ Secretaría General de la Comunidad Andina, *op. cit.*, p. 8.

³¹ Rosalina González López, *La educación superior ante la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina de Naciones (CAN): caso Venezuela*, en AA.VV., en *Salus*, número 3, Bárbula, 2005, p. 25.

El objetivo del mercado común es crear un marco normativo común que facilite la cooperación y promueva la igualdad de condiciones para las empresas y los ciudadanos en todos los Estados miembros³². Mediante su creación se amplía el mercado de los Estados, se genera mayor competitividad, crece el empleo, aumenta la movilidad laboral³³, se fortalece la posición de los Estados al momento de negociar tratados comerciales³⁴ y, en general, se brinda desarrollo a la región. Sin embargo, su éxito requiere que todos los países participantes puedan aumentar sus exportaciones mientras implementan acciones para disminuir aranceles, impuestos y demás limitaciones a las importaciones³⁵.

A fin de ejemplificar este proceso de integración económica, tenemos el caso de la Unión Europea. Anteriormente existió la Comunidad Económica Europea (CEE) que nació en 1958³⁶ como un proceso de integración para formar una zona de libre comercio. Posteriormente, en 1968 se formó una unión aduanera y, en 1986, con el Acta Única Europea, se ampliaron las competencias de la Unión mediante la creación de un gran mercado interior³⁷. Finalmente, en 1993, se completó el proceso de formación de un mercado común cuando se levantaron las fronteras entre los Estados europeos, siendo que, en este año, la CEE se convirtió en la Comunidad Europea, que fue absorbida por la UE en 2009.

La UE es el ejemplo más destacado y avanzado de mercado común y, en general, de integración económica y política. Al día de hoy, la UE continúa eliminando barreras económicas, jurídicas y burocráticas al comercio y ha coordinado la política comercial ante otros Estados. Sin embargo, aún existen elementos pendientes de armonizar entre los Estados miembros, como determinados sistemas fiscales, servicios financieros, de energía, transportes, el comercio electrónico o ciertos requisitos sobre cualificaciones profesionales³⁸.

³² Luis Ernesto Tello Vidal, *op. cit.*, p. 76.

³³ Elodie Thirion, *EU single market: Boosting growth and jobs in the EU*, European Added Value Unit, Bruselas, 2017, pp. 1-4.

³⁴ Markus Krajewski, *The Reform of the Common Commercial Policy*, en AA.VV., *TEU Law after Lisbon* (Andrea Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley, Editores), Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 300.

³⁵ Secretariat of the Economic Commission for Latin America, *The Latin American Common Market*, Department of Economic and Social Affairs of the United Nations, Nueva York, 1959, p. 42.

³⁶ La CEE nació en virtud del Tratado de Roma de 1957.

³⁷ Parlamento Europeo, *La evolución hacia el Acta Única Europea*, en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, 2024, p. 5. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.2.pdf (Consultado el 9 de enero de 2024).

³⁸ EFE, *El mercado único cumple 25 años con muchos retos por delante y desafiado por el Brexit*, en *Expansión*, 31 de diciembre de 2017.

Asimismo, alrededor del mundo existen otros acuerdos que han tenido como objeto la creación de un mercado común: solo por citar algunos tenemos al Mercado Común de África Oriental y Austral, el Mercado Común Centroamericano y el MERCOSUR, entre otros. Sin embargo, si bien estas organizaciones regionales han promovido en gran medida la integración económica entre sus Estados miembros, es debatible si son un mercado común³⁹. De hecho, la mayor parte de la doctrina sostiene que no se encuentran dentro de ese proceso de integración económico⁴⁰, debido al intenso nivel de cooperación económica y política que se requiere.

Respecto a la CAN, el Acuerdo de Cartagena establece en el artículo 1 como uno de sus objetivos facilitar la participación de los Países Miembros en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Es decir, la CAN ha fomentado la integración regional entre sus Estados miembros para consolidar a futuro un mercado común; proceso que aún se encuentra en desarrollo.

2.4. Unión económica

Una unión económica, en términos de integración, representa la forma más avanzada de colaboración entre dos o más Estados⁴¹. Implica los procesos de integración económica ya descritos y una mayor intensidad en la armonización de política económicas en aspectos claves como la adopción de políticas comunes en las áreas de producción, manejo de la inflación, la devaluación, el control del déficit presupuestal, entre otros⁴².

En una unión económica, se busca una competencia ordenada entre los Estados involucrados mediante la armonización de políticas económicas nacionales, que abarcan aspectos como comercio, fiscalidad, política monetaria y socioeconómica⁴³.

La unión económica implica una mayor cesión de soberanía por parte de los Estados miembros, ya que se comprometen a seguir una disciplina monetaria para mantener los tipos de cambio dentro de los márgenes autorizados⁴⁴. Esto significa que los países integrantes renuncian parcialmente a sus competencias en áreas como política fiscal y monetaria a cambio de los eventuales beneficios de participar en la unión.

³⁹ Su clasificación dentro de las fases de la Integración Económica es discutida por la doctrina en general.

⁴⁰ Manuel Cienfuegos Mateo, *op. cit.*, p. 11.

⁴¹ Véase la nota a pie 9.

⁴² Iván Valdés, *op. cit.*, p. 7.

⁴³ Freddy Pérez Chávez, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁴ Secretaría General de la Comunidad Andina, *op. cit.*, p. 3.

La UE es el ejemplo por excelencia de una unión económica, y el único que ha logrado este nivel de integración entre sus miembros. Mediante la Unión Económica y Monetaria, la UE ha formado un mercado único entre varios Estados donde en la mayor parte del territorio se utilizaba una misma moneda⁴⁵, el euro, y donde coordinan políticas económicas sobre manejo de la inflación, la devaluación y el control del déficit presupuestal.

También hay otras organizaciones y/o acuerdos que aspiran a formar una unión económica. Entre estos casos destaca la Unión Económica Euroasiática (UEE o UEEA), un ambicioso proyecto de integración económica que conforman varios Estados que fueron parte de la Unión Soviética⁴⁶. Su creación data de 2015⁴⁷ y actualmente la conforman Armenia, Bielorrusia, Kazajistán, Kirguistán y Rusia. No obstante, si bien este acuerdo ha logrado significativos avances, el objetivo de lograr un mercado común aún se encuentra muy distante. Asimismo, existen cuestionamientos sobre su naturaleza misma; es decir, de que no se trate únicamente de un proyecto económico y comercial⁴⁸.

3. Conclusiones

A la fecha, existen diversos procesos de integración económica que han ocasionado el aumento en el comercio interregional e internacional mediante el acceso a mercados más grandes y a través de la promoción de inversión extranjera. Sin embargo, los resultados pueden variar dentro de uno u otro bloque, dependiendo de la idoneidad de las medidas adoptadas para el crecimiento y desarrollo económico de todos los Estados parte del proceso, y debido a la cooperación constante requerida.

En este artículo, hemos explorado la integración económica a lo largo de sus diversos procesos, desde las etapas que requieren una colaboración mínima hasta aquellas que exigen un mayor nivel de cooperación. Desde nuestro punto de vista, alcanzar una integración plena requiere no solo un compromiso por parte de los Estados miembros en lograr un crecimiento económico sostenido, sino también –y más importante aún– una verdadera voluntad en trazar objetivos alineados, dirigidos a la consecución del bien común.

⁴⁵ En 2024, el euro es la moneda oficial de 20 de los 27 Estados miembros de la UE, que constituyen la zona del euro o, comúnmente, eurozona. Respecto a los otros 7 Estados de la organización, 6 tienen la obligación de unirse a la eurozona y Dinamarca es el único miembro con una cláusula de exclusión.

⁴⁶ Jesús Yáñez González, *La Unión Económica Euroasiática: estructura institucional, competencias y relaciones con el exterior*, en AA.VV., en Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos, número 17, Madrid, 2021, p. 93.

⁴⁷ El tratado constitutivo de la UEE es el Tratado de Astaná.

⁴⁸ Los Estados de Asia Central han cuestionado la conveniencia de incorporarse a la UEE por la intención de la Federación Rusa al promover el proyecto; particularmente, sobre un posible uso político y/o geopolítico para consolidar una esfera de influencia en el área exsoviética.

Finalmente, a nivel de Sudamérica, la CAN es un destacado proceso de integración económica con una sólida trayectoria de más de 50 años, tiempo en el cual ha promovido la integración y la cooperación económica y social entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú con «el propósito de mejorar el nivel de vida y desarrollo equilibrado»⁴⁹ de sus habitantes. Si bien su carta constitutiva reconoce como objetivo lograr la consolidación de un mercado común latinoamericano, lo cierto es que, en la actualidad, para algunos autores, la CAN es considerada una unión aduanera imperfecta⁵⁰, lo cual lleva a la reflexión de que falta aún un largo camino por recorrer para poder alcanzar la meta recogida en el Acuerdo de Cartagena mismo.

Lima, enero de 2024.

⁴⁹ Cancillería de Colombia, *Comunidad Andina (CAN)*, consultado en enero de 2024. Disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/international/regional/can>

⁵⁰ A manera de ejemplo, véase a:

- Gina E. Acosta Rojas, Germán Calfat y Renato G. Flôres Jr., *Comercio e infraestructura en la Comunidad Andina*, en Revista de la CEPAL, número 90, diciembre 2006, p. 47. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstreams/a684647f-b630-4349-b6f5-30d6dd643ff1/download> (Consultado el 9 de enero de 2024).
- Freddy Pérez Chávez, *op. Cit*, p. 179.
- Carlos Quenan, *¿Qué pasa con la Integración Económica Andina?*, en Geoenseñanza. Vol.6-2001(1), p. 11. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/360/36060101.pdf> (Consultado el 9 de enero de 2024).
- Entre otros.

SUBCAPÍTULO II

ANÁLISIS COMPARADO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

APARTADO I

I CRITERI DECISIONALI PER L'APPROVAZIONE DI UN ATTO NORMATIVO NELL'UNIONE EUROPEA, NELLA COMUNITÀ ANDINA E NELLE «ALTRE» ORGANIZZAZIONI REGIONALI

Piero Pennetta & Elisa Tino

Piero Pennetta

Catedrático de Derecho de las organizaciones internacionales y de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Salerno (Italia). Ha impartido Derecho internacional, Organización internacional y Derecho de la Unión Europea. Desde hace muchos años su línea de investigación central es la del derecho de las organizaciones regionales. Ha sido profesor visitante en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1987, 1991, 1994) y en la Escuela de Estudios Orientales y Africanos —SOAS— de la Universidad de Londres (1994). Ha sido ponente en muchas conferencias nacionales e internacionales. Es miembro del Grupo de interés sobre las Organizaciones internacionales de la Sociedad Italiana de Derecho Internacional (SIDI) y del Grupo de Reflexión sobre Integración y Desarrollo en América Latina y Europa. Es autor de 5 monografías y muchos artículos académicos publicados en revistas italianas e internacionales.

Elisa Tino

Profesora de segundo nivel de Derecho internacional en la Universidad de Nápoles «Parthenope», donde enseña Derecho internacional y globalización y Derecho de las organizaciones internacionales. Obtuvo su Doctorado (PhD) en Derecho de la Unión Europea en 2012 y después fue becaria en la Universidad LUISS «Guido Carli» en Roma (enero 2013-enero 2015), en la Universidad de Salerno (junio 2015-junio 2018) y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (junio 2018-septiembre 2018), y también visitante en unas instituciones internacionales (Academia de Derecho Internacional de la Haya, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria» - Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho - Universidad de Copenhague). Ha impartido clases en maestrías y cursos de especialización y ha sido ponente en conferencias nacionales e internacionales. Es miembro de la junta editorial de la revista italiana «La Comunità Internazionale» y de la serie de libros «Syntélelia» del Departamento de Derecho de la Universidad Parthenope. Participa en el Grupo de Reflexión sobre Integración y Desarrollo en América Latina y Europa, y es autora de 2 monografías y de muchos artículos sobre temas de derecho internacional público y organizaciones regionales.

I CRITERI DECISIONALI PER L'APPROVAZIONE DI UN ATTO NORMATIVO NELL'UNIONE EUROPEA, NELLA COMUNITÀ ANDINA E NELLE «ALTRE» ORGANIZZAZIONI REGIONALI¹

Piero Pennetta
Elisa Tino

Parole-chiave

Atti normativi. Processo decisionale. Voto. Organizzazioni regionali. Maggioranza. Unanimità. Geometria variabile.

Keywords

Normative acts. Decision-making. Vote. Regional organizations. Majority. Unanimity. Variable geometry.

Riepilogo

Il presente contributo intende procedere, con metodo induttivo, all'analisi degli strumenti giuridici con cui le organizzazioni regionali con competenze politico-economiche e attive in diversi contesti geografici operano per conseguire gli obiettivi istituzionali, sul presupposto che sussiste uno stretto rapporto di coerenza fra tipologia dell'organizzazione, tipologia dell'atto e tipologia del processo decisionale. Si analizzeranno, pertanto, le procedure di voto previste nelle diverse tipologie organizzative, con particolare attenzione a quelle dell'UE e della CAN, anche se non mancheranno i riferimenti altresì ad "altre" fattispecie.

Abstract

The present paper aims to investigate —by using an inductive method— the legal instruments with which regional organizations endowed with political and economic competences and operating in different geographic areas try to achieve their own institutional objectives, on the assumption that a close relationship of consistency exists between the type of organization, the type of act and the type of decision-making process. The voting procedures provided for in the various organizational typologies will therefore be analyzed, with particular attention to those of the EU and the CAN,

¹ Il presente contributo è frutto del lavoro congiunto degli autori; tuttavia, i paragrafi 1-2-8-9 e 11 sono da attribuire a Piero Pennetta, mentre i paragrafi 3-4-5-6-7 e 10 ad Elisa Tino.

although there will also be references to “other” regional organizations.

1. Diffusione del fenomeno dell'organizzazione regionale. Analisi induttiva delle diverse tipologie: concertazione, cooperazione e integrazione

Costituisce un dato di fatto, ampiamente riconosciuto, la vasta diffusione di organizzazioni regionali, cui aderisce un numero variabile di Stati, territorialmente contigui. Il fenomeno, sorto nel secondo dopoguerra, ha interessato inizialmente l'Europa, l'America e l'Africa sub-sahariana². Al momento (novembre 2022) può riconoscersi la presenza di circa 50/60 organizzazioni regionali attive nelle diverse aree geografiche con distinte caratteristiche tecnico-giuridiche e con differenti attribuzioni di competenza, ma che vedono la materia economica-commerciale come area privilegiata della cooperazione³. Evidentemente differenziata risulta la dimensione territoriale della partecipazione soggettiva, che può essere continentale, regionale o, più spesso, sub-regionale ovvero, eccezionalmente, pluricontinentale⁴. In proposito può osservarsi come spesso si manifesti il fenomeno del *pluralismo associativo*, ossia la coesistenza nella stessa area geografica (o in aree contigue) di più organizzazioni dotate delle medesime o simili competenze d'attribuzione (cd. *overlapping*). Tale realtà può essere denominata *pluralismo partecipativo*, ove sia osservata dal punto di vista statale, e comporta la partecipazione del singolo Stato a più organizzazioni caratterizzate da medesime o simili competenze d'attribuzione⁵.

Circa le tipologie tecnico-giuridiche della cooperazione regionale, con una relativa approssimazione può farsi riferimento, in primo luogo, alle *organizzazioni di concertazione* (o *soft organizations*) a base non pattizia. Tale tipologia, che trova il suo momento genetico in una o più dichiarazioni di carattere politico-diplomatico, è diffusa in diverse aree geografiche: *Comunidad de Estados de Latinoamérica y el Caribe* (CELAC), *Foro para el Progreso y Desarrollo de América del Sur* (PROSUR) in America Latina e nei Caraibi ove, in precedenza, anche il Gruppo di Rio e l'Arco del Pacifico Latino-Americano. In Europa operano, secondo questo modello, l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), il Gruppo di Visegrad, l'*Adriatic-Ionic Initiative*, il *Central European Initiative*, il *Council of the*

² Piero Pennetta, *International Regional Organizations. Problems and Issues*, in AA.VV., *Evolutions in the Law of International Organizations*, (Roberto Virzo and Ivan Ingravallo, eds.), Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, p.70 e Piero Pennetta, *Organizzazioni internazionali regionali*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto, Annali*, Giuffrè editore, Milano, 2011, p.844.

³ Sulla cooperazione politico-militare, cfr. Jean-François Guilhaudis, *Alliances, coalitions, organismes de sécurité collective; basis en 2015*, Paix et sécurité européenne et internationale, Université Cote d'Azur, 2015.

⁴ Es. la *League of Arab States* (LAS), l'*Organization of Islamic Cooperation* (OIC), l'*Indian Ocean Rim Association* (IORA).

⁵ Anche nel continente europeo, l'area più feconda nello sviluppo del regionalismo, può ritrovarsi un discreto numero di organizzazioni (UE, CdE, OSCE, etc.) che, tuttavia, sono caratterizzate da competenze d'attribuzione tendenzialmente differenti. Si che solo marginalmente si realizzano sovrapposizioni di competenze, come in materia di tutela dei diritti umani.

Baltic Sea States e altre di ridotta rilevanza. Minore diffusione incontra, invece, il modello della *soft organization* nel continente africano, ove, in passato, ha caratterizzato il *Conseil de l'Entente* e la *Southern African Development Coordination Conference* prima della loro istituzionalizzazione. Di contro, l'*organizzazione di concertazione* costituisce lo strumento privilegiato di cooperazione regionale nel continente asiatico e nel Pacifico ove, talora, si limita ad una più o meno lunga fase iniziale poi trasformandosi in organizzazione a base pattizia⁶. Talaltra, l'organizzazione conserva la sua natura di *soft organization* nel tempo (es. IORA, APEC), fatta salva una parziale istituzionalizzazione con la creazione di un segretariato mediante l'adozione di un atto di *soft law* (ancora APEC e IORA), ovvero la sottoscrizione di un apposito trattato⁷. Una relativa diffusione di tale tipologia si ritrova, nel mondo ex-socialista, in particolare nella fase iniziale della cooperazione, come nella *Shanghai Cooperation Organization* (SCO) e nella *Organization of Black Sea Economic Cooperation* (OBSEC), nonché nella GUUAM (ora ODED-GUAM).

La seconda e più diffusa tipologia di organizzazione si rifà al modello classico della cooperazione interstatale e risulta disciplinata dal diritto internazionale, dai suoi principi e dalle sue regole di fondo. Si tratta della tipologia dell'*organizzazione di cooperazione*, che trova il suo fondamento in un trattato istitutivo, ove è tendenzialmente/rigorosamente garantita la sovranità degli Stati che vi aderiscono. In tale tipologia, nella dialettica fra sovranità degli Stati e funzioni che gli stessi attribuiscono all'organizzazione e al suo apparato istituzionale, tende a prevalere la prima. La sovranità statale si manifesta nell'uguaglianza fra gli Stati (uno Stato, un voto), nella previsione dell'unanimità e/o della geometria variabile come procedura decisionale, in un apparato istituzionale intergovernativo cui è conferito il potere decisionale, in atti prevalentemente raccomandatori, nonché nel rispetto del dualismo ordinamentale, onde la necessità di norme nazionali di recepimento/incorporazione⁸. Nell'ambito di tale tipologia associativa rara è la previsione di meccanismi di soluzione delle controversie di carattere giurisdizionale (o arbitrale). Peraltro, va sottolineato come la singola fattispecie, strutturata secondo il modello di cooperazione, trova -di regola- la sua legittimazione, nell'ordinamento statale, nelle

⁶ Così, l'*Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN), la *South Asian Association for Regional Cooperation* (SAARC), l'*Economic Cooperation Organization* (ECO), la *Bay of Bengal Initiative for Multi-Sectoral Technical and Economic Cooperation* (BIMSTEC).

⁷ La conclusione di un trattato istitutivo del Segretariato rappresenta sovente la prima fase del processo di istituzionalizzazione dell'organizzazione di concertazione. Talora, visti i risultati positivi conseguiti, gli Stati membri procedono ad una modifica della natura giuridica della cooperazione con la sottoscrizione di un trattato istitutivo che, peraltro, solitamente recepisce l'attività, istituzionale e materiale precedente. In tal senso l'esperienza della *Trilateral Cooperation* (Giappone, RPC, RoK). Talora, si procede più lentamente, come nel caso dell'*Asia Cooperation Dialogue* (ACD), ove è stato istituito un *Provisional Secretariat* in via di istituzionalizzazione.

⁸ Va detto come esistano anche singole forme associative a base pattizia definibili come *atipiche* (es. L'ALBA, l'Alleanza del Pacifico o la cooperazione mesoamericana), ovvero organizzazioni con una partecipazione ridotta, ma non limitata ad una particolare area geografica come l'*Organisation de coopération et de développement économiques* (OCDE).

norme relative al diritto internazionale generale previste nella singola Carta costituzionale.

Infine, ove l'*identità di gruppo* che caratterizza gli Stati membri sia particolarmente forte, si realizza la più avanzata forma di cooperazione regionale espressa dal modello di *organizzazione sovranazionale* o di *integrazione*⁹. Nell'ambito di tale tipologia sono previste regole particolari che *incidono*, più o meno significativamente, sui principi e sulle regole del diritto internazionale generale¹⁰. Si tratta di quelle caratteristiche che paradigmaticamente si ritrovano nell'esperienza comunitaria europea —dalla Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) all'UE, passando per la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità Europea (CE)— ove il riferimento alle limitazioni nell'esercizio della sovranità degli Stati membri¹¹, che necessitano di una specifica copertura espressa con norme *ad hoc* nelle Costituzioni dei singoli Stati membri¹². Tali previsioni sono condivise dagli Stati nei trattati istitutivi, ovvero sono dinamicamente rafforzate nel tempo, onde la significativa espressione di *unione sempre più stretta* presente all'articolo 1, comma 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE), oltretutto nel preambolo sia del TUE che del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Esse incidono *con prudenza ed equilibrio* su alcuni principi e su alcune regole tradizionali del diritto internazionale a partire dal *primato* del diritto comunitario sul diritto nazionale¹³.

⁹ Piero Pennetta, *Organizzazioni internazionali regionali... op.cit.*, p.863 e Piero Pennetta, *International Regional Organizations ... op.cit.*, pp.91-94.

¹⁰ Con riguardo a tale modello, cfr. fra i tanti Lorenzo Federico Pace, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, Cacucci editore, Bari, 2021; Achilles Skordas, Luke Dimitrios Spieker, *Supranational Law*, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg, 2021; Piero Pennetta, *La sovranazionalità nelle organizzazioni regionali extraeuropee*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea, Studi offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci editore, Bari, 2019, p.481; Jamile Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger jr., *Por una teoria jurídica da integração: interrelação direiro interno, direito internacional público e direito da integração*, in Revista de direito internacional, Brasília, numero 2, 2015, p.139.

¹¹ Nel modello sovranazionale o di integrazione, le funzioni dell'organizzazione, definite nell'atto istitutivo, sono conferite ad un apparato istituzionale complesso, in cui, accanto al livello intergovernativo, operano organi di individui, rappresentativi degli interessi dell'organizzazione in quanto tale, ovvero di interessi diversi da quelli dei Governi, cui sono attribuiti poteri autonomi, anche significativi nell'ambito del processo decisionale. In tale quadro, talora, non è prevista l'uguaglianza fra gli Stati membri, bensì la ponderazione e si dispone che le decisioni, in relazione a specifiche materie e in determinate condizioni, siano adottate a maggioranza. Ancora, la soluzione delle controversie è affidata in via esclusiva ad una Corte di giustizia che conosce di ricorsi provenienti non solo dagli Stati membri, ma anche dalle Istituzioni e, a determinate condizioni, dai soggetti privati. Infine, accanto al tradizionale dualismo fra diritto dell'organizzazione e diritto interno, si prevede che talune norme dell'organizzazione godano di diretta applicabilità ed efficacia diretta e che viga il principio del primato.

¹² Si vedano, ad esempio, l'articolo 11 della Costituzione italiana, l'articolo 88-1 della Costituzione francese, articolo 23 della Costituzione tedesca, articolo 93 della Costituzione spagnola, etc.

¹³ Il primato del diritto UE sul diritto interno è stato affermato, per la prima volta, dalla CGUE, nella storica sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa c. Enel. Sul principio del primato, in dottrina, cfr., da ultimo, AA.VV., *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di giustizia a*

2. *Segue: Dinamismo istituzionale e materiale*

Di fronte a tale varietà organizzativa e a tale diffusione geografica, va empiricamente rilevato come il *successo* della singola organizzazione nel perseguimento degli obiettivi istituzionali, sovente ampi e ambiziosi, non sia affatto scontato. Spesso, quale che sia la tipologia prescelta, molte organizzazioni non hanno *successo* e finiscono nel tempo per svolgere, di fatto, attività assolutamente marginali, se non quasi irrilevanti, per gli Stati membri. Tant'è che è lecito domandarsi, anche in relazione ai citati fenomeni del *pluralismo associativo* e del *pluralismo partecipativo*, la ragione per cui non si proceda allo scioglimento di forme associative che hanno conseguito solo una parte ridottissima degli obiettivi istituzionali previsti e più volte solo retoricamente reiterati a livello apicale¹⁴.

In tal senso può cogliersi la sostanziale irrilevanza delle attività dell'organizzazione per la vita dei suoi Stati membri nonché, e ancor di più, per i loro cittadini. In senso opposto, può cogliersi in singole organizzazioni un carattere dinamico e un progressivo, più o meno accentuato, sviluppo in ambito sia istituzionale che sostanziale, con il perseguimento degli obiettivi statutariamente stabiliti (talora ampliati nel tempo). Inoltre, non è raro, in ragione dei successi conseguiti, un ampliamento della partecipazione soggettiva. L'esempio più avanzato di tale dinamismo è, come anticipato, espresso dalla CEE che sorta, insieme alla Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM) nel 1957 e dopo la peculiare esperienza della CECA, è ora denominata Unione europea ed è disciplinata dai due trattati di Lisbona del TUE e del TFUE. Un certo dinamismo, meno accentuato e talora contraddittorio, può cogliersi in talune esperienze associative attive in altre aree geografiche, *in primis* in America Latina e nei Caraibi¹⁵, nonché nell'Africa sub-

confronto, cinquant'anni dopo, (Bruno Nascimbene, Cur.), Giuffrè, Milano, 2015; Bruno Rittleng, *Le principe de primauté du droit de l'Union. Quelle réalité?*, in Revue de l'Union Européenne, Parigi, 2015, pp. 630-637; Maurizio Orlandi, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012; Matej Avbelj, *Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) does it matter?*, in European Law Journal, Londra, numero 6, 2011, pp. 744-763; Hélène Guadin, *Primauté, la fin d'un mythe? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice*, in AA.VV., *L'Union européenne. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin* (Jean-Claude Masclet et al., Dir.), Pedone, Parigi, 2010, pp.639-656.

¹⁴ Significativa è l'assenza di attività di rilievo in molte organizzazioni regionali, soprattutto dei Paesi in via di sviluppo, a partire dalla storica esperienza della LAS che, istituita nel 1945, ha conseguito risultati assolutamente marginali rispetto agli obiettivi statuari. Nel contesto latino-americano e caraibico si caratterizzano per scarso dinamismo alcune macro-organizzazioni, quali CELAC (32 Stati dopo il recesso del Brasile), *Sistema Económico Latinoamericano* (SELA) (25 Stati), *Asociación Estados del Caribe* (AEC) (25 Stati), *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI) (13 Stati). Inattiva risulta, allo stato attuale, altresì l'*Unión de naciones suramericanas* (UNASUR), con solo tre Stati (Venezuela, Suriname e Guyana) su dodici che continuano nella loro piena *membership*.

¹⁵ Seppur con una indubbia prudenza e con frequenti significative pause, in America Latina e nei Caraibi il dinamismo normativo può cogliersi in: CAN, MERCOSUR, CARICOM, OECS e Alleanza del Pacifico (AP). Contraddittoria appare, invece, l'attività della PROSUR. Per una ricognizione della prassi delle citate organizzazioni si vedano le rassegne a cura degli Autori in

sahariana¹⁶ e in Asia-Pacifico¹⁷. Viceversa, il dinamismo normativo e sostanziale appare limitato e condizionato da considerazioni prevalentemente politiche in singole esperienze associative nel mondo arabo-islamico¹⁸ e in quello ex-socialista¹⁹.

Il citato dinamismo si manifesta, in primo luogo e per esplicita volontà degli Stati, con modifiche e integrazioni di natura pattizia che talora comportano una riscrittura totale o parziale dei testi normativi fondamentali. Viceversa, in altri casi, si procede alla sottoscrizione di trattati che creano «organi complementari», integranti la struttura istituzionale originaria per rispondere a nuove esigenze emerse nel tempo²⁰. Esempi significativi in tal senso sono, nell'esperienza dell'UE, l'istituzione, con il Trattato di Bruxelles del 1975, della Corte dei Conti, mentre, nella realtà andina, il riferimento è alla creazione, sempre su base pattizia, del Tribunale andino che ha inciso sul sistema

La Comunità Internazionale, Napoli, numero 1, 2014; numero 1, 2015; numero 3, 2016; numero 1, 2018; numero 2, 2021. Più in generale, sul regionalismo in America latina e nei Caraibi, cfr. *Integração e Fragmentação da América do Sul*, in *Revista Tempo do Mundo*, Rio de Janeiro, numero 2, 2020, pp. 5-382.

¹⁶ Fra le organizzazioni regionali e sub-regionali africane, un certo dinamismo normativo si realizza in ECOWAS, EAC, CEMAC, UEMOA. Viceversa, poco attive risultano, al di là delle retoriche dichiarazioni apicali, l'IGAD, la *Community of Sahel-Saharan States* (CEN-SAD), l'*Economic Community of Central African States* (ECCAS), il *G5 du Sahel*, il *Conseil de l'Entente*, il *Common Market of Eastern and Southern African States* (COMESA), la *Southern African Development Community* (SADC) e la *Southern African Custom Union* (SACU). Per le attività di tali forme associative si vedano le rassegne a cura degli Autori in *La Comunità Internazionale*, Napoli, numero 2, 2014; numero 3, 2015; numero 1, 2017; numero 4, 2018.

¹⁷ Il dinamismo normativo caratterizza, nel continente asiatico, l'ASEAN e la BIMSTEC che, mediante la conclusione di un trattato internazionale, hanno proceduto all'istituzionalizzazione della precedente cooperazione interstatale. Di contro, attività ridotte caratterizzano le altre forme associative dell'area (ACD, SAARC, ECO), così come le organizzazioni istituite fra Paesi che si affacciano sul Pacifico: *Pacific Island Forum* (PIF) e *Pacific Community* (PC). Per una ricognizione della prassi recente di queste forme associative si rinvia alle rassegne a cura degli Autori in *La Comunità Internazionale*, Napoli, numero 1, 2014; numero 1, 2015; numero 3, 2016; numero 3, 2018; numero 1, 2022.

¹⁸ Le organizzazioni dell'area arabo-islamica non risultano particolarmente attive, con la sola parziale eccezione del Consiglio di Cooperazione del Golfo (CCG). Per una ricognizione delle loro attività si vedano le rassegne a cura degli Autori in *La Comunità Internazionale*, Napoli, numero 3, 2014; numero 2, 2016; numero 2, 2017; numero 2, 2019; numero 2, 2022.

¹⁹ Le organizzazioni regionali dei Paesi ex-socialisti hanno teso, negli anni, a svilupparsi in maniera contraddittoria. Alcune - *in primis* l'*Eurasian Economic Union* (EAEU), ma anche il *Commonwealth of Independent States* (CIS) e la SCO - hanno operato, con maggiore o minore intensità, coerentemente con il proprio modello di cooperazione, per la realizzazione degli obiettivi statuari. Altre (OBSEC, ODED-GUAM e, in misura minore, CSTO) si sono invece caratterizzate per un sostanziale immobilismo, limitandosi sovente allo svolgimento delle sole attività di «ordinaria amministrazione». Sulla prassi si vedano le rassegne a cura degli Autori in *La Comunità Internazionale*, Napoli, numero 3, 2014; numero 2, 2016; numero 3, 2017; numero 1, 2020.

²⁰ Per gli organi complementari, cfr. Piero Pennetta, *Apparato istituzionale*, in Piero Pennetta *et al.*, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, CEDAM/Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp.205-207.

delle fonti²¹. Sempre con riguardo al contesto andino devono leggersi in un'ottica di realistica valutazione dell'esistente il processo di *reingeniería del Sistema Andino de Integración*, promosso nel 2013²², e la recente proposta di revisione della struttura della *Secretaría General* «...que ponga énfasis en el aspecto social y busque acercar los logros y beneficios de la integración subregional a los ciudadanos andinos»²³.

Talora, il dinamismo si realizza gradualmente, in tempi lunghi, giungendo a mutare la stessa natura giuridica: paradigmatico è il caso dell'ASEAN che, sorta nel 1967 come organizzazione di concertazione, è stata oggetto di un progressivo rafforzamento sino alla sua trasformazione nel 2007 in organizzazione di cooperazione²⁴. La medesima evoluzione si è realizzata nella BIMSTEC che, sorta nel 1997 sulla base della Dichiarazione di Bangkok, ha conosciuto la sua istituzionalizzazione con la sottoscrizione, a Colombo nel 2022, della *BIMSTEC Charter*.

Il dinamismo normativo della singola fattispecie associativa regionale trova, come detto, la sua fonte nella volontà degli Stati. Tuttavia, talora, significativo è l'impulso in senso integrazionista espresso dalla giurisprudenza delle Corti (o meccanismi arbitrali) ove esistenti e operanti. Invero, la previsione di una Corte nel trattato istitutivo²⁵, ovvero la sua successiva istituzione nonché, in particolare, il riconoscimento ai soggetti privati del diritto di accesso diretto alla giustizia²⁶

²¹ *Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado con la Decisión No 472* nel 1999. In dottrina, cfr. Miguel Antonio Villamizar, *The Andean Court of Justice*, in AA.VV. *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals* (Robert Howse et al., eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp.255-285; Carlos Eduardo Daly Gimón, *Tribunal Andino de Justicia e Institucionalidad en la Comunidad Andina de Naciones*, Editorial Académiac Española, Saarbrück, 2011.

²² Decisión 791 *Grupo de Trabajo de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración* del 2013; Decisión 792 *Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración* del 2013.

²³ *Declaración de la XXII Reunión del Consejo Presidencial Andino* del 2022, punto 31.

²⁴ L'ASEAN è stata istituita con la *Bangkok Declaration* del 1967 e si è sviluppata nel tempo con progressivi rafforzamenti istituzionali di carattere pattizio, sino alla sottoscrizione a Singapore nel 2007 dell'*ASEAN Charter*. Lo stesso può dirsi per il *Conseil de l'Entente* che, sorta nel 1959 come *soft organization*, vede la sua nuova base pattizia nella *Charte du Conseil de l'Entente* del 2011, e per la SADC, istituita a partire dalla *Lusaka Declaration*, del 1980 e formalizzata con il *Treaty establishing the Southern African Development Community* del 1992 (come emendato).

²⁵ Significativa è la mancata previsione nell'UNASUR di un meccanismo “terzo” di soluzione delle controversie. Viceversa, nel MERCOSUR un meccanismo arbitrale, originariamente non previsto, fu introdotto con il Protocollo di Brasilia del 1991, poi superato da quello di Olivos del 2002. Di contro, non si è però riusciti ad approvare l'introduzione di una Corte con competenze analoghe a quelle della CGUE. In generale sul tema cfr. Peña Pinon Mariana, *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017. Diversa è invece l'esperienza del SICA, ove la Corte di Giustizia (CCJ) è prevista sin dalla fase genetica dell'organizzazione.

²⁶ L'articolo 263 del TFUE legittima i soggetti privati a presentare un ricorso dinanzi alla CGUE avverso gli atti UE adottati nei suoi confronti o che li riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che li riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. Un diritto grossomodo analogo viene riconosciuto altresì nell'ambito di altre

costituiscono un elemento fondamentale, ovvero la cartina di tornasole della volontà di procedere ad una integrazione “forte”, sottraendo agli Stati la tradizionale possibilità di interpretare il diritto dell’organizzazione²⁷. Ancora una volta significativa è l’esperienza della Corte di giustizia dell’UE (CGUE) a partire dalle note sentenze degli anni Sessanta²⁸. Concettualmente analoga risulta la giurisprudenza del Tribunale andino²⁹ anche se, occorre anticiparlo, le «ricadute politiche» di tale opzione metagiuridica appaiono contraddittorie in ragione del flebile *animus cooperandi* che caratterizza, in concreto, la cooperazione regionale andina.

Relativamente attive ed espressione di una *relativamente significativa* volontà integrazionista sono altre Corti di giustizia latino-americane e caraibiche (SICA/SIECA³⁰,

(invero, poche) organizzazioni regionali (UEMOA, CEMAC, ECOWAS, EAC, COMESA in Africa; CAN, SICA, CARICOM in America Latina e nei Caraibi). A tal riguardo, sia consentito il rinvio a Elisa Tino, *L’accesso diretto dei soggetti privati alla giustizia nelle organizzazioni regionali dei Paesi in via di sviluppo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Bologna, numero 1, 2013, pp.3-29.

²⁷ Singolare è l’esperienza della EAEU il cui trattato istitutivo conferisce alla Corte il potere di «...clarify provisions of the Treaty, international treaties within the EAEU and decisions of EAEU’s bodies...», facendo al contempo salvo il diritto degli Stati membri di interpretare congiuntamente i testi normativi di riferimento (articolo IV, parr.46-47 EAEU Treaty).

²⁸ Il riferimento è alla causa 26/62, Van Gend en Loos, 5 febbraio 1963 e alla causa Costa c. Enel ..., cit., e agli sviluppi giurisprudenziali che ne sono seguiti.

²⁹ La più evidente caratteristica del processo di integrazione andino può cogliersi nella contraddizione fra l’incapacità dell’apparato istituzionale intergovernativo di realizzare gli obiettivi istituzionali previsti (a partire dal pieno funzionamento della unione doganale e del mercato comune) e la giurisprudenza del Tribunale andino che, a partire da Interpretación Prejudicial N° 1-IP-87, Volvo, 3 dicembre 1987, si è espressa in una pluralità di pronunce ispirate ad un accentuato *animus* integrazionista.

³⁰ In passato, la CCJ ha avuto modo, in più circostanze, di affermare l’operatività dei principi del primato, della diretta applicabilità e dell’efficacia diretta nel SICA; cfr., in particolare, Expediente No. 10-5-11-96, *Coto Ugarte c. El Salvador*, 5 marzo 1998, p.8 ss.; Expediente n. 25-05-29-11-1999, *Nicaragua c. Honduras*, 27 novembre 2001, p.13 ss.; Expediente No. 1-30-4-2004, *Reyes Wylde c. Estado del Guatemala*, 3 gennaio 2005, par.48 ss.; Expediente No. 81-3-5-12-2007, *Solicitud de Opinión Consultiva del PARLACEN*, 8 gennaio 2008, p. 8 ss.; Consulta Prejudicial No. 7-23-09-2009, *José Luis Rodríguez Ascencio*, 28 ottobre 2009, p.1 s.; Consulta Prejudicial No. 11-2-10-2009, *Arévalo García*, 28 ottobre 2009, p.2 s.; Consulta Prejudicial No. 8-23-09-2009, *Julio Antonio Guzmán*, 28 ottobre 2009, p.1 s.; Consulta Prejudicial No. 10-23-09-2009, *Artero de Rodríguez*, 28 ottobre 2009, p.3, etc. ove si ritrovano anche riferimenti alla giurisprudenza di Corti costituzionali nazionali, come il caso Frontini. Più di recente, la Corte ha affrontato il tema della gerarchia delle fonti del SICA (Expediente No. 180-03-08-06-2017, 25 gennaio 2018) e quello dell’inquadramento nell’ambito dell’organizzazione degli organi del *Sub-Sistema Social Centro-americano* (Expediente No. 189-03-20-07-2018, 25 gennaio 2019).

CARICOM³¹) ovvero le Corti, operanti nel continente africano, di UEMOA³², ECOWAS³³, EAC³⁴, COMESA³⁵. In tali casi deve riconoscersi l'influenza in senso

³¹ La *Caribbean Court of Justice* (CaCJ) è stata investita negli anni soprattutto di controversie riguardanti la disciplina doganale (particolarmente la presunta violazione della normativa CARICOM in materia di tariffa esterna comune; v. da ultimo, [2022] CaCJ 1 (OJ), Application No. BZOJ2020/001, *State of Belize vs. State of Trinidad & Tobago*, 1 febbraio 2022; [2022] CaCJ 2 (OJ), *Rock Hard Distribution Limited, Rock Hard Distributors Limited, Mootilal Ramhit and Sons Contracting Limited vs. The State of Trinidad and Tobago, The Caribbean Community, The State of Belize*, 2 marzo 2022) e la libera circolazione delle persone. Tali controversie le hanno consentito di esprimersi sul tema del rapporto fra il diritto del CARICOM e le norme OMC (cfr. [2019] CaCJ 4 (OJ), Application No TTOJ2018/001, *Trinidad Cement Limited v. State of Trinidad & Tobago*, parr.53-72), nonché fra il diritto del CARICOM e gli ordinamenti interni, riconoscendo il principio del primato del diritto CARICOM sulle norme di diritto interno confliggenti (cfr. [2013] CaCJ 3 OJ, *Shanique Myrie v. State of Barbados, State of Jamaica*, 4 ottobre 2013). La Corte si è altresì espressa sulla natura giuridica delle *decisions* adottate dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo (cfr. [2013] CaCJ 3 (OJ), *Shanique Myrie*, cit.).

³² Nella propria giurisprudenza, sovente ispirata a quella della CGUE, la Corte UEMOA ha contribuito allo sviluppo del processo di integrazione regionale, esprimendosi sulle competenze dell'organizzazione (cfr. avis n. 2/2000, *Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation de l'article 84 ...*, 2 febbraio 2000), ovvero sul rapporto fra ordinamenti, e riaffermando l'operatività del principio del primato (cfr. avis n. 2/2000, cit.; avis n. 1/2003, *Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour de Compte au Mali*, 18 marzo 2003 e, da ultimo, arrêt n°005/2020 du 8 Juillet 2020, *Requête N°20 R002 du 22 janvier 2020, aux fins de mise en œuvre de l'article 14 du Protocole additionnel N°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, La Commission de l'UEMOA contre la décision n°19-287 du 22 aout 2019 de la Cour constitutionnelle du Benin*, pp.13-15).

³³ La Corte di giustizia ECOWAS ha reso, negli anni, soprattutto pronunce in materia di tutela dei diritti umani. Ad essere contestata, di recente, è stata soprattutto la violazione da parte di singoli Stati membri del diritto all'equo processo (cfr. ECW/CCJ/JUD/01/22, *Chief Ambrose Albert Owuru & Anor vs. The Federal Republic of Nigeria*, 2 febbraio 2022; ECW/CCJ/APP/17/21, *Diawara Oumar c. Etat de Côte d'Ivoire*, 27 ottobre 2021; ECW/CCJ/JUD/13/21, *Counsellor Kabineh Muhammad Ja'neh vs. Republic of Liberia & Anor*, 4 giugno 2021; etc.), del diritto di proprietà (cfr. ECW/CCJ/JUD/21/20, *Cheick Gueye vs. Republic of Senegal*, 1 settembre 2020), nonché del diritto alla libertà personale e al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (cfr. ECW/CCJ/JUD/02/22, *Mrs Helen Joshua & Anor vs. Federal Republic of Nigeria*, 15 febbraio 2022; ECW/CCJ/JUD/29/2021, *Madam Sessi Mele vs. The Togolese Republic*, 9 luglio 2021; ECW/CCJ/JUD/26/21, *Dedjo Komla Sena vs. The Republic of Togo*, 9 luglio 2021; ECW/CCJ/JUD/ 09/21, *Kodjo Alain Victor vs. Republic of Cote d'Ivoire*, 26 aprile 2021; ECW/CCJ/JUD /17/2021, *Illia Malam Mamane Saidat vs Republic of Niger*, 22 giugno 2021; ECW/CCJ/JUD/11/21, *Aircraftwoman Beauty Igbobie Uzezi vs The Federal Republic of Nigeria*, 30 aprile 2021; ECW/CCJ/JUD/08/21, *The Registered Trustees of the Socio-economic rights & Accountability Project (SERAP) vs. Federal Republic of Nigeria* 26 aprile 2021; etc.).

³⁴ L'*EAC Court of Justice* (EACJ) è risultata, negli anni, particolarmente attiva, pronunciandosi sovente sulla conformità degli atti o azioni di singoli Stati membri alla *rule of law* ed ai principi di democrazia, *good governance*, trasparenza, giustizia sociale, etc. A tal riguardo, si vedano, da ultimo, Reference No. 14 of 2018, *Rugofarm vs. The Attorney General of the Republic of Burundi*, 7 aprile 2022; Consolidates Reference No. 3 & 4 of 2019, *Freeman Mbowe and 3 others, Legal Human Rights Centre vs. The Attorney General of the United Republic of Tanzania*, 25 marzo 2022; Appeal No. 4 of 2021, *Attorney General of the Republic of Kenya vs. Martha Wangari Karua & Others*, 28 febbraio 2022; Reference No. 05 of 2020, *Niyongabo Theodore, Niyungeko Gerald vs. The Attorney General of the Republic of Burundi*, 26 novembre 2021; Appeal No. 2 of 2020, *Le Forum pour le renforcement de la société civile (FORSC), Action Chrétiens pour l'Abolition de la torture & others vs. The Attorney General of the Republic of*

unidirezionale della giurisprudenza europea espressa sia dalla CGUE che dalla Corte EDU (in relazione alla tutela dei diritti umani)³⁶. Rispetto a tale funzione delle Corti e al connesso ricorso individuale, va osservato come tale attivismo giurisdizionale non sempre risulti “gradito” agli stessi Stati. Emblematico al riguardo è il caso della SADC ove, in conseguenza della nota giurisprudenza *Campbell*, si è giunti alla soppressione di fatto del *SADC Tribunal*³⁷. Diversamente, nel caso di un lodo arbitrale pronunciato

Burundi, the Secretary General of the East African Community, 19 novembre 2021; Reference No. 3 of 2018, *G&T Enterprise Trading LTD vs. The Attorney General of the Republic of Burundi*, 8 ottobre 2021; Reference No. 4 of 2018, *Kiir Chol Deng Acuil vs. The Attorney General of the Republic of South Sudan, the Secretary General of the East African Community*, 8 ottobre 2021; Reference No. 16 of 2014, *Ronald Ssemuusi vs. The Attorney General of the Republic of Uganda*, 23 ottobre 2020; Reference No. 20 of 2019, *Martha Wangari Karua vs. The Attorney General of the Republic of Kenya & others*, 30 novembre 2020; Reference No. 10 of 2013, *Union Trade Centre (UTC) vs. The Attorney General of the Republic of Rwanda and Succession Makuza Desire & others*, 26 novembre 2020; Reference No. 6 of 2019, *Male H. Mbirizi K. Kiwanuka vs. The Attorney General of the Republic of Uganda*, 30.9.2020; Reference No. 9 of 2017, *Hon. Justice Malek Mathiang Malek vs. Ministers of Justice of the Republic of South Sudan (Attorney General of South Sudan), The Secretary General of the East African Community*, 24 luglio 2020; Reference No. 4 of 2017, *Niyngabo Theodore & others vs. The Attorney General of the Republic of Burundi*, 16 giugno 2020; etc. Nelle proprie pronunce i giudici della EACJ richiamano spesso sentenze di Corte supreme nazionali (africane ed europee) e di giurisdizioni internazionali. Così, ad esempio, è evidente come essi abbiano preso spunto dalle argomentazioni della CGUE nella sentenza *Van Gend & Loos* in: Reference No. 1/2006, *Prof. Peter Anyang' Nyong'o & others vs. The Attorney General of the Republic of Kenya*, 30 marzo 2007; Reference No. 1/2011, *East African Law Society vs. The Secretary General of the EAC*, 14 febbraio 2013.

³⁵ Rispetto agli altri organi giurisdizionali regionali la Corte di giustizia del COMESA ha reso un numero contenuto di sentenze. Degna di nota è Reference No. 1/2012, *Polytol Paints & Adhesives Manufactures Co. LTD vs. Republic of Mauritius*, 31 agosto 2013, in cui si è affermato il principio dell'efficacia diretta.

³⁶ Su tale tendenza, in dottrina cfr. Elisa Tino, *Settlement of Disputes by International Courts and Tribunals of Regional International Organizations*, in AA.VV., *Evolutions... op.cit.*, pp.500-504.

³⁷ Cfr. [2007] SADC (T) Case No. 02/2007 (interim order), *Mike Campbell and Others vs. The Republic of Zimbabwe*, 13 dicembre 2007; [2008] SADC (T) 2 Case No. 02/2007, *Mike Campbell and Others vs. The Republic of Zimbabwe*, 28 novembre 2008; [2009] SADC (T) 1 Case No. 03/2009, *Mike Campbell and Others v. The Republic of Zimbabwe*, 5 giugno 2009. In relazione a tale giurisprudenza, in dottrina cfr. Precious N Ndlovu, *Campbell vs. Republic of Zimbabwe: a Moment of Truth for the SADC Tribunal*, in *SADC Law Journal*, Pretoria, n.1, 2011, p.63; Anna Di Lieto, *La discriminazione razziale contro i bianchi in Zimbabwe nella giurisprudenza del Tribunale della Comunità dello Sviluppo dell'Africa Australe*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Bologna, n. 2, 2009, p.432; Ben Chigara, *Introductory Note to Southern African Development Community (SADC) Tribunal – Mike Campbell (PVT) Limited and Others v. Republic of Zimbabwe*, in *International Legal Materials*, Cambridge, numero 3, 2009, p.530. Sulla sospensione del Tribunale, la conclusione del protocollo istitutivo di un “nuovo” organo giurisdizionale e le conseguenti implicazioni in dottrina, cfr. Elisa Tino, *Liberty of Entering in International Agreements and Compliance of International Obligations: Some Remarks Alongside the South African Courts' Judgments on the SADC Tribunal*, in *International Organization Law Review*, Leiden, 2021, p.105; Dire Tladi, *The Constitutional Court's Judgment in the SADC Tribunal Case: International Law Continues to Befuddle*, in *Constitutional Court Review*, Pretoria, 2020, p.129; Apollin Koagne Zouapet and Misha Ariana Plagis, *Braamfontein encroaching? An Internationalist Reading of the South African Constitutional Court Judgment on the SADC Tribunal*, in *South African Journal on Human*

dal Tribunale permanente di revisione (TPR) del MERCOSUR sulla sospensione del Paraguay e l'adesione del Venezuela, sono stati gli arbitri che si *sono piegati* alla volontà "politica" dei Presidenti di turno³⁸.

Definito sommariamente il quadro di riferimento di un regionalismo diffuso, articolato e complesso, il presente contributo intende procedere, con metodo induttivo³⁹, all'analisi degli strumenti giuridici con cui, nella singola organizzazione, si opera per conseguire gli obiettivi istituzionali, sul logico presupposto che sussista uno stretto rapporto di coerenza fra tipologia dell'organizzazione, tipologia dell'atto e tipologia del processo decisionale. Coerentemente, si farà riferimento alle procedure di voto previste nelle diverse tipologie organizzative, con particolare attenzione a quelle delle più note organizzazioni di integrazione, l'UE e la CAN, anche se, nell'indicata ottica induttiva, non mancheranno i riferimenti ad "altre" fattispecie più o meno attive. Considerazioni, tendenzialmente metagiuridiche, chiuderanno il contributo.

3. Le manifestazioni di volontà finalizzate al perseguimento degli obiettivi istituzionali: atti raccomandatori e diritto derivato *improprio*

In presenza della vista molteplicità di esperienze associative regionali, non risulta agevole individuare criteri generali relativi al sistema delle fonti e appare complesso rendere conto delle diverse tipologie di manifestazioni di volontà attraverso le quali la singola organizzazione e/o i suoi Stati membri realizzano nel tempo gli obiettivi statutari⁴⁰. Va *in primis* rilevato che per "atto normativo" si intende uno strumento

Rights, London, 2019, p.378; Moses Reselisitsoe Phooko, *A Sin Committed by the (suspended) SADC Tribunal: The Erosion of State Sovereignty in the SADC Region and beyond*, in South African Yearbook of International Law, Johannesburg, 2018, p.1; Elisa Tino, *The Southern African Development Community and Its 'New' Tribunal: Some Remarks*, in AA.VV., *Monitoring Regional Integration Yearbook 2015/2016* (Trudi Hartzenberg and Gherard Erasmus, Editors), Tralac, Pretoria, 2017, p.103; Elisa Tino, *Il diniego di accesso alla giustizia per i soggetti privati nella SADC: alcune considerazioni sul nuovo Protocollo sul Tribunale*, in Diritti Umani e Diritto Internazionale, Bologna, numero 2, 2017, p.477; Gino Naldi and Konstantinos Magliveras, *The New SADC Tribunal: Or the Emasculation of an International Tribunal*, in Netherlands International Law Review, Heidelberg, numero 2, 2016, p.133.

³⁸ Per quanto riguarda la giurisprudenza del TPR, nel periodo 2005-2009 sono state pronunciati alcuni lodi tendenzialmente favorevoli al rafforzamento della cooperazione. Successivamente, il TPR è rimasto inattivo ed è stato pronunciato solo il lodo relativo al caso della sospensione del Paraguay (Laudo N° 01/2012 del 21 luglio 2012).

³⁹ Per «induzione» si intende «il procedimento logico (contrapposto a deduzione) per cui dalla constatazione di fatti particolari si sale a affermazioni o formulazioni generali», Giacomo Devoto e Gian Carlo Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, ed. 2002-2003, p.1032.

⁴⁰ Nel prosieguo si indicheranno le diverse tipologie di manifestazioni di volontà finalizzate al conseguimento degli obiettivi istituzionali: atti raccomandatori, atti di diritto derivato improprio, atti obbligatori imputabili all'organizzazione (parr.2-3). Tale distinzione tipologica ha un evidente carattere espositivo e può ben accadere in concreto che in una organizzazione siano previste e utilizzate diverse tipologie, a seconda delle concrete esigenze che si intendono garantire.

giuridico (in forma scritta) attraverso il quale una organizzazione (e/o i suoi Stati membri) esprime la propria volontà di stabilire delle regole di condotta⁴¹. A tal fine, sovente non si prevedono tipologie tipiche *nominate*, né se ne indica il valore giuridico. Solo in alcuni casi sono previste esplicitamente le modalità procedurali relative all'approvazione di tali manifestazioni di volontà (potere di iniziativa, presenza e valore di pareri di organi non-governativi, organi decisionali, procedura di approvazione, etc.)⁴².

Nella nostra ricerca di carattere induttivo, occorre *in primis* prendere in esame la disciplina relativa agli atti di carattere raccomandatorio la cui adozione, quale che sia la denominazione in concreto (risoluzione, dichiarazione, piano d'azione, *statement*, codice di condotta, etc.), risulta ampiamente diffusa nelle *soft organizations* così come in quelle di cooperazione⁴³. Si tratta, com'è noto, di atti che non impongono agli Stati membri alcun obbligo giuridico, ma solo una obbligazione di carattere politico-diplomatico. Pertanto, il darvi seguito nell'ordinamento interno rientra nella libertà del singolo Stato ed è espressione del suo potere sovrano. Va tuttavia osservato come nelle organizzazioni regionali caratterizzate da una relativamente forte identità di gruppo e dall'*animus cooperandi* di un ristretto e omogeneo gruppo di Stati, l'adempimento del contenuto di una raccomandazione risulta assai probabile. Non si tratta di *altro da sé* in una contrapposizione fra una maggioranza e una minoranza, ma è un atto il cui contenuto materiale è liberamente concordato e corrisponde ad un concreto interesse degli Stati che, evidentemente, nella fase decisionale ne hanno condiviso il contenuto, approvandolo all'unanimità o per *consensus* (v. par.8)⁴⁴. In proposito, risulta evidente l'oggettiva differenza esistente con l'atto raccomandatorio approvato in organizzazioni universali, ove spesso si procede ad una votazione formale, con una maggioranza che approva, mostrando in tal modo di accettarne il

⁴¹ Christian Dominicé, *Valeur et autorité des acts des organisations internationales*, in René-Jean Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Nijhoff, Dordrecht et al., 2^{ème} ed., 1998, p.441.

⁴² Spesso il trattato istitutivo e i successivi atti di diritto interno dell'organizzazione non specificano in alcun modo la tipologia di atto funzionale al perseguimento degli obiettivi statutari e il termine "decisione", talora previsto, fa riferimento a diverse tipologie (di cui si dirà nel testo) ovvero, altrettanto genericamente, alla mera procedura del decidere.

⁴³ Nell'UE, la CGUE ha precisato che la raccomandazione può essere adottata dalle istituzioni quando non dispongono, in forza dei Trattati, del potere di adottare atti obbligatori o quando ritengono che non ci sia motivo per adottare atti obbligatori. La CGUE ha peraltro asserito che le raccomandazioni non possono essere considerate prive di effetto giuridico, sicché i giudici nazionali devono tenerne conto ai fini interpretativi di norme nazionali o dell'Unione (causa 322/88, *Grimaldi*, 13 dicembre 1989, punto 18).

⁴⁴ Singolare, in tal senso, è la prassi sviluppatasi nell'ambito del CCG, ove il contenuto della raccomandazione assume carattere obbligatorio per volontà dell'organo intergovernativo apicale dopo che gli Stati membri ne hanno rispettato volontariamente, per un certo tempo, il contenuto. Cfr. Piero Pennetta, *Atti normativi*, in Piero Pennetta *et al.*, *op.cit.*, pp.249-295 e Piero Pennetta, *Il Consiglio di Cooperazione dei Paesi Arabi del Golfo*, in Angela Di Stasi *et al.* (curr.), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, vol. I, pp.583-586.

testo, e una minoranza che non ne condivide il contenuto e, pertanto, esprime voto contrario o si astiene (o, ancora, risulta assente) al momento della votazione⁴⁵.

Evidentemente differente è la disciplina espressa nella singola organizzazione regionale ove si intendano definire delle norme obbligatorie per i loro destinatari, *in primis* gli Stati (ma talora, eccezionalmente, anche altri soggetti)⁴⁶. In proposito, deve distinguersi fra gli atti di diritto derivato, ovvero fonti previste da accordo, imputabili all'organizzazione come tale (v. par.3), e il cd. *diritto derivato improprio*, espresso da un trattato internazionale imputabile agli Stati membri⁴⁷. In proposito deve riconoscersi l'esistenza di una amplissima prassi ove il conseguimento di un obiettivo istituzionale è realizzato attraverso la definizione di una disciplina pattizia di carattere convenzionale. Il contenuto materiale di tale *accordo di diritto derivato improprio* è elaborato nell'ambito dell'apparato istituzionale, ovviamente in primo luogo intergovernativo. Una volta *definito* il testo, è cura degli Stati (tutti o parte a seconda dei casi) approvarlo, sottoscriverlo e, successivamente, ratificarlo, secondo le regole costituzionali nazionali. L'accordo che viene così concluso è espressione del *diritto* dell'organizzazione regionale nel suo contenuto materiale ed è *derivato* rispetto allo statuto, perché sottoscritto al fine di realizzare un obiettivo istituzionale, mentre risulta *improprio*, perché non si tratta di un atto imputabile all'organizzazione come tale. L'*accordo di diritto derivato improprio* è, infatti, imputabile agli Stati, obbligando solo quelli per i quali entra in vigore (cfr. par.9), ed è disciplinato dalle regole del diritto internazionale come, se del caso, modificate e integrate da quelle della singola organizzazione e/o dal singolo *accordo di diritto derivato improprio*⁴⁸. In buona sostanza, l'organizzazione non è parte del trattato ma le potranno essere attribuite competenze secondarie; ad esempio, la sede del deposito delle ratifiche sarà il Segretariato dell'organizzazione. L'autonomia di tali *accordi di diritto derivato improprio*, con la loro sottoposizione al diritto internazionale dei trattati, comporta

⁴⁵ Non può tuttavia escludersi che, pur a fronte dell'ampia partecipazione soggettiva dell'organizzazione, il contenuto della raccomandazione incontri un ampio consenso e la stessa venga approvata all'unanimità, per consensus ovvero da una larga maggioranza. In tale ipotesi, particolarmente laddove ciò avvenga nel quadro delle NU, l'atto approvato – pur astrattamente raccomandatorio – può assumere un effetto vincolante in quanto consolida il diritto consuetudinario, contribuisce alla sua formazione o specifica il contenuto di norme statutarie. Sul punto, Piero Pennetta, *Atti normativi... op.cit.*, pp.274-276.

⁴⁶ I destinatari diretti degli atti obbligatori adottati dalla singola organizzazione internazionale sono, di regola, i suoi Stati membri e le istituzioni della stessa. Solo eccezionalmente tali atti, dotati di diretta applicabilità, hanno quali destinatari formali persone fisiche e giuridiche. Atti organici direttamente applicabili si ritrovano nell'UE (il riferimento è al regolamento *ex* articolo 288 TFUE) e, come si dirà in seguito (cfr. Note 52-53 e 58-63) in poche altre fattispecie associative ad essa ispirate.

⁴⁷ Piero Pennetta, *Il Consiglio di Cooperazione dei Paesi ... op.cit.*, pp.583-586.

⁴⁸ A titolo di esempio, l'articolo 41 *Protocollo de Ouro Preto*, nel definire il sistema delle fonti del MERCOSUR, prevede la tipologia generale degli *Acuerdos celebrados en el marco del Mercosur* soggetti ad una disciplina differenziata dell'entrata in vigore. Ciascun *Acuerdo* stabilisce, infatti, le proprie regole, sicché l'entrata in vigore risulta, caso per caso, collegata con un numero diverso di ratifiche.

che essi resteranno in vigore fra gli Stati parte anche dopo l'eventuale scioglimento dell'organizzazione, ovvero dopo il loro eventuale recesso da essa⁴⁹. Nella medesima logica, talora, è prevista la possibilità di adesione al singolo accordo (di *diritto derivato improprio*) per uno Stato non membro dell'organizzazione⁵⁰.

4. *Segue: diritto derivato in senso proprio, atti obbligatori imputabili all'organizzazione regionale come tale*

Come anticipato, gli obiettivi istituzionali della singola organizzazione regionale possono essere conseguiti (anche o in alternativa) con l'approvazione di atti di diritto derivato di carattere obbligatorio (c.d. *fonti previste da accordo*). Infatti, in talune (peraltro non numerose) organizzazioni regionali sono previste tipologie di atti *nominati* di carattere obbligatorio⁵¹. Possono così distinguersi differenti caratteristiche tipologiche, in particolare in relazione ai destinatari del singolo atto ovvero al dualismo ordinamentale esistente in concreto fra diritto dell'organizzazione e diritto statale⁵². Ancora una volta gli esempi più noti si ritrovano nella disciplina originariamente dettata dall'articolo 189 Trattato CE, ora prevista —con marginali modifiche— dall'articolo 288 TFUE. Si tratta delle note tipologie del regolamento, della direttiva e della decisione, oggetto di imitazione ora quasi letterale, ora sostanziale, in diverse organizzazioni regionali (*in primis* di integrazione ma, talora, anche di cooperazione). Si tratta, in primo luogo, di forme associative che operano in

⁴⁹ Potrebbero non restare in vigore singoli *accordi di diritto derivato improprio* se caratterizzati da una forte valenza politica, ovvero se gli Stati decidono esplicitamente, al momento dello scioglimento dell'organizzazione o del recesso, di mettersi fine. Emblematico è il CdE ove, condizione indispensabile per l'adesione di un nuovo membro è la ratifica della CEDU, sicché l'espulsione della Russia dall'organizzazione (v. Risoluzione n. CM/RES(2022)2 del 16 marzo 2022) ha comportato la cessazione del suo *status* di Alta Parte Contraente della CEDU (v. Risoluzione n. CM/RES(2022)3 del 23 marzo 2022). Vedi in proposito di recente, Andrea Saccucci, *Le conseguenze dell'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa sui trattati stipulati nell'ambito dell'organizzazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Bologna, numero 2, 2022, p.211.

⁵⁰ In tal senso si vedano gli *Acuerdos celebrados en el marco* del MERCOSUR, cui possono aderire non solo gli Stati membri, ma anche gli Stati associati. Cfr. Mayra Thaís Silva Andrade, *O retrato da integração pela via normativa no Mercosul: Leis para o bloco o para os Estados?*, in *Cadernos Prolam /USP*, 2011, a. 11, v.1, p.115.

⁵¹ Sul punto sia consentito il rinvio a Piero Pennetta, *Considerazioni sugli atti normativi delle organizzazioni internazionali regionali*, in Ennio Triggiani *et al.*, (curr.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari, 2017, pp.1227-1235.

⁵² Di norma, gli atti obbligatori adottati dalle organizzazioni regionali necessitano di un apposito atto interno di recepimento per produrre effetti giuridici negli ordinamenti nazionali. Come accennato (*supra*, nota 45), solo eccezionalmente, essi sono dotati di diretta applicabilità.

America Latina (CAN⁵³, ma anche SICA/SIECA⁵⁴, UNASUR⁵⁵, MERCOSUR⁵⁶) e nei Caraibi (CARICOM⁵⁷, OECS⁵⁸). Tipologie di atti normativi analoghe all'articolo 288 TFUE si ritrovano in organizzazioni dell'Africa sub-sahariana (particolarmente

⁵³ La disciplina degli atti di diritto derivato della CAN è dettata dal *Tratado TJCA*. L'articolo 1 fa riferimento, quali atti vincolanti, alle *decisiones*, che possono essere adottate sia dal CAMRE, sia dalla *Comisión* e le cui caratteristiche giuridiche possono essere differenti. Nella singola *decisión* può infatti prevedersi la sua diretta applicabilità, sicché essa risulterà sostanzialmente simile al regolamento UE, ovvero può stabilirsi la necessità del suo recepimento da parte degli Stati membri; in questa ipotesi la *decisión* risulterà simile nella sostanza alla direttiva UE. La *Comisión* può altresì adottare *resoluciones*, dal contenuto tecnico-funzionale, che possono, in determinate condizioni, essere approvate a maggioranza e, ai sensi dell'articolo 3 *Tratado TJCA*, sono dotate di diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali, come più volte confermato dal TJCA a partire dalla *Acción por Incumplimiento No. 3-AI-96, Broca del Cafe*, 24 marzo 1997. A tal riguardo, in dottrina, Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y derecho de la Comunidad Andina*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp.179-211.

⁵⁴ Nel SICA/SIECA la disciplina del sistema delle fonti, già prevista nei due trattati istitutivi (*Protocolo de Tegucigalpa*, articolo 34, e *Protocolo de Guatemala*, articolo 55), è stata completata, per il SICA, in due *Reglamentos* rispettivamente del 2005 e del 2013, e per il SIECA, nel *Reglamento* del 1998. In particolare, ad imitazione dell'esperienza UE, l'articolo 9 *Reglamento SICA* del 2013 prevede che il Consiglio dei Ministri adotti «Los reglamentos [che] tendrán carácter general, obligatoriedad en todos sus elementos y serán directamente aplicables en todos los Estados que forman parte del SICA». Il successivo articolo 10, nel prevedere che «Los Acuerdos (...) tendrán carácter específico o individual y serán obligatorios para sus destinatarios», detta una disciplina analoga a quella prevista dall'articolo 288 TFUE con riguardo alle decisioni.

⁵⁵ Per gli atti obbligatori dell'UNASUR, cfr. l'articolo 11 del trattato istitutivo ove il principio della geometria variabile.

⁵⁶ Il *Protocolo de Ouro Preto* prevede, quali atti organici del MERCOSUR, le *decisiones* (articolo 9), le *resoluciones* (articolo 15) e le *directivas* (articolo 20) in relazione alle quali opera il principio della *vigencia simultánea* (articolo 40) per l'*incorporación* secondo le regole costituzionali nazionali. Una volta informato il Segretariato del recepimento, si procederà alla pubblicazione sulle gazzette ufficiali nazionali e l'atto entrerà in vigore contemporaneamente per tutti gli Stati membri.

⁵⁷ Il *Revised Treaty of Chaguaramas* si limita a stabilire che la Conferenza dei Capi di Stato e di Governo e i *Ministerial Councils* «...shall take decisions [...] and such decisions shall be binding» (articolo 28, co.1, e articolo 29, co.1) - laddove il termine *decision* assume però una connotazione atecnica - e a prevedere la possibilità di ricorrere al principio della geometria variabile, a condizione che «... fundamental objectives of the Community, as laid down in the Treaty, are not prejudiced thereby» (articolo 27, co. 4). Tuttavia, la recente giurisprudenza della *CaCJ* ha inteso rafforzare gli elementi integrazionisti e ha riconosciuto il valore obbligatorio per gli Stati delle *decisions* approvate dalla Conferenza e volte a dare attuazione alle disposizioni programmatiche del trattato istitutivo (*supra*, nota 30).

⁵⁸ La disciplina degli atti di diritto derivato dell'OECS non è particolarmente chiara. Il *Revised Treaty of Basseterre* prevede (articolo 5.3) l'efficacia diretta degli *Acts* approvati dalla *Authority* e dei *regulations and orders* di competenza del Consiglio dei ministri. Tuttavia, in maniera contraddittoria, lo stesso specificano gli strumenti per la loro *implementation*. A carico degli Stati membri non solo è previsto un preciso obbligo di cooperazione ma altresì una delega del potere legislativo, sì che gli atti dell'organizzazione potranno, per le materie di competenza dell'OECS, «[to] have direct effect in the Member State's law». In dottrina, cfr. David S. Berry, *Caribbean Integration Law*, OUP, Oxford, 2014, pp. 141-150.

in CEMAC⁵⁹, UEMOA⁶⁰, COMESA⁶¹, EAC⁶², ECOWAS⁶³, *Conseil de l'Entente*⁶⁴). Viceversa, risulta assai rara (se non eccezionale), in ragione del tenue legame associativo, la previsione statutaria di atti obbligatori nelle organizzazioni asiatiche, del mondo arabo-islamico e dell'area post-sovietica, con l'eccezione della EAEU⁶⁵. In tali organizzazioni, ai fini del perseguimento degli obiettivi istituzionali, si è soliti ricorrere alla tradizionale raccomandazione, ovvero all'*accordo di diritto derivato improprio*.

Rispetto a tali esperienze realizzate sia nell'UE che "altrove", va ricordato in primo luogo come le caratteristiche dell'articolo 288 TFUE siano state oggetto di approfondimento nella giurisprudenza della CGUE, nonché in dottrina⁶⁶. In secondo luogo, va rilevato come, talora, sia la terminologia che il contenuto della previsione risultino letteralmente gli stessi dell'articolo 189 Trattato CE, mentre in altri casi le espressioni terminologiche sono diverse, ma la sostanza tipologica dell'atto risulta analoga a quella originaria della CEE⁶⁷. In terzo luogo, lo studio della prassi ci

⁵⁹ L'articolo 41 *Traité Révisé CEMAC* prevede, accanto agli atti addizionali di natura convenzionale, un sistema delle fonti che fa riferimento a «regolamenti», «direttive» e «decisioni», il cui contenuto sia dal punto di vista letterale che sostanziale corrisponde, con modifiche assolutamente marginali, a quello previsto dall'articolo 189 Trattato CE.

⁶⁰ Il sistema delle fonti dell'UEMOA (articolo 43 *Traité Modifié*) annovera, fra gli atti obbligatori, regolamenti, direttive e decisioni disciplinati in termini pressoché identici agli atti tipici dell'UE.

⁶¹ Il *COMESA Treaty* annovera, all'articolo 10, fra gli atti di diritto derivato vincolanti atti nominalmente identici a quelli comunitari (regolamenti, direttive e decisioni). In particolare, per quanto riguarda gli ultimi due, il dettato, sia formale che sostanziale, risulta identico a quello un tempo previsto all'articolo 189 Trattato CE. Qualche differenza si riscontra con riguardo alla tipologia del «regolamento», di cui si specifica l'obbligatorietà per tutti gli Stati membri nella sua interezza, mentre si omette il riferimento alla «diretta applicabilità» (articolo 10, par.2).

⁶² L'articolo 16 *EAC Treaty* prevede la possibilità di adottare, quali atti organici, *regulations, directives e decisions* di cui, però, non vengono specificate le caratteristiche sostanziali.

⁶³ Il nuovo testo dell'articolo 9 *Revised ECOWAS Treaty* prevede l'adozione da parte del Consiglio dei ministri di atti quali *regulations, directives e decisions* che, sia nella loro denominazione sia nel contenuto sostanziale, risultano (salvo variazioni linguistiche) identici a quelli già previsti all'articolo 189 Trattato CE.

⁶⁴ La *Charte du Conseil de l'Entente*, che stabilisce una disciplina degli atti di diritto derivato parzialmente differenziata in relazione all'organo competente (articolo 11 con riguardo alla Conferenza dei Capi di Stato o di Governo e articolo 15 per il Consiglio dei ministri), prevede le tipologie delle «direttive», delle «decisioni» e dei «regolamenti» (emanati solo dal Consiglio dei ministri) con caratteristiche pressoché identiche alle tipologie UE.

⁶⁵ L'articolo 13 dell'Annex 1 all'*EAEU Treaty* conferisce alla Commissione il potere di adottare regolamenti giuridicamente vincolanti rivolti agli Stati membri, di cui astrattamente si prevede la diretta applicabilità.

⁶⁶ Per evidenti ragioni di spazio, ci sia consentito limitarsi al rinvio a Ugo Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 6^a ed., Cacucci, Bari, 2020, pp.297-328 ove i riferimenti alla giurisprudenza.

⁶⁷ Per tale tendenza imitativa, cfr. Piero Pennetta, *Considerazioni sugli atti normativi ...op.cit.*,

consente di rilevare come esista una differenza fondamentale nella diffusione sia quantitativa che qualitativa delle citate tipologie di atti obbligatori nell'UE e nelle esperienze analoghe. Infatti, in ragione delle competenze previste nei diversi trattati, così come in ragione dell'evidente successo del processo integrazionista in Europa, il numero degli atti approvati prima dalla CE e ora dall'UE è estremamente ampio, mentre lo stesso non può dirsi per le altre esperienze extraeuropee. In tali casi, il numero di atti tipici obbligatori che disciplinano materie di competenza dell'organizzazione risulta limitato e, occorre ribadirlo, ridotta è la rilevanza sostanziale di tali atti. Paradigmatica, al riguardo, è l'esperienza della CAN le cui istituzioni hanno adottato, da gennaio 2020 a settembre 2022, solo 49 *decisiones*, laddove invece nel solo mese di settembre 2022 le istituzioni UE hanno adottato 31 atti legislativi. L'analisi della prassi induce quindi ad affermare che la produzione normativa concretamente realizzata nelle organizzazioni regionali diverse dall'UE è in assoluto limitata e gli strumenti cui si è soliti ricorrere sono quelli, già visti, della raccomandazione e dell'*accordo di diritto derivato improprio*. Atti che, com'è evidente, meno incidono sulla sovranità degli Stati membri (cfr. par.7). Tale ridotta utilizzazione di atti organici obbligatori è, a nostro avviso, da imputarsi ad elementi metagiuridici, quali l'assenza di una reale volontà politica in senso integrazionista (al di là delle reiterate retoriche affermazioni dei Capi di Stato) e la mancanza di concreti risultati politico-economici, direttamente collegati con l'affermazione di regole comuni agli Stati membri.

5. Il preminente ruolo degli organi interstatuali nel processo decisionale

È di tutta evidenza come anche nelle «nostre» organizzazioni regionali un ruolo nettamente preminente nel processo decisionale sia attribuito all'organo assembleare, ove sono naturalmente presenti gli Stati membri che esercitano il diritto di voto, come detto e salvo quanto si dirà (par.7), secondo il principio «uno Stato, un voto». Tale uguaglianza formale, talora, non viene nemmeno indicata nello statuto e risulta implicitamente tale, senza una sua esplicita previsione. In buona sostanza, ciascuno Stato opera nell'apparato istituzionale intergovernativo in maniera tale che qualsivoglia decisione coincida con l'interesse statale ovvero, più realisticamente, gli si allontani il meno possibile⁶⁸. Infatti, proprio nel processo decisionale emerge in maniera evidente la dialettica fra la sovranità degli Stati e le funzioni che gli stessi hanno attribuito all'organizzazione. Comprendere le regole del “decidere” rispetto alla singola manifestazione di volontà dell'ente e/o al suo interno consente di comprenderne la natura.

L'analisi delle fattispecie associative regionali di nostro interesse consente di rilevare come spesso l'apparato istituzionale risulti assai semplice, di natura binaria, con la presenza, accanto ad un Segretariato, in genere dotato di poteri limitati⁶⁹, di un solo

pp.1231-1235.

⁶⁸ Paradigmaticamente l'articolo X par.1 *SAARC Charter* prevede che tutte le decisioni a tutti i livelli siano prese all'unanimità.

⁶⁹ Nelle organizzazioni regionali e, in particolare, in quelle attive nei Paesi in via di sviluppo,

altro organo di carattere intergovernativo, talora (cfr. par.5) articolato in differenti livelli (apicale, ministeriale, burocratico-amministrativo) gerarchicamente organizzati. Di contro, solo in un numero limitato di casi l'apparato istituzionale ha una struttura complessa e sono previsti organi rappresentativi di interessi diversi da quelli degli Stati (e dell'organizzazione). Si tratta di organi che rappresentano interessi in primo luogo politici ma anche economici, territoriali, nonché di organi cui sono attribuite funzioni giurisdizionali o arbitrali (evidentemente non coinvolti nel processo normativo)⁷⁰. Tuttavia, è di tutta evidenza come anche in tali fattispecie, ivi compresa quella più qualificata rappresentata dall'UE, sono sempre gli Stati gli attori primari nel funzionamento delle istituzioni e nel processo decisionale. Certo, nell'UE la decisione finale risulta frutto di una manifestazione di volontà complessa, collegata a diverse, differenziate e concorrenti, espressioni di volontà: proposta della Commissione⁷¹ (frutto della previa valutazione degli Stati e degli *stakeholders* interessati), volontà del Parlamento europeo (PE) e, nei casi previsti, del Comitato Economico e Sociale (CES) e del Comitato delle Regioni (CdR)⁷². Tali regole sono frutto di uno sviluppo graduale, *in primis* di carattere politico, che ha la sua origine nei citati Trattati di Roma e di Parigi, e trova la sua attuale disciplina nel Trattato di Lisbona. Come detto, una evoluzione in qualche modo analoga, ma con modalità e caratteristiche diverse, può ritrovarsi anche in talune organizzazioni regionali attive nei Paesi in via di sviluppo, ove nel tempo si sono istituite, quali organi complementari⁷³, istituzioni rappresentative di interessi diversi non-intergovernativi (v. par.5). Tuttavia, l'analisi della disciplina istituzionale e, soprattutto, della prassi ci consente di rilevare come sostanzialmente intatto rimanga il preminente ruolo decisionale dell'organo intergovernativo e come gli organi rappresentativi di interessi «diversi» non abbiano sinora conseguito un ruolo in alcun modo paragonabile a quello del PE nell'ordinamento dell'UE⁷⁴.

l'organizzazione come tale è rappresentata da un Segretariato di carattere monocratico cui, di regola, sono attribuiti poteri assai limitati. Talora si prevede un organo collegiale munito di poteri propri, come nel caso della Commissione europea, ovvero di poteri non particolarmente ampi (UA, UEMOA, CEMAC, OECS ma vedi *EAC Treaty* articoli 66-71). Nella CAN attualmente il Segretariato svolge funzioni di un certo rilievo (in qualche maniera analoghe a quelle della Commissione europea) in quanto erede dei poteri e delle funzioni attribuite nel Trattato del 1969 alla *Junta*, organo di carattere collegiale (artt.29-39 *Acuerdo CAN/Dec.563*).

⁷⁰ Sul tema, cfr. Piero Pennetta, *Apparato istituzionale... op.cit.*, pp.195 ss.

⁷¹ Com'è noto, ai sensi dell'articolo 17, par.2, TUE un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, a meno che i Trattati non dispongano diversamente. Il potere di iniziativa così attribuito alla Commissione è peraltro integrato dal c.d. potere di pre-iniziativa legislativa che i Trattati hanno riconosciuto al PE (articolo 225 TFUE) e ai cittadini (articolo 11, par.4 TUE).

⁷² È noto come, oltre al coinvolgimento di PE, CES e CdR, il processo decisionale dell'UE si caratterizzi per una prassi di fittissime consultazioni degli ambienti economico-sociali direttamente interessati alla definizione del contenuto materiale del singolo atto normativo.

⁷³ Sugli organi complementari, cfr. Piero Pennetta, *Apparato istituzionale... op.cit.*, pp.203-204.

⁷⁴ Talora, la previsione di organi rappresentativi di interessi non-governativi nell'ambito di organizzazioni regionali extra-europee risulta essere solo "di facciata", frutto delle pressioni

6. Il processo decisionale: disciplina unica o differenziata *ratione materiae* e *personae*

Ove si proceda nell'analisi induttiva della disciplina concretamente prevista nelle «nostre» organizzazioni regionali, può in primo luogo cogliersi un'indubbia varietà e complessità dei processi decisionali. Così, talune fattispecie associative prevedono una disciplina unica, applicabile come tale a tutti i processi decisionali, quale che sia il livello rappresentativo dell'organo interstatale, e quale che sia la materia trattata. Si tratta di casi relativamente frequenti, presenti in organizzazioni caratterizzate da un assai tenue *animus cooperandi*, ove non si distingue fra decisioni sostanziali e decisioni di carattere procedurale⁷⁵. Talora, soprattutto in organizzazioni regionali di più recente istituzione, si è soliti prevedere una disciplina del processo decisionale differenziata *ratione materiae* e *ratione personae*, nonché, come si vedrà, *ratione acti* (par.7-9). Tali previsioni sono espresse nella disciplina della singola organizzazione, sì che in concreto dovrà di volta in volta individuarsi la regola applicabile al singolo organo, alla singola materia e alla singola tipologia di atto.

Per quanto riguarda la disciplina *ratione materiae*, relativamente frequente è la presenza di regole differenziate a seconda che si tratti di una decisione di carattere sostanziale ovvero procedurale⁷⁶. Talora, però, si stabiliscono anche discipline di voto differenti per materie differenti; è il caso, *in primis*, dell'UE, così come di talune altre fattispecie associative⁷⁷. Nel merito e quale considerazione di carattere generale, può osservarsi come il consenso di tutti gli Stati membri (unanimità) sarà previsto per gli atti di carattere obbligatorio riguardanti le materie più prossime al nucleo storico della sovranità statale⁷⁸.

Come osservato, relativamente frequente, soprattutto in organizzazioni con un organo interstatale articolato in più livelli, è la previsione di regole decisionali differenziate *ratione personae*, che tengano conto del livello gerarchico del singolo organo. Ovvio

politico-diplomatiche implicitamente o esplicitamente esercitate dall'UE.

⁷⁵ Cfr. articolo X, par.1 *SAARC Charter*, articolo 12 *OEDD-GUAM Charter*, articolo 16 *SCO Charter*, articolo 6 *Traité UMA*, articolo 20 *ASEAN Charter*, articolo 37 *Protocolo de Ouro Preto*, articolo 18 *OBSEC Charter*.

⁷⁶ Cfr., a tal proposito, articolo 8.6 e articolo 9.7 *Revised Treaty of Basseterre*, articolo 27, par.3 *Revised Treaty of Chaguaramas*, articolo 9, par.3 e articolo 13 par.2 *GCC Charter*.

⁷⁷ Sul punto, in dottrina, cfr. Piero Pennetta, *Il processo decisionale*, *op.cit.*, pp.301-302.

⁷⁸ Nell'UE l'unanimità è prevista per materie espressamente indicate: ad es. sicurezza sociale o protezione sociale (articolo 21, par.3, TFUE), cooperazione operativa fra autorità di polizia (articolo 87, par.3, TFUE), nonché per l'adozione di misure che comportino un regresso del diritto dell'Unione per quanto riguarda la liberalizzazione dei movimenti di capitali diretti in Paesi terzi o provenienti da essi (articolo 64, par.3, TFUE), relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali (articolo 81, par.3, TFUE), etc., nonché per la PESC ove peraltro può operarsi a geometria variabile.

è il riferimento all'UE, con regole differenziate per il Consiglio europeo, il Consiglio (dei Ministri) e i livelli burocratici amministrativi (a partire dal COREPER), ma una prassi analoga si ritrova anche in talune organizzazioni attive in altre aree geografiche⁷⁹. In proposito va ancora sottolineata l'esistenza di una precisa relazione fra regole del processo decisionale e garanzie della sovranità statale, sicché può anticiparsi come sia perfettamente comprensibile, nell'ottica di tutela dell'interesse statale, che una decisione di carattere raccomandatorio sia presa a maggioranza, mentre una decisione di carattere obbligatorio sia espressione del consenso degli Stati (tutti o alcuni) che intendono esplicitamente obbligarsi.

7. Il potere di iniziativa e il ruolo nel processo decisionale degli organi rappresentativi di interessi non-governativi (ove esistenti)

Occorre ora procedere a valutare altri due aspetti relativi al processo decisionale: si tratta del potere di iniziativa e del ruolo svolto dagli organi rappresentativi di interessi non-governativi, ossia organi di rappresentanza politica (assemblee parlamentari), di rappresentanza economico-sociale, nonché, eccezionalmente, di rappresentanza territoriale. Tali organi caratterizzano la struttura istituzionale tanto dell'UE (PE, CES, CdR), quanto di altre fattispecie associative regionali⁸⁰ e la loro disciplina risulta talora ispirata all'esperienza europea, talora si caratterizza per peculiarità proprie. Così, ad esempio, nelle organizzazioni asiatiche sono spesso presenti *business councils*, rappresentativi degli ambienti imprenditoriali, mentre mancano (o appaiono assolutamente marginali) gli organi rappresentativi di interessi politici. Corre altresì l'obbligo di sottolineare come, salva l'esperienza comunitaria, ove il PE assolve alla funzione di co-legislatore (art. 14, par.1, TUE)⁸¹, solitamente l'attività svolta da tali organi risulti discontinua e, soprattutto, di carattere meramente raccomandatorio

⁷⁹ Cfr. Piero Pennetta, *Il processo decisionale...op.cit.*, pp.302-303.

⁸⁰ Sulla prassi alquanto differenziata che si ritrova non solo in organizzazioni a base pattizia, ma anche in organizzazioni di concertazione, cfr. Elisa Tino, *Non-Governmental Interests...op.cit.*, pp.63-69.

⁸¹ Tuttavia, l'articolo 289 par.2 TFUE contempla la possibilità di procedure legislative speciali in cui l'atto (regolamento, direttiva o decisione) è adottato dal Consiglio con la sola partecipazione del PE che si esprime, a seconda di quanto disposto caso per caso dai Trattati, mediante un parere o un atto di approvazione. Al di fuori dell'esperienza UE, un certo coinvolgimento nell'iter di approvazione degli atti normativi, pur se assolutamente non comparabile al potere di co-decisione esercitato dal PE, viene riconosciuto ai Parlamenti dell'ECOWAS e dell'EAC. In particolare, il *Supplementary Act A/SA.1/12/16 relating to the enhancement of the powers of the ECOWAS Parliament* del 2016 prevede, all'articolo 14, che in alcune materie espressamente indicate (articolo 12) il Parlamento dell'ECOWAS partecipi al processo decisionale mediante l'emanazione di un parere conforme che vincola il Consiglio dei ministri nell'adozione dell'atto normativo. Infine, l'*East African Legislative Assembly* ha il potere di discutere e approvare *bills* riguardanti qualunque materia rientrante nell'ambito di competenze dell'EAC, sottoposti alla sua attenzione da uno dei membri o dal Consiglio dei Ministri. I *bills* approvati dall'EALA e in relazione ai quali il Summit dei Capi di Stato ha espresso il proprio consenso, si considerano adottati come *Acts of the Community*. Peraltro, a garanzia del potere statale, se il *bill* è approvato solo dall'EALA, ma non del Summit, l'atto si considera come non adottato (articolo 63 *EAC Treaty*).

(impulso e sollecitazione), rappresentando, in realtà con «scarso vigore», i *desiderata* politici, settoriali o locali, agli organi intergovernativi. Così, il contributo di tali organi al processo decisionale risulta, in buona sostanza, assolutamente marginale⁸², limitandosi a fornire un mero stimolo, una sollecitazione al potere decisionale, che rimane saldamente interstatale⁸³.

Per quanto riguarda il potere di iniziativa normativa, se – come detto – nell'UE esso è esercitato in via esclusiva dalla Commissione, nelle *altre* organizzazioni regionali di regola questo è tradizionalmente attribuito agli Stati, sicché i Segretariati (ovvero gli organi non interstatuali come le Commissioni di carattere collegiale) sono solitamente relegati a ruoli marginali⁸⁴. In buona sostanza, nelle organizzazioni regionali diverse dall'UE sono gli Stati, singolarmente o in associazione, i titolari del processo di iniziativa normativa. Peraltro, nella prassi, non è raro che l'organo intergovernativo (spesso a livello apicale) chieda al Segretariato (o all'organo collegiale) di presentare una proposta su una determinata tematica, talora indicandone l'indirizzo generale⁸⁵. Sempre in materia di potere di iniziativa degli Stati, va qui osservata la tecnica del cd. *Pastore* o *Stato guida*, presente in alcune (in realtà poche) organizzazioni regionali, ove l'organo collegiale interstatale individua al suo interno singoli Stati (talora più d'uno) che si ritiene siano particolarmente competenti per la singola materia. Questi avranno il compito di elaborare scelte politiche settoriali dell'organizzazione da proporre agli altri Stati. Ove tali scelte di fondo siano condivise, lo Stato-guida proporrà ulteriori specifiche iniziative normative all'organo decisionale che, ovviamente, deciderà secondo le regole statutarie previste nella singola organizzazione⁸⁶.

8. Il rapporto fra processo decisionale e tipologia della manifestazione di volontà. Le garanzie della sovranità statale

Si è detto del differente rapporto che può instaurarsi fra tipologia dell'organizzazione, regole del processo decisionale e tipologia dell'atto approvato e si è fatto riferimento

⁸² Sul tema, cfr. Elisa Tino, *La legittimità delle organizzazioni internazionali e il contributo degli organi rappresentativi di interessi non-governativi al suo rafforzamento*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani - Supplemento al n. 3/2020*, luglio 2020, pp.37 ss.; Elisa Tino, *Non-Governmental Interests ...op.cit.*, pp.145-150 e pp.163-166.

⁸³ Piero Pennetta, *Il processo decisionale ... op.cit.*, p.304.

⁸⁴ Oltre all'esperienza UE, rappresentano un'eccezione le Commissioni di UEMOA, CEMAC e OECS, nonché il Segretariato della CAN e dell'EAC, che esercitano funzioni analoghe a quelle storicamente proprie della Commissione europea. Poteri significativi sono stati attribuiti altresì alla Commissione dell'UA che, fra l'altro, opera come custode del diritto dell'organizzazione ed è titolare di un potere di proposta, e alla Commissione dell'ECOWAS, cui è riconosciuto il potere di presentare proposte di atti normativi e di rappresentare l'organizzazione nelle relazioni esterne.

⁸⁵ Tale prassi conferma il ruolo marginale dei segretariati ma, come tale, è presente anche nell'UE ove non è raro che il Consiglio europeo definisca opzioni di fondo la cui formalizzazione in una proposta di atto normativo viene richiesta alla Commissione europea, nell'ambito della cooperazione interistituzionale.

⁸⁶ Sul punto, Piero Pennetta, *Il processo decisionale ... op.cit.*, p.305.

alle regole previste *ratione materiae* e *ratione personae*, rilevando come tale disciplina può risultare differenziata in riferimento diretto alle caratteristiche tipologiche della singola organizzazione. In buona sostanza, esiste un diretto collegamento fra il valore giuridico dell'atto (raccomandatorio ovvero obbligatorio) e le garanzie previste nella singola organizzazione per la tutela della sovranità statale. Si tratta, ancora e in maniera evidente, di una manifestazione della dialettica fra sovranità degli Stati e funzioni che gli stessi hanno attribuito all'organizzazione. Con l'adesione gli Stati intendono conseguire nel tempo gli obiettivi istituzionali, alla cui realizzazione si procederà attraverso l'approvazione di singoli atti normativi di diritto derivato (proprio e improprio). Così, le diverse procedure decisionali corrisponderanno all'equilibrio di volta in volta realizzato in concreto: nella singola organizzazione, per il singolo atto, per la singola materia, dal singolo organo. In sostanza, l'analisi empirica della prassi delle organizzazioni regionali oggetto di valutazione conferma l'esistenza di una diretta relazione fra la singola procedura decisionale e il valore giuridico che il singolo atto assume. Così, l'*iter* decisionale sarà differente a seconda che all'atto sia attribuito valore obbligatorio ovvero meramente raccomandatorio. Sarà necessario il consenso degli Stati, ove la manifestazione di volontà assuma carattere obbligatorio per i suoi destinatari, mentre si potrà prevedere un voto a maggioranza (e quindi il mancato consenso dello Stato) ove si tratti di manifestazioni di volontà di carattere raccomandatorio. Rispetto a tale generale prospettiva di assoluta garanzia della sovranità statale le eccezioni sono assai rare e sono rappresentate dalla disciplina espressa dal modello di integrazione o sovranazionale proprio dell'UE e dalla disciplina prevista in poche altre fattispecie associative regionali, da tale modello ispirate⁸⁷. Invero, deve ribadirsi come in concreto altrettanto rare siano, fra le organizzazioni oggetto di indagine diverse dall'UE, quelle che operano facendo una reale e significativa utilizzazione delle regole decisionali corrispondenti, anche quando statutariamente previste⁸⁸.

9. Eguaglianza e ponderazione degli Stati. La formazione della volontà: unanimità, *consensus*, maggioranza

Si è già osservato come il principio fondamentale di diritto internazionale dell'uguaglianza formale degli Stati si ritrovi, talora esplicitamente, più spesso implicitamente, nelle regole del processo decisionale della singola organizzazione secondo la formula classica «uno Stato, un voto». Pertanto, costituiscono in assoluto delle eccezioni le organizzazioni ove, in relazione a taluni processi decisionali, opera il principio della ponderazione, che attribuisce un valore diverso al voto espresso da

⁸⁷ Il ricorso al criterio della maggioranza per l'adozione di atti di diritto derivato vincolanti è previsto negli atti istitutivi di UEMOA, CEMAC e CAN, nonché nell'*EAC Protocol on Decision-Making*. Sul punto, cfr. Piero Pennetta, *La sovranazionalità nelle organizzazioni regionali extraeuropee... op.cit.*, pp.489-491; Piero Pennetta, *Il processo decisionale... op.cit.*, p.317.

⁸⁸ Nel MERCOSUR gli atti previsti all'articolo 9 (*decisiones*), all'articolo 15 (*resoluciones*) e all'articolo 20 (*directivas*) del *Protocolo de Ouro Preto* richiedono il consenso di tutti gli Stati membri sia nella fase ascendente di approvazione sia nella fase discendente relativa al recepimento secondo il principio della *vigencia simultanea*. Nell'UNASUR, secondo l'articolo 12 del Trattato istitutivo, vale il principio della geometria variabile.

ciascuno Stato al fine del raggiungimento della maggioranza necessaria per l'approvazione di un atto⁸⁹. Conformemente a quanto disposto dall'articolo 16 TUE e dall'articolo 238 TFUE, la ponderazione —come disciplinata dall'articolo 3 Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie— ha costituito la regola per le deliberazioni a maggioranza qualificata del Consiglio dell'UE⁹⁰, fino al 31 ottobre 2014. A decorrere dal 1° novembre 2014 (salvo un periodo di transizione⁹¹) il criterio della ponderazione è stato però sostituito dalla procedura della «doppia maggioranza» in virtù della quale le deliberazioni del Consiglio si considerano adottate se ottengono il voto favorevole del 55% dei membri che insieme rappresentano il 65% della popolazione totale dell'UE. Rispetto a tali previsioni bisogna però essere «cauti». Un'analitica valutazione della prassi consente, infatti, di osservare come nel circa 70% dei casi in cui il TFUE prevede, *ratione materiae*, di decidere a maggioranza, *di fatto* si giunge egualmente al conseguimento dell'unanimità. Si consideri, poi, che nei casi (30% circa) in cui l'atto (regolamento, direttiva, decisione) è approvato a maggioranza, ad esprimere voto contrario (ovvero, ad astenersi) sono Paesi di volta in volta differenti e in riferimento ad atti relativi a materie sempre diverse. Può così concludersi come solo eccezionalmente il singolo Stato membro dell'UE risulti vincolato da un atto obbligatorio rispetto al quale non ha espresso il suo consenso. È pertanto di tutta evidenza come a rilevare sia l'esistenza della norma sulla ponderazione, tale da impedire il protrarsi indefinito del processo decisionale, e non già che essa sia concretamente applicata.

Di regola, il principio del consenso è naturalmente garantito nell'approvazione di un atto di carattere obbligatorio, sia esso di diritto derivato proprio o improprio, prevedendo il ricorso al criterio l'unanimità o del *consensus*. Secondo tale procedura il Presidente dell'organo deliberante, dopo aver presentato il testo oggetto di approvazione, riconosce che non vi sono delle esplicite manifestazioni in senso contrario e dà per approvato tale testo⁹². Viceversa, come già osservato, potrà

⁸⁹ Com'è noto, la ponderazione è prevista soprattutto nelle organizzazioni economico-finanziarie e in quelle sulle *commodities*; cfr. Piero Pennetta, *Il processo decisionale... op.cit.*, pp.310-312. In ambito regionale, la ponderazione era prevista anche nell'EurAsEc (articolo 13, par.2, *EurAsEc Treaty*) - una organizzazione (ora sciolta) dell'area ex-socialista – ove garantiva il diritto di veto alla Russia.

⁹⁰ Deve osservarsi come, una volta raggiunta la maggioranza ponderata, la deliberazione del Consiglio vincola anche gli Stati che non hanno espresso voto favorevole. Sul punto, Piero Pennetta, *Il processo decisionale... op.cit.*, p.312. Peraltro, i Trattati stabiliscono una disciplina concernente il processo decisionale differenziata *ratione materiae* e *personae*, prevedendo ipotesi in cui è necessaria l'unanimità ovvero il *consensus* (previsto per il Consiglio europeo).

⁹¹ A norma dell'articolo 3, par.2, Protocollo n. 36, nel periodo dal 1° novembre 2014 al 31 marzo 2017, quando una deliberazione doveva essere adottata a maggioranza qualificata, un membro del Consiglio poteva chiedere che la deliberazione fosse adottata in base al criterio della ponderazione.

⁹² In altre parole, il testo dell'atto non viene sottoposto ad una votazione formale e viene adottato sotto la responsabilità del Presidente dell'organo deliberante laddove si rilevi l'assenza di obiezioni. Cfr. Rüdiger Wolfrum and Jakob Pichon, *Consensus*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg, 2010.

prevedersi (esplicitamente o implicitamente) il ricorso al criterio decisionale della maggioranza, ove si tratti dell'adozione di atti raccomandatori.

Poche sono le organizzazioni regionali diverse dall'UE che, sul modello di quest'ultima, prevedono la possibilità di approvazione di un atto obbligatorio a maggioranza degli Stati membri. Si tratta delle esperienze sub-regionali africane della CEMAC, ove trovano applicazione procedure decisionali differenziate sia *ratione personae* che *ratione materiae*⁹³, dell'UEMOA⁹⁴ e dell'EAC⁹⁵. Una previsione di tal genere si ritrova anche nell'esperienza della CAN all'articolo 26 *Acuerdo CAN/Dec. 563*⁹⁶. In proposito corre l'obbligo di rilevare come nelle appena citate esperienze africane non risulta che di tali regole sull'approvazione a maggioranza (degli Stati) si sia mai fatta concreta utilizzazione. Lo stesso può dirsi per l'esperienza andina, ove risulta (salvo errori) un solo caso di approvazione di atto a maggioranza, la cui legittimità è stata peraltro confermata dal TJCA⁹⁷.

⁹³ Il processo decisionale nella CEMAC è disciplinato in una pluralità di fonti: *Traité Révisé CEMAC*, *Convention UEAC*, *Convention UMAC* che prevedono procedure differenziate *ratione personae* e *ratione materiae*. Il ricorso al criterio della maggioranza è previsto per l'adozione delle decisioni a livello ministeriale, laddove non si consegua l'unanimità (*Convention UMAC*, articoli 18-19). Inoltre, nella *Convention UEAC* si stabilisce, di volta in volta, se per la singola decisione si debba procedere all'unanimità (articoli 26, 32 indirettamente, articoli 49 e 59), a maggioranza qualificata (articoli 15, 18, 20, 21, 23, 30, 31, 50, 61) o, raramente, a maggioranza semplice (articoli 17, 34, 37, 40, 45, 48, 58). Peraltro, nella stessa *Convention UEAC* si stabilisce che è preferibile il perseguimento del *consensus* da parte dei Ministri e che vanno fatti tutti gli sforzi per ampliare il consenso fra gli Stati, anche se, comunque, si potrà giungere ad una decisione presa a maggioranza.

⁹⁴ Il *Traité Modifié UEMOA* stabilisce che, in singoli casi, un atto di diritto derivato vincolante possa essere approvato con la maggioranza dei 2/3 dei membri su proposta della Commissione. Si tratta, ad esempio, delle deliberazioni in materia di: finanziamento dell'organizzazione (articoli 47, 56, 68, par.4), armonizzazione delle legislazioni nazionali in ambito economico-commerciale (articoli 61, 65 par.2, 67 par.2, 82) e in ambito sanitario e fito-sanitario (articolo 80), conclusione di accordi commerciali (articoli 84-85), deroghe alla disciplina doganale (articolo 86), etc.

⁹⁵ Secondo l'articolo 2, par.2, dell'*EAC Protocol on Decision-Making* il Consiglio dei Ministri delibera a maggioranza semplice in relazione a materie diverse da quelle enumerate al par. 1, per le quali è previsto il ricorso alla procedura del *consensus*.

⁹⁶ L'articolo 26 *Acuerdo de Cartagena CAN/Dec. 563* prevede infatti che la *Comisión* adotti le sue *Decisiones* a maggioranza assoluta degli Stati membri, ad eccezione di: «a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo [...]; b) En los casos que se enumeran en el Anexo II las propuestas de la Secretaría General deberán ser aprobadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo. Las propuestas que contaren con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros pero que fueren objeto de algún voto negativo deberán ser devueltas a la Secretaría General para la consideración de los antecedentes que hayan dado origen a dicho voto negativo [...]; c) Los Programas y los Proyectos de Desarrollo Industrial deberán ser aprobados con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo.»

⁹⁷ La legittimità della procedura del voto a maggioranza è stata confermata in *Acción de Nulidad No. 01-AN-2010*, 19 giugno 2013.

10. *Segue: la geometria variabile sia istituzionale che materiale*

Una previsione ampiamente diffusa nella disciplina del processo decisionale delle organizzazioni regionali è quella relativa alla cd. geometria variabile. Si tratta della possibilità che una manifestazione di volontà di carattere obbligatorio, astrattamente indirizzata a tutti gli Stati membri, sia approvata ed entri in vigore solo per quelli che hanno espresso la loro volontà in senso positivo (e che successivamente ne recepiscono il contenuto). La geometria variabile è, talora, frutto di una esplicita previsione statutaria⁹⁸; in altri casi, è frutto della prassi realizzata nell'ambito dell'organizzazione. Essa trova principalmente applicazione con riguardo agli *accordi di diritto derivato improprio*, di cui si è detta l'autonoma natura convenzionale e che, come tali, sono imputabili agli Stati. Ovviamente, si è soliti prevedere un numero minimo di ratifiche per l'entrata in vigore del singolo accordo, che resta comunque aperto alla firma e alla ratifica degli altri Stati. Solo eccezionale, in ragione dell'imputabilità del singolo atto all'organizzazione, risulta la previsione della geometria variabile per l'approvazione di diritto derivato proprio⁹⁹. A tal proposito, significative sono alcune recenti pronunce della CaCJ e della CCJ, con le quali si è riconosciuta l'operatività del principio in questione con riferimento a specifiche categorie di atti organici¹⁰⁰.

Circa la diffusione di tale tecnica, l'empirica valutazione della prassi ci consente di rilevare come, talora, essa sia assolutamente esclusa (nella SAARC vi è un assoluto

⁹⁸ Così l'articolo 7 *EAC Treaty* prevede fra gli *operational principles of the Community* quello di flessibilità «which allows for progression in cooperation among a sub-group of members in a larger integration scheme in a variety of areas and at different speeds». Peraltro, la EACJ ha specificato che il ricorso alla geometria variabile non può essere generalizzata, in quanto spetta agli Stati individuare, attraverso il “core and periphery approach», le materie ove essa può trovare applicazione; cfr. EACJ, Application No. 1/2008, In the matter of a request by the Council of Ministers of the East African Community for an Advisory Opinion, 24 aprile 2009.

⁹⁹ Sul tema, cfr. Elisa Tino, *The Variable Geometry in the Experience of Regional Organizations in Developing Countries*, in *Spanish Yearbook of International Law*, Madrid, 2013/2014, pp.141-162.

¹⁰⁰ In [2020] CCJ 1 (OJ) (AO), *Advisory Opinion No AOOJ2019/001*, 18 marzo 2020 la CaCJ ha riconosciuto la possibilità che due o più Stati membri possano (to) *opt out* da una decisione della *Conference*, adottata ex articolo 46 *Revised Treaty of Chaguaramas* al fine di ampliare le categorie di persone cui è riconosciuta libertà di movimento all'interno del CARICOM, senza che ciò pregiudichi il diritto dei loro cittadini di godere dei benefici da essa derivanti, purché l'esercizio dell'*opting out* non sia pregiudizievole del perseguimento di un obiettivo fondamentale dell'organizzazione. Analogamente, la CCJ, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per il *Consejo de la Integración Social Centroamericana* di adottare a maggioranza decisioni vincolanti, ha chiarito che – come previsto nel *Tratado de Integración Social Centroamericano* (articolo 15.4) – affinché una *decisión* venga adottata è necessario il consenso di tutti gli Stati membri. Qualora l'unanimità non sia raggiunta, sarà comunque possibile adottare la *decisión* che, però, vincolerà solo gli Stati che hanno manifestato il proprio consenso. Si è così confermata l'operatività del principio della geometria variabile per gli atti di diritto derivato (Expendiente No. 189-03-20-07-2018, 25 gennaio 2019).

divieto di farvi ricorso), ovvero possa essere esclusa per alcune tipologie di atti; così, come visto, nel MERCOSUR la geometria variabile non può operare con riguardo agli atti organici (*decisiones, resoluciones, directivas*), mentre il ricorso ad essa appare possibile con riferimento agli *Acuerdos* di cui all'articolo 41 *Protocolo de Ouro Preto*, ove ciò sia espressamente previsto nel singolo *Acuerdo*. La geometria variabile assume un particolarissimo significato allorché, in talune organizzazioni regionali, essa viene applicata ad atti obbligatori tesi a regolare aspetti non solo di diritto materiale, ma anche di carattere istituzionale. Ci si riferisce alla possibilità che, nell'ambito del dinamismo organizzativo di cui si è detto, tale tecnica trovi applicazione con riguardo agli accordi di diritto derivato improprio che introducono nell'apparato istituzionale organi complementari, originariamente non previsti nel trattato istitutivo (c.d. geometria variabile istituzionale)¹⁰¹.

11. Considerazioni conclusive

Nella nostra indagine, volutamente caratterizzata da un forte empirismo, ci si è sforzati di contribuire ad una ricostruzione sistemica e ora appaiono doverose alcune considerazioni conclusive.

La prima valutazione è relativa alla grande varietà e alle specificità tipologiche proprie delle organizzazioni regionali attive in diversi ed eterogenei contesti geografici, storici, politici ed economici, nonché alla pluralità di tipologie di atti e delle connesse differenti procedure di voto. Tale varietà non sorprende e risulta direttamente collegata alle peculiari caratteristiche *metagiuridiche* o, se si vuole, *politiche* della singola fattispecie che sono, *in primis*, il frutto di opzioni strategiche definite in termini tecnico-giuridici nel momento istitutivo e/o con successive integrazioni e modifiche compiute dagli Stati. In buona sostanza, la disciplina della singola organizzazione risponde direttamente alla volontà e alla capacità dei suoi membri di compiere scelte politico-istituzionali di fondo. Tali scelte hanno, evidentemente, un costo per gli stessi Stati, innanzitutto in termini di sovranità. L'adesione ad una organizzazione internazionale e, in particolare, ad una organizzazione regionale, «*n'est jamais un acte gratuite*»¹⁰². Si tratta di definire da parte degli Stati una prospettiva di medio-lungo termine, che dovrebbe coinvolgere positivamente, ai fini del conseguimento di obiettivi pienamente condivisi e concretamente realizzabili, non tanto e non solo gli interessi contingenti dei governi in carica in un certo momento storico, ma —più in generale e più significativamente— gli interessi degli Stati intesi come espressione nel tempo dell'intera società statale. Ci sia sommessamente consentito rilevare come il limite delle iniziative di cooperazione regionale nei Paesi

¹⁰¹ Per alcuni esempi, cfr. ancora Elisa Tino, *The Variable Geometry...op.cit.*, pp.153-155.

¹⁰² Michel Virally, *La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale*, in Suzanne Bastid *et al.*, *Melanges Rousseau*, Pedone, Paris, 1974, p.296. In tal senso va rilevato come i vantaggi della cooperazione regionale devono risultare maggiori dei suoi costi e pertanto l'organizzazione «*...n'est pas non plus le résultat d'un processus social spontané et irrésistible*». Si consideri, in tal senso, la faticosa adesione del Regno Unito alla CEE (due volte respinta negli anni '60) e l'altrettanto complessa *Brexit*.

in via di sviluppo e, in particolare in America Latina e nei Caraibi, sia da ritrovare in primo luogo nell'incapacità degli Stati di compiere, singolarmente e collettivamente, reali e univoche scelte di fondo. Tali opzioni di carattere metagiuridico, prima che tecnico giuridico, dovrebbero essere caratterizzate da un sano e concreto realismo, sfuggire la retorica integrazionista dei Presidenti di turno e coinvolgere non solo i governi e i relativi *Leaders*, ma piuttosto gli Stati nel loro complesso, a partire dagli ambienti economico-sociali, né va dimenticato il coinvolgimento dei partiti politici, della società civile, delle autonomie territoriali. Le scelte compiute nella singola organizzazione regionale dovrebbero essere inizialmente limitate *ratione materiae* e condivise come progetto politico-economico di medio termine dai Presidenti di turno e, nel tempo, condivise anche dai loro *successori*.

Di contro, per un verso, ci si disperde in una pluralità di organizzazioni concorrenti con i citati negativi fenomeni del *pluralismo associativo* e *pluralismo partecipativo* e, per altro verso, si mira al perseguimento di obiettivi irrealistici. Nel tempo, si alternano momenti di accelerazione e di rallentamento, a seconda della contingente volontà politica espressa dai Governi in carica in un certo momento storico. Coerentemente con tali *scelte* (o, meglio, con *scelte non realisticamente realizzabili*) si definisce (e si applica) la disciplina giuridica della singola fattispecie, ove rileva il rapporto dialettico fra processo decisionale e tipologia della manifestazione di volontà nella prospettiva di una tutela, maggiore o minore, della sovranità statale. Non è un caso che nell'UE, frutto di una consapevole e consolidata opzione politica reiterata nel tempo, si parli di limitazioni nell'esercizio della sovranità e nei rapporti inter-ordinamentali rilevi il problema fondamentale della copertura costituzionale "speciale" di tale avanzata forma di integrazione. In tal senso, pur in presenza di un oggettivo passo in dietro collegato alla *Brexit*, i più recenti drammatici sviluppi (pandemia, guerra in Ucraina, crisi energetica) hanno indotto, significativamente, a parlare - in una futura prospettiva - di una *sovranità europea* e non più solo, secondo una lettura classica, di una *sovranità degli Stati europei* e delle limitazioni nel suo esercizio.

La seconda considerazione conclusiva si collega direttamente alla precedente ed è relativa all'inesistenza, a nostro avviso, di un modello di cooperazione regionale che risulti «vincente» ovverosia dell'esistenza di un modello politico, economico e giuridico di «successo» che, come tale e ove rigorosamente applicato, garantisca per gli Stati coinvolti un esito favorevole. L'analisi compiuta ci ha consentito di rilevare come non possa identificarsi l'esistenza di *un modello* di organizzazione, di *un modello* di atto e di *un modello* di procedura di approvazione di un atto. Ciascuna organizzazione regionale *produrrà*, sin dal momento genetico e più spesso con modifiche e integrazioni nel tempo, quelle tipologie di *organizzazioni*, quelle tipologie di *atti* e di *procedure decisionali* che appariranno, in concreto e in diretto collegamento con la singola fattispecie, opportune e utili, in un preciso momento storico, ai fini del perseguimento degli obiettivi istituzionali. Significativa è, in tal senso, la diversa prospettiva con cui si pongono nel tempo le organizzazioni regionali ispirate dalla cultura europea romano-germanica rispetto a quelle asiatiche ove, com'è noto, assolutamente diversa è la prospettiva storica, politica, culturale e, ai nostri fini, giuridica. In tale più ampia prospettiva e in diretto riferimento alla similitudine fra UE

e CAN, va sottolineato come sia il diverso contesto storico-politico ed economico in cui le due organizzazioni operano a condurre a risultati concreti assolutamente differenti¹⁰³. Sì che sono il differente *animus cooperandi*, la diversa identità di gruppo ad aver determinato il successo dell'esperienza UE e il minor successo di quella andina, pur in presenza di regole tecnico-giuridiche assai simili.

In conclusione, non è condivisibile —a nostro avviso— la tesi secondo cui esiste un modello di cooperazione regionale vincente, la cui replica o imitazione in diversi contesti geografici offra *ipso facto* garanzie di successo. Non è opportuno compiere fughe in avanti, in quanto qualsiasi modello organizzativo, qualsiasi tipologia di atto, qualsiasi procedura decisionale può risultare «vincente», purché tale complesso normativo corrisponda alla realtà politico-giuridica concretamente esistente e non sia il frutto di previsioni astratte, di *desiderata* non realisticamente realizzabili, e purché tale modello sia seguito da comportamenti concreti coerenti da parte di tutti i soggetti interessati. In tal senso, la cooperazione istituzionalizzata di dimensione regionale, quale che sia la sua natura giuridica, deve mirare a conseguire risultati utili per tutti i partecipanti, concretamente valutabili, espressione di interessi collettivi e individuali condivisi e fondati su una reale e duratura volontà di cooperazione nel tempo, tanto degli Stati quanto delle società che essi rappresentano.

Salerno y Avellino, Italia, mayo de 2022.

¹⁰³ Le origini storiche del processo di integrazione andina sono da ritrovare nell'esperienza bolivariana della guerra di indipendenza, ove peraltro già possono cogliersi le contraddizioni fra un'integrazione retoricamente proclamata e gli interessi specifici propri di uomini e territori. In Europa, le origini storiche del processo di integrazione possono cogliersi nella sconfitta di tutti i Paesi europei al termine della Seconda Guerra Mondiale, che vede come reali vincitori USA e URSS, potenze sostanzialmente extraeuropee. Tale evidente ridimensionamento delle storiche potenze europee pone fine di fatto alla plurisecolare controversia fra popolo franco e popolo germanico sorto fra i nipoti di Carlo Magno, Carlo il Calvo e Ludovico il Germanico per la conquista della parte centrale dell'Impero (Lotaringia) attribuita al fratello l'imperatore Lotario (trattato di Verdun dell'843). Tale contrapposizione, integrata a partire dal Cinquecento dal ruolo di potenza navale del Regno Unito, ha caratterizzato la storia dei Paesi europei e ha visto la sua fine con la sconfitta dell'Europa del 1945. Ne discende la necessità per gli Stati europei, in particolare Francia e Germania, di ritrovare un ruolo nella storia attraverso un graduale processo di integrazione, prima settoriale (CECA), poi economico (CEE) e, in prospettiva, anche politico. Tale processo appare ancor più necessario, se non indispensabile, con la fine della Guerra fredda e con l'apertura del mondo attraverso una accentuata globalizzazione (G 20) e la partecipazione alle relazioni internazionali di nuovi soggetti statali in precedenza ininfluenti o marginali (Cina, India, etc.). Cfr. Lorenzo Federico Pace, *L'inapplicabilità della nozione di "sovrantà" all'ordinamento giuridico dell'Unione europea: motivi teorici e pratici. L'Unione quale soluzione della crisi dello Stato nazionale nel continente europeo*, in Quaderni AISDUE, Napoli, numero 1, 2022, pp.37-48.

APARTADO II

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DE EUROPA Y SUDAMÉRICA

Mariana Peña-Pinon

Mariana Peña-Pinon

Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, obtuvo el título de magíster en Derecho Europeo de la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne y el de doctora en derecho de la Universidad de Luxemburgo tras defender su tesis doctoral (en francés) titulada «La función judicial al servicio de la integración en América del Sur. Miradas cruzadas sobre la contribución de los jueces regionales a la construcción de un espacio integrado: Europa y América del Sur», publicada por la editorial Nomos. Trabajó como secretaria letrada en la Cámara Nacional de Casación Penal en Argentina y realizó pasantías en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Actualmente reside en Luxemburgo y trabaja en el departamento legal de una empresa multinacional asesorando en diversos temas corporativos y regulatorios.

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DE EUROPA Y SUDAMÉRICA

Mariana Peña-Pinon

Palabras clave

Tribunales regionales. Organización interna. Composición.
Competencias jurisdiccionales. Vías recursivas.
Procedimiento jurisdiccional. Legitimación activa. Efecto de
las sentencias. Impacto de la jurisprudencia.

Keywords

Regional courts. Internal organization. Composition.
Jurisdictional powers. Appeals. Jurisdictional procedure.
Standing. Effect of sentences. Impact of jurisprudence.

Resumen

Este trabajo busca mostrar el aporte de un órgano jurisdiccional en el éxito de un sistema de integración regional. Para ello se compara el funcionamiento de estos órganos en los sistemas europeos: el de la Unión Europea y el de la Asociación Europea de Libre Comercio, y los de Sudamérica: el de la Comunidad Andina y el Mercosur. Tras referir al origen de los distintos tribunales regionales creados, se describen sus composiciones, sus organizaciones internas, sus competencias y vías de recurso dejando en evidencia sus similitudes o diferencias. El análisis comparativo nos permitirá sacar conclusiones a la luz de los avances conseguidos en cada sistema de integración a través de la jurisprudencia en uno y otro tribunal regional. La finalidad de este trabajo es remarcar el rol principal que cumplen los tribunales regionales en el fortalecimiento de los objetivos fijados en cada sistema de integración.

Abstract

This paper seeks to show the contribution of a jurisdictional body to the success of a regional integration system. To this end, it compares the functioning of these bodies in the European systems: the European Union and the European Free Trade Association, and those of South America: the Andean Community and Mercosur. After referring to the origin of the different regional tribunals created, we describe their compositions, their internal organizations, their competences

and means of appeal by showing their similarities and differences. The comparative analysis will allow us to draw conclusions in the light of the progress achieved in the integration system of study through the jurisprudence of each regional court. The purpose of this paper is to highlight the main role played by the regional courts in strengthening the objectives set in each integration system.

1. Introducción

La integración regional de los países a través de sistemas, organizaciones o bloques (utilizados en este trabajo como sinónimos) es una realidad incontestable a pesar de las dificultades a la hora de definirla. No nos detendremos acá a examinar esta noción. Baste con decir que se trata de las iniciativas por las que los países de una misma zona geográfica acuerdan aunar esfuerzos en determinadas áreas a través de la aplicación de reglas comunes o armonizadas acompañado de la creación de instituciones encargadas de velar por el buen funcionamiento de estas reglas.

Entre estas instituciones, que llamaremos “regionales” para diferenciarlas de las propias de cada Estado miembro de un sistema de integración, nos centraremos en este trabajo en los órganos jurisdiccionales creados con el fin de interpretar y aplicar las reglas comunes o armonizadas, así como dirimir los conflictos que pueden suscitarse con motivo de estas reglas.

Los esfuerzos por crear bloques de integración han sido muchos y con relación a distintas áreas a lo largo del tiempo. En este trabajo nos referiremos a los que comenzaron a mediados del siglo XX en torno a los intercambios comerciales en Europa y en América del Sur. Más concretamente, hablaremos de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea (en adelante, **UE**), sucesora de las Comunidades Europeas, de la Asociación Europea de Libre Comercio (en adelante, **AELC**), de la Comunidad Andina (en adelante, **CAN**) y del Mercado Común del Sur (en adelante, **Mercosur**).

La existencia de un órgano jurisdiccional ha sido un factor clave del éxito (o de la falta de éxito) del funcionamiento de estos sistemas, como trataremos de ilustrar en este trabajo (acápite 5). Para ello, repasaremos su creación en cada uno de los sistemas mencionados (acápite 2), analizaremos su organización interna (acápite 3) y nos detendremos en las vías de recurso existentes para acceder a cada jurisdicción (acápite 4).

2. Creación y puesta en marcha de un órgano jurisdiccional

La instauración de un órgano jurisdiccional en un sistema de integración regional no es, en principio, una condición *sine qua non* de su existencia. De hecho, de los cuatro sistemas que estudiaremos, solo el de la UE contó con un órgano jurisdiccional *ab initio*. El tratado de creación de la primera «Comunidad», la del Carbón y el Acero

(en adelante, **CECA**)¹ previó entre sus disposiciones la creación de un Tribunal de Justicia de la CECA, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, **TJUE**), con jurisdicción exclusiva y obligatoria², que este año festejó sus 70 años de existencia. Más revolucionario aún para la época, el tratado otorgaba a los particulares la posibilidad de recurrir al nuevo tribunal³ y establecía un mecanismo de cooperación con los jueces nacionales: la cuestión prejudicial que examinaremos más adelante. El tratado creó, asimismo, un órgano completamente novedoso en el ámbito del derecho internacional público: la Alta Autoridad, compuesta por agentes autónomos de los Estados miembros de la CECA. Los debates en torno a la definición y alcance de la noción de supranacionalidad que generó esta novedad siguen sin zanjarse. Con la firma de los tratados de Roma de 1957, que dan lugar a la Comunidad Económica Europea (en adelante, **CEE**) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, **EURATOM**), la nueva Comisión Europea recibe competencias más limitadas que la Alta Autoridad, pero el Tribunal de Justicia se mantiene como órgano jurisdiccional único para las tres comunidades, garante del «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19 del Tratado de la Unión Europea, en adelante, **TUE**).

La vasta literatura existente⁴ sobre la importancia del rol del TJUE en la construcción europea nos exime de su tratamiento detallado; a todas luces, la obra del TJUE no necesita ser demostrada. Si bien la cuestión prejudicial, considerada la “piedra angular”⁵ de la arquitectura jurisdiccional, es el origen en muchos casos de esta propulsión edilicia, recordemos que el primer asunto prejudicial llegó al TJUE 8 años después de su creación, en 1961⁶. A pesar de las múltiples críticas que ha recibido,

¹ Firmado en París el 18 de abril de 1951, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) entró en vigor el 23 de julio de 1952 por 50 años. El tratado CECA expiró en 2002.

² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, **TFUE**), arts. 344 y 258.

³ Salvo el caso de la Corte de Justicia Centroamericana que funcionó 10 años hasta 1917, solo los tribunales administrativos internacionales permitían el acceso de particulares para resolver conflictos internos de los empleados de sus organizaciones, i.e. el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas hasta la Convención de Washington de 1965 que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, más conocido por sus siglas: CIADI.

⁴ Véase, entre muchas otras, la obra de Alec Stone Sweet, *The judicial construction of Europe*, Oxford University Press, 2004, p. 279.

⁵ Robert Lecourt, *La Cour de Justice des Communautés Européennes vue de l'intérieur*, en *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit - Geburtstag von Hans Kutscher*, Nomos, Baden-Baden, 1981, p. 271.

⁶ Véase la evolución en Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Tomo *Collection de droit de l'Union Européenne: Grands écrits*. Reimpresión de la obra publicada por Bruylant en 1976, Bruselas, Bruylant, 2008, p. 10. Se cuenta que el TJUE celebraba con champagne la llegada de cada nuevo asunto prejudicial que recibía. Véase Antoine Vauchez, *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris Presses de Sciences Po, 2013, p. 82.

aunque tardías⁷, no en vano el TJUE ha sido erigido en motor de la integración europea⁸.

El caso de la AELC, menos conocido que el de su par europea, la UE, merece que nos detengamos rápidamente en su historia y funcionamiento antes de presentar al órgano jurisdiccional objeto central de este trabajo. La AELC nació con la firma de la Convención de Estocolmo el 4 de enero de 1960, por iniciativa británica como alternativa para los Estados que no querían o no podían adherirse a la CEE. Su finalidad era la creación de una zona de libre comercio. La Convención de Vaduz de 2001 incorporó disposiciones relativas a la libre circulación de personas, servicios y capital. La AELC funciona, empero, como una plataforma para obtener convenios de libre comercio con terceros países. En la actualidad está integrada por cuatro países miembros: Islandia (1970), Liechtenstein (1991), Noruega y Suiza. La AELC cuenta con un Tribunal de Justicia (en adelante, **Tribunal AELC**) pero, contrariamente a lo que su nombre indica, no vela por el cumplimiento del derecho de la Convención de Estocolmo modificada. El Tribunal AELC vela por la correcta interpretación y aplicación del derecho del Acuerdo de creación de un Espacio Económico Europeo (en adelante, **EEE**) suscripto entre las Comunidades, sus Estados miembros y los países AELC, y por el cual el mercado único de la UE se extiende a los países de la AELC (excepto Suiza⁹ que no suscribió el acuerdo tras el referéndum negativo). Nos parece acertado afirmar que la concepción de un Tribunal AELC fue el factor determinante de la suscripción del Acuerdo EEE y, en este sentido, este Tribunal también nació concomitantemente a la constitución del EEE e incluso como una condición *sine qua non* de la existencia del derecho EEE. Ello es así ya que, en la negociación de este espacio, el actual TJUE bloqueó el texto del acuerdo inicial por considerar la creación de un tribunal común a la AELC y a la UE incompatible con la autonomía del derecho de la UE (por entonces de las CEE) y atentatorio de la autoridad del propio TJUE (dictamen 1/91, EU:C:1991:490). El proyecto de creación de un Tribunal AELC recibió la luz verde del TJUE (dictamen 1/92, EU:C:1992:189);

⁷ En la década del '90, Joseph Weiler alertó sobre los elogios excesivos destinados al TJUE, avanzando las razones por las que los gobiernos expresan su hostilidad en esos años a un tribunal que "constitucionalizó" los Tratados, *Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs*, en *Politix*, vol. 8, nº 32, 1995, esp. pp. 134 y 136. Más recientemente, a modo de ejemplo, véase el artículo sobre las críticas de los tribunales supremos de los Estados de la UE a la primacía del derecho de la UE y al propio TJUE: Ricardo Alonso García, *Tiempos judiciales recios*, 2021, disponible en: <https://www.larazon.es/opinion/20210725/dm6kmy34uffe5mv3npu7vsoijq.html>

⁸ La expresión que consagra al TJUE como motor de la integración, popularizada de antaño, no se sabe a quién debe atribuirse. Entre muchas otras obras sobre el tema, véase, Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, tomo *Collección droit de l'Union Européenne: Grands écrits*. Reimpresión de la obra publicada por Sijthoff-Leiden en 1972, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 100.

⁹ Sobre la relación entre Suiza y UE, ver Carl Baudenbacher, *From Diplomacy to Judicialisation? – Some thoughts on EU-Swiss Relations* en Pascal Cardonnel, Allan Rosas y Nils Wahl, *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, capítulo 4, Hart Publishing, 2012, pp. 39-55.

el acuerdo entró en vigor el 1º de enero de 1994¹⁰. El acuerdo de creación de una autoridad de vigilancia —institución equiparable a la Comisión en la UE— y del Tribunal AELC, llamado **acuerdo SCA** por sus iniciales en inglés (*Surveillance and Court agreement*), fue suscripto concomitantemente al Acuerdo EEE (art. 108 de este Acuerdo).

El nuevo Tribunal vela pues por el respeto del Acuerdo EEE por parte de los países de la AELC que lo suscribieron, tarea que debe realizar respetando un principio esencial del derecho EEE: la homogeneidad¹¹ con el derecho de la UE. Si el objetivo del EEE es extender el mercado interior de la UE a países no miembros de esta organización, la coordinación con este derecho es primordial. El principio tiene un componente legislativo (el art. 98 del Acuerdo EEE) y un componente judicial (art. 6) que impone básicamente una obligación al Tribunal AELC de seguir la jurisprudencia del TJUE. En nombre de la homogeneidad y de la reciprocidad de los derechos de los individuos y de los operadores económicos dentro del EEE, el Tribunal AELC enuncia el principio de responsabilidad del Estado, compele a los jueces nacionales a aplicar el principio de interpretación conforme y desprende un cuasi efecto directo y una cuasi primacía del derecho EEE¹², en un tiempo menor desde su creación que su par de la UE. En la práctica, este dispositivo dio lugar a un intercambio armonioso, fructífero y recíproco¹³ cuyo éxito corresponde atribuir en gran parte al Tribunal AELC.

Instalado originalmente en Ginebra, recaló en 1996 en Luxemburgo, próxima a su “hermano mayor” el TJUE donde lleva a cabo, desde entonces, esta importante tarea de garantizar el derecho EEE de manera homogénea con el derecho UE.

Del otro lado del Atlántico, la Comunidad Andina (en adelante, **CAN**) nacida en 1969 tras la suscripción del Acuerdo de Cartagena, conocido también como el Pacto Andino, no contó con un órgano jurisdiccional *ab initio*. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **TJCA**) fue creado en 1979 por el Tratado de Creación del TJCA y entró en funciones en 1984¹⁴. El protocolo de Cochabamba, del

¹⁰ El acuerdo ha tenido varias enmiendas con las modificaciones de los Estados miembros de cada uno de los bloques signatarios: tanto de la UE como de la AELC. Para más información, consultar el sitio de la AELC, disponible en: <https://www.efta.int/eea/enlargement-of-the-eea>

¹¹ Sven Norberg, *20 Years On: Some Reflections on the European Economic Area Judicial Mechanism*, en Pascal Cardonnel, Allan Rosas y Nils Wahl, *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, capítulo 5, Hart Publishing, 2012, esp. pp. 64-65.

¹² Respectivamente, sentencias *Sveinbjörnsdóttir*, asunto E-9/97, EFTA Court Report, 1998, p. 95, (responsabilidad del Estado), *Karlsson*, asunto E-4/01 EFTA Court Report 2002, p. 240, punto 28 (aplicación conforme), *Restamark*, asunto E-1794, EFTA Court Report 1994, p. 15, puntos 77 y 80 (efecto directo) y *Einarsson*, asunto E-1/01, EFTA Court Report 2002, p. 1 puntos 52 y 55 (primacía).

¹³ Vassilios Skouris, *The Role of the Court of Justice of the European Union in the Development of the EEA Single Market*, en *The EEA and the EFTA Court: Decentred integration*, capítulo 1, Hard publish, 2014, p. 6.

¹⁴ Con anterioridad a la entrada en funciones del TJCA, los Estados podían resolver los conflictos con motivo de la interpretación o aplicación del Acuerdo de Cartagena o de las Decisiones de la

28 de mayo de 1996, modificó el Tratado de Creación del TJCA e introdujo varias modificaciones entre las que cabe resaltar la posibilidad otorgada a los particulares de recurrir a la jurisdicción regional. Sus 45 años de labor en la construcción del derecho andino le merecen esta obra enteramente dedicada a él por lo que no vamos a detenernos en este órgano sino para ponerlo en perspectiva con sus pares de otras latitudes. Más allá de sus límites, algunos de los cuales señalaremos más adelante, resaltemos, empero, que ha sido reconocido por calificada doctrina como una de las tres cortes más prolíferas del mundo¹⁵.

En el Mercosur, bloque constituido por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela (2012, suspendido desde diciembre de 2016) con la firma del Tratado de Asunción (en adelante, **TA**) el 26 de marzo de 1991, se previó de entrada establecer un «Sistema Permanente de Solución de Controversias» antes del 31 de diciembre de 1994, fecha que marca el fin del período transitorio. Si bien diversas iniciativas han sido adoptadas desde entonces¹⁶, a más de 30 años del inicio del Mercosur, el Sistema Permanente proyectado sigue sin adoptarse. Entre estas iniciativas podemos citar el Protocolo de Brasilia de diciembre de 1991, a pocos meses del TA y mucho antes del fin del período transitorio y su modificación por el Protocolo de Olivos (en adelante, **PO**) de 2002. Este último dio origen en el 2004 al Tribunal Permanente de Revisión (en adelante, **TPR**), sistema calificado de «híbrido»¹⁷ al tratarse de un mecanismo de arbitraje “institucionalizado” cuyas características veremos más adelante. El sistema de tribunales arbitrales *ad hoc*, instituido por el Protocolo de Brasilia, se mantiene en el nuevo régimen como tribunales de primera instancia, salvo que los Estados parte del conflicto decidan someter la cuestión al TPR en primera y única instancia.

Los tribunales del Mercosur no tienen una jurisdicción exclusiva (art. 1, párrafo 2, del PO y art. 1 del Reglamento del PO emitido por la Decisión CMC n° 05/22 y antes por la decisión 37/03). Nada impide a los Estados parte recurrir al sistema de resolución

Comisión, sometiéndolas a negociaciones directas y, en su defecto, a los buenos oficios, la mediación o a la conciliación de la Comisión (art. 23 del Acuerdo de Cartagena, reglamentado por la Decisión n° 6, arts. 27 y ss.).

¹⁵ Entre otros artículos de estos autores, véase Laurence Helfer y Karen Alter, *Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts*, en *Theoretical Inquiries in Law*, volumen n° 14-2, 2013, pp. 479-504.

¹⁶ El TA (párrafo 3° del Anexo III), el Protocolo de Brasilia (art. 34), el Protocolo de Ouro Preto (art. 44) y el Protocolo de Olivos (art. 53), además de una serie de actos de derecho derivado, como la Decisión del Consejo del Mercado Común n° 21/05, mencionan la creación de un Sistema Permanente de Solución de Controversias.

¹⁷ Así calificado por Nadine Susani a falta de poder atribuirle una naturaleza arbitral o jurisdiccional pura. Véase *Le règlement des différends dans le MERCOSUR : Un système du droit international pour une organisation d'intégration*, París, Harmattan, 2008, pp. 132 y ss. Véase también Roberto Ruiz Díaz Labrano, *Evolución institucional del MERCOSUR, un Tribunal Permanente Arbitral o Jurisdiccional para el MERCOSUR* en Carlos Francisco Molina del Pozo (ed), *Evolución Histórica y Jurídica de los procesos de Integración en la Unión Europea y en el Mercosur Liber Amicorum Miguel Angel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, pp. 345-361.

de conflictos de la Organización Mundial de Comercio (en adelante, **OMC**) o a cualquier otro sistema de resolución de diferendos¹⁸.

El éxito del sistema de resolución de conflictos del Mercosur puede ponerse en entredicho a la luz de los pocos casos que ha tratado comparados con los que se someten, a diarios, a sus pares europeos y andino. Durante el Protocolo de Brasilia, 10 conflictos fueron zanjados por los tribunales arbitrales. El TPR intervino, aunque en escasas oportunidades, en diversos asuntos, no solo controversias entre Estados —entre los que cabe destacar la suspensión de Paraguay y la adhesión de Venezuela— sino también en conflictos institucionales, como el de la designación de su primer secretario y en conflictos administrativo-laborales iniciados por funcionarios del Mercosur¹⁹.

Más prometedor pareció el caso de las opiniones consultivas, competencia otorgada por el PO y reglamentada por la Decisión del CMC n° 37/03, hoy n° 05/22, con similitudes a las cuestiones prejudiciales. A diferencia del TJUE²⁰, la primera opinión consultiva llegó el mismo año que la reglamentación para la solicitud por parte de órganos jurisdiccionales nacionales (Decisión CMC n° 02/07, texto actualizado conformes las Decisiones CMC n° 15/10 y 07/20) y las dos siguientes lo hicieron en 2008 y 2009. Desde entonces, el TPR no ha resuelto ninguna opinión consultiva dejando en evidencia que el trasplante de herramientas jurisdiccionales no siempre garantiza los éxitos conocidos en otras latitudes.

El Parlamento del Mercosur (en adelante, **Parlasur**) presentó en 2010 un proyecto de creación de una Corte de Justicia del Mercosur²¹, cuyo debate está suspendido en el Consejo del Mercado Común (en adelante y previamente, **CMC**), órgano superior del bloque.

¹⁸ Sobre los peligros de permitir que un tribunal internacional interprete el derecho del Mercosur, véase Nadine Susani, *Le règlement des différends dans le MERCOSUR: Un système du droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit. nota al pie n° 17, p. 43 a propósito del caso de los derechos *antidumping* que Argentina había aplicado a los pollos brasileños. Para una síntesis de los puntos favorables de este sistema, al menos en el estado actual del Mercosur, véase Alejandro Daniel Perotti, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Marcial Pons, 2008, p. 65.

¹⁹ Los asuntos en los que se pronunció el TPR, así como los laudos en los 10 conflictos en los que intervinieron Tribunales *ad hoc* mencionados, pueden consultarse en el sitio oficial del TPR: www.tprmercosur.org/es/

²⁰ Véase nota al pie n° 6.

²¹ El proyecto y su potencial impacto en el derecho regional fue abordado en un trabajo previo: véase Mariana Peña-Pinon, *¿Una Corte de Justicia para el Mercosur?: avances ciertos y aparentes hacia una institucionalización reforzada*, 2013, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, n° 2013.1, pp. 615-660.

3. La organización interna

El funcionamiento interno de los órganos bajo estudio también difiere de uno a otro. Examinaremos aquí la composición, la forma de designación de sus jueces o árbitros, la duración en el cargo, la existencia de colaboradores. Abordaremos además las características de los procedimientos, su duración promedio, la adopción y publicidad de sus actos, sin omitir un tema de importancia mayor, especialmente en este momento del TJCA: los costos de funcionamiento y la forma de cubrirlos.

Siguiendo el orden de los puntos anteriores, comencemos por el TJUE que actualmente está compuesto por dos órganos: el Tribunal de Justicia propiamente dicho, y el Tribunal General creado en 1988. El TFUE prevé la posibilidad de crear tribunales especiales (art. 257); el único hasta ahora fue el Tribunal de la Función Pública establecido en 2004 cuyas funciones fueron absorbidas por el Tribunal General en 2016, durante la segunda etapa de la ampliación de este último órgano (art. 48 del estatuto del TJUE). El Tribunal de Justicia está integrado por 27 jueces (uno por Estado miembro) y el Tribunal General cuenta ahora con dos jueces por Estado miembro. Designados de común acuerdo por los Estados miembros (art. 19 §2 del TUE), un comité de selección emite una opinión sobre la idoneidad de los candidatos (art. 255 del TFUE) desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. Todos los jueces cuentan con asistentes letrados y administrativos que trabajan en los casi 2000 asuntos recibidos anualmente²², además de contar con un servicio de investigación comparada, un secretariado y varios servicios administrativos que aseguran el buen funcionamiento del TJUE.

Además, el Tribunal de Justicia cuenta con 11 abogados generales, cuyas condiciones de ejercicio son equivalentes a las de los jueces (art. 253 del TFUE), que emiten dictámenes no vinculantes con el fin de guiar a los jueces en la resolución de los asuntos sometidos. De todas las bondades atribuidas a esta figura, nos parece importante resaltar la que lo considera el contrapeso necesario a la prohibición de la emisión de opiniones disidentes²³. En efecto, el TJUE adopta todas sus decisiones por mayoría sin consignar la existencia —o no— de opiniones contrarias. La publicación de un acto que sostiene una tesis contraria a la adoptada por los jueces contribuye, en definitiva, a la evolución de la jurisprudencia. A pesar de los *pros* de contar con abogados generales: ningún otro órgano estudiado conoce un equivalente efectivo. El

²² Los datos en cifras del TJUE pueden consultarse en su sitio web: www.curia.europa.eu. Mencionemos a modo de ejemplo que durante el 2021, el TJUE resolvió 1723 asuntos, recibió 1720 y dejó pendientes 2541.

²³ Véase el discurso del ex-abogado general Maurice Lagrange con motivo de su partida el 8 de octubre de 1964, reproducido en la obra de Ricardo Alonso García, *Clásicos de la justicia europea: en el 50 aniversario de los Tratados de Roma*, Thompson-Aranzadi-Civitas, 2007, pp. 19 a 35, especialmente pp. 19 y 25. La cuestión de las opiniones disidentes fue abiertamente debatida y descartada durante las negociaciones relativas a la creación del TJUE. Véase Maurice Lagrange, *La Cour de justice des Communautés européennes: du plan Schuman à l'Union européenne*, en *La construction européenne. Mélanges Fernand Dehousse*, Vol. n° 2, Paris-Bruselas, Nathan-Labor, 1979, p. 129.

Tribunal General, que desde la modificación de su estatuto podría designar abogados generales, tampoco cuenta con esta figura. En alternativa, un juez puede ser designado abogado general en un asunto determinado que así lo justifique (art. 3, 30 y 31 de su reglamento de procedimiento).

Tanto los jueces como los abogados generales son designados por seis años, mandato renovable indefinidamente (art. 254 del TFUE), lo que ocurre parcialmente cada tres años. El procedimiento de designación de jueces y la duración del mandato tienen impacto directo en materia de idoneidad e imparcialidad para el cargo y la independencia de su ejercicio, respectivamente, características esenciales que deben reunir los magistrados²⁴.

Si bien el idioma de trabajo del TJUE es históricamente el francés, el TJUE se jacta de ser una institución multilingüe única en el mundo y con razón: el procedimiento puede desarrollarse en cualquiera de los idiomas oficiales de la UE, incluso en la etapa oral en el que un número significativo de intérpretes que trabaja para el TJUE asegura la traducción simultánea en varios otros idiomas (dependiendo de las partes involucradas, la importancia del asunto, etc.). Aún a costa de una prolongación de los plazos para resolver los asuntos sometidos a su consideración, el TJUE asegura de esta forma mayor accesibilidad a su pretorio permitiendo a cada parte expresarse en su idioma materno. Los asuntos demoran, en promedio, casi 17 meses en el Tribunal de justicia y un poco más en el Tribunal General.

Las decisiones del TJUE y las opiniones de los abogados generales están publicadas en su sitio de internet. La cantidad de idiomas en las que se traduce una sentencia, un auto interlocutorio o una opinión depende de la importancia del asunto. Cuando este lo amerita, el servicio de prensa del TJUE publica también un comunicado resumiendo los hechos, los argumentos principales y la resolución adoptada. La base de datos del TJUE reseña también artículos de doctrina relativos a los distintos asuntos resueltos por el órgano jurisdiccional de la UE. El presupuesto del TJUE para el año 2022 es de 465 millones de euros.

Por su lado, el Tribunal AELC está integrado por tres jueces, designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados de la AELC parte del EEE (uno por cada Estado), y seis jueces *ad hoc* para intervenir en aquellos asuntos en los que alguno de

²⁴ Sobre la relevancia de estas características de los jueces internacionales y regionales, véase Emmanuelle Jouannet, *Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international?*, en Hélène Ruiz Fabri y Jean-Marc Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, capítulo VIII, remarques conclusivas, París, Pedone, 2010, pp. 271-302. Una reflexión sobre la duración del mandato y la independencia de los jueces, véase en Francis Jacobs, *The Court of Justice in the Twenty-First Century: Challenges Ahead for the Judicial System?* en Allan Rosas, Egils Levits e Yves Bot, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law – La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haya, Springer, 2013, pp. 49-59. El autor pone de resalto la incerteza generada por la falta de seguridad en la renovación del mandato, propone una renovación automática salvo justificación de idoneidad por parte de los gobiernos.

los tres jueces estables no pueda intervenir (art. 30 del acuerdo SCA). Duran en el cargo seis años y pueden ser renovados. En la actualidad, el staff del Tribunal AELC está compuesto por 13 personas.

Los jueces deciden por mayoría (art. 8 del estatuto) y, como en el caso de la UE, la falta de mención de opiniones divergentes surge más de una práctica bien establecida que de una regla expresa (arts. 32 §4 y 23 §4 de los reglamentos de procedimiento del TJUE y del Tribunal AELC, respectivamente). Las deliberaciones son y se mantienen secretas (arts. 35 y 31 de los estatutos del TJUE y del Tribunal AELC). Las decisiones del Tribunal AELC, redactadas en inglés, son publicadas en su sitio de internet.

El Tribunal se mantiene con las contribuciones de los Estados parte y, según el último estado financiero publicado en su sitio web, sus gastos durante el 2014 fueron de casi cuatro millones de euros. Ese año, el Tribunal registró 25 nuevos asuntos, emitió 23 sentencias y 5 resoluciones para lo cual realizó 12 audiencias públicas. El plazo promedio para resolver un asunto fue entre 6 y 8 meses.

Del otro lado del Atlántico, los cuatro jueces del TJCA son designados de común acuerdo por los ministros plenipotenciarios nacionales a partir de una lista de tres candidatos presentada por cada país miembro (art. 7 del Tratado de Creación del TJCA): uno de ellos es designado titular y los dos otros suplentes. La composición par del TJCA desde la salida de Venezuela de la CAN ha dado lugar a dificultades para la toma de decisiones, subsanadas con la Resolución 01/2014 del propio tribunal por la cual se recurre a la convocatoria de un juez suplente para alcanzar el *quorum* necesario que permita decidir el asunto en el que no se obtiene mayoría²⁵.

Los jueces duran en el cargo seis años, como sus colegas de la UE pero, a diferencia de estos, el mandato es renovable una sola vez. El art. 6 del TJCA y el 142 de su estatuto mencionan la posibilidad de crear el puesto de abogado general, término que se tomó prestado de la UE, por ahora solo en los textos ya que ningún abogado general ha sido designado hasta ahora.

Las opiniones disidentes están expresamente prohibidas al TJCA (art. 90, último párrafo, de su estatuto). La práctica se mantuvo idéntica a la de sus pares europeos hasta el 2014. En el asunto *Barahoma García*²⁶, uno de sus jueces manifiesta su disconformidad con la solución adoptada y no firma la sentencia. Las razones de su disidencia figuran en el acta de deliberación n° 7-J-TJCA-2014, secreta. *A contrario*, en algunas decisiones se consigna que son adoptadas por unanimidad.

El TJCA acepta la presentación de documentos en dialectos de grupos étnicos u otros idiomas que no sea el español siempre que se acompañe una traducción (art. 34 de su

²⁵ Véase Gustavo García Brito, *El rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los 50 años de integración subregional*, Comentario Internacional 20, 2020, pp. 192-194.

²⁶ Sentencia del 21 de marzo de 2014, *Barahoma García*, proceso 231-IP-2013, Gaceta Oficial n° 2336 del 8 de mayo de 2014.

estatuto). Las decisiones se publican en su sitio de internet y en la gaceta oficial de la CAN.

Uno de los puntos débiles del TJCA, de actualidad y máxima importancia, es la forma de sufragar sus gastos. El Tribunal depende de las contribuciones de los Países miembros de la CAN, como sus pares internacionales. Con la salida de Venezuela de la CAN, principal contribuyente, y con las demoras en los pagos de otros Países miembros, el funcionamiento del TJCA se ha visto en crisis en varias ocasiones en los últimos años hasta poner en jaque su propia continuidad²⁷. Los Estados financieros del Tribunal están publicados en su sitio *web* bajo la rúbrica «Transparencia».

Antes de entrar en la descripción del órgano de resolución de conflictos del Mercosur, mencionemos que los Estados de este sistema han supeditado la intervención de sus tribunales a la realización previa de una fase de negociaciones directas, regida por las reglas de la diplomacia, tras las cuales pueden dar intervención al Grupo Mercado Común (en adelante, **GMC**), órgano ejecutivo del bloque y que actuará en el caso como mediador. En caso de fracasar la primera y segunda fase, si esta tuvo lugar, los Estados pueden recurrir a los Tribunales del Mercosur: directamente al TPR en instancia única o pasar previamente ante un Tribunal *ad hoc* cuyo laudo será apelable “en revisión” ante el TPR quien podrá modificarlo, confirmarlo o revocarlo.

El TPR está compuesto por cinco árbitros con “disponibilidad permanente” (art. 19 del PO), desinados de la siguiente forma: un árbitro titular y un suplemente por Estado Parte al que se le suma un quinto árbitro elegido por unanimidad de una lista de ocho candidatos. A falta de acuerdo, la designación se hará por sorteo (art. 18 del PO). El quinto árbitro debería ser designado por Venezuela de conformidad con el Protocolo modificadorio del PO del 19 de enero de 2007, en vigor desde el 26 de diciembre de 2018. La permanencia del TPR es así solo de disponibilidad, sus árbitros se reúnen solo si algún asunto los convoca.

Los árbitros son designados por dos años, renovables por dos periodos de dos años. El quinto árbitro es designado por tres años, para cumplir un mandato no renovable salvo acuerdo de los Estados parte.

Los árbitros del TPR tampoco están autorizados a adoptar opiniones disidentes (art. 25 del PO y 27 de Decisión CMC n° 30/05 sobre reglas de procedimiento del TPR). En la práctica, los laudos arbitrales mencionan si fueron adoptados por unanimidad o mayoría. A pesar de esta prohibición, el laudo n° 1/2012 incluye una “opinión minoritaria” que no es ni más ni menos que una disidencia con la solución de la mayoría y, por lo tanto, una violación a la regla señalada que debió contar con la autorización de todos los árbitros. Los laudos del TPR son obligatorios e irrecurribles salvo en aclaratoria.

²⁷ Entre las soluciones que se han encontrados podemos citar el reciente acuerdo 03/2022 publicado en la Gaceta Oficial 4495 del 7 de julio de 2022 por el que se decide el cobro de costas procesales para financiar el gasto adicional de los informes orales en el marco de la tramitación de interpretaciones prejudiciales.

Distinto es el caso de las opiniones consultivas en el que cada árbitro puede dar sus propios argumentos (art. 9, párr. 1 c, del Reglamento del PO). Resulta cuanto menos llamativo este permiso en el procedimiento previsto con el fin de asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho del Mercosur. Una respuesta que contiene diversas interpretaciones de una norma dada es inapta para garantizar la uniformidad pretendida.

Además de esta falencia, las opiniones consultivas tienen otra arista frágil: sus costos son soportados por el Estado parte cuyo juez la haya planteado (art. 11 de la Decisión CMC n° 2/07)²⁸. En el próximo acápite veremos otras debilidades de este procedimiento.

Los tribunales arbitrales *ad hoc*, en cambio, se componen de tres árbitros elegidos a la ocasión y con motivo de un litigio concreto por cuya labor reciben un honorario (Resolución del GMC n° 40/04, aplicable también a los árbitros que componen el TPR en caso de intervenir en un litio u opinión consultiva). Los tres árbitros son designados a partir de las listas de doce personas confeccionadas por cada Estado y a disposición de los otros en la Secretaría. Cada Estado involucrado en una controversia designará un árbitro y un suplente de su lista mientras que el presidente (y su suplente) será elegido de mutuo acuerdo entre las partes de la controversia de las listas de los Estados no parte, de forma que el tercer árbitro no tenga la nacionalidad de ningún Estado involucrado. Si no hubiera acuerdo, el tercer árbitro es designado por sorteo, organizado por la Secretaría del Mercosur, de las listas presentadas.

Todos los laudos, resoluciones y opiniones consultivas emitidas por los tribunales arbitrales del Mercosur y por el TPR están publicados en su sitio de internet en español y portugués.

4. Las vías de recurso

Detengámonos en este acápite a examinar los tipos de contencioso en los que intervienen los tribunales estudiados, es decir cuáles son las vías de recurso, quiénes tienen legitimación activa para recurrir y cuál es el efecto de sus decisiones.

Comenzamos, como anteriormente, con el TJUE cuyas vías de recurso comportan no pocas innovaciones en el plano internacional al momento de su creación, como anticipamos en la primera parte de este trabajo. Empecemos con las vías recursivas en caso de violación de una norma UE por las instituciones, el *recurso por omisión* (art. 265 del TFUE) o *de anulación* (art. 263 del TFUE), o por parte de un Estado miembro, el *recurso de incumplimiento* (arts. 258 a 260 del TFUE). En caso de responsabilidad

²⁸ Véase las críticas de Manuel Cienfuegos Mateo en *La colaboración entre los jueces de los países del Mercosur y el Tribunal permanente de revisión mediante el procedimiento de opiniones consultivas* en *Tribunales en organizaciones de integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europeo*, Capítulo VII, Thompson Reuters – Aranzadi, 2012, p.188. El autor señala el proyecto presentado el 16 de marzo de 2009 por Adolfo Rodríguez Saá y Eric Salum, parlamentarios del Mercosur, para modificar esta regla de forma que todos los Estados parte asuman el costo de emisión de una opinión consultiva en partes iguales.

de la UE, el TJUE puede intervenir para fijar una *indemnización por daños* (art. 268 del TFUE). A pedido de ciertas instituciones o de uno o varios Estados miembros, el TJUE es competente para emitir *dictámenes* sobre la conclusión de un acuerdo internacional y su compatibilidad con el derecho UE (art. 218 §11 del TFUE), como ocurrió con el acuerdo EEE.

La innovación más grande del sistema jurisdiccional de la UE consiste, sin lugar a duda, en la institución de una vía de diálogo directo entre el TJUE y las jurisdicciones nacionales: la *cuestión prejudicial* (art. 267 del TFUE) cuyo objetivo es asegurar la correcta y uniforme interpretación y aplicación del derecho UE en todo todos los Estados miembros. El TJUE puede entonces ser llamado a dilucidar la interpretación de una norma UE, tanto de derecho originario como derivado, como a expedirse sobre la validez de una norma de derecho derivado. Aclaremos que la validez de una norma de derecho derivado puede cuestionarse también en el marco de una excepción de ilegalidad (art. 277 del TFUE). El rol del TJUE, en el marco de un procedimiento prejudicial, es de cooperación entre jurisdicciones²⁹. En palabras del propio TJUE, «el Tribunal de Justicia tiene la función de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas»³⁰. Este “*gadget judicial*” se encuentra en el origen de un «prodigioso desarrollo judicial»³¹ del que han dado cuenta numerosos autores a lo largo de los 70 años de existencia del TJUE.

Sin perjuicio del rol de cooperación del juez regional en el marco de una cuestión prejudicial, resaltemos que los jueces nacionales están obligados a solicitar la intervención del TJUE cuando, a tenor del art. 267 del TFUE, sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. La jurisprudencia ha permitido cierta flexibilización con la enunciación de las teorías del acto claro y aclarado³² por las cuales, en ciertas circunstancias, los jueces nacionales pueden verse exentos de la obligación de elevar una cuestión prejudicial. La sentencia del Tribunal de Justicia es obligatoria *erga omnes*.

²⁹ La concepción del mecanismo prejudicial en términos de cooperación judicial fue expresada por el TJUE por primera vez en la resolución del 3 de junio de 1964 en el conocido asunto *Costa c. Enel*, C-6/64, EU:C:1964:34. Véase Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, *op. cit.* nota al pie ° 6, pp. 272 y 273.

³⁰ Véase la sentencia dictada el 26 de febrero de 2013 en el Asunto *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:280, punto 42.

³¹ La expresión “*gadget judicial*” es de Pierre Pescatore, véase *Les Travaux du “Groupe Juridique” dans la négociation des Traités de Rome* en *Studia Diplomatica (chronique de Politique Étrangère)*, vol. n° XXXIV, 1-4, Bruselas, 1981, p. 173.

³² Las sentencias de principio de estas doctrinas son: *Da Costa en Schaake*, Asuntos acumulados C-28 a 30/62, EU:C:1963:6 (acto aclarado) y *CILFIT*, asunto C-283/81, EU:C:1982:335 (acto claro), precisada recientemente en el *Conorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, asunto C-561/19, EU:C:2021:799. Esta posición jurisprudencial es retomada por el art. 99 (ex 104 §3) del reglamento de procedimiento del TJUE.

El Tribunal AELC conoce también dos tipos de vías de acceso: las acciones directas, dentro de las cuales están el *recurso de incumplimiento* (art. 31 del acuerdo SCA), el *de anulación* (art. 35 del acuerdo SCA), y el *de omisión* (arts. 36 y 37 del acuerdo SCA); y los reenvíos indirectos o mecanismos de consulta por los que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden interrogar al Tribunal sobre la interpretación de una norma EEE (art. 34 del acuerdo SCA). Contrariamente a lo que sucede ante el TJUE, el Tribunal AELC no puede pronunciarse sobre la validez del derecho derivado EEE, *so* riesgo de afectar la homogeneidad entre el derecho UE y el derecho EEE del que es uno de los garantes. Además de esta diferencia, el mecanismo previsto en el citado art. 34 difiere de la cuestión prejudicial ante el TJUE en dos aspectos más: la no obligatoriedad de los jueces nacionales solicitar la opinión del Tribunal AELC³³ y los efectos no obligatorios de la sentencia. Ahora bien, remarquemos que los jueces nacionales en la práctica siguen la opinión del Tribunal AELC pues de otra forma afectarían la responsabilidad del Estado por violación del acuerdo EEE³⁴.

En cuanto al recurso por incumplimiento, señalemos también las similitudes y diferencias con la vía recursiva ante el TJUE. El procedimiento comienza también con una fase pre contenciosa lleva a cabo por la Autoridad de Vigilancia, órgano equivalente a la Comisión Europea, que requiere emitir un dictamen motivado para poder recurrir ante el Tribunal AELC. Ahora bien, contrariamente a lo que sucede en la UE, los Estados miembros no pueden recurrir por esta vía al Tribunal y este no puede imponer ni sumas a tanto alzado ni multas coercitivas como prevén, respectivamente, los arts. 259 y 260 del TFUE. El Tribunal puede intervenir en un diferendo entre Estados AELC con relación a la aplicación del derecho EEE sobre la base de lo dispuesto en el art. 32 del Acuerdo SCA, cuyo equivalente en la UE es el art. 273 TFUE. Si existe un diferendo entre Estados del EEE, es decir entre un Estado AELC y un Estado UE, el acuerdo EEE prevé la sumisión del litigio a un Comité Mixto³⁵; la intervención del TJUE podría ser requerida.

El TJCA tiene competencias y vías recursivas también comparables a las del TJUE y, en algunos casos, las excede, como la competencia arbitral³⁶ que le otorgó el Protocolo

³³ Aunque el Tribunal AELC sostiene que existe una obligación del tribunal de última instancia cuando la jurisprudencia —sea del TJUE o de su propio tribunal— no sea clara. Sentencias *Irish Bank*, asunto E-18/11, EFTA Court Report 2012, p. 52, puntos 58,63 y 64 y *Jonsson*, asunto E-3/12, EFTA Court Report 2013, p. 136, punto 60.

³⁴ Carl Baudenbacher, *The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders*, en *Texas International Law Journal*, vol. n° 40-3: Spring, University of Texas at Austin School of Law Publications, 2005, pp. 414 y 413; y Skúli Magnússon, *Efficient Judicial Protection of EEA Rights in the EFTA Pillar – Different Role for the National Judge?* en *The EEA and the EFTA Court: Decentred integration*, capítulo n° 11, Hard Publishing, 2014, pp. 126-129.

³⁵ Sobre este mecanismo de resolución de conflictos, véase Christa Tobler, *Dispute Resolution Under the EEA Agreement*, en Carl Baudenbacher (ed), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, pp. 195-207.

³⁶ Competencia saludada favorablemente por Ricardo Vigil Toledo, juez peruano del TJCA entre 2001 y 2013 ya que habilita una vía adicional a los particulares para recurrir al TJCA: *La*

de Cochabamba de 1996 (art. 38 del Tratado TJCA) y que permite recurrir al TJCA para dirimir litigios relativos a la aplicación o interpretación de derecho andino en la ejecución de convenciones o acuerdos entre los órganos del sistema andino de integración (en adelante, **SAI**) o en contratos privados entre particulares regidos por el derecho andino.

El TJCA es competente para pronunciarse en *acciones de nulidad* para cuestionar la legalidad de un acto jurídico andino, vía accesible a los Países miembros, a ciertas instituciones del SAI, y a los particulares (arts. 17 a 22 de su tratado y 101 a 106 de su estatuto); en *acciones de incumplimiento* a fin de constatar y corregir una violación del derecho andino por un País miembro, luego de una fase pre contenciosa ante la Secretaría General (arts. 23 a 31 de su tratado y 107 a 120 de su estatuto); en *interpretaciones prejudiciales* solicitadas por las jurisdicciones nacionales para conocer el sentido y alcance de una disposición jurídica andina (arts. 32 a 36 de su tratado y 121 a 128 de su estatuto); en *acciones de inactividad* por los que controla el comportamiento de las instituciones andinas (arts. 37 de su tratado y 129 a 134 de su estatuto).

Vale la pena recalcar que en las acciones de incumplimiento la Secretaría General tiene la obligación de recurrir al TJCA en caso de constatar una violación del derecho andino por parte de un País miembro, contrariamente a la Comisión europea que tiene discrecionalidad para llevar el asunto al TJUE. Dicho esto, la Secretaría General es libre de concluir a la existencia o no de una violación del derecho andino³⁷. También a diferencia de lo que ocurre ante el TJUE, los particulares pueden recurrir al TJCA en incumplimiento desde el Protocolo de Cochabamba, incluso si la Secretaría General no concluye en la violación o no se pronuncia dentro de los setenta y cinco días desde la denuncia.

En cuanto a la interpretación prejudicial, fuertemente inspirada de la cuestión prejudicial de interpretación en la UE, resaltemos una diferencia importante: las sentencias del TJCA solo son obligatorias para el juez que la ha solicitado y de ninguna manera producen efectos *erga omnes*. El TJCA, a diferencia de su par europeo, ha rechazado hasta la redacción de este artículo (noviembre 2022) las doctrinas del acto claro o aclarado lo que ha sido criticado por la doctrina³⁸. Ello ha dado lugar a una doctrina repetitiva pues los jueces nacionales están obligados a

estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina, Civitas Thompson Reuters, 2011, pp. 142-149.

³⁷ Sentencia del 16 de noviembre de 2001, *Secretaría General c. Venezuela*, proceso 51-AI-00, Gaceta Oficial n° 750 del 15 de enero de 2002, punto I.

³⁸ Para un rechazo expreso de la teoría del acto claro, véase la sentencia del 7 de agosto de 1995, *Eden for Man-Etiqueta*, proceso 4-IP-94, Gaceta Oficial n° 189 del 15 de septiembre de 1995. Sobre acto aclarado, véase la sentencia del 26 de enero de 1990, *Sociedad CIBA GEICY*, proceso 7-IP-89, Gaceta Oficial n° 53 del 18 de diciembre de 1989. Para una crítica de esta posición restrictiva del TJCA, 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, publicada en el sitio web de la Comunidad andina: www.comunidadandina.org

plantear la interpretación prejudicial aun cuando la disposición cuestionada haya sido objeto de una o varias sentencias del TJCA anteriores.

El TPR, por su lado, resuelve litigios sobre la interpretación, aplicación o inejecución del derecho del Mercosur, en primera instancia y última instancia, o como instancia de revisión de una sentencia de un tribunal arbitral *ad hoc* (arts. 23 y 17 del PO respectivamente), además de poder expedirse a través de opiniones consultivas (arts. 3 del PO y 2 a 13 del reglamento del PO) cuyas particularidades mencionaremos en un segundo momento, tras abordar el régimen de resolución de conflictos.

Solo los Estados parte pueden activar e intervenir en un procedimiento de solución de controversias ante los tribunales *ad hoc* o el TPR. Los particulares pueden iniciar una reclamación ante la sección nacional del GMC de donde tengan su residencia habitual o sede de sus negocios, siempre que demuestre la afectación de un interés ante la decisión adoptada por un Estado Parte (arts. 39 y ss. del PO). El Estado Parte receptor de la reclamación puede iniciar el procedimiento en la órbita del Mercosur si así lo cree conveniente. Es fácil advertir la principal falencia de este sistema que no permite por esta vía cuestionar las decisiones tomadas por el propio Estado del que el particular es nacional.

Los laudos de los tribunales *ad hoc* o del TPR son obligatorios para las partes involucradas en la controversia sometida (art. 26 del PO) aunque los emitidos por los tribunales *ad hoc* son recurribles en revisión ante el TPR. Los laudos deben ser ejecutados en el plazo fijado por el tribunal o, en su defecto, dentro de los 30 días de su notificación (art. 29 del PO). Si la parte vencedora estima que las medidas adoptadas por la vencida no ejecutan correctamente la sentencia arbitral, se le abren dos posibilidades: someter el asunto nuevamente a consideración del TPR o del tribunal arbitral *ad hoc*, o imponer medidas compensatorias (arts. 32 del PO y 44 del RPO)³⁹. Los tribunales del Mercosur pueden pronunciarse sobre la legalidad de estas medidas si el Estado afectado así lo solicita.

Las opiniones consultivas, por su lado, pueden provenir de cualquier órgano del Mercosur⁴⁰, de los Estados parte actuando conjuntamente o de las máximas jurisdicciones nacionales de cualquier Estado Parte. En este último caso, el solicitante puede ser un juez de una instancia inferior, pero debe ser enviado al TPR por los máximos tribunales nacionales según la reglamentación interna de cada Estado. La Decisión CMC n° 2/07, que reglamenta el procedimiento de solicitud de opiniones consultivas al TPR por parte de los tribunales superiores de justicia establece en su

³⁹ El régimen se diferencia del de la OMC pues en esta última las medidas de compensación o suspensión de compensaciones deben ser solicitadas previamente al Órgano de Solución de Diferencias (art. 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias).

⁴⁰ En caso de solicitud proveniente del Parlasur, único órgano que ha solicitado al TPR para expedirse en el marco de una opinión consultiva, la Decisión CMC n° 06/22 establece el procedimiento a seguirse, incluyendo la forma en que se solventan los gastos de la opinión solicitada que debe versar sobre la interpretación del derecho Mercosur y estar vinculada con la actividad del Parlasur.

primer artículo: «Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estado Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento». Las reglas internas fueron adoptadas entre 2007 y 2012⁴¹, con excepción de Venezuela que aún no lo ha hecho.

En materia de efecto jurídico, las opiniones consultivas ante el TPR dan la nota otra vez: se trata de simples líneas directivas sin efecto vinculante ni obligatorio (art. 11 del RPO)⁴². Para el TJUE ello sería inadmisibile pues:

«...tal situación desvirtuaría la función del Tribunal de Justicia, tal como la concibe el Tratado, es decir, la de un órgano jurisdiccional cuyas sentencias son de obligado cumplimiento. Incluso en el caso, muy especial, del artículo 228 [hoy art. 218 del TFUE], el dictamen del Tribunal de Justicia está dotado del efecto obligatorio precisado en dicho artículo.»⁴³

El CMC opta por esta limitación expresa a fin de evitar cualquier “activismo” de parte del TPR, especialmente a la luz de la experiencia de la UE y el desarrollo de su derecho por el TJUE⁴⁴. Todas las reglamentaciones nacionales sobre el procedimiento de consulta al TPR proveniente de las jurisdicciones internas se han hecho eco de esta falta de carácter obligatorio de las opiniones consultivas y lo han precisado también explícitamente. La intención surtió efecto: ninguna de las tres opiniones consultivas que emitió el TPR hasta ahora fue seguida por los jueces que la han solicitado. Esto explica también el poco uso de esta herramienta, “piedra angular” en los procesos europeo y andino, y que de no ha tenido gran impacto en el Mercosur. La experiencia del Mercosur muestra que el trasplante de una herramienta judicial puede conducir a resultados disímiles⁴⁵.

⁴¹ Por orden cronológico de adopción: Circular n° 86/2007 de la Dirección General de los servicios administrativos del Poder Judicial del Uruguay, del 27 de agosto de 2007, Acordada n° 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina del 18 de junio de 2008, Acordada n° 549 de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, del 11 de noviembre de 2008 y Emenda Regimental n° 48 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, del 3 de abril de 2012.

⁴² Para una postura a favor de un efecto obligatorio de las opiniones consultivas, véase Alejandro Daniel Perotti, *La obligatoriedad de las Opiniones Consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, en Juan Patricio Cotter (coordinador), *Estudios de Derecho Aduanero, Homenaje a los 30 años del Código Aduanero*, capítulo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 455-484.

⁴³ Dictamen 1/91, EU:C:1991:490, punto 61.

⁴⁴ En este sentido, véase Paula Wojcikiewicz Almeida, *The Challenges of the Judicial Dialogue in Mercosur*, en *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. n° 14-3, 2015, p. 396.

⁴⁵ Sobre el trasplante del mecanismo prejudicial europeo, véase, entre otros, Francis Geoffrey Jacobs, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice – un modèle pour d'autres systèmes transnationaux?*, en *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, 2015, pp. 271-283; y Roberto Virzo, *The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals*, en *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. n° 10-2, 2011, pp. 285-312.

5. Conclusión: impacto de la jurisprudencia

Los órganos jurisdiccionales regionales tienen un rol preponderante en el derecho regional del sistema al que pertenecen. La importancia en Europa se advierte tanto en los logros como en las críticas que ha recibido el TJUE. En efecto, los cuestionamientos al “activismo” del TJUE, del que dimos cuenta en la primera parte de este trabajo, no hacen más que poner de relieve el rol fundamental que cumple este órgano en la evolución del derecho de la UE. Los principios fundamentales del derecho de la UE tienen origen jurisprudencial: comenzando por los de primacía y efecto directo⁴⁶, pilares en el desarrollo del derecho comunitario, hoy llamado derecho de la UE, pasando por el de la responsabilidad estatal en caso de violación del derecho UE⁴⁷ y por el de reconocimiento mutuo⁴⁸ que reforzó el funcionamiento del mercado interior, el Tribunal de Justicia contribuye «a golpe de sentencia»⁴⁹ a alcanzar los objetivos de la UE y es un factor poderoso del desarrollo de su derecho⁵⁰.

En el éxito de esta misión influyen un cúmulo de factores de diversa índole: la creación y puesta en marcha del tribunal concomitante a la conclusión de los tratados, la composición por personalidades de renombre, acompañada de un equipo de juristas y otros profesionales que trabajan a tiempo completo gracias a un generoso presupuesto, la autoridad de sus decisiones colegiadas (cuya votación se mantiene secreta preservando si fue adoptada por unanimidad o mayoría y sin admitir opiniones disidentes), la frecuencia de su intervención, la sólida relación construida con las jurisdicciones nacionales. A ello puede sumarse otro elemento pragmático: la difusión del derecho de la UE entre los juristas de los Estados miembros, y más genéricamente, entre los residentes de los Estados miembros.

En cuanto al Tribunal AELC, ya hemos sostenido que su creación ha permitido la existencia misma del derecho del EEE. Agreguemos que su labor ha promovido el desarrollo armónico de este derecho, ampliando el mercado único de la UE a los Estados AELC partes de este espacio. Sin duda, la existencia de la jurisprudencia del TJUE y su vasta aceptación también ha sido un factor de fortalecimiento de la autoridad del Tribunal AELC cuyo funcionamiento se asimila al de este órgano. El Tribunal AELC ha sabido ganarse la confianza de los Estados AELC que forman parte

⁴⁶ Enunciados en las sentencias de principio de *Costa c. Enel*, asunto 6/64, EU:C:1964:66 y *Van Gend en Loos*, asunto 26/62, EU:C:1963:1, respectivamente.

⁴⁷ Sentencia *Francovich y Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428.

⁴⁸ Sentencia *Cassis de Dijon*, asunto 120/78, EU:C:1979:42.

⁴⁹ La expresión es del Ricardo Alonso García, véase *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4ta edición, Navarra, Civitas Thompson Reuters, 2014, p. 134.

⁵⁰ Véase Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, op cit., nota al pie nº 8, p. 81.

del EEE al respetar y preservar su soberanía nacional y que niegan cualquier primacía y efecto directo a este derecho⁵¹. La importancia del Tribunal también puede verse en la comparación con la relación de la UE con terceros países con los que ha concluido acuerdos de asociación como lo reconoce expresamente el propio Tribunal de la UE en su jurisprudencia⁵².

Del otro lado del Atlántico, los aportes del TJCA, especialmente en el ámbito de la propiedad intelectual, han sido ampliamente resaltados por la doctrina. Esto se debe en parte, a la gran calidad y detalle de la legislación derivada⁵³ en esta materia que limita el margen de maniobra de los Estados miembros. Pero también a la complicidad que se creó entre el TJCA y las agencias nacionales de propiedad intelectual a quienes el TJCA les reconoció la legitimación directa para plantear cuestiones prejudiciales directamente⁵⁴. ¿Por qué el TJCA no ha tenido tanto impacto en otros ámbitos? Se han avanzado varias razones. Entre ellas: la instauración tardía del TJCA el contexto político y económico de la época, la ausencia de legislación secundaria⁵⁵, el acceso muy limitado de los particulares al Tribunal hasta 1999, la prohibición al TJCA de interpretar el derecho nacional o de calificar los hechos internos, y la menor difusión del derecho andino con relación al europeo. A ello se le suma la poca inclinación de las jurisdicciones nacionales a cuestionar su derecho interno o solicitar el alcance de la norma regional, todo lo cual no favoreció el fortalecimiento de una relación cómplice entre los jueces regionales y nacionales⁵⁶. Nada impide que el TJCA siga fortaleciendo su imagen y amplíe su ámbito de influencia en los próximos años.

A contrario, en el Mercosur, el TPR y los tribunales arbitrales tienen un impacto menor en el derecho regional debido a su escasa o nula intervención en la solución de conflictos sean entre Estados parte o para resolver un asunto interno llevado ante el

⁵¹ Compensada por un cuasi efecto directo y primacía que surge de la jurisprudencia (véanse la nota al pie nº 12).

⁵² Véase la sentencia en el Asunto *Reino Unido c. Consejo*, asunto C-81/13, EU:C:2014:2449, puntos 57 a 59. El TJUE distingue la relación con los Estados EEE del acuerdo concluido entre la CEE y Turquía.

⁵³ Recordemos que en derecho de la integración el derecho originario o primario está compuesto por el tratado de creación y los instrumentos que tengan este rango. Los actos adoptados por los órganos comunes, independientemente de la denominación que reciban, son actos de derecho secundario o derivado.

⁵⁴ Sentencia del 20 de noviembre de 2014, *Marfor Producciones*, proceso 121-IP-2014, Gaceta Oficial nº 2427 del 11 de diciembre de 2014.

⁵⁵ Ver nota nº 53.

⁵⁶ Entre los autores que más han estudiado la obra y alcance del TJCA y las razones de sus limitaciones, véase Karen Alter y Laurence Helfer, *Legal Integration in the Andes: Law-Making by the Andean Tribunal of Justice*, en *European Law Journal*, vol. nº 17-5, 2011, pp. 701-705; Karen Alter, Laurence Helfer y Osvaldo Saldías, *Transplanting the European Court of Justice: the experience of the Andean Tribunal of Justice*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. nº 60-3, 2012, pp. 629-664, y especialmente la obra de Karen Alter y Laurence Helfer, *Transplanting International Courts. The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, 2017, p. 308.

juez nacional con aplicación de una norma del Mercosur. El desconocimiento general de derecho del Mercosur conlleva la ausencia de invocación ante los jueces nacionales que difícilmente lo aplican de oficio. La falta de acceso de los particulares y la poca utilización por parte de los Estados parte que recurren a la diplomacia para resolver sus conflictos, reniega aún más su papel en la evolución del derecho del Mercosur. Es cierto también que todo el derecho Mercosur —y no solo su sistema jurisdiccional— debería estudiarse comparativamente al derecho de los otros sistemas de integración para entender por qué este derecho tiene menos calado en los Estados parte que el derecho de la UE, del EEE o de la CAN, en sus respectivos Estados. Los compromisos iniciales del Mercosur van acompañados de numerosas excepciones a las que los Estados recurren regularmente para sustraerse de sus obligaciones comunes. Además, el tratado fundador es un tratado marco de apenas 24 artículos que necesita de una legislación derivada detallada que solo se adopta tras un proceso complejo e irregular cuya entrada en vigor depende de cada Estado parte.

Luxemburgo, noviembre de 2022.

SUBCAPÍTULO III

LA COMUNIDAD ANDINA Y EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN

Sandra Catalina Charris Rebellón

Sandra Catalina Charris Rebellón

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, especialista en Derecho Público Económico de la Universidad París XIII, magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo en convenio con la Universidad Externado de Colombia, y máster de especialización en Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas.

Ha ejercido cargos en la República de Colombia como profesional de la Dirección de promoción y divulgación de los derechos humanos en la Defensoría del Pueblo; asesora de la Dirección de asuntos internacionales en la Fiscalía General de la Nación; asesora de la Dirección de integración económica en el Ministerio de Comercio Exterior; jefe de la División de investigaciones de la Superintendencia de Valores; fiscal especializada de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos; jefe de la Oficina de asuntos legales internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y asesora de la Oficina Comercial de la Misión de Colombia ante la Unión Europea.

Fue funcionaria de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en donde se desempeñó como miembro del servicio jurídico y de las áreas de democracia y de desarrollo social; fungió como secretaria técnica del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social y del Consejo de Altas Autoridades de la Mujer e Igualdad de Oportunidades. Lideró el programa subregional sobre «Justicia y lucha contra el delito en la CAN» y participó en calidad de coordinadora, en distintos proyectos de cooperación técnica internacional.

Ha sido jefe de delegación y miembro de equipos negociadores en asuntos institucionales y solución de controversias de acuerdos comerciales y en negociaciones sobre cooperación judicial en materia penal; asimismo, ha participado en litigios internacionales ante la Organización Mundial del Comercio, en mecanismos de consulta para la solución de diferencias de acuerdos comerciales bilaterales y en litigios ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Fue elegida por los Países Miembros y, desde enero de 2023, se posesionó como magistrada principal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por la República de Colombia.

LA COMUNIDAD ANDINA Y EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN

Sandra Catalina Charris Rebellón

Palabras clave

Comunidad Andina. Sistema Andino de Integración. Consejo Presidencial Andino. Comisión de la Comunidad Andina. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Secretaría General de la Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Parlamento Andino. Fondo Latinoamericano de Reservas. Corporación Andina de Fomento.

Keywords

Andean Community. Andean Integration System. Andean Presidential Council. Andean Community Commission. Andean Council of Foreign Affairs Ministers. Secretariat of the Andean Community. Court of Justice of the Andean Community. Andean Parliament. Latin American Reserve Fund. Andean Development Corporation.

Resumen

El Acuerdo Subregional de Integración, suscrito el 26 de mayo de 1969, que posteriormente recibió el nombre de Acuerdo de Cartagena, estableció una estructura institucional basada en la existencia de dos órganos principales y unos órganos auxiliares; cuando los países andinos decidieron avanzar en la profundización de la integración, se consideró que era necesario fortalecer la institucionalidad. Un primer paso importante se dio en 1987 cuando se firmó el protocolo de Quito en el cual se integran a la institucionalidad el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el Parlamento Andino. Pero la gran reforma se lleva a cabo con el Protocolo de Trujillo firmado en marzo de 1996. Este fue el protocolo que creó la Comunidad Andina (antes conocido como Grupo Andino) y la dotó de la fuerte estructura institucional que hoy conocemos como Sistema Andino de Integración (SAI). En el presente artículo se analiza la creación, estructura y funciones de los órganos e instituciones que conforman el SAI.

Abstract

The Subregional Integration Agreement, signed on May 26, 1969, which later received the name of the Cartagena Agreement, established an institutional structure based on the existence of two main bodies and auxiliary bodies. When the Andean countries decided to move towards a deeper integration, it was considered necessary to strengthen the institutional framework. A first important step was taken in 1987 when the Quito Protocol was signed in which the Court of Justice of the Cartagena Agreement and the Andean Parliament were integrated into the institutional framework. But the major reform took place with the Trujillo Protocol signed in March 1996. This was the protocol that created the Andean Community (previously known as the Andean Group) and endowed it with the strong institutional structure that we know today as the Andean Integration System (SAI). This article analyses the creation, structure and functions of the organs and institutions that are part of the Andean Integration System.

Introducción

La Comunidad Andina (CAN)¹ está fundada en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia. Los objetivos de la integración andina no son otros que la promoción del desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, para acelerar su crecimiento y la generación de ocupación, facilitar su participación en el proceso de integración regional, propender por la disminución de la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional. Asimismo, fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. La finalidad es procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

Para alcanzar esos objetivos, se emplean distintos mecanismos como la armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; la programación conjunta; el Programa de Liberación del intercambio comercial; acciones para el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial; los programas de liberación del comercio de servicios,

¹ En el presente artículo se utilizará el término CAN, que es el acrónimo utilizado por órganos e instituciones de la integración y por los ciudadanos andinos, y le ha conferido una identidad ampliamente reconocida tanto en la Subregión como a nivel mundial. En el mismo sentido se usarán los acrónimos SGCAN y TJCAN al hacer referencia a la Secretaría General de la Comunidad Andina y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respectivamente. Asimismo, se hará uso indistinto de acrónimos y nombres completos de los órganos e instituciones del SAI, o sus nombres abreviados (v.g., Secretaría General o Tribunal).

la integración física; los tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y Ecuador; entre otros.

El marco institucional es fundamental para garantizar el impulso y cumplimiento de los objetivos trazados. Así, la Comunidad Andina está integrada no solo por los Estados miembros², sino por los órganos e instituciones del SAI.

Desde el 26 de mayo de 1969 cuando se suscribió el Acuerdo de Integración Subregional Andino, que posteriormente fue denominado «Acuerdo de Cartagena»³ mediante la primera Decisión adoptada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el mismo 26 de mayo de 1969⁴, la institucionalidad de la Comunidad Andina ha variado, pasando de unos pocos órganos principales y otros auxiliares o subsidiarios con disposiciones que responden a un modelo basado en la cooperación,⁵ a un sistema estructurado compuesto por un importante número de órganos e instituciones trabajando coordinadamente, que le confieren una estructura institucional fuerte de carácter supranacional⁶.

En efecto, inicialmente los únicos órganos establecidos en el Capítulo II sobre institucionalidad eran la Comisión y la Junta como órganos principales (artículo 5), apoyados por los siguientes órganos auxiliares: el Comité Consultivo, integrado por representantes de los Países Miembros, a través del cual los referidos países mantenían una estrecha relación con la Junta; y, el Comité Asesor Económico y Social integrado por representantes de los trabajadores y empresarios. Poco a poco se fueron introduciendo modificaciones para darle cabida a otros órganos. Ello se produjo de distintas formas, ya fuera a través de reuniones de autoridades que se empezaron a desarrollar de manera espontánea, o a través de la suscripción de convenios separados inicialmente de la estructura institucional del entonces conocido Grupo Andino o, en fin, a través de creaciones separadas mediante Decisiones. Sin embargo, los

² En el presente artículo se hará referencia a los Países Miembros y no Estados miembros, para mantener la terminología utilizada en el Acuerdo. Los Países Miembros son: El Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Colombia, la República del Ecuador y la República del Perú. Chile y Venezuela fueron países miembros, pero denunciaron el Acuerdo.

³ En el presente artículo se usará la denominación Acuerdo de Cartagena (o el Acuerdo) para referirse al Acuerdo de Integración Subregional Andino. Cuando se haga mención de un artículo en particular de este instrumento, haremos referencia a los artículos del Acuerdo conforme a su última codificación contenida en la Decisión 563, del 25 de junio de 2003. Si la referencia es sobre un artículo del Acuerdo original suscrito en 1969, se hará mención del «acuerdo original».

⁴ Decisión 001, *Designación del Acuerdo de Integración Subregional con el nombre de «Acuerdo de Cartagena»*, Comisión del Acuerdo de Cartagena, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias, 21 a 25 de octubre de 1969. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/decisiones/page/4/?resources_term=01&resources_order=DESC

⁵ Elizabeth Salmón Gárate, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, página 35, Lima, Fondo Editorial e IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181540>

⁶ *Ibid.*, p. 37

principales cambios institucionales se dieron con la suscripción del protocolo modificadorio de Quito firmado el 12 de mayo de 1987⁷ y especialmente con el protocolo de Trujillo suscrito el 10 de marzo de 1996 que entró en vigor el 3 de junio de 1997⁸. Este último, sustituyó el Capítulo II del Acuerdo de Cartagena, creó la Comunidad Andina y estableció el Sistema Andino de Integración como lo conocemos hoy.

Sobre la importancia del SAI en la integración andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha señalado:

«Una de las principales fortalezas del proceso de integración andino es, precisamente, el hecho de contar con una sólida estructura institucional, la cual tiene la misión fundamental de actuar en función de los intereses comunitarios y coadyuvar con el cumplimiento de los objetivos y la finalidad del Acuerdo de Cartagena, actuando siempre en estricto cumplimiento de los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.»⁹

El Sistema tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar las acciones relacionadas con el proceso de integración¹⁰.

Para el análisis del SAI se pueden utilizar distintas categorías: por ejemplo: i) desde una perspectiva constituyente, existen órganos o instituciones creados directamente por el Acuerdo de Cartagena y otros lo han sido mediante normas derivadas posteriores, en desarrollo de las disposiciones del propio Acuerdo; ii) desde una perspectiva funcional, se clasificarán según los objetivos y funciones que les haya encomendado el Acuerdo o instrumento que los crea, como por ejemplo órganos principalmente centrados en la elaboración de políticas, la creación normativa, la solución de diferencias, el apoyo financiero, o la función consultiva, entre otras; iii) también se podrían clasificar, según tengan personalidad jurídica independiente o se trate de órganos intergubernamentales con vocación permanente o instituciones exclusivamente comunitarias permanentes; iv) otra alternativa es analizarlo según que la cobertura esté limitada a la participación exclusiva de los Países Miembros o que

⁷ Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Protocolo de Quito), suscrito el 12 de mayo de 1987, disponible en: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M034.pdf>

⁸ Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena, aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, disponible en: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M037.pdf>

⁹ TJCAN, Sentencia del 9 de mayo de 2022, Proceso laboral 01-DL-2021, publicada en la GOAC 4466, del 12 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204466.pdf>

¹⁰ Artículo 7 del Acuerdo de Cartagena codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace940.pdf>

se trate de órganos o instituciones abiertos a otros Estados o instituciones más allá de los cuatro países que integran la CAN.

El Acuerdo de Cartagena establece una división de los órganos e instituciones los cuales se rigen no solo por el Acuerdo de Cartagena, sino también por sus respectivos tratados constitutivos y sus protocolos modificatorios¹¹. Si bien en el Acuerdo no existe una definición para distinguir los órganos de las instituciones, a lo largo de ese instrumento se dan precisiones sobre el carácter de cada una de esas instancias.

Sistema Andino de Integración



Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina.

En: <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/SAI/SAI.png>

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al hacer referencia al artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, distingue entre los órganos de naturaleza intergubernamental, conformados por autoridades del más alto nivel de los Países Miembros, los cuales ejercen funciones de dirección y coordinación del proceso de integración y las organizaciones e instituciones comunitarias que funcionan de manera permanente y tienen a su cargo equipos de funcionarios internacionales y locales. Dentro del primer grupo se encuentra el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros

¹¹ Artículo 8 del Acuerdo de Cartagena.

de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; en el segundo grupo, están la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, la CAF – Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe, el Fondo Latinoamericano de Reservas, la Universidad Andina Simón Bolívar y el Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue¹².

La estructura institucional de la CAN no solo cubre las instancias previstas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en el marco de la integración andina es posible crear otras instancias por autorización expresa del propio Acuerdo¹³.

En el presente artículo nos centraremos en la conformación, funciones y principales aspectos institucionales de los órganos (primera parte) e instituciones (segunda parte) que integran el SAI siguiendo la clasificación del Acuerdo de Cartagena. Posteriormente, se abordará el análisis de las instancias consultivas de participación ciudadana y otras instituciones creadas conforme al Acuerdo de Cartagena (tercera parte). Finalmente, se dedicará un espacio a la reflexión sobre la actualización del SAI y los trabajos de reingeniería que se han desarrollado en años recientes (cuarta parte).

Parte I: Los órganos del Sistema Andino de Integración

1.1. Consejo Presidencial Andino: máximo órgano del SAI

El Acuerdo de Cartagena no establece jerarquías en el SAI, no hay un órgano o una institución que prevalezca sobre los demás, pues todos cumplen funciones y trabajan armónicamente para alcanzar los objetivos de la integración. Sin embargo, el Consejo Presidencial Andino ha sido erigido como el máximo órgano del Sistema Andino de Integración.

Este órgano de la integración no nació con la firma del Acuerdo de Cartagena, su incorporación se fue dando inicialmente de manera informal y espontánea y, varios años después de la suscripción del tratado que estableció la integración andina, durante:

«la reunión presidencial celebrada en Machu Picchu, Perú, el 23 de mayo de 1990, se instituyó el papel directriz de los Jefes de Estado al suscribirse el Instrumento de Creación del Consejo Presidencial Andino y del Sistema de Coordinación de las Instituciones de Integración Andina, lo que constituye uno de los principales cambios institucionales operados en el sistema andino de integración.»¹⁴

¹² TJCAN, Sentencia del 22 de marzo de 2022, Proceso laboral 03-DL-2018, publicada en la GOAC 4443 del 23 de marzo de 2022, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204443.pdf>

¹³ Artículo 6 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁴ GATT, documento L/6737, Informe presentado por los Estados Miembros del Grupo Andino al Comité de Comercio y desarrollo del GATT, 12 de octubre de 1990, disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6799/6737.PDF>

El Consejo Presidencial Andino, está conformado por los jefes de Estado de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena. Es un órgano político que emite directrices sobre los distintos ámbitos de la integración subregional andina.

El Consejo Presidencial Andino (artículo 12 del Acuerdo de Cartagena) está encargado de definir la política de la integración subregional andina; debe orientar e impulsar las acciones en asuntos de interés de la Subregión en su conjunto, así como las relativas a la coordinación entre los órganos e instituciones del SAI. También le corresponde evaluar el desarrollo y los resultados del proceso de la integración subregional andina y puede examinar todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso de la integración subregional andina y su proyección externa.

Durante las reuniones del Consejo Presidencial Andino, los jefes de Estado toman conocimiento de las acciones realizadas por los órganos e instituciones del SAI, así como de sus planes, programas y de las recomendaciones o sugerencias que se les formule.

El Acuerdo de Cartagena indica que el Consejo Presidencial Andino se debe reunir de forma ordinaria una vez al año, de preferencia en el país que ejerce la Presidencia de este. Sin embargo, también puede reunirse de manera extraordinaria, cada vez que lo estime conveniente, en el lugar que se acuerde antes de su convocatoria.

La Presidencia *Pro Tempore* (PPT) y la rotación: conforme al artículo 14 del Acuerdo de Cartagena, el Consejo Presidencial Andino tiene un presidente que ejerce la máxima representación política de la Comunidad Andina y permanece un año calendario en su función. Esa presidencia se ejerce sucesivamente y en orden alfabético por cada uno de los Países Miembros.

Al presidente del Consejo Presidencial Andino le corresponde convocar y presidir las reuniones ordinarias y extraordinarias del Consejo, ejercer la representación del Consejo y de la Comunidad Andina, supervisar el cumplimiento de las directrices emanadas del Consejo por parte de los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y llevar a cabo las gestiones que le sean solicitadas por el Consejo.

XXII Reunión del Consejo Presidencial Andino:

En el último Consejo Presidencial Andino que tuvo lugar en la ciudad de Lima, el 29 de agosto de 2022, los presidentes abordaron discusiones sobre problemáticas mundiales, la presencia de la Comunidad Andina en la región y el relacionamiento con terceros. Durante la reunión los presidentes analizaron asuntos relativos a la recuperación económica y social tras la pandemia de la COVID-19, la crisis mundial de alimentos y la contribución de la CAN a nivel global en ese ámbito; también hubo referencias a la crisis en Ucrania y expresaron la intención de ampliar y fortalecer la presencia de la CAN en la Subregión, así como la importancia de desarrollar una nueva etapa de diálogo entre la Comunidad Andina y la Unión Europea.

En asuntos de comercio coincidieron en la necesidad de profundizar el desarrollo de cadenas regionales de valor, la importancia de facilitar y digitalizar el intercambio de información de comercio exterior, el uso de tecnologías de la información transformación digital y el desarrollo de comercio electrónico.

En esta reunión se destacó la coincidencia del Consejo Presidencial de fortalecer el trabajo conjunto en materia medioambiental en el marco de la Comunidad Andina, avanzar en los programas de la agenda ambiental andina y promover la convergencia de las agendas ambientales entre la CAN y la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA).

Asimismo, destacaron la importancia de profundizar la agenda social y renovaron su compromiso para erradicar la discriminación y el racismo, en particular hacia las personas afrodescendientes y pueblos indígenas, y su voluntad de profundizar la cooperación e intercambio de experiencias en materia de políticas públicas orientadas a mejorar las condiciones de vida de estas poblaciones e incrementar su acceso a servicios públicos de calidad.

En dicha reunión la Presidencia PPT del Ecuador pasó a la República del Perú, país que a partir de esa fecha asumió el liderazgo para impulsar la agenda de la integración andina.

Como se puede observar en la referencia a la última reunión del Consejo Presidencial Andino del año 2022, los presidentes emiten las directrices que reflejan hacia dónde debe centrarse el trabajo de los órganos e instituciones, cuáles son las prioridades al interior de la integración andina y en sus relaciones externas. Esas directrices pueden tener efectos sobre la estructura del SAI. Por ejemplo, los jefes de Estado hicieron consideraciones sobre la necesidad de adelantar trabajos de reingeniería del SAI¹⁵.

1.2. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Los ministros de relaciones exteriores de los Países Miembros de la CAN integran el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) al que se le encomienda la función de formular la política exterior en los asuntos que sean de interés subregional.

Al igual que el Consejo Presidencial Andino, el CAMRE fue creado con posterioridad a la firma del Acuerdo de Cartagena. Su instrumento constitutivo fue firmado el 12 de noviembre de 1979 pero formalmente se integró al SAI con la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo en 1996.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, representa a la Comunidad Andina en los asuntos o actos de interés común, dentro del marco de su competencia:

- Frente a terceros países: le corresponde suscribir Acuerdos con terceros países o con organismos internacionales, sobre temas globales de política exterior y

¹⁵ Para una revisión integral de las actas de las reuniones del Consejo Presidencial Andino: <https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/consejo-presidencial-andino/>

de cooperación. De igual forma puede coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia.

- Frente a los asuntos internos de la CAN: recomienda o adopta todas las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia, que en general cubre aquellos campos diferentes a los relacionados con el comercio e inversión pues estos son asuntos de la competencia de la Comisión. Sin embargo, cuando además de asuntos de comercio hay otros ámbitos de acción relacionados, como por ejemplo comercio y ambiente, comercio y desarrollo social, el CAMRE puede actuar en conjunto con la Comisión, como se analizará más adelante.
- Frente a los órganos e instituciones de la CAN: el Acuerdo de Cartagena encomienda al CAMRE la labor de orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

El CAMRE se expresa a través de declaraciones y de decisiones¹⁶. En ambos casos, las determinaciones se adoptan por consenso. Mientras que las declaraciones contienen orientaciones o pronunciamientos de tipo político, las decisiones tienen un valor jurídico y por lo mismo, forman parte del ordenamiento jurídico comunitario andino y son de obligatorio cumplimiento.

Ejemplo de declaración adoptada por el CAMRE:

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido en su XXIII Reunión Extraordinaria, conviene en adoptar la siguiente Declaración:

1. Condena los violentos sucesos acaecidos en la República del Ecuador, llevados adelante por grupos delincuenciales organizados transnacionales que, realizando actos de terror, han pretendido desestabilizar e impactar con gran intensidad el sistema político y régimen constitucional ecuatoriano, los mismos que representan una amenaza a la institucionalidad democrática de la subregión andina.
2. Expresa su más profundo rechazo frente a estos actos de violencia, invocando los principios e ideales fundacionales del proceso de integración andino, como son la igualdad, la justicia, la paz, la solidaridad y la democracia.
3. Reafirma su apoyo y solidaridad al pueblo ecuatoriano y al Gobierno Constitucional del presidente Daniel Noboa, para que enfrente esta amenaza criminal que pone en riesgo el sistema democrático de ese país, con pleno apego a la Constitución, al derecho internacional de los derechos humanos, la normativa comunitaria andina y el ordenamiento jurídico interno de la República del Ecuador.
4. Acuerda celebrar el domingo 21 de enero, en Lima, una reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros a cargo de la seguridad interna a fin de adoptar medidas concretas y efectivas para luchar contra el flagelo de la criminalidad organizada transnacional.
5. Solicita a la Secretaría General de la Comunidad Andina proveer los antecedentes existentes en el ordenamiento jurídico andino a fin de ofrecer a las autoridades

¹⁶ Artículo 17 del Acuerdo de Cartagena.

andinas participantes propuestas que puedan ser adoptadas en la reunión a llevarse a cabo en la ciudad de Lima.

12 de enero de 2024¹⁷

El CAMRE ha adoptado un número importante de Decisiones en ámbitos como el reconocimiento de estatus de observadores a terceros Estados, asuntos culturales, ambientales y lucha contra el delito, entre otros.

Ejemplo de algunas Decisiones adoptadas por el CAMRE:

- Mediante Decisión 759 del 22 de agosto de 2011, adoptó la Estrategia Andina para mejorar la Eficacia de la Cooperación Internacional para el Desarrollo¹⁸.
- Mediante Decisión 878 del 12 de mayo de 2021, adoptó el «Estatuto migratorio andino»¹⁹.
- Mediante Decisión 916 del 4 de agosto de 2023 otorgó el estatus de Observador de la Comunidad Andina a la República de Panamá²⁰.
- Mediante Decisión 922 estableció Acciones conjuntas urgentes para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, del 21 de enero de 2024²¹.

Como en el caso del Consejo Presidencial Andino, el CAMRE también está presidido por el ministro de relaciones exteriores del país que tiene a cargo de la presidencia del Consejo Presidencial Andino, quien permanecerá un año calendario en su función²².

La labor de coordinación que corresponda al presidente de este Consejo será desempeñada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del país cuyo jefe de Estado

¹⁷ Declaración del CAMRE sobre acontecimientos de violencia en la República del Ecuador, SGCAN, nota de prensa del 12 de enero de 2024, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/declaracion-del-consejo-andino-de-ministros-de-relaciones-exteriores-sobre-los-acontecimientos-de-violencia-en-la-republica-del-ecuador/>

¹⁸ Decisión 759, *Estrategia Andina para mejorar la Eficacia de la Cooperación Internacional para el Desarrollo*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) 1972 del 23 de agosto de 2011. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1972.pdf>

¹⁹ Decisión 878, *Estatuto Migratorio Andino*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 4239 del 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204239.pdf>

²⁰ Decisión 916, *Otorgamiento de estatus de Observador de la Comunidad Andina a la República de Panamá*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 5280 del 4 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205280.pdf>

²¹ Decisión 922, *Acciones conjuntas urgentes para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 5403 del 21 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205403.pdf>

²² Artículo 19 del Acuerdo de Cartagena.

ocupe la presidencia del Consejo Presidencial Andino, en calidad de secretaria *Pro Tempore* de ambos órganos y con el apoyo técnico de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Las reuniones del CAMRE se llevan a cabo de forma ordinaria dos veces al año, de preferencia, en el país que ejerce la presidencia de este. Igualmente, puede reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente, a petición de cualquiera de sus miembros, en el lugar que se acuerde antes de su convocatoria²³.

Reuniones del CAMRE ampliadas con la Comisión de la Comunidad Andina: El Acuerdo de Cartagena ha establecido ámbitos de competencia tanto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como de la Comisión de la Comunidad Andina. Sin embargo, por mandato del artículo 20 del Acuerdo de Cartagena, se dispone que el CAMRE se reunirá en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, por lo menos una vez al año y, a nivel de alternos, cada vez que lo considere necesario, para tratar asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena que sean de interés de ambos órganos.

El Acuerdo de Cartagena señala una lista no taxativa de los asuntos que deben considerar los dos órganos:

- preparar las reuniones del Consejo Presidencial Andino;
- elegir y, cuando corresponda, remover al Secretario General de la Comunidad Andina;
- proponer al Consejo Presidencial Andino las modificaciones al Acuerdo;
- evaluar la gestión de la Secretaría General;
- considerar las iniciativas y propuestas que los Países Miembros o la Secretaría General sometan a su consideración; y,
- considerar todos los temas que ambos órganos acuerden tratar de común acuerdo.

Ejemplos de decisiones adoptadas por el CAMRE en reuniones ampliadas con la Comisión de la Comunidad Andina:

- Decisión 774 del 10 de octubre de 2012 que se refiere a la política de los países de la CAN en la lucha contra la minería ilegal²⁴; además de asuntos

²³ Mediante la Decisión 407 se adoptó el *Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 273 del 4 de julio de 1997, en la cual se establecen reglas específicas sobre las funciones de la presidencia del CAMRE, las convocatorias a las reuniones, la función del secretario técnico de las sesiones, la participación de asesores y la posibilidad de asistencia de observadores. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace273.pdf>

²⁴ Decisión 774, *Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2103 del 10 de octubre de 2012. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2103.pdf>

comerciales está relacionada con temas de seguridad y protección del ambiente.

- Decisión 860 del 9 de julio de 2020, que contiene una guía para coordinar la asistencia humanitaria entre los países de la CAN²⁵: adicional a los temas relacionados con el comercio de mercancías y el transporte, contiene disposiciones sobre asuntos de protección social y humanitaria.
- Decisión 825 del 19 de junio de 2018 mediante la cual se adoptó un glosario de términos para la gestión del riesgo de desastre para los Países Miembros de la Comunidad Andina²⁶: además de tratar temas de comercio de mercancías y transporte, se refiere a temas ambientales y sociales.
- Decisión 861 del 9 de julio de 2020 que contiene normas para la cooperación en materia de recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la CAN²⁷.
- Decisión 903 del 5 de octubre de 2022, por la cual se establece un grupo de trabajo para evaluar la reforma, modernización y reingeniería del SAI²⁸: se refiere a asuntos que competen a ambos órganos.
- Decisión 917 del 4 de agosto de 2023 mediante la cual se eligió al actual secretario de la General de la Comunidad Andina, Embajador Gonzalo Gutiérrez²⁹: esta función se establece por mandato directo del Acuerdo de Cartagena.

²⁵ Decisión 860, *Aprobación de la «Guía para la Coordinación de la Asistencia Humanitaria entre los Países Miembros de la Comunidad Andina»*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 4017 del 9 de julio de 2020. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204017.pdf>

²⁶ Decisión 825, *Adopción del Glosario de Términos y Conceptos de la Gestión del Riesgo de Desastres para los Países Miembros de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 3317 del 19 de junio de 2018. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203317.pdf>

²⁷ Decisión 861, *Protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 4018 del 9 de julio de 2020. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204018.pdf>

²⁸ Decisión 903, *Conformación del Grupo de Trabajo para la evaluación de la reforma, modernización, fortalecimiento y reingeniería de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 5053 del 5 de octubre de 2022. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205053.pdf>

²⁹ Decisión 917, *Elección del Secretario General de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 5281 del 4 de agosto de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205281.pdf>

1.3. Comisión de la Comunidad Andina

La Comisión de la Comunidad Andina es el órgano del SAI que permanece desde la misma suscripción del Acuerdo de Cartagena en mayo de 1969. El protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena conocido como el Protocolo de Quito suscrito en 1987 (en vigencia desde mayo de 1988) modificó el artículo 6 del Acuerdo y además de incorporar algunos órganos, erigió a la Comisión como «el órgano máximo» del Acuerdo y dispuso que como tal tenía la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia.

Posteriormente, con el Protocolo de Trujillo deja de tener la condición de máximo órgano de la integración, si bien es una de las principales instancias decisorias. La Comisión de la Comunidad Andina está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros. Cada Gobierno debe acreditar un representante titular y un alterno (artículo 21 del Acuerdo de Cartagena). Debido a las competencias de la Comisión, normalmente los representantes plenipotenciarios principales y alternos son los ministros y viceministros de comercio de los Países Miembros³⁰.

Conforme al artículo 22 del Acuerdo de Cartagena, corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones. Por tanto, es el órgano por excelencia que desarrolla la política comercial y representa a la CAN en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo.

En esos ámbitos de competencia, también coordina la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales. La Comisión debe mantener una vinculación permanente con los órganos e instituciones del SAI para propiciar la coordinación de programas y acciones encaminadas al logro de los objetivos comunes.

En aspectos administrativos y financieros, le corresponde aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; asimismo, fija la contribución anual de cada uno de los Países Miembros; y, somete a consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la propuesta de reglamento de la Secretaría General.

En el cumplimiento de sus funciones, la Comisión debe considerar de manera especial la situación de Bolivia y Ecuador, los tratamientos preferenciales previstos en su favor y el enclaustramiento geográfico del Bolivia.

La presidencia de la Comisión es ejercida por el representante del país que ocupe la PPT del Consejo Presidencial Andino³¹. Se reúne de manera ordinaria tres veces al

³⁰ En el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, los representantes titular y alterno son el Ministro de Relaciones Exteriores y el Viceministro de Asuntos de Integración de la Cancillería.

³¹ Artículo 23 del Acuerdo de Cartagena.

año y en forma extraordinaria cuando sea convocada por su presidente a petición de cualquiera de los Países Miembros o de la SGCAN. La Comisión debe sesionar con la presencia de la mayoría absoluta de los Países Miembros³².

Conforme al artículo 25 del Acuerdo, la Comisión puede reunirse como Comisión Ampliada, con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común. Esas reuniones están conformadas conjuntamente por los representantes titulares ante la Comisión y los ministros o secretarios de Estado del área respectiva. Se ejerce un voto por país para aprobar las Decisiones, que forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Ejemplo de Decisiones adoptadas por la Comisión en reunión ampliada con ministros de otros sectores:

- Decisión 854 del 19 febrero 2020 sobre Servicio de *roaming* internacional entre los Países Miembros de la Comunidad Andina (adoptada por la Comisión en reunión ampliada con los ministros de telecomunicaciones)³³.
- Decisión 708 del 10 de diciembre de 2008 sobre Reglamento del Fondo para el desarrollo rural y la productividad agropecuaria (Comisión de la CAN en reunión ampliada con los ministros de agricultura)³⁴.

La Comisión ha adoptado decisiones en un ámbito importante de las relaciones entre los Países Miembros ya sea de carácter aduanero, transporte de mercancías, sanidad animal y vegetal, productos de higiene, productos cosméticos, interconexión eléctrica, interconexión de las telecomunicaciones, régimen de propiedad industrial, normas comunes sobre derecho de autor y derechos conexos, régimen para evitar la doble tributación, entre muchos otros. Además, las normas que adopta la Comisión regularmente están precedidas de recomendaciones para su adopción, formuladas por los respectivos comités técnicos, en los que tienen asiento las autoridades competentes de los Países Miembros.

³² Artículo 24 del Acuerdo de Cartagena y Decisión 471, *Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 470 del 17 de agosto de 1999. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace470.pdf>

³³ Decisión 854, *Servicio de roaming internacional entre los Países Miembros de la Comunidad Andina*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 3902 del 19 de febrero de 2020. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203902.pdf>

³⁴ Decisión 708, *Reglamento del Fondo para el Desarrollo Rural y la Productividad Agropecuaria*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 1680 del 10 de diciembre de 2008. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1680.pdf>

Ejemplos de decisiones que ha adoptado la Comisión previa recomendación del respectivo comité técnico:

- Decisión 787 del 14 de junio de 2013 sobre Modificación de la Decisión 617 sobre Tránsito Aduanero Comunitario, respecto a la aplicación de sanciones pecuniarias (previa recomendación del Comité Andino de Asuntos Aduaneros)³⁵.
- Decisión 816 del 24 de abril de 2017 sobre Marco regulatorio para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (previa recomendación del Comité Andino de Organismos Normativos y Organismos Reguladores de Servicios de Electricidad —CANREL—)³⁶.
- Decisión 817 del 24 de abril de 2017 sobre Tratamiento aduanero especial de patrones, instrumentos de medición, materiales de referencia e ítems de ensayo de aptitud entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y con terceros países (previa recomendación del Comité de Normalización, Acreditación, Certificación, Ensayos, Reglamentos Técnicos y Metrología y del Comité Andino de Asuntos Aduaneros)³⁷.
- Decisión 877 del 23 de abril de 2021 sobre Registro Andino para la autorización de Satélites con Cobertura sobre Territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina (previa recomendación del Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones —CAATEL—)³⁸.
- Decisión 879 del 23 de junio de 2021 sobre Norma Sanitaria y Programa Subregional Andino contra la Peste Porcina Africana PPA (previa recomendación del Grupo de Especialistas en Sanidad Animal del Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria —COTASA—)³⁹.

A diferencia del CAMRE que puede emitir Declaraciones, la Comisión expresa su voluntad exclusivamente mediante Decisiones, que forman parte del ordenamiento

³⁵ Decisión 787, *Modificación de la Decisión 617 sobre Tránsito Aduanero Comunitario, respecto de la aplicación de sanciones pecuniarias*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2210 del 17 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2210.pdf>

³⁶ Decisión 816, *Marco regulatorio para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2997 del 24 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2997.pdf>

³⁷ Decisión 817, *Tratamiento aduanero especial de patrones, instrumentos de medición, materiales de referencia e ítems de ensayo de aptitud entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y con terceros países*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2998 del 24 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2998.pdf>

³⁸ Decisión 877, *Registro Andino para la autorización de Satélites con Cobertura sobre Territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina*, emitida por la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 4217 del 23 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204217.pdf>

³⁹ Decisión 879, *Norma Sanitaria y Programa Subregional Andino contra la Peste Porcina Africana PPA*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 4261 del 23 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204261.pdf>

jurídico de la CAN. Conforme al artículo 26 del Acuerdo de Cartagena, la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros⁴⁰. No obstante, la práctica muestra que ese órgano de la integración trata de alcanzar consenso antes de adoptar sus Decisiones y, por ello, durante las deliberaciones pueden acordar devolver los asuntos a los comités técnicos o grupos de trabajo para que revisen los aspectos que requieren mayores análisis hasta lograr un consenso para su adopción.

1.4. Secretaría General de la Comunidad Andina

Uno de los cambios más importantes en la estructura del sistema institucional de la Comunidad Andina que introdujo el Protocolo de Trujillo, fue la eliminación de la Junta del Acuerdo de Cartagena, órgano técnico que estaba integrado por tres miembros nacionales de cualquier país latinoamericano⁴¹. En su lugar, se acordó la creación de la Secretaría General de la Comunidad Andina a cuya cabeza está el secretario (o la secretaria) general⁴², elegido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la CAN (artículo 32 del Acuerdo de Cartagena).

La Secretaría General de la CAN es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión. La SGCAN otorga apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del SAI⁴³. El secretario general de la CAN actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión en su conjunto.

El Acuerdo de Cartagena establece funciones específicas para la persona del secretario y otras funciones generales para la Secretaría General (como órgano del SAI).

⁴⁰ De todas maneras, el Acuerdo de Cartagena establece excepciones a la regla de la mayoría absoluta en los siguientes casos: a) las materias incluidas en el Anexo I del Acuerdo, respecto de las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo, siendo que la Comisión podrá incorporar nuevas materias en dicho Anexo con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros; b) en los casos que se enumeran en el Anexo II, las propuestas de la Secretaría General deberán ser aprobadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo; c) los Programas y los Proyectos de Desarrollo Industrial deberán ser aprobados con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo.

⁴¹ Ver artículo 13 de la Decisión 236, la cual se codificó en un inicio el Acuerdo de Cartagena. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/decisiones/DEC236.doc>

⁴² Es evidente que cuando se hace mención al Secretario General de la Comunidad Andina, debe entenderse como un término genérico que de ninguna manera excluye la posibilidad de la designación de una mujer al frente de ese órgano ejecutivo. De hecho, directoras generales de la SGCAN han fungido como secretarías generales *ad interim*, como fue el caso de las señoras Ana María Reátegui y Luz Marina Monroy.

⁴³ Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena.

1.4.1. Funciones de la Secretaría General de la CAN

Conforme al artículo 30 del Acuerdo de Cartagena, le corresponde a la SGCAN velar por la aplicación del Acuerdo de Cartagena y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN. Las normas andinas han facultado a la Secretaría General para adelantar investigaciones sobre asuntos puntuales como la verificación de las condiciones para que un País Miembro pueda adoptar salvaguardias⁴⁴ o para la calificación de restricciones o gravámenes al comercio⁴⁵, entre otras. La Secretaría General, cumple un rol importante en la determinación del cumplimiento de las normas andinas por parte de los Países Miembros a través del procedimiento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Esta fase constituye una condición previa para recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en ejercicio de la acción de incumplimiento⁴⁶; asimismo, se le reconoce iniciativa para formular propuestas de Decisión y atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión.

Como órgano ejecutivo debe presentar informes y evaluaciones anuales al CAMRE y a la Comisión sobre los resultados de la aplicación del Acuerdo y el logro de sus objetivos y, de ser el caso, debe proponer las medidas correctivas pertinentes. También le corresponde adelantar estudios técnicos que le encomienden los otros órganos del Sistema Andino de Integración y los que considere necesarios. Además, ejerce la secretaría de la reunión de representantes del SAI.

La Secretaría General debe mantener vínculos permanentes de trabajo con los Países Miembros, coordinando con el organismo nacional de integración que cada país señale para tal efecto y sostener relaciones de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación con la finalidad de intensificar sus relaciones y cooperación recíproca.

La SGCAN es depositaria de las actas de las reuniones y demás documentos de los órganos del Sistema Andino de Integración y da fe de la autenticidad de estos. Asimismo, se le encomendó la responsabilidad de editar la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, que es el medio oficial y único de publicidad de las normas de la CAN.

La Secretaría General adopta Resoluciones que forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sea por competencias propias previstas en el

⁴⁴ Artículo 90 a 92, 95 a 99 *ibid.*

⁴⁵ Artículo 72 a 74 *ibid.*

⁴⁶ Artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCAN, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la CAN, publicada en la GOAC 483 del 17 de septiembre de 1999; y Decisión 623, *Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento*, CAMRE en reunión ampliada con los representantes ante la Comisión, publicado en la GOAC 1221 del 25 de julio de 2005.

Disponibles en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf> y <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1221.pdf>

Acuerdo de Cartagena o por delegación de la Comisión o del CAMRE. También adopta dictámenes como se ha indicado antes, emite opiniones y elabora estudios técnicos.

La Secretaría General funciona en forma permanente y su sede es la ciudad de Lima, Perú⁴⁷.

1.4.2. Funciones del Secretario General de la CAN

Además de las funciones generales de la SGCAN, el Acuerdo confiere atribuciones específicas al secretario general de la Comunidad Andina dentro de las que se destacan particularmente la representación jurídica de la Secretaría General, la contratación o remoción del personal de la Secretaría General conforme al Reglamento, la participación con derecho a voz en las sesiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y de sus respectivas reuniones ampliadas y, cuando sea invitado, en las de los demás órganos del SAI⁴⁸.

El secretario general está acompañado por los directores generales, nombrados por el secretario general en consulta con los Países Miembros (uno por cada uno de los Países Miembros distintos al de la nacionalidad del secretario) y de conformidad con la estructura orgánico-funcional de la Secretaría General.

El secretario general dispone además del personal técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones. La garantía de la independencia del personal de la SGCAN se deja consignada en el artículo 38 del Acuerdo de Cartagena conforme al cual dicho personal se debe abstener de cualquier acción incompatible con el carácter de sus funciones y no solicitará ni aceptará instrucciones de ningún gobierno, entidad nacional o internacional.

El secretario general de la CAN es elegido por un periodo de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez y no puede desempeñar ninguna otra actividad. Tampoco le está permitido solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno, entidad nacional o internacional.

En caso de vacancia, el CAMRE en reunión ampliada con la Comisión procede a designar por consenso al nuevo titular. Hasta tanto se proceda a tal designación, asumirá interinamente la Secretaría General, el director general de mayor antigüedad en el cargo. También está previsto que el secretario general podrá ser removido por consenso, a requerimiento de un País Miembro, cuando en el ejercicio de sus funciones hubiere incurrido en falta grave⁴⁹. Según el artículo 15 del Reglamento de

⁴⁷ Artículo 31 del Acuerdo de Cartagena.

⁴⁸ Artículo 34 *ibid.*

⁴⁹ Artículo 33 *ibid.*

la Secretaría General aprobado mediante Decisión 409⁵⁰, se considera falta grave el incumplimiento de los deberes y obligaciones de su cargo en forma que cause un serio perjuicio a los intereses de la integración. Las causales de falta grave previstas para los funcionarios de la Secretaría General en cuanto sean aplicables⁵¹.

1.5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Acuerdo de Cartagena solo contiene dos artículos sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los que señala que es el órgano jurisdiccional de la CAN y que se rige por el Tratado de su creación, sus protocolos modificatorios y el propio Acuerdo. Además, dispone que su sede es la ciudad de Quito, Ecuador⁵².

Teniendo en cuenta que en esta obra habrá artículos dedicados específicamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en esta parte solamente haremos referencia a la estructura del órgano jurisdiccional de la integración andina.

Al inicio de la integración andina, el Acuerdo de Cartagena disponía que en caso de diferencias con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión, esta llevaría a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios y en caso de no lograrse avenimiento, los Países Miembros se sujetarían a los procedimientos establecidos en el «Protocolo para la Solución de Controversias», suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967 por los ministros de relaciones exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo⁵³.

Con posterioridad, los Países Miembros suscribieron el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en la ciudad de Cartagena el 28 de mayo de 1979, convencidos de que es indispensable garantizar el cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, en particular teniendo en cuenta la complejidad de su ordenamiento jurídico. Por eso decidieron crear 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

⁵⁰ Decisión 409, *Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 273 del 4 de julio de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace273.pdf>

⁵¹ El artículo 15 de la Decisión 409 remite al artículo 32, en el cual se consideran causales de falta grave: a) Incumplir de manera reiterada o grave las funciones inherentes a su cargo; b) Incumplir con los plazos de actuación previstos en normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, excepto si se trata de presentar demandas ante el Tribunal cuando su dictamen es de incumplimiento y el País Miembro persiste en la conducta que ha sido objeto de observaciones, como se indica en los segundos párrafos de los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; c) Incurrir en alguna de las incompatibilidades previstas en los artículos 27, 28 y 29 del Reglamento; d) Incurrir en conducta contraria a la ética, incluyendo la profesional o laboral; y, e) Ser condenado penalmente por sentencia firme.

⁵² Artículo 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena.

⁵³ Artículo 23 del original Acuerdo de Cartagena.

el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente⁵⁴.

En ese instrumento se sentaron las reglas sobre el número de magistrados, su elección y el periodo en funciones. Se le encomendó al Tribunal conocer de las acciones de nulidad contra las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, las acciones de incumplimiento contra las medidas de los Países Miembros y la interpretación prejudicial de las normas andinas a solicitud de jueces nacionales. Con la suscripción del Protocolo de Quito, el Tribunal se integró formalmente a la estructura institucional de la integración andina.

No obstante, debido a las modificaciones introducidas por el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena, aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996 los Países Miembros suscribieron en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de 1996, un Protocolo modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que pasó a tener la denominación de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En dicho protocolo se incluyen las nuevas funciones del Tribunal para conocer además de los anteriores asuntos⁵⁵, las acciones por omisión, las demandas laborales y la función arbitral. Muy importante resultó también la posibilidad que este protocolo modificatorio otorgó a los particulares para ejercer acciones directamente ante el TJCAN. La Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁵⁶.

Conforme al artículo 6 del Tratado de Creación⁵⁷, el Tribunal está integrado por cinco magistrados, uno por País Miembro (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela). Con la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de la República Bolivariana de Venezuela el 22 de abril de 2006, dicho Estado perdió sus derechos y obligaciones frente a la integración andina y por lo mismo sus representantes ante los órganos de la integración andina tuvieron que retirarse. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina así lo señaló:

«...la República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, finalizando de pleno derecho para ese País Miembro, desde el momento de la

⁵⁴ Ver considerandos del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), disponible en: https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/cjca/trt_cjca.pdf

⁵⁵ Teniendo en cuenta los cambios en el SAI las acciones de nulidad se refieren a: las Decisiones de la Comisión y del CAMRE y las resoluciones de la Secretaría General de la CAN.

⁵⁶ Decisión 472, *Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la GOAC 483 del 17 de septiembre de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf>

⁵⁷ Los artículos del Tratado de creación que se señalan en este artículo corresponden a la versión codificada de dicho instrumento internacional, mediante la Decisión 472

presentación de la denuncia, los derechos y obligaciones originados de su condición de País Miembro, lo que significa que a partir de ese momento, cesaron los derechos y obligaciones que había adquirido en el marco de la integración subregional andina, con excepción de lo previsto en el citado artículo 135, es decir, del derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originarios del territorio de cualquiera de los Países Miembros que hayan sido debidamente acordados en la ejecución del Programa de Liberación por espacio de cinco años, contados a partir de la fecha de la denuncia del Acuerdo de Cartagena...»

Y más adelanté precisó que:

«...desde ese momento, a la República Bolivariana de Venezuela, con relación a las obligaciones y derechos que se desprenden del Acuerdo de Cartagena, le es aplicable el principio *res inter alios acta*, con la sola excepción de aquellas previsiones que se refieren al Programa de Liberación...»⁵⁸

Siguiendo esta jurisprudencia, no era posible mantener a un magistrado de nacionalidad venezolana y tampoco era posible que siendo cuatro los Países Miembros, a uno de ellos se le concediera la ventaja de contar con dos magistrados titulares de su nacionalidad, pues el Protocolo aspira a que haya un magistrado de la nacionalidad de cada uno de los Países Miembros. De todas formas, conforme al artículo 6 del Tratado de Creación, el CAMRE, en consulta con el Tribunal, puede modificar el número de magistrados. En ejercicio de esa facultad, mediante Decisión 633 del 12 de junio de 2006, sobre la Conformación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, decidió que el número de magistrados que integren el Tribunal será igual al número de miembros de la Comunidad Andina⁵⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, los magistrados que actualmente integran el Tribunal son cuatro⁶⁰.

Los magistrados del Tribunal deben gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Los magistrados gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no pueden desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se deben abstener de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo⁶¹. Son designados de ternas presentadas por cada País Miembro y elegidos por la unanimidad

⁵⁸ TJCAN, Proceso 46-AI-99, auto del 23 de agosto de 2006, sumario por incumplimiento de sentencia, publicado en la GOAC 1418 del 25 de octubre de 2006. Disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1418.pdf>

⁵⁹ Decisión 633, *Conformación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 1356 del 15 de junio de 2006. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1356.pdf>

⁶⁰ El TJCAN ha adoptado la Resolución 01/2014, *Procedimiento para resolverla falta de quórum decisorio en asuntos judiciales*, a fin de solucionar los casos de empate en las votaciones, mediante el llamado a magistrados suplentes para que los diriman de acuerdo con un orden previamente establecido.

⁶¹ Artículo 6 Tratado de Creación del TJCAN.

de los Plenipotenciarios acreditados para tal efecto por los Países Miembros, en reunión convocada por el país sede⁶². El periodo de los magistrados es de seis años y pueden ser reelegidos por una sola vez⁶³. Cada magistrado tiene un primer y segundo suplente en los casos de ausencia temporal o definitiva, así como en casos de impedimento o recusación⁶⁴.

El Tribunal y sus magistrados gozan en el territorio de los Países Miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial, y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Los locales del Tribunal son inviolables y sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial, salvo que renuncien expresamente a esta. No obstante, tal renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria.⁶⁵

El Tribunal se rige además por su Estatuto adoptado mediante Decisión 500. Conforme al artículo 13 del Tratado de Creación, las modificaciones al Estatuto del Tribunal se adoptarán por el CAMRE, a propuesta de la Comisión y en consulta con el propio Tribunal.

El Tribunal cuenta con un secretario o secretaria y con el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones.

En las siguientes tablas se presenta información sobre la actividad del Tribunal:

[Tabla en la siguiente página]

⁶² Artículo 7 *ibid.*

⁶³ Artículo 8 *ibid.*

⁶⁴ Artículo 9 *ibid.*

⁶⁵ Artículo 12 *ibid.*

- **Historial de asuntos recibidos y resueltos por el TJCA desde el 10 de octubre de 1985 hasta el 14 de enero de 2024:**

Competencias jurisdiccionales del TJCA	Asuntos recibidos	Asuntos resueltos
Interpretaciones prejudiciales	7.241	6.772
Acciones de incumplimiento	149	143
Acciones de nulidad	82	78
Acciones laborales	29	25
Recursos por omisión	10	10
Arbitrajes	2	2
Cuestión prejudicial de validez	1	1
Total	7.514	7.031

Fuente: Secretaría TJCA

- **Resumen de asuntos en trámite al 14 de enero de 2024:**

Competencias jurisdiccionales del TJCA	En trámite
Interpretaciones prejudiciales	469
Acciones de incumplimiento	6
Acciones de nulidad	4
Acciones laborales	4
Recursos por omisión	0
Arbitrajes	0
Cuestión prejudicial de validez	0
Total	483

Fuente: Secretaría TJCA

1.6. Parlamento Andino

Según el artículo 42 del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema, su naturaleza es comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina y está constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo, según procedimiento que se adoptará mediante Protocolo Adicional. Se indica que en tanto se suscriba el Protocolo Adicional que instituya la elección directa, el Parlamento Andino estará conformado por representantes de los Congresos Nacionales, de conformidad con sus reglamentaciones internas y al Reglamento General del Parlamento Andino.

El Parlamento Andino fue creado mediante Tratado suscrito por los Países Miembros de la Comunidad Andina el 25 de octubre de 1979 y entró en vigor en 1984 después de haber sido ratificado por todas las partes.

Los artículos 2 y 3 del Tratado Constitutivo disponen que el Parlamento Andino estará integrado por representantes de los pueblos de cada uno de los Países Miembros elegidos por sufragio universal y directo, según procedimiento que dichos Países Miembros adoptarán mediante Protocolo Adicional y que, hasta que dicho Protocolo Adicional entre en vigencia, estará constituido por cinco representantes elegidos por los respectivos órganos legislativos de las Partes Contratantes de entre sus integrantes, según el procedimiento que cada uno de aquellos adopte para el efecto.

Posteriormente, el 23 de abril de 1997, se suscribió un Tratado Sustitutivo del Tratado Constitutivo y se anexó también un protocolo adicional para la elección directa de parlamentarios andinos, en el cual se da mandato para adoptar un régimen electoral uniforme. Sin embargo, a la fecha, no han sido ratificados por todas las partes y en esa medida no han entrado en vigor. De todas formas, los Países Miembros de la CAN, excepto Colombia⁶⁶, han optado por establecer reglas internas para la elección directa por sufragio universal de sus representantes ante el Parlamento Andino.

Organización del Parlamento: conforme al Tratado Constitutivo, los representantes serán elegidos por un periodo de dos años y podrán ser reelegidos⁶⁷. Cada representante tendrá un primer y segundo suplentes que lo reemplazará en los casos de ausencia temporal o definitiva y serán elegidos en las mismas fechas y formas y por periodo igual al de los representantes titulares⁶⁸. El Parlamento Andino elegirá, de entre sus miembros, su presidente y los vicepresidentes que establezca su Reglamento, que durarán un año en sus funciones.

El Parlamento Andino tiene personalidad jurídica internacional, los representantes gozan de inmunidades y la sede permanente se encuentra en Bogotá, D.C., Colombia⁶⁹.

⁶⁶ En Colombia mediante Ley estatutaria 1157 de 2007 se adoptó, en desarrollo del artículo 227 de la Constitución Política de Colombia, el régimen interno, «mientras se establece el régimen electoral uniforme», para la elección directa y mediante sufragio universal y secreto de 5 representantes de dicho País Miembro al Parlamento Andino. No obstante, mediante Ley 1729 de 2014, se derogó la ley 1157 de 2007 y se dispuso que mientras se establece un régimen electoral uniforme en el marco de la Comunidad Andina, los Representantes de la República de Colombia ante el Parlamento Andino, serán designados por el Congreso de la República así: 2 representantes elegidos por el Senado de la República; 3 representantes elegidos por la Cámara de Representantes, de los cuales uno corresponderá a uno de los partidos que se declaren en oposición al Gobierno. Ver:

https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1687365#ver_1687368

⁶⁷ Artículo 6 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, disponible en: https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/teap/trt_teap.pdf

⁶⁸ Artículo 7 *ibid.*

⁶⁹ Artículos 8 a 11 *ibid.*

Funciones del Parlamento Andino: conforme al Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino participa, entre otros, en la promoción y orientación del proceso de la integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana; examina la marcha del proceso de la integración subregional andina y el cumplimiento de sus objetivos, pudiendo para ello, requerir información a los órganos e instituciones del Sistema; formula recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los órganos e instituciones del Sistema que se constituyen con las contribuciones directas de los Países Miembros; sugiere a los órganos e instituciones del Sistema las acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional del Sistema; formula sugerencias a los órganos del Sistema sobre proyectos de normas en temas de interés común; promueve relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los Países Miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países⁷⁰.

Parte II: Las instituciones del Sistema Andino de Integración

2.1. Universidad Andina Simón Bolívar

Creada en 1985⁷¹, la Universidad Andina Simón Bolívar (**UASB**) forma parte del Sistema Andino de Integración desde la suscripción del Protocolo de Trujillo. Conforme al artículo I del Estatuto⁷², la UASB es una institución académica autónoma de derecho público internacional y comunitario, que forma parte del SAI y se dedica a la investigación, la docencia universitaria y la prestación de servicios, especialmente para la transmisión y el desarrollo de conocimientos científicos y tecnológicos; el desarrollo de la investigación, la cultura y el fomento del espíritu de cooperación y coordinación entre las universidades de la Comunidad Andina, con la finalidad de coadyuvar a la realización y al fortalecimiento de los principios fundamentales que presiden la integración y el desarrollo de la Subregión.

Pueden participar en la USAB los Países Miembros de la CAN y los que se integren a la Universidad mediante los procesos previstos en este Estatuto. La Universidad desarrolla sus actividades de investigación, enseñanza y prestación de servicios

⁷⁰ Artículo 43 del Acuerdo de Cartagena. Para más información institucional del Parlamento Andino, ver:

<https://parlamentoandino.org/index.php/quienes-somos/sistema-andino-de-integracion>

⁷¹ Ver información sobre la creación de la UASB disponible en:

<https://www.uasb.edu.bo/antecedentes/>

⁷² Ver Universidad Andina Simón Bolívar, Resolución CSP-I-01-20 relativa a la aprobación de las reformas al estatuto de la Universidad Andina Simón Bolívar Estatuto, publicada en la GOAC 4113 del 6 de noviembre de 2020. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204113.pdf>

principalmente a través de su sede central y de una red de sedes nacionales, sedes académicas locales y oficinas.⁷³

La Universidad tiene su sede central permanente en la ciudad de Sucre, Estado Plurinacional de Bolivia y puede establecer sedes nacionales en todos los Países Miembros de la Comunidad Andina que suscriban los acuerdos correspondientes y en aquellos que se incorporen de conformidad con lo previsto en el Estatuto y suscriban el respectivo convenio.⁷⁴ El artículo VI del Estatuto, por su parte, establece que la Universidad funciona en forma descentralizada en los países de la CAN que tengan suscritos los Convenios de Sede, y en los que hubieran sido aceptados como miembros por el Consejo Superior.

En la actualidad la Universidad cuenta con una sede nacional en el Ecuador, creada en 1992, sedes locales en La Paz y Santa Cruz y, oficinas en Bogotá y Lima.⁷⁵

La estructura institucional de la USAB es la siguiente:

- Los órganos y autoridades de dirección son los siguientes: a) el Consejo Superior⁷⁶; b) el presidente del Consejo Superior; y, c) el Consejo Académico.
- En cada país donde se establece la universidad, las autoridades son: a) en Bolivia, el Rector de la Sede Central; y, en cada uno de los demás países, el Rector de la Sede Nacional; b) el Consejo Universitario de la sede.
- En Bolivia las sedes académicas locales forman parte de la Sede Central, y en los demás países forman parte de la respectiva sede nacional. Esas sedes locales deben contar con un director y un comité de coordinación académica.
- Las oficinas de enlace administrativo establecidas en Bolivia y en los países donde no haya sede nacional dependen de la Sede Central. Las demás oficinas

⁷³ Artículo II del Estatuto de la Universidad Andina Simón Bolívar.

⁷⁴ Artículo III *ibid.*

⁷⁵ Más información en: <https://www.uasb.edu.ec/nosotros/>

⁷⁶ Conforme al artículo VII del Estatuto, el Consejo Superior es el máximo organismo de dirección de la Universidad y está constituido de la siguiente manera: a) un miembro principal y su alterno, designados para cinco años por cada uno de los gobiernos de los Países Miembros de la Comunidad Andina, a través del respectivo Ministerio de Relaciones Exteriores; b) los rectores de la Sede Central y de las sedes nacionales; c) un representante de los docentes de la Universidad por la Sede Central y por cada una de las sedes nacionales, con su respectivo alterno, elegidos según el reglamento correspondiente; d) el rector de la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, o quien lo subrogue; e) 4 académicos, con sus alternos, preferentemente ex rectores o docentes destacados, procedentes de cada uno de los Países Miembros de la CAN, que serán designados por períodos de seis años por los restantes miembros del Consejo Superior; f) un representante del Secretario General de la Comunidad Andina, con su respectivo alterno.

de enlace dependen de la sede nacional respectiva, y tienen las autoridades que establezcan los reglamentos.

Dado su impacto en la formación académica en la Subregión, la Universidad Andina Simón Bolívar ha estado en la agenda prioritaria de la integración andina. Es así como en la Decisión 792 sobre la Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración, aprobada por el CAMRE en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina el 19 de septiembre de 2013⁷⁷, se creó un Grupo de Trabajo para que presentara un estudio sobre los mecanismos concretos que permitieran llevar al fortalecimiento de la institución educativa comunitaria y a vincularla eficientemente con los demás órganos del SAI⁷⁸. En desarrollo de ese mandato, ese Grupo de Trabajo presentó un informe con recomendaciones sobre el proceso de fortalecimiento de la institución.

Por su parte, durante la XX reunión del Consejo Presidencial Andino que tuvo lugar el 8 de julio de 2020⁷⁹, se instruyó al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores para que emitiera una Decisión que permitiera viabilizar las reformas sobre la institucionalidad, funcionamiento y fortalecimiento de la UASB.

Es así como mediante Decisión 863 relativa al proceso de fortalecimiento de la Universidad Andina Simón Bolívar, adoptada por el CAMRE el 1° de septiembre de 2020⁸⁰, se conformó un Consejo Superior Universitario Provisional de la Universidad Andina Simón Bolívar para aprobar las reformas del Estatuto y posterior a ello proceder a la designación de los miembros definitivos del Consejo Superior Universitario.

En el artículo 2 de dicha Decisión se dejó en claro que la participación de los delegados de los Gobiernos que no tienen acuerdos específicos con la UASB se hace en consideración a su carácter de institución del SAI sin que ello implique el reconocimiento de personería jurídica o de privilegios e inmunidades a la UASB, la obligación de mantener una sede de dicha universidad, ni ningún otro tipo de compromiso adicional.

⁷⁷ Decisión 792, *Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2238 del 23 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2238.pdf>

⁷⁸ Artículo 5 de la Decisión 792.

⁷⁹ Acta de la XX reunión del Consejo Presidencial Andino, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/actas-del-consejo-presidencial/>

⁸⁰ Decisión 863, *Decisión sobre el proceso de fortalecimiento de la Universidad Andina Simón Bolívar*, Consejo Andino de Ministro de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 4067 del 1 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204067.pdf>

Con base en esa Decisión, el 3 de noviembre de 2020, mediante Resolución CSP-I-01-20, el Consejo Superior provisional de la UASB, adoptó las reformas al Estatuto de la Universidad⁸¹ y posteriormente, el 27 de mayo de 2022, se aprobó un nuevo Reglamento general de funcionamiento de la universidad.⁸²

2.2. La Corporación Andina de Fomento - CAF

El 7 de febrero de 1968 se suscribió en Bogotá, el Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento entre los gobiernos de las Repúblicas del Ecuador, Bolivia, Colombia, Chile, Perú y Venezuela, con personería jurídica de derecho internacional público fijando como sede la ciudad de Caracas.⁸³

La Corporación Andina de Fomento es una persona jurídica que se rige por su Convenio Constitutivo⁸⁴, el cual ha sido modificado en distintas oportunidades. Si bien desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969 se hizo referencia a la Corporación Andina de Fomento para garantizar una debida coordinación entre la Junta del Acuerdo de Cartagena y esa Corporación, fue con el Protocolo de Trujillo que se incorporó formalmente al SAI.

La CAF, hoy conocida como «CAF-Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe», estaba integrada por los Países Miembros del entonces Grupo Andino, pero durante la quinta reunión del Consejo Presidencial Andino que tuvo lugar en mayo de 1991, los presidentes de los Países Miembros, instruyeron para que se invitara a otros países latinoamericanos a participar en el capital de la Corporación Andina de Fomento, a fin de fortalecer el comercio y la inversión entre los países andinos y otros países latinoamericanos⁸⁵.

En atención a dicho mandato, los plenipotenciarios de las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, suscribieron el 24 de octubre de 2005, un

⁸¹ Resolución CSP-I-01-20, *Op. Cit.*

⁸² Reglamento General de Funcionamiento de la Universidad Andina Simón Bolívar, publicado en la GOAC 4490 del 13 de junio de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204490.pdf>

⁸³ Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento, suscrito el 7 de febrero de 1968, disponible en:
https://repositorio.uai.cl/visdoc/web/?u3r5hidr3o6c32gmfeb4nnt8mo_rid_sntnskka_t5u3usi_414i993owwisiw_432323tuuiw=/bitstream/handle/20.500.12858/141/CAJA_N%c2%b0050.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁸⁴ Ver Convenio Constitutivo, versión actualizada a 2022 en:
<https://www.caf.com/media/3682615/convenio-constitutivo-marzo-2022.pdf>

⁸⁵ Punto 12 del Acta de la V reunión del Consejo Presidencial Andino del 17 - 18 de mayo de 1991. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/actas-del-consejo-presidencial/page/3/>

protocolo adicional al Convenio Constitutivo⁸⁶, mediante el cual modificaron el objeto de la entidad así:

«La Corporación tiene por objeto promover el desarrollo sostenible y la integración regional, mediante la prestación de servicios financieros múltiples a clientes de los sectores público y privado de sus países accionistas.»⁸⁷

Asimismo, acordaron que otros países de América latina y el Caribe podrían adherir al convenio:

«...queda abierto a la adhesión de todos aquellos países de América Latina y el Caribe que cumplan las condiciones para su adhesión que determine la Asamblea de Accionistas. Los instrumentos de adhesión se depositarán en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela.»⁸⁸

En cuanto a la institucionalidad, la CAF tiene las siguientes instancias de decisión y ejecución:

- Los Accionistas de la CAF se pueden reunir en Asamblea ordinaria o extraordinaria para adoptar decisiones y conocer cualquier asunto que le sea sometido y no sea de competencia de otro órgano de la Corporación, entre otros, considerar el informe anual, el balance general y el estado de pérdidas y ganancias; elegir a los Miembros del Directorio; designar los auditores externos; aumentar, disminuir o reintegrar el capital social; disolver la Corporación; cambiar la sede cuando el Directorio lo proponga.
- El Directorio integrado por doce directores⁸⁹, elegidos para un periodo de tres años, quienes podrán ser reelegidos. Le corresponde, entre otros, establecer y dirigir la política financiera, crediticia y económica de la Corporación; aprobar las operaciones de crédito activas y pasivas, inversiones o cualquier otra operación que se encuentre dentro de las finalidades de la Corporación.
- El presidente ejecutivo, es funcionario internacional, que funge como el representante legal de la Corporación y le corresponde ejercer la dirección inmediata y la administración de la Corporación, las cuales podrán ser ejercidas desde donde quiera que se encuentre⁹⁰; también debe decidir y tener a su cargo

⁸⁶ Texto del Protocolo modificatorio, disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-387_2008.html

⁸⁷ Artículo II del Protocolo modificatorio del artículo 3 del Convenio Constitutivo.

⁸⁸ Artículo III del Protocolo modificatorio del artículo 59 del Convenio Constitutivo.

⁸⁹ Según el artículo 24 del Convenio Constitutivo, 5 directores serán elegidos por tenedores de acciones de la Serie "A", 5 directores elegidos por tenedores de acciones de la Serie "B"; 1 director será elegido por las entidades bancarias y financieras de la Subregión, accionistas de la Corporación; y, 1 director será elegido por los tenedores de las acciones de la Serie "C".

⁹⁰ Artículo 31 del Reglamento.

todo asunto que no esté expresamente reservado a otros organismos de la CAF; el presidente ejecutivo puede participar en las sesiones del Directorio con derecho a voz, pero sin voto. El presidente ejecutivo durará en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelegido, y deberá permanecer en el ejercicio de estas hasta tanto entre en funciones el reemplazante⁹¹.

El Convenio constitutivo establece en el artículo 55 el derecho de retiro, conforme al cual cualquier accionista de la Serie “A” puede retirarse, en cuyo caso la Corporación adquirirá dicha acción. Las acciones de la Serie “B” en poder de personas naturales o jurídicas del país a que pertenezca el accionista de la Serie “A” que ha decidido retirarse de la Corporación, podrán ser libremente transferidas en la Subregión⁹². Este fue el caso de Chile, que después de haber sido uno de los países fundadores, se retiró de la CAF en 1976 cuando también se retiró del entonces Grupo Andino. Posteriormente regresó al adquirir acciones de la serie “C” y firmar una serie de convenios con la CAF, especialmente en 1992 y 2007⁹³.

Sin embargo, casi 45 años más tarde, el 25 de mayo de 2022 el Ministerio de Hacienda chileno solicitó iniciar los trámites correspondientes para formalizar la incorporación formal de la República de Chile. Así, en junio de 2022 se suscribieron los Acuerdos, denominados Convenio de Suscripción de Acciones de Capital Ordinario y Convenio de Suscripción de Acciones de Garantía, entre el Gobierno de ese país y la CAF con las condiciones especiales para su adhesión como País Miembro de la Corporación Andina de Fomento⁹⁴. Una vez cumplidas las condiciones para la adhesión, el 6 de marzo de 2023, Chile volvió a adquirir la condición de País Miembro de la CAF⁹⁵.

La CAF pasó de ser una institución de origen andino pensada por los 6 Países Miembros del entonces Grupo Andino, a convertirse en un banco de desarrollo de América Latina y el Caribe, conformado por 21 países —19 de América Latina y el Caribe, España y Portugal— y 13 bancos privados de la región^{96, 97}.

⁹¹ Artículo 32 del Convenio.

⁹² Artículo 55 Convenio constitutivo, versión actualizada a marzo de 2022.

⁹³ Ver información en: <https://www.camara.cl/cms/noticias/2022/11/09/chile-se-reintegrara-a-la-corporacion-andina-de-fomento/>

⁹⁴ El Decreto Nro. 15 del 16 de enero de 2023 suscrito por el presidente Gabriel Boric Font, contiene un recuento del proceso de adhesión de Chile a la CAF. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1188103>

⁹⁵ Ver noticia en: <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2023/03/presidente-de-chile-encabeza-ceremonia-de-reintegracion-de-chile-a-caf/>

⁹⁶ Los países son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁹⁷ Para más información, ver:

- CAF: 1970-2020, 50 años en el camino a la prosperidad, disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1589>

2.3. Fondo Latinoamericano de Reservas

El 12 de noviembre de 1976, se firmó en la ciudad de Caracas, el «Convenio para el establecimiento del Fondo Andino de Reservas», mediante el cual los Países Miembros dieron vida al mecanismo que les permitiera acudir en apoyo de sus balanzas de pagos para «asegurar el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena»; así el financiamiento que el Fondo otorgaría para la solución de los problemas de la balanza de pagos de los Países Miembros les facilitaría el acceso a los mercados financieros y con ello contribuir a la obtención de financiamiento adicional para la ejecución de los programas sectoriales de desarrollo industrial.

Mediante este acuerdo, que entró en vigor en 1978, se creó entonces el Fondo Andino de Reservas, con personería jurídica de derecho internacional público, con patrimonio propio⁹⁸ y cuya sede se fijó en la ciudad de Bogotá, República de Colombia, aunque con la posibilidad de establecer sucursales, agencias o representaciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, en cualquiera otra ciudad de los Países Miembros o fuera de ellos, si así lo acuerda el Directorio⁹⁹.

El Fondo Andino tenía como objetivo: a) acudir en apoyo de las balanzas de pagos de los Países Miembros otorgando crédito o garantizando préstamos de terceros; b) contribuir a la armonización de las políticas cambiarias, monetarias y financieras de los Países Miembros, facilitándoles el cumplimiento de los compromisos adquiridos, en coordinación con los órganos principales del Acuerdo de Cartagena; y, c) mejorar la liquidez de las inversiones de reservas internacionales efectuadas por los Países Miembros¹⁰⁰. Se constituyó con capital aportado por los Países Miembros (240 millones de dólares americanos) y se le dotó de una institucionalidad conformada por un directorio, una asamblea y la presidencia ejecutiva.

Conforme al artículo 40 del Convenio, ese instrumento solo estaba abierto a adhesión los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y estaba previsto que cualquier Estado

-
- CAF, *Documental CAF - 46 años*, 2017, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DGHh-1ZaK88>
 - CAF, *CAF Principal fuente de financiamiento de la Comunidad Andina*, nota informativa del 15 de marzo de 2000, disponible en: <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2000/03/caf-principal-fuente-de-financiamiento-multilateral-de-la-comunidad-andina>
 - CAF, *Presentación para inversionistas*, junio de 2023, disponible en: <https://www.caf.com/media/4662447/230331-caf-presentacion-de-inversionistas.pdf>
 - BRANDO, Carlos Andrés, *La CAF, un gigante gentil*, en *Latinoamérica* 21, 29 de octubre de 2020, disponible en: <https://latinoamerica21.com/es/la-corporacion-andina-de-fomento-un-gigante-gentil/>

⁹⁸ Artículo 1 del Convenio, disponible en: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M049.pdf>

⁹⁹ Artículo 2 *ibid.*

¹⁰⁰ Artículo 3 *ibid.*

que se adhiriera al Acuerdo de Cartagena debía también hacerlo a dicho Convenio. Asimismo, el artículo 42 disponía que la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de un País Miembro, también implicaba el retiro del Fondo desde la fecha en que la denuncia se hubiere comunicado a la Comisión y los demás Países Miembros deberían, en ese momento, y proporcionalmente, suscribir el capital que se hubiere restituido al país denunciante¹⁰¹.

Sin embargo, los Países Miembros del entonces Grupo Andino, consideraron que como la suscripción del Acuerdo de Cartagena se hizo en función de facilitar el proceso de integración de toda la América Latina, a través del mecanismo de la ALALC, y a partir de 1980 de la ALADI, era indispensable contar con una institución financiera propia del área latinoamericana, que, a través de la cooperación mutua, permitiera afrontar los problemas derivados de los desequilibrios del sector externo de las economías de los Países Miembros, y al mismo tiempo facilite el proceso de integración regional¹⁰².

Así, con la previa recomendación de la asamblea, decidieron el 10 de junio de 1988, modificar el Convenio Constitutivo para crear el **Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR)**. Las funciones generales se mantuvieron, pero extendidas a todas las partes y a los que adhieran y, las funciones relativas a apoyar para facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos se ampliaron no solo en el marco del Acuerdo de Cartagena, sino también los derivados del Tratado de Montevideo de 1980. Con su entrada en vigor, quedó sustituido el Convenio inicial de 1976.

Las cláusulas sobre adhesión y denuncia también se modificaron para reflejar esta nueva cobertura así: podrán adherir los países latinoamericanos que lo deseen, correspondiendo a la Asamblea determinar el aporte de capital y las demás condiciones necesarias de la adhesión¹⁰³; cuando un miembro denuncie el Convenio, su retiro se hará efectivo desde la fecha en que la denuncia se haya comunicado a la Asamblea. Así, un País Miembro de la CAN, podría denunciar el Convenio del FLAR y mantener su condición de miembro de la CAN.

En la actualidad además de los Países Miembros de la Comunidad Andina y Venezuela, han adherido al Convenio: Costa Rica, Uruguay y Paraguay en 2001, 2008, 2015 respectivamente y en el 2022 adhirió el Banco Central de Chile en calidad de Banco Central Asociado¹⁰⁴.

¹⁰¹ Artículo 43 *ibid.*

¹⁰² Preámbulo del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, suscrito el 10 de junio de 1988, disponible en: <https://flar.com/wp-content/uploads/2023/10/FLAR-ESP-ConvenioConstitutivo2023-V03.pdf>

¹⁰³ Artículo 40 del Convenio constitutivo del FLAR.

¹⁰⁴ FLAR, información institucional, disponible en: <https://flar.com/nosotros/>

El FLAR cuenta con capital propio pagado por sus miembros y tiene acceso a los mercados financieros internacionales para incrementar su capacidad de préstamos. Recibe depósitos de los bancos centrales, instituciones oficiales y entidades multilaterales de la región, tanto de Países Miembros como de no miembros¹⁰⁵.

Según la información del FLAR, a la fecha ha otorgado más de 50 créditos, y que incluso en oportunidades ha proporcionado más préstamos que el Fondo Monetario Internacional (FMI) a sus Países Miembros. Además de su capital pagado por sus miembros, tiene acceso a los mercados financieros internacionales y recibe depósitos de los bancos centrales, instituciones oficiales y entidades multilaterales de la región, tanto de Países Miembros como de no miembros¹⁰⁶.

2.4. Convenio Simón Rodríguez

El 26 de octubre de 1973, los Ministros de Trabajo de Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, y el Embajador de Bolivia en Venezuela, en representación del Ministro de Trabajo de ese país, suscribieron el «Convenio Simón Rodríguez de Integración Socio-Laboral», cuyo nombre, conforme al artículo 1 se hizo en homenaje al ilustre humanista don Simón Rodríguez, maestro del Libertador Simón Bolívar.

Según el preámbulo, los Ministros de Trabajo estaban decididos a establecer una base institucional que les permita contribuir efectivamente, en el campo del trabajo y la seguridad social, a los esfuerzos que realizan los órganos del Acuerdo de Cartagena, en orden a la armonización de las políticas económicas y sociales de los Países Miembros y por ello, suscribieron el convenio que tiene por objeto adoptar estrategias y planes de acción que orienten la actividad de los organismos subregionales y nacionales, de modo que las medidas tendientes a alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena conduzcan al mejoramiento integral de las condiciones de vida y de trabajo en los Países Miembros.

El convenio firmado en 1973 indicaba que eran órganos encargados de velar por el cumplimiento y aplicación del Convenio: a) la Conferencia de Ministros de Trabajo; b) la Comisión de Delegados; c) la Secretaría de Coordinación; y, d) los demás órganos que la Conferencia de Ministros de Trabajo decida crear.

Sin embargo, menos de tres años más tarde, el 12 de mayo de 1976¹⁰⁷, los Ministros de Trabajo deciden modificar el convenio mediante protocolo, que contiene dos importantes cambios: i) los acuerdos de la Conferencia de Ministros se remitirían a la Comisión del Acuerdo de Cartagena para ser adoptadas como Decisiones y otros acuerdos directamente adoptados por dicha conferencia serían obligatorios para los

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Ver el texto del Convenio original y de su protocolo modificatorio en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1578142>

Países Miembros y directamente aplicables, a menos que requirieran una ley nacional para su cumplimiento¹⁰⁸; ii) crean el «Organismo Internacional Convenio ‘Simón Rodríguez’» como persona jurídica de derecho internacional, la cual gozará en cada uno de los Países Miembros de la capacidad jurídica para el ejercicio de sus funciones¹⁰⁹.

Ya con una nueva institucionalidad en la Comunidad Andina, los gobiernos de los Países Miembros suscriben el «**Protocolo sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez**» el 24 de junio de 2001, el cual entró en vigor el 12 de junio de 2015¹¹⁰. Este protocolo dejó sin efecto tanto el anterior Convenio de 1973, como su modificación de 1976¹¹¹.

El nuevo Convenio tiene los siguientes objetivos: i) servir de foro para proponer y debatir iniciativas en los temas vinculados al ámbito sociolaboral que signifiquen un aporte efectivo al desarrollo de la Agenda Social de la Subregión, contribuyendo con la actividad de los demás órganos del Sistema Andino de Integración; ii) definir y coordinar las políticas comunitarias referentes al fomento del empleo, la formación y capacitación laboral, la salud y seguridad en el trabajo, la seguridad social, las migraciones laborales; y, iii) proponer y diseñar acciones de cooperación y coordinación entre los Países Miembros en la temática sociolaboral andina¹¹².

La institucionalidad cambia y se establece una participación tripartita conformada por: la Conferencia, las Comisiones Especializadas de Trabajo y, la Secretaría Técnica¹¹³. La Conferencia, está integrada por los Ministros de Trabajo de los Países Miembros de la Comunidad Andina o sus representantes; los coordinadores de los Capítulos nacionales del Consejo Consultivo Empresarial Andino; los coordinadores de los capítulos nacionales del Consejo Consultivo Laboral Andino¹¹⁴ y, está presidida por el Ministro de Trabajo del país que ocupe la Presidencia del Consejo Presidencial Andino¹¹⁵.

¹⁰⁸ Artículo 6 del Protocolo de 1976, modificadorio del artículo 12 del Convenio de 1973.

¹⁰⁹ Artículo 7 del Protocolo de 1976, que adiciona un artículo 14 al Convenio de 1973.

¹¹⁰ Información de la Secretaría General de la CAN en: <https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/convenio-sociolaboral-simon-rodriguez/>

¹¹¹ El texto del Convenio sustitutorio se puede consultar en: http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/SubstSRodriguez_s.pdf

También en el siguiente enlace:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/sc872_14.htm

¹¹² Artículo 2 del Protocolo sustitutorio.

¹¹³ Artículo 3 *ibid.*

¹¹⁴ Artículo 4 *ibid.*

¹¹⁵ Artículo 5 *ibid.*

Entonces, además de establecer un formato tripartito en el que se discutirán iniciativas, ya sus determinaciones no serán obligatorias en cada uno de los Países Miembros excepto cuando hayan sido adoptadas mediante Decisión andina; tampoco se menciona su carácter de organismo internacional con personería jurídica propia; además, se elimina el cargo de secretario ejecutivo y en las disposiciones transitorias se encomienda a la Secretaría General de la CAN cumplir las funciones de secretaria técnica¹¹⁶. El Protocolo sustitutorio deja en claro que el Convenio forma parte del SAI¹¹⁷ y señala que cuando se considere que una recomendación puede formar parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina el órgano competente para considerarla es el CAMRE¹¹⁸.

Se indica que el Convenio no puede ser denunciado independientemente del Acuerdo de Cartagena¹¹⁹ y después de su entrada en vigor quedó abierto a la adhesión de cualquier otro país que alcance la condición de País Miembro Asociado de la CAN, conforme a los procedimientos que señale el CAMRE y la Comisión de la Comunidad Andina¹²⁰.

Parte III: Instancias consultivas de participación ciudadana y otras instituciones creadas conforme al Acuerdo de Cartagena

El Acuerdo de Cartagena incluye en el SAI a instituciones de carácter consultivo como apoyo a los órganos para que opinen sobre los programas o procesos de la integración subregional andina. Conforme al artículo 44, esas instituciones consultivas son: el Consejo Consultivo Empresarial y el Consejo Consultivo Laboral. Están conformados por delegados del más alto nivel, elegidos directamente por las organizaciones representativas de los sectores empresarial y laboral de cada uno de los Países Miembros, de conformidad con sus respectivos reglamentos, y acreditados oficialmente por aquellos.

Tienen la facultad de emitir opinión ante el CAMRE, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de estos o por propia iniciativa. Estos dos consejos han estado presentes desde la misma suscripción del Acuerdo de Cartagena y por lo mismo se puede afirmar que junto con la Comisión han formado parte de la integración andina desde su nacimiento¹²¹.

¹¹⁶ Disposición transitoria primera, *ibid.*

¹¹⁷ Artículo 14 *ibid.*

¹¹⁸ Artículo 8 *ibid.*

¹¹⁹ Artículo 14 *ibid.*

¹²⁰ Artículo 16 *ibid.*

¹²¹ Artículo 22 del Acuerdo de Cartagena suscrito en 1969:

Como se verá más adelante, estos dos consejos consultivos no son las únicas instituciones consultivas, pues en desarrollo de las disposiciones del Acuerdo, se han creado otras instancias de consulta y participación ciudadana en la integración andina.

3.1. Consejo Consultivo Empresarial Andino

Para asegurar la efectiva participación de los empresarios en la integración andina, en 1983, mediante Decisión 175 se creó formalmente el Consejo Consultivo Empresarial Andino¹²² e incorporado formalmente a la institucionalidad desde el Protocolo de Quito. Su función consultiva ha sido reconocida desde el inicio, pero al comienzo estaba integrado por tres delegados del más alto nivel por cada País Miembro y posteriormente con la Decisión 187 se amplió el número de delegados a cuatro por País Miembro¹²³.

Años más tarde, mediante Decisión 438 del 11 de junio de 1998¹²⁴, se derogó la Decisión 187 y se adoptaron reglas más detalladas para actualizar sus funciones conforme a la nueva estructura institucional contenida en el Protocolo de Trujillo. Así, el artículo 1 indica lo siguiente:

«**Artículo 1.-** Conforme a lo dispuesto en el Artículo 44 del Acuerdo de Cartagena, el Consejo Consultivo Empresarial Andino es la institución consultiva del Sistema Andino de Integración, cuya función es la de emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del Proceso de la Integración Subregional Andina que sean de su interés.»

La Decisión 438 fue derogada por la Decisión 442 del 26 de julio de 1998¹²⁵. Esta última mantiene el número de delegados de cuatro por País Miembro. La norma indica

«Habrá un Comité Asesor Económico y Social integrado por representantes de los empresarios y de los trabajadores de los Países Miembros. La Comisión, dentro del primer año de vigencia del Acuerdo, establecerá su composición, el procedimiento para integrarlo y fijará sus funciones»

¹²² Decisión 175, *Creación del Consejo Consultivo Empresarial Andino*, Trigésimo quinto Periodo de Sesiones Ordinarias de la Comisión 24 a 28 de enero de 1983, Comisión del Acuerdo de Cartagena. Disponible en:

https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/decisiones/?ressources_term=175&ressources_order=DESC

¹²³ Decisión 187, *Modificación de la Decisión 175*, Trigésimo octavo Periodo de Sesiones Extraordinarias de la Comisión 28 a 30 de septiembre de 1983, Comisión del Acuerdo Cartagena. Disponible en:

https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/decisiones/?ressources_term=175&ressources_order=DESC

¹²⁴ Decisión 438, *Consejo Consultivo Empresarial Andino*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 347 del 17 de junio de 1998. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace347.pdf>

¹²⁵ Decisión 442, *Consejo Consultivo Empresarial Andino*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 358 del 31 de julio de 1998. Disponible en:

que las opiniones y acuerdos del Consejo Consultivo constarán en actas y no tendrán carácter vinculante para los órganos del Sistema Andino de Integración ni para los Países Miembros.

El artículo 3 modificado por la Decisión 464¹²⁶ establece las siguientes funciones: a) emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de estos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de la integración subregional andina que sean de su interés; y, b) asistir a las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, así como a las reuniones de expertos gubernamentales o grupos de trabajo vinculados con el proceso andino de integración, y participar en las mismas con derecho a voz.

En cuanto a la representación, el artículo 6 de la Decisión 442 dispone que la representación del Consejo en las instancias en las que esté prevista su participación será ejercida por su presidente y, en caso de ausencia o impedimento de este, por su vicepresidente o el miembro del Consejo a quien se le delegue tal representación. El cargo de presidente se ejerce por el término de un año y sigue el orden según el País Miembro que ostente la Presidencia *Pro Tempore* de la CAN.

Los aportes del Consejo Consultivo Empresarial Andino, permiten conocer las dificultades y fortalezas de las normas y políticas andinas y sus recomendaciones han servido para que los Países Miembros adopten decisiones que tomen en cuenta las preocupaciones del sector empresarial andino. Ejemplo de ello se puede verificar recientemente en relación con el costo de los fletes, cuyo aumento se dio a nivel mundial debido a la pandemia de la COVID-19. Este asunto fue objeto de discusión y preocupación durante la XXIV reunión ordinaria que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2021 y se recomendó que era importante adoptar medidas para aligerar la carga económica de los operadores de comercio¹²⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, los expertos de los Países Miembros analizaron el asunto que se sometió a consideración de la Comisión, la cual, mediante Decisión 894 del 16 de marzo de 2022, aprobó otorgar una facultad temporal a los Países Miembros, para reducir un determinado porcentaje de los gastos de transporte y/o gastos conexos comprendidos en la Decisión 571 sobre Valor en Aduana de las Mercancías Importadas.¹²⁸

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace358.pdf>

¹²⁶ Decisión 464, *Modificaciones de las Decisiones 441 y 442 de la Comisión*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 444 del 1 de junio de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace444.pdf>

¹²⁷ Acta de la XXIV Reunión Ordinaria del Consejo Consultivo Empresarial Andino (CCEA) del 19 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Reuniones/DFinales/ACTAXXIVROCCCE A.pdf>

¹²⁸ Decisión 894, *Facultar a los Países Miembros temporalmente a reducir un determinado porcentaje de los gastos de transporte y/o gastos conexos comprendidos en el primer párrafo del artículo 6 de la Decisión 571 Valor en Aduana de las Mercancías Importadas*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 4426 del 16 de marzo de 2022. Disponible en:

3.2. Consejo Consultivo Laboral Andino

Mediante Decisión 176 del 24 de enero de 1983¹²⁹, la entonces Comisión del Acuerdo de Cartagena, crea el Consejo Consultivo Laboral Andino, con la función de emitir opinión, a solicitud de los órganos principales del Acuerdo o por propia iniciativa, sobre las propuestas de la entonces Junta del Acuerdo de Cartagena referidas a la revisión y reorientación del proceso de integración y presentar sugerencias sobre modalidades efectivas de participación permanente del sector laboral en dicho proceso.

En dicha Decisión, se indicaba que el Consejo estaba integrado por tres delegados del más alto nivel de cada uno de los Países Miembros, elegidos directamente por las organizaciones representativas de los sectores laborales de cada país y acreditados por el organismo de enlace. Ese número de delegados se aumentó a cuatro mediante Decisión 188 del 30 de septiembre de 1983 que sustituyó a la anterior¹³⁰.

Con la creación del SAI introducida en el Protocolo de Trujillo, se adoptó la Decisión 441 del 26 de julio de 1998¹³¹. Al igual que sucedió con el Consejo Consultivo Empresarial Andino, se actualiza el Consejo Consultivo Laboral Andino para precisar que se trata de una institución del SAI cuya función es la de emitir opinión ante el CAMRE, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de estos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de la integración subregional andina que sean de su interés.

Conforme al artículo 2, el Consejo está integrado por cuatro delegados de cada uno de los Países Miembros (tendrán igual número de suplentes), elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones laborales representativas designadas por cada País Miembro, previa convocatoria por parte de los organismos nacionales de integración a sus distintas organizaciones laborales a fin de que estas

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204426.pdf>

¹²⁹ Decisión 176, *Creación del Consejo Consultivo Laboral Andino*, Trigésimo quinto Periodo de Sesiones Ordinarias de la Comisión 24 a 28 de enero de 1983, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Disponible en:

https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/decisiones/?resources_term=176&resources_order=DESC

¹³⁰ Decisión 188, *Modificación de la Decisión 176*, Trigésimo octavo Periodo de Sesiones Extraordinarias de la Comisión 28 a 30 de septiembre de 1983, Comisión del Acuerdo de Cartagena. Disponible en:

https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/decisiones/?resources_term=188&resources_order=DESC

¹³¹ Decisión 441, *Consejo Consultivo Laboral Andino*, Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 358 del 31 de julio de 1998. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace358.pdf>

últimas acuerden el mecanismo de designación de sus representantes ante el Consejo. La designación es por el periodo de un año.

Este Consejo también emite opiniones y acuerdos que deben constar en actas y la Secretaría General, conforme al artículo 4, debe dejar constancia de las iniciativas que presente el Consejo en la parte considerativa de las propuestas que presente ante la Comisión.

Respecto de las funciones, el artículo 3, fue modificado también por la misma Decisión 464 que unificó las funciones de los dos consejos consultivos. En esa medida, al Consejo Consultivo Laboral Andino también le corresponde; a) emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de estos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de la integración subregional andina que sean de su interés; y, b) asistir a las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, así como a las reuniones de expertos gubernamentales o grupos de trabajo vinculados con el proceso andino de integración, y participar en las mismas con derecho a voz.

La representación del Consejo en las instancias en que esté prevista su participación será ejercida por su presidente y, en caso de ausencia o impedimento de este, por su vicepresidente o el miembro del Consejo a quien se le delegue tal representación. El cargo de presidente se ejerce por el término de un año y sigue el orden de prelación establecido para los demás órganos del SAI.¹³²

3.3. Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina

Existe otro grupo de órganos e instituciones que han sido creados o incorporados al Sistema Andino de Integración, como el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas, el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales, o el Organismo Andino de Salud, que aportan desde sus respectivos ámbitos de acción al desarrollo de acciones para avanzar en las políticas de inclusión o de acceso a la salud en la Subregión andina. A diferencia de los anteriores, estos no están contemplados en el Acuerdo de Cartagena, pero han sido creados específicamente con la idea de que se integren el SAI.

3.3.1. El Convenio Hipólito Unanue:

Surgió el 18 de diciembre de 1971 a iniciativa del gobierno del Perú, con la participación de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, suscribiéndose el Convenio de Cooperación en Salud de los Países del Área Andina. El Convenio lleva el nombre de «Hipólito Unanue» en homenaje al insigne médico peruano¹³³.

¹³² Artículo 6 de la Decisión 441.

¹³³ Texto del Convenio disponible en: <https://orasconhu.org/documentos/REMSAA-I-1.pdf>

Mediante Declaración del 8 de agosto de 1998 y la Resolución REMSAA Extraordinaria XIV/1, aceptada en la misma fecha por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina¹³⁴, manifestaron su voluntad de formar parte del Sistema Andino de Integración. El 10 de agosto de 1998, mediante Decisión 445¹³⁵, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobó la adscripción del Convenio Hipólito Unanue al Sistema Andino de Integración, adquiriendo esa institución la calidad de Convenio Social del SAI.

La adscripción se hizo efectiva posteriormente mediante la Decisión 449 del 26 de febrero de 1999¹³⁶ (modificada por la Decisión 528 del 7 de julio de 2002¹³⁷). En noviembre de 2001, el Convenio Hipólito Unanue adopta la denominación, de Organismo Andino de Salud, ORAS-CONHU.

Esta institución coordina y promueve acciones destinadas a mejorar el nivel de salud en los Países Miembros, dando prioridad a los mecanismos de cooperación que impulsan el desarrollo de sistemas y metodologías subregionales, que permitan atender los problemas que, en forma semejante, afectan a los países del área, entre los cuales se encuentran: los problemas fronterizos de salud, especialmente los vinculados con las enfermedades transmisibles y con las migraciones poblacionales; la desnutrición; la protección materno infantil; la educación sanitaria de las poblaciones; la salud ocupacional; los que puedan derivarse del incremento de la producción y del comercio, entre otros. Tiene su sede en la ciudad de Lima, cuenta un Secretario ejecutivo y tiene 9 países observadores: Argentina, Brasil, Cuba, España, Guyana, Panamá, Paraguay, Uruguay y República Dominicana¹³⁸.

3.3.2. Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas:

El Consejo Presidencial Andino, en su Declaración de Machu Picchu sobre la «Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza»¹³⁹

¹³⁴ Ver: <https://www.orasconhu.org/es/remsaas-extraordinarias/remsa-extraordinaria-xiv>

¹³⁵ Decisión 445, *Adscripción del Convenio Hipólito Unanue al Sistema Andino de Integración*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 364 del 12 de agosto de 1998. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace364.pdf>

¹³⁶ Decisión 449, *Términos de la Adscripción al Sistema Andino de Integración y Reglamento de Organización y Funciones del Convenio Hipólito Unanue*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 426 del 14 de abril de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace426.pdf>

¹³⁷ Decisión 528, *Designación del Convenio Hipólito Unanue sobre Cooperación en Salud de los Países del Área Andina como "Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue"*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 814 del 9 de julio de 2002. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace814.pdf>

¹³⁸ Ver información en: <https://www.orasconhu.org/es/presentacion>

¹³⁹ Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DINFORMATIVO329.pdf>

de julio de 2001, dispuso el establecimiento de una Mesa de Trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la Comunidad Andina. Con ese mandato, mediante la Decisión 524 de julio 2002 fue establecida la Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas como instancia consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración¹⁴⁰.

Sin embargo, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, celebró una reunión extraordinaria en septiembre de 2007 en la ciudad de Nueva York y tomando en cuenta que en el Sexagésimo primer periodo de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 13 de septiembre de 2007, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, decidió derogar la Decisión 524 y en su lugar adoptó la Decisión 674 que convirtió la anterior Mesa de Trabajo, en el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina, como instancia consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración, para promover la participación activa de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración subregional, en sus ámbitos económico, social, cultural y político¹⁴¹.

El Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas está integrado por un delegado indígena de cada uno de los Países Miembros, el cual, junto con su suplente será elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones indígenas nacionales¹⁴². El cargo de presidente del Consejo se ejerce por el término de un año y sigue el orden alfabético de prelación establecido por el Acuerdo de Cartagena para los órganos del Sistema Andino de Integración¹⁴³. Tienen calidad de observadores, las siguientes organizaciones regionales:

- Un representante del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe;
- Un representante de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA);
- Un representante de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI);
- Una representante del Enlace Continental de Mujeres Indígenas de Sudamérica.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Decisión 524, *Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 814 del 9 de julio de 2002. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace814.pdf>

¹⁴¹ Artículo 1 de la Decisión 674, *Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina*, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 1547 del 28 de septiembre de 2007. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1547.pdf>

¹⁴² Artículo 2 *ibid.*

¹⁴³ Artículo 6 *ibid.*

¹⁴⁴ Artículo 2 *ibid.*

3.3.3. Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales:

En septiembre de 2003, y por iniciativa propia, los alcaldes de las principales ciudades de los Países Miembros habían establecido la «Red Andina de Ciudades». Por su parte el CAMRE, consideró que en los Países Miembros se vienen desarrollando procesos de descentralización, a partir de los cuales las ciudades y los municipios han adquirido un papel político protagónico en el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y en el desarrollo. En esa medida, era necesario que las autoridades municipales participen en los procesos de toma de decisiones comunitarias, a través de la presentación de sus opiniones y recomendaciones a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Por eso, el 7 de mayo de 2004, se adopta la Decisión 585¹⁴⁵ mediante la cual se crea el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales¹⁴⁶, como institución consultiva del Sistema Andino de Integración, orientado a impulsar acciones para fortalecer las ciudades como actores de la integración¹⁴⁷.

Está integrado por tres representantes de cada País Miembro¹⁴⁸, uno de los cuales será el alcalde mayor o metropolitano de la respectiva ciudad sede del gobierno del País Miembro, y los otros dos serán elegidos entre las alcaldías inscritas y aquellas que se inscriban en la Red Andina de Ciudades, cuyo compromiso sea la promoción del proceso de integración andina. Su periodo es por un año¹⁴⁹. Al igual que las otras instituciones consultivas, la presidencia del Consejo la ejerce por uno de los representantes del País Miembro que ejerza la Presidencia *Pro Tempore* del Consejo Presidencial Andino¹⁵⁰ y la secretaría técnica se le encomienda a la Secretaría General de la CAN.¹⁵¹

¹⁴⁵ Decisión 585, *Creación del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales*, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 1067 del 13 de mayo de 2004. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1067.pdf>

¹⁴⁶ Artículo 1 Decisión 585.

¹⁴⁷ Artículo 2 *ibid.*

¹⁴⁸ Artículo 1 *ibid.*

¹⁴⁹ Artículo 2 *ibid.*

¹⁵⁰ Artículo 3 *ibid.*

¹⁵¹ Artículo 8 *ibid.*

3.3.4. Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina:

Mediante Decisión 758 del 22 de agosto de 2011¹⁵², se estableció la Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina, como una instancia consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración, para promover la activa participación de las organizaciones representativas del Pueblo Afrodescendiente en los asuntos vinculados con la integración subregional, en sus ámbitos político, social, económico, cultural, ambiental y territorial. Está integrada por cuatro representantes con sus respectivos suplentes por cada uno de los Países Miembros¹⁵³ y puede invitar a participar en las deliberaciones a personas asesoras u observadoras, expertos y organismos internacionales. Entre sus funciones está la de emitir opinión ante los órganos competentes de la Comunidad Andina por propia iniciativa o a requerimiento de estos, sobre aspectos relacionados con los derechos y la participación del Pueblo Afrodescendiente en los asuntos vinculados con la integración subregional y mantener vínculos de trabajo con los organismos e instancias del SAI.

Asimismo, tiene la función de promover el respeto y la garantía de los derechos del Pueblo Afrodescendiente, en temas relacionados con la protección de sus derechos fundamentales, particularmente la eliminación del racismo, la xenofobia y de todas las formas de discriminación e intolerancia, así como promover la igualdad de oportunidades; el goce efectivo y con enfoque diferencial de los derechos de salud, vivienda y educación, en especial con el fortalecimiento de los pueblos y la erradicación de la pobreza; el fortalecimiento de la identidad y la cultura afrodescendiente. Adopta sus recomendaciones, conclusiones e informes por consenso. La norma indica que en cada uno de los Países Miembros se establecerá una mesa de trabajo para desarrollar consensos nacionales, la cual estará conformada por representantes de los organismos nacionales competentes, representantes de las redes de organizaciones afrodescendientes del país y representantes de la Defensoría del Pueblo.

Mediante la Decisión 845 del 29 de mayo de 2019¹⁵⁴, el CAMRE adoptó el Plan Quinquenal Andino (2019-2024) para la Implementación de la Proclamación del

¹⁵² Decisión 758, *Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 1972, del 23 de agosto de 2011. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1972.pdf>

¹⁵³ Dos representantes del Pueblo Afrodescendiente de cada País Miembro elegidos entre las organizaciones más representativas, de conformidad con sus respectivos procedimientos internos; un(a) delegado(a) gubernamental de cada País Miembro designado por las autoridades encargadas de la dirección de la política pública afrodescendiente; un(a) (1) delegado(a) de la Defensoría del Pueblo de cada País Miembro.

¹⁵⁴ Decisión 845, *Plan Quinquenal Andino (2019-2024) para la Implementación de la Proclamación del Decenio Internacional de los Afrodescendientes (2015-2024)*, declarado por las Naciones Unidas, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada con los representantes ante la Comisión de la CAN, publicada en la GOAC 3650, del 29 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA3650.pdf>

Decenio Internacional de los Afrodescendientes (2015-2024), declarado por las Naciones Unidas. En efecto, el 23 de diciembre de 2013 la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), mediante Resolución A/RES/68/237, aprobó la «Proclamación del Decenio Internacional de los Afrodescendientes» al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2024, con el tema «*Afrodescendientes: reconocimiento, justicia y desarrollo*». Se indica en la Decisión 845 que la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución A/RES/69/16, aprobó el «Programa de actividades del Decenio Internacional para los Afrodescendientes»; y, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, se adoptó, mediante la Resolución AG/RES.2891 (XLVI-O/16), el «Plan de Acción del Decenio de las y los Afrodescendientes en las Américas (2016-2025)».

Parte IV: Evaluación del SAI e iniciativas de reingeniería

El Acuerdo de Cartagena prevé que para lograr una mejor coordinación del Sistema Andino de Integración, el presidente del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores convocará y presidirá la Reunión de Representantes de las instituciones que conforman el SAI a fin de intercambiar información sobre las acciones desarrolladas tomando en cuenta las directrices emitidas por el Consejo Presidencial Andino, analizar las posibilidades de cooperación entre ellas y presentar al CAMRE, en reunión ampliada con la Comisión, informes sobre las acciones desarrolladas en cumplimiento de las directrices¹⁵⁵.

Durante la última reunión, los representantes de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, reunidos en Bogotá, Colombia el 25 de marzo de 2021, reafirmaron su propósito de cumplir con las disposiciones del Acuerdo de Cartagena, y las directrices emanadas de las reuniones XIX y XX del Consejo Presidencial Andino; destacaron la importancia de la participación de todos los órganos e instituciones del SAI, para aportar al cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de Cartagena; resaltaron la solidez y vigencia de la institucionalidad del SAI que le permiten a la CAN salir fortalecida en los profundos cambios socio-económicos que ha moldeado la región; y expresaron su compromiso de fortalecer el Sistema Andino de Integración mediante el trabajo articulado y transversal de todos los órganos e instituciones que lo conforman¹⁵⁶.

Como hemos señalado al inicio, la integración andina busca alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena mediante la aplicación de los mecanismos previstos en los primeros artículos del Acuerdo de Cartagena. Los órganos e instituciones del SAI al igual que los Países Miembros establecen las políticas y las acciones de la integración no de una forma estática, sino en consideración de las realidades de la Subregión y del contexto internacional.

¹⁵⁵ Artículo 9 Acuerdo de Cartagena.

¹⁵⁶ Ver: <https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/declaracion-de-la-v-reunion-de-representantes-de-organos-e-instituciones-del-sistema-andino-de-integracion/>

Así, se establecen agendas de asuntos prioritarios propuestos por las Presidencias *Pro Tempore*, impulsados con el apoyo de un número importante de grupos de alto nivel, comités técnicos temáticos y grupos de trabajo, conformados por delegados expertos de los Países Miembros y la Secretaría General, los cuales con los aportes de las instancias consultivas y distintas formas de participación ciudadana, quedan reflejados en instrumentos de carácter político, como las declaraciones y directrices de los presidentes andinos o las declaraciones del CAMRE; o de carácter normativo, como las decisiones del CAMRE y de la Comisión o las Resoluciones de la SGCAN; también se reflejan en el acuerdo más formal o informal sobre la realización de actividades de carácter programático consignadas en hojas de ruta o planes de acción.

También es de tener en cuenta que las respectivas competencias de otros órganos y de las instituciones e instancias consultivas del SAI se unen a los esfuerzos integracionistas, mediante la adopción de sus programas de acción, en los que se toman en cuenta los objetivos de la integración andina, en el marco de sus propias competencias.

Por eso la institucionalidad también es un reflejo del grado de integración a la que aspiran los Países Miembros y de los contextos sociales y económicos que vive la Subregión, y en esa medida se puede alargar o reducir. Esto implica una constante evaluación de la integración y del sistema institucional. Como hemos mencionado, el SAI como lo conocemos hoy, fue adoptado con la suscripción del Protocolo de Trujillo que entró en vigor el 3 de junio de 1997. Desde entonces se han perfeccionado las regulaciones, se han ampliado las funciones y, sobre todo, han avanzado en el cumplimiento de sus objetivos, tanto los órganos como las instituciones que conforman el SAI.

Desde 1997 no ha habido cambios importantes en la estructura institucional de la Comunidad Andina. Sin embargo, se han llevado a cabo iniciativas para su revisión.

4.1. La Reingeniería del año 2013

En julio y noviembre de 2011 el Consejo Presidencial Andino acordó que era necesario fortalecer y dar un renovado dinamismo al proceso andino de integración, y en esa medida dio mandato para que se iniciara un proceso de revisión y reingeniería de la estructura institucional y funcionamiento del Sistema Andino de Integración, con el fin de adecuar la Comunidad Andina a los retos del contexto internacional¹⁵⁷. En desarrollo de ese mandato, el CAMRE en reunión ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la CAN encargaron una consultoría a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), para evaluar los aspectos técnicos, y otra a la Fundación Getulio Vargas, para evaluar los aspectos institucionales¹⁵⁸. Los resultados de esas consultorías se presentaron el 15 de junio de

¹⁵⁷ Primer considerando de la Decisión 792, *Op. Cit.*

¹⁵⁸ Decisión 773, *Reingeniería del Sistema Andino de Integración*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido en forma ampliada con los representantes titulares ante la

2013. En esa misma fecha, se conformó un Grupo de Trabajo de ocho miembros, constituido por un representante directo de los Ministros de Relaciones Exteriores y uno de los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, para que presentaran un documento final con una propuesta sobre la nueva visión, los lineamientos estratégicos y la priorización de los ámbitos de acción de la CAN¹⁵⁹.

En su informe, el Grupo de Trabajo presentó un diagnóstico en el que se destacó que la expansión de actividades de la CAN había generado una reducción del impacto de sus acciones y una disminución en la efectividad en el uso de los recursos y esfuerzos¹⁶⁰. Por eso, se recomendó acotar la agenda priorizada de la integración andina a asuntos en los cuales los cuatro Países Miembros estaban de acuerdo. Básicamente se trataba de:

- la profundización del comercio subregional;
- la atención de asuntos sociales; y,
- la interconexión eléctrica¹⁶¹.

De forma paralela, recomendaron la revisión del SAI para que estuviera adaptada a esa agenda y, asimismo, para llevar a cabo una reflexión sobre los aportes a la integración de los órganos e instituciones. En concreto se recomendó:

- analizar la pertinencia de que el Parlamento Andino migrara al Parlamento Suramericano de UNASUR;
- evaluar la pertenencia en el SAI de la CAF, el FLAR y del Convenio Hipólito Unanue, en consideración a que se trata de instituciones abiertas a Estados o instituciones de fuera de la Subregión;
- el fortalecimiento de la Universidad Andina Simón Bolívar;
- la racionalización y simplificación de la estructura de la Secretaría General; y,
- la revisión del mecanismo de solución de diferencias de la CAN¹⁶².

Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2077 del 31 de julio de 2012. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2077.pdf>

¹⁵⁹ Decisión 791, *Grupo de Trabajo de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2211 del 17 de junio de 2013. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2211.pdf>

¹⁶⁰ Decisión 792 anexo, informe del Grupo de Trabajo.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

Con base en esas recomendaciones, mediante Decisión 792 del 19 de septiembre de 2013¹⁶³, el CAMRE en reunión ampliada con la Comisión conformó un Grupo de Alto Nivel (GAN) para la revisión del marco institucional, el acervo jurídico comunitario y el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, cuya finalidad era presentar las reformas necesarias que reflejaran la nueva visión, lineamientos estratégicos y priorización de ámbitos de acción de la Comunidad Andina¹⁶⁴.

En dicha norma se establecieron las siguientes prioridades:

- reestructurar el Sistema Andino de Integración para adecuarlo a las nuevas realidades y retos del contexto internacional;
- promover la libre circulación de los ciudadanos de los Países Miembros;
- profundizar la integración comercial (promoviendo el comercio intrarregional, la internacionalización de las *pymes* y la facilitación del comercio, entre otras cuestiones);
- ampliar la interconexión eléctrica entre los países socios y con otras economías de la región;
- articular la convergencia de acciones con el MERCOSUR y la UNASUR.

Además, la Decisión 792 dispuso que quedaban suprimidos los Comités y Grupos *Ad Hoc* que no estuvieran relacionados de forma directa con los lineamientos y ámbitos de acción priorizados. Se realizó la evaluación de 104 Comités, Grupos *Ad Hoc* y Grupos de Trabajo de la CAN y se determinó que tan solo 25 Comités y Grupos *Ad Hoc* estaban relacionados de forma directa con los lineamientos y ámbitos de acción priorizados en la Decisión 792.

Con base en ese informe se adoptó la Decisión 797 de 14 de octubre de 2014¹⁶⁵, mediante la cual el CAMRE en reunión ampliada con los titulares de la Comisión de la CAN, aprobó 27 Comités y Grupos *Ad Hoc* de la Comunidad Andina que estaban relacionados de forma directa con los lineamientos y ámbitos de acción priorizados de la CAN, así:

¹⁶³ Decisión 792, *Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido en forma ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 2238 del 23 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace2238.pdf>

¹⁶⁴ Artículo 1 Decisión 792.

¹⁶⁵ Decisión 797, *Comités y Grupos Ad Hoc de la Comunidad Andina en el marco de la reingeniería del Sistema Andino de Integración*, CAMRE en reunión ampliada con la Comisión de la CAN, publicada en la GOAC 2400 del 15 de octubre de 2014. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE2400.pdf>

1	Comité Andino Agropecuario	15	Comité Andino de Autoridades de Transporte Terrestre (CAATT)
2	Comité Andino de Autoridades de Promoción de Exportaciones	16	Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas (CAAA)
3	Comité Andino de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa – CAMIPYME	17	Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA)
4	Comité Andino de Asuntos Aduaneros	18	Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL)
5	Comité Andino de Estadísticas	19	Comité Andino <i>Ad Hoc</i> de Propiedad Intelectual
6	Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria - COTASA	20	Comité Andino de Servicios e Inversión
7	Grupo de Expertos <i>Ad Hoc</i> Gubernamentales en Defensa Comercial	21	Comité Andino de Industrias Culturales
8	Comité Andino <i>Ad Hoc</i> de Defensa de la Libre Competencia	22	Comité Andino de Patrimonio Cultural Material e Inmaterial
9	Autoridades Gubernamentales <i>Ad Hoc</i> Competentes en Materia de Origen	23	Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM)
10	Comité Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología	24	Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social, Seguridad y Salud en el Trabajo
11	Grupo de Expertos Gubernamentales para la Armonización de Legislación Sanitaria (Sanidad Humana)	25	Comité Andino de Titulares de Organismos de Cooperación Internacional de la Comunidad Andina (CATOCI)
12	Comité del Convenio Automotor	26	Comité Andino <i>Ad-Hoc</i> de Minera Ilegal (CAMI)
13	Comité Andino de Organismos Normativos y Organismos Reguladores de Servicios de Electricidad (CANREL)	27	Comité Andino <i>Ad-Hoc</i> de Prevención de Desastres (CAPRADE)
14	Comité Andino de Infraestructura Vial		

Fuente: Listado contenido en el anexo de la Decisión 797.

La reingeniería del 2013 no incluyó a ninguno de los órganos e instituciones del SAI, los cuales mantienen sus funciones y más bien se centró en la revisión de los comités de expertos.

Los Países Miembros acordaron hacer seguimiento a los trabajos de reingeniería del sistema de solución de controversias.

4.2. Las nuevas iniciativas de reingeniería

Transcurridos unos años, los Países Miembros, en consideración del contexto internacional, no solo profundizaron la agenda priorizada, sino que establecieron objetivos en ámbitos que no habían quedado priorizados en la reingeniería del 2013 y crearon instancias técnicas para apoyar esos trabajos. Es así como después de haber reducido el ámbito de las prioridades de la agenda de la integración, las declaraciones de la XX, XXI y XXII reuniones del Consejo Presidencial Andino de los años 2020, 2021 y 2022, incorporan nuevos temas a la agenda prioritaria andina. Dentro de estos asuntos se pueden mencionar: las medidas para la recuperación social y económica de los efectos de la COVID-19; el impulso de acciones para la protección del ambiente; las acciones para avanzar en la equidad de género¹⁶⁶ y también para que los jóvenes tengan un lugar en la integración andina, entre otros. Esto ha llevado a que poco a poco, sin modificar la estructura del SAI, se creen comités técnicos y grupos *ad hoc* encargados de impulsar esas acciones y medidas. Ejemplo de ello es la creación del Grupo de género y comercio; el Comité Andino de Autoridades Gubernamentales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (CAAGDPI); y, el grupo *Ad Hoc* de Turismo.

El ámbito más reciente y trascendental se verifica en el campo de la seguridad en el área andina, que como consecuencia de las amenazas surgidas del crimen organizado transnacional, han representado un reto para la Subregión y por eso, el 21 de enero de 2024, el CAMRE, bajo la Presidencia *Pro Tempore* del Estado Plurinacional de Bolivia, sostuvo la XXIV reunión extraordinaria junto con los ministros a cargo de la defensa y seguridad interna de los Países Miembros, y aprobó la Decisión 922 del 21 de enero de 2024¹⁶⁷, sobre acciones conjuntas urgentes (plan de acción resolutivo) para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y creó un Grupo de Alto Nivel, conformado por funcionarios designados por los ministros de relaciones exteriores y ministros de seguridad interna o autoridades que cumplan esas.

El Consejo Presidencial Andino emitió un mandato durante su XXII reunión del 29 de agosto de 2022 para el inicio de una nueva reingeniería centrada en dos aspectos: i) los comités y grupos *ad-hoc*; ii) la revisión de la estructura de la SGCAN, que ponga énfasis en el aspecto social y busque acercar los logros y beneficios de la integración subregional a los ciudadanos andinos. Para ello, expresaron la necesidad de contar con una evaluación del proceso de reingeniería efectuado en el 2013. En este nuevo esfuerzo, también se menciona al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que se lleve a cabo una revisión de su estructura y funcionamiento.

¹⁶⁶ Ver Decisión 883, *Implementación del empoderamiento de la mujer en los Comités y Grupos Ad Hoc de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión, publicada en la GOAC 4302 del 19 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204302.pdf>

¹⁶⁷ Decisión 922, *Acciones conjuntas urgentes para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la GOAC 5403 del 21 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205403.pdf>

4.3. Creación del Grupo de Trabajo de reingeniería de la CAN

El 5 de octubre de 2022 se llevó a cabo una reunión extraordinaria del CAMRE ampliada con los representantes de la Comisión, para abordar los temas relacionados con el cumplimiento del mandato del Consejo Presidencial Andino de agosto de 2022¹⁶⁸ y se aprobó la Decisión 903¹⁶⁹ mediante la cual se crea el «Grupo de Trabajo para la evaluación de la reforma, modernización, fortalecimiento y reingeniería de la Comunidad Andina». Dicho grupo está compuesto por ocho miembros —dos representantes, uno del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y uno de la Comisión de la Comunidad Andina, por cada País Miembro— que al culminar sus labores deberá presentar un informe durante una reunión del CAMRE ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, que contenga la evaluación realizada y propuestas de acción. Se espera que en los próximos meses se presenten los resultados de los trabajos realizados.

Conclusión

En este artículo hemos adelantado una revisión de la forma en que se incorporaron al actual Sistema Andino de Integración cada uno de esos órganos e instituciones. Algunos nacieron con la integración misma en 1969 como instituciones principales (Comisión) o auxiliares (consejos consultivos de empresarios y de trabajadores) e incluso como entidades externas (CAF, FLAR) al Acuerdo de integración, pero con las cuales se debían mantener relaciones de cooperación.

Algunas desaparecieron con el tiempo (Junta) y otras se fueron incorporando paulatinamente (Consejo Presidencial), primero creadas por norma derivada (Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral) hasta alcanzar reconocimiento en la estructura institucional a través del Protocolo modificador de Quito (Tribunal de Justicia, Parlamento Andino) y en especial en el Protocolo modificador de Trujillo, el cual recogió toda la estructura institucional previa, creó la Secretaría General y el Sistema Andino de Integración del Acuerdo de Cartagena como lo conocemos hoy. Finalmente, otros han sido establecidos mediante decisión con posterioridad al Protocolo de Trujillo (Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas, Mesa del Pueblo Afrodescendiente, Convenio ORAS-CONHU).

Estos órganos e instituciones reflejan las prioridades de la integración andina que, durante estos más de cincuenta años de existencia, han implicado atender temas no

¹⁶⁸ Ver nota de prensa: <https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/aprueban-decision-para-conformar-grupo-de-trabajo-de-evaluacion-de-la-reforma-modernizacion-y-fortalecimiento-para-la-reingenieria-de-la-can/>

¹⁶⁹ Decisión 903, *Conformación del Grupo de Trabajo para la evaluación de la reforma, modernización, fortalecimiento y reingeniería de la Comunidad Andina*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión de la CAN, publicada en la GOAC 5053 del 5 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205053.pdf>

solamente relacionados con el comercio de bienes y servicios, sino los relativos al relacionamiento externo, la salud, el trabajo, la inclusión social, la migración, el ambiente, la lucha contra las amenazas a la seguridad multidimensional, entre otros.

La Comunidad Andina ha hecho también importantes aportes más allá de sus fronteras, para extenderse a los demás países de América Latina y el Caribe. Ejemplo de ello es la enorme ampliación de la CAF-Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe y el Fondo Latinoamericano de Reservas que nacieron como instituciones financieras de la integración andina y hoy extienden sus beneficios a un importante número de países de la región latinoamericana y del Caribe.

Los Países Miembros han buscado permanentemente que el SAI esté a tono con las prioridades de la agenda de la integración y por eso, en las últimas décadas se han impulsado procesos de revisión de la estructura institucional de la CAN. En especial entre el 2011 y el 2014, en la que se llevó a cabo una revisión de la agenda prioritaria y de todos los órganos e instituciones del SAI para considerar la pertinencia de su permanencia en el Sistema. Si bien ese esfuerzo de la reingeniería permitió reducir el número de comités de expertos, la institucionalidad prevista en el Acuerdo de Cartagena se mantiene tal y como fue concebida en el Protocolo de Trujillo.

La institucionalidad creada permite establecer políticas subregionales, adelantar acciones y evaluar compromisos para avanzar hacia el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena. Cada uno de los órganos e instituciones desde sus respectivos ámbitos de competencia ha permitido que la CAN se mantenga como uno de los principales mecanismos de integración de los Países Miembros. Como lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el SAI constituye una de las principales fortalezas del proceso de integración andino pues esa sólida estructura institucional actúa armónicamente en función de los intereses comunitarios y de esa forma coadyuva con el cumplimiento de los objetivos y la finalidad del Acuerdo de Cartagena.

Otros recursos bibliográficos consultados

- Pablo Garcés Velástegui, *Between Hierarchy and Individuality: the Andean Community of Nations' historical rationalities*, Comentario Internacional 20, 2020, pp. 55-77. doi: 10.32719/26312549.2020.20.1.4, 2020. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/2958>
- Alan Fairlie, *Informe de la Comunidad Andina: en la búsqueda de convergencias*, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Sector Integración y Comercio, nota técnica No. IDB-TN-2490, Banco Interamericano de Desarrollo, mayo de 2022. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-de-la-Comunidad-Andina-en-busqueda-de-convergencias.pdf>
- Guido Mendoza Fantinato, *El Convenio Simón Rodríguez: Importancia del foro sociolaboral de la Comunidad Andina*, Biblioteca Digital Andina. Disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/BDA/CAN-INT-0042.pdf>

- Giovanni Molano Cruz, *The Andean Integration Process: Origins, Transformations and Structure*, BID Integration & trade Nro.33, diciembre de 2011, pp. 35 a 46. Disponible en: <https://www.flacsoandes.edu.ec/agora/la-integracion-andina-origen-transformaciones-y-estructuras>
- Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Elizabeth Salmón Gárate, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial e IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 21 a 56. Disponible en: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181540>
- Secretaría General de la Comunidad Andina, *Rumbo a los 50 años: el arduo camino de la integración*, mayo de 2017, pp. 61 a 80. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201752695445Rumboalos50.pdf>
- Eric Tremolada Álvarez, *Comunidad Andina: ¿una organización compleja, cohesionada y coherente?*, *Comentario Internacional*, 20, 2020, pp. 101 a 120. DOI: 10.32719/26312549. 2020.20.1.8. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/1529>

Quito, enero de 2024.

ANEXO

Modificaciones a la Estructura Institucional de la Integración Andina

Acuerdo de Cartagena firmado el 26 de mayo de 1969	Protocolo de Quito firmado el 12 de mayo de 1987	Protocolo de Trujillo, firmado el 10 de marzo de 1996
<p>Artículo 5.-</p> <p>Órganos principales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Comisión y • La Junta <p>Órganos auxiliares</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comité Consultivo (artículo19) y • Comité Asesor Económico y Social (artículo 22) 	<p>Artículo 5.-</p> <p>Órganos principales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Comisión • La Junta • El Tribunal de Justicia • El Parlamento Andino <p>Órganos auxiliares:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consejo Consultivo empresarial • Consejo consultivo laboral <p>Órganos subsidiarios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los consejos que establezca la Comisión <p>Artículo 16 Coordinación con:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Corporación Andina de Fomento • El Fondo Andino de Reservas • Otros organismos de integración subregional creados por otros instrumentos internacionales 	<p>Artículo 6.-</p> <p>El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Consejo Presidencial Andino • El Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores • La Comisión de la Comunidad Andina • La Secretaría General de la Comunidad Andina • El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina • El Parlamento Andino • El Consejo Consultivo Empresarial • El Consejo Consultivo Laboral • La Corporación Andina de Fomento • El Fondo Latinoamericano de Reservas • El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo • La Universidad Andina Simón Bolívar • Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión • Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina

Órganos e Instituciones del SAI con Modificaciones del Protocolo de Trujillo (actual)

Órgano	Incorporación al SAI	Integrantes	Función principal
Órganos del SAI			
Consejo Presidencial Andino	Creado en reunión de Machu Pichu del 23 de mayo de 1990, e incorporado en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996	Presidentes o jefes de Estado de los Países Miembros	Definir política de la integración andina. Orientar e impulsar las acciones de interés para la Subregión y la coordinación del SAI. Emite Declaraciones.
CAMRE	Creado el 12 de noviembre de 1979, e incorporado en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996	Ministros de relaciones exteriores	Representa a la CAN en los asuntos de interés común. Suscribe acuerdo con terceros países, adopta medidas que aseguren la consecución de fines de la integración (campos diferentes a comercio e inversión). Emite Declaraciones y Decisiones.
Comisión de la CAN	Creada en el Acuerdo de Cartagena desde 1969	Representantes Plenipotenciarios, generalmente ministros de comercio exterior	Formular, ejecutar y evaluar la política de integración andina en materia de comercio e inversiones. Representa a la CAN en los asuntos de su competencia. Emite Decisiones.
Secretaría General de la CAN	Creada en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996	Secretario General de la CAN	Órgano ejecutivo de la integración andina: Velar por el cumplimiento de la norma andina y en esa medida adelantar procedimientos en materia de calificación de restricciones y gravámenes, dirige la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, se pronuncia sobre medidas de defensa comercial, entre otras; realizar estudios; mantener vínculos permanentes de trabajo con Países Miembros; depositaria de instrumentos y actas.

			Emite resoluciones, dictámenes/ elabora estudios, presenta informes.
Tribunal de Justicia de la CAN	Creado con el Tratado de Creación del 28 de mayo de 1979, incorporado en la estructura institucional desde el protocolo de Quito del 12 de mayo de 1987. Debido a los cambios introducidos por el protocolo de Trujillo, se suscribe el protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996, en el que se establecen las nuevas funciones y se cambia el a Tribunal de Justicia de la CAN	Un magistrado por País Miembro	Órgano jurisdiccional de la integración andina: Salvaguardar la vigencia del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan. Declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los Países Miembros. En ejercicio de sus atribuciones, actúa salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino. Emite Sentencias, autos, adopta Acuerdos.
Parlamento Andino	Creado con el Tratado constitutivo del 25 de octubre de 1979, e incorporado en la estructura institucional desde el protocolo de Quito del 12 de mayo de 1987	Cinco representantes de cada uno de los Países Miembros	Órgano deliberante de la integración andina. Participar en la promoción y orientación del proceso de la integración; examinar la marcha del proceso de la integración y el cumplimiento de sus objetivos; formular recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los órganos e instituciones del Sistema que se constituyen con las contribuciones directas de los Países Miembros; formular sugerencias a los órganos del Sistema sobre proyectos de normas en temas de interés común. Emite recomendaciones.

Instituciones del SAI			
Universidad Andina Simón Bolívar	Creada en 1985 e incorporada al SAI en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo Superior • Presidente del Consejo Superior • Consejo Académico • Rector de sede nacional • Consejo Universitario de sede nacional • Sedes locales • Oficinas de enlace 	Institución académica autónoma que se dedica a la investigación, la docencia universitaria y la prestación de servicios para la transmisión y el desarrollo de conocimientos científicos y tecnológicos.
Corporación andina de fomento – Banco de desarrollo de América Latina y el Caribe CAF	Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento el 7 de febrero de 1968 e incorporada en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996. El protocolo modificatorio del Convenio constitutivo del 24 de octubre de 2005 que permite la adhesión de los países de América Latina y el Caribe	<ul style="list-style-type: none"> • Accionistas de la CAF • Directorio • Presidente ejecutivo 	Promover el desarrollo sostenible y la integración regional, mediante la prestación de servicios financieros múltiples a clientes de los sectores público y privado de los países accionistas.
Fondo Latinoamericano de Reservas FLAR	Convenio para el establecimiento del Fondo Andino de Reservas suscrito el 12 de noviembre de 1976; mediante protocolo del 10 de junio de 1988, se abre a adhesión de todos los países de América Latina y cambia su denominación a Fondo Latinoamericano de Reservas; se incorpora al SAI en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea • Directorio • Presidencia ejecutiva 	Acudir en apoyo de las balanzas de pagos de los Países Miembros otorgando crédito o garantizando prestamos de terceros; contribuir a armonización de políticas cambiarias, monetarias y financieras; mejorar la liquidez de las inversiones de reservas nacionales efectuadas por los miembros.

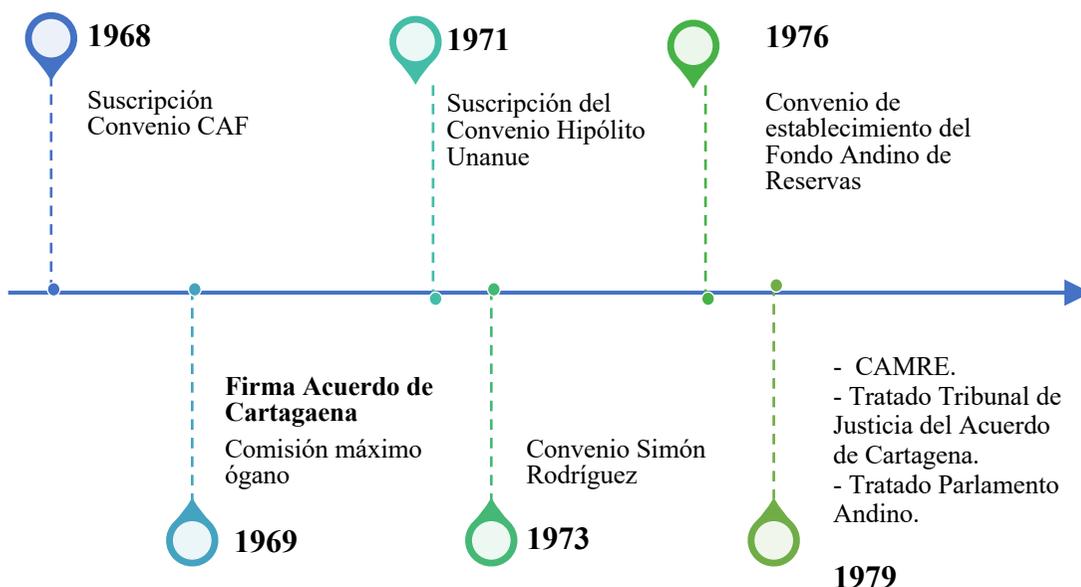
Convenios			
Convenio Simón Rodríguez	«Convenio Simón Rodríguez de Integración sociolaboral» del 26 de octubre de 1973 e incorporado al SAI en el protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996. Mediante el protocolo sustitutorio del 23 de junio de 2001, quedó abierto a la adhesión de los países asociados de la CAN	<ul style="list-style-type: none"> • Conferencia (tripartita), integrada por los ministros de trabajo, los coordinadores nacionales del consejo consultivo empresarial andino y los coordinadores nacionales del consejo consultivo laboral andino • Comisiones especializadas de trabajo • Secretaría técnica 	Servir de foro para proponer y debatir iniciativas en los temas vinculados al ámbito sociolaboral; definir y coordinar las políticas comunitarias sobre fomento del empleo, formación y capacitación laboral, salud y seguridad en el trabajo y migraciones laborales; proponer y diseñar acciones de cooperación y coordinación en la temática sociolaboral andina.
Organismo Andino de Salud -Convenio Hipólito Unanue ORAS-CONHU	«Convenio de Cooperación en salud de los países del área andina» (Hipólito Unanue) suscrito en 1971 e incorporado al SAI mediante Decisión 445 del 10 de agosto de 1998, adscripción que se hizo efectiva mediante Decisión 449 del 26 de febrero de 1999. En noviembre de 2001 el Convenio adopta la denominación de Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue. ORAS – CONHU	<ul style="list-style-type: none"> • Países Miembros • Secretario Ejecutivo <p>Cuenta con 9 países observadores: Argentina, Brasil, Cuba, España, Guyana, Panamá, Paraguay, Uruguay y República Dominicana</p>	Coordina y promueve acciones destinadas a mejorar el nivel de salud de los Países Miembros, priorizando el desarrollo de sistemas y metodologías para atender problemas que afectan en forma semejante a los países del área, como los fronterizos de salud vinculados con desnutrición, enfermedades transmisibles, protección materno infantil, entre otros.
Consejos consultivos			
Consejo Consultivo Empresarial Andino	Creado mediante Decisión 175 de enero de 1983, e incorporado a la institucionalidad desde el protocolo de Quito del 12 de mayo de 1987	Cuatro delegados del más alto nivel entre sector empresarial de los Países Miembros	Institución consultiva del Sistema Andino de integración cuya función es emitir opinión al CAMRE, la Comisión y la SGCAN sobre los programas o actividades de la integración andina de su interés.

Consejo Consultivo Laboral Andino	Creado mediante Decisión 176 del 24 de enero de 1983, e incorporado a la institucionalidad desde el protocolo de Quito del 12 de mayo de 1987	Cuatro delegados elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones laborales representativas designadas por cada País Miembro	Institución consultiva del Sistema Andino de integración cuya función es emitir opinión al CAMRE, la Comisión y la SGCAN sobre los programas o actividades de la integración andina de su interés.
Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la CAN	Mediante Decisión 524 se crea la Mesa de Trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas como instancia consultiva del SAI. Con la Decisión 674 se convierte en Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la CAN	Un delegado indígena por cada uno de los Países Miembros elegido entre los directivos de más alto nivel de las organizaciones indígenas nacionales. Observadores: Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe; COICA; CAOÍ; Enlace continental de mujeres indígenas de Sudamérica	Instancia consultiva para promover la participación activa de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración subregional, en los ámbitos económico, social, cultural y político.
Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales	Mediante Decisión 585 del 7 de mayo de 2004 se crea el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales	Tres representantes de los Países Miembros, uno de los cuales es el alcalde mayor o metropolitano de la respectiva ciudad sede de gobierno del País Miembro. Los otros serían elegidos entre las alcaldías inscritas en la Red Andina de Ciudades	Institución consultiva orientada a impulsar acciones para fortalecer las ciudades como actores de integración.

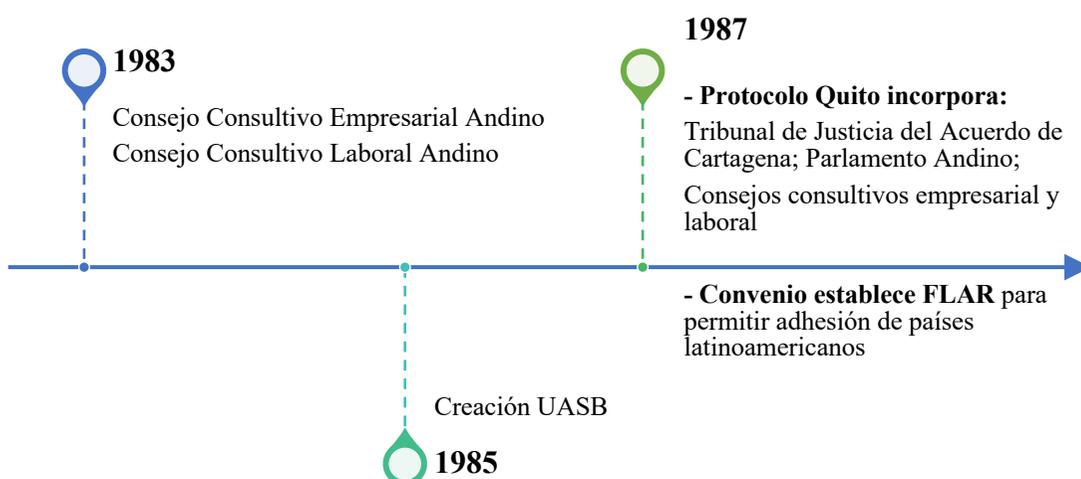
<p>Mesa del pueblo afrodescendiente de la Comunidad Andina</p>	<p>Mediante Decisión 758 del 22 de agosto de 2011 se crea la Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina</p>	<p>Cuatro representantes por cada uno de los Países Miembros. En cada País Miembro se establecerá una mesa de trabajo conformada por representantes de organismos nacionales competentes, representantes de las redes de organizaciones afrodescendientes y representantes de la Defensoría del Pueblo</p>	<p>Instancia consultiva para promover la activa participación de las organizaciones representativas del pueblo afrodescendiente, en los ámbitos político, social, económico, cultural, ambiental y territorial.</p>
---	--	--	---

Hitos en la Construcción del Sistema de Integración andino

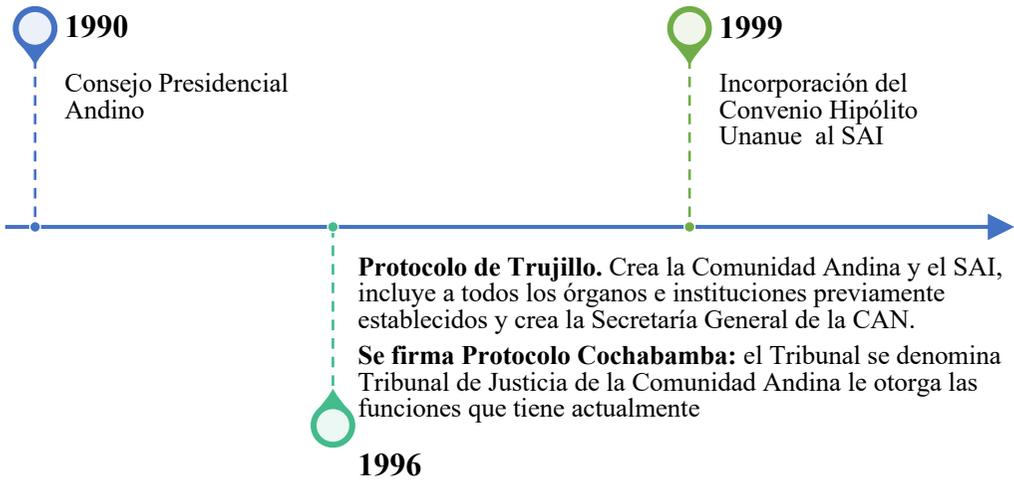
Años 1968 a 1979



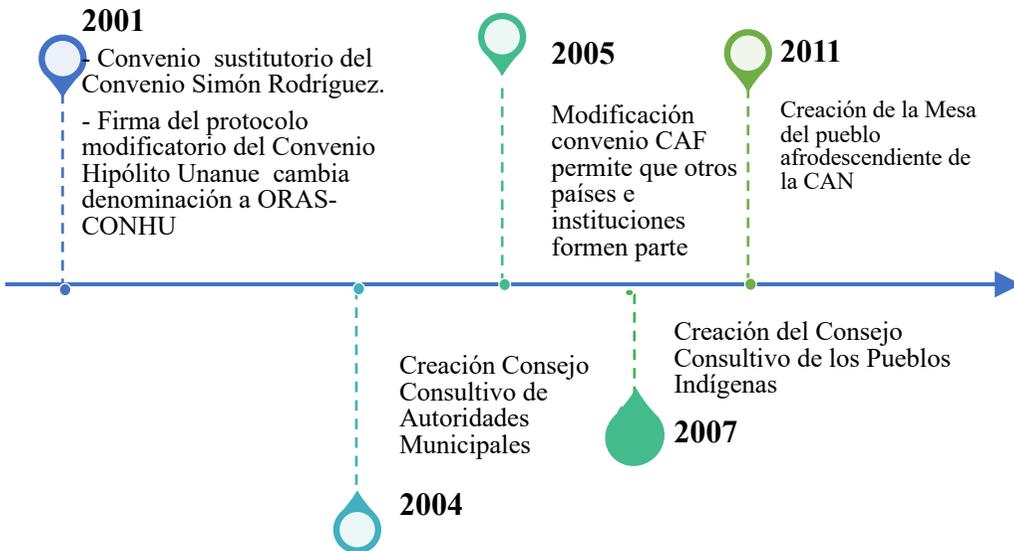
Años 1983 a 1988



Años 1990 a 1999



Años 2001 a 2011



SUBCAPÍTULO IV

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Julián Alberto Trujillo Marín

Julián Alberto Trujillo Marín

Abogado de la Universidad La Gran Colombia – sede Armenia. Especialista en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos de la Universidad Externado de Colombia y SIPA - Columbia University in the City of New York. Candidato a magíster en Derecho Económico con énfasis en Regulación Económica y Análisis Económico del Derecho de la Universidad Externado de Colombia. 14 años de experiencia profesional en el asesoramiento, la coordinación de proyectos y la consultoría en entidades públicas, organismos de la sociedad civil, organismos de cooperación internacional y banca multilateral.

Se ha desempeñado como jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica y del Viceministerio de Comercio Exterior (e) del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Asesor de despacho y subdirector general (e) en el Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia. Asesor en el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia; consultor de varios programas en United States Agency for International Development – USAID. Consultor en el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (World Bank Group) en Colombia y El Salvador. Actualmente, es gerente general de Operaciones y Finanzas de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Julián Alberto Trujillo Marín

Palabras clave

Sistema Andino de Integración. Fuentes de derecho.
Ordenamiento jurídico comunitario andino. Jerarquía
normativa.

Keywords

Andean Integration System. Source of law. Community law.
Normative hierarchy.

Resumen

El presente artículo aborda el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico supranacional de la Comunidad Andina. Se reflexiona sobre la naturaleza especial del derecho comunitario, su sistema, organización y jerarquía. Con ello, se presenta un cuadro de las fuentes típicas de este ordenamiento, enlistadas en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Abstract

This article presents the system of sources of the supranational community law of the Andean Community. The work analyzes the special nature of Andean law, its system, organization and hierarchy. With that treated, it presents a chart with the different norms that are enlisted in the Treaty of Creation of the Andean Court of Justice.

El estudio del derecho siempre ha sido un tema fascinante, principalmente porque en ciertos contextos marca la línea divisoria entre lo bueno y lo malo, entre lo aceptado, lo preferible, lo necesario, lo justo y lo censurable y sancionable. La realidad es que el derecho es dinámico, porque así es la naturaleza humana, y está en constante transformación, reconociendo los cambios en las necesidades individuales y sociales, ofreciendo respuestas a los constantes desafíos del día a día.

Para entender al derecho, al igual que como sucede con otras ciencias sociales, se parte de formas de clasificación y de categorizaciones, a veces jerárquicas, que permiten entender sus fuentes. La fuente en el derecho es aquella que le da su razón

de ser¹, porque es aquella de la cual se deriva la creación del derecho. Por ejemplo, en los Estados democráticos de derecho, el pueblo funge como constituyente primario, a través de mecanismos de participación ciudadana y de la democracia representativa y el sistema normativo reconoce precisamente que la voluntad del pueblo es fuente superior de derecho; en otros regímenes, la fuente puede recaer en un solo sujeto, por ejemplo, un monarca o una autoridad religiosa.

En el derecho internacional, en el que las interacciones se dan entre sujetos de derecho público, tales como los Estados y las organizaciones creadas por los primeros, los sistemas de fuentes de derecho son especiales, y generalmente están mediados por acuerdos plasmados en instrumentos de diverso tipo. Estos instrumentos pueden ser fundacionales, estatutarios u ordinarios. En los primeros generalmente se encuentra la mayor jerarquía normativa, puesto que fijan los actos de creación de otros sujetos de derecho, desarrollan sus funciones y capacidad para actuar y resuelven los aspectos generales sobre los mecanismos para generar consensos y resolver disensos; por su parte en los segundos, generalmente derivados de los primeros, se abordan los procedimientos y mecanismos de control; y, en los terceros, que a su vez se basan en los primeros y aplican los segundos, se plasman las decisiones para resolver los asuntos cotidianos.

Así entonces, si bien esta clasificación es común al ámbito internacional, hay aplicaciones diversas, en función del diseño institucional que hayan acordado los países signatarios del tratado de creación del mecanismo de concertación o de la organización internacional, pudiendo dotar al ordenamiento jurídico propio de una esfera supranacional, especialmente si en su creación se ha cedido soberanía. Este es precisamente el caso de la Comunidad Andina y de la Unión Europea, dos comunidades políticas internacionales de derecho², de ámbito regional, creadas para propiciar la integración, el desarrollo social y productivo y el comercio internacional, en las cuales coexisten los tres poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial), a través de referentes institucionales propios, y lo más importante, un sistema normativo especial y autónomo, con sus propias fuentes de derecho, de obligatoria aplicación y cumplimiento para los países miembros y sus connacionales.

Respecto de la Comunidad Andina, creada mediante el Acuerdo de Integración Subregional Andino, suscrito el 26 de mayo de 1969 en la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia), se tienen elementos *sui generis*, que la otorgan una identidad propia, quizá porque el objeto del Acuerdo no es solo el de crear una organización internacional, sino el de estructurar un sistema de integración, en el que coexiste, entre otros, los siguientes elementos:

1. Una propuesta de valor.
2. Unos objetivos y propósitos comunes.
3. Un paquete de medidas y líneas de trabajo para todos los órganos del sistema.

¹ Ver: Universidad de Valencia, [¿Qué son las fuentes del Derecho? \(uv.es\)](#)

² Ver: Universidad de Valencia, [La Unión Europea, una organización supranacional | Open Europe \(openeuropeuv.es\)](#)

4. La creación de 12 instituciones y organismos colegiados de toma de decisiones que representan la triple división de los poderes públicos.
5. La enunciación de los instrumentos para la toma de decisiones.
6. Mecanismos de representación y concertación de posiciones comunitarias.
7. Instrumentos comunes de política y armonización de los planes de desarrollo de los países miembros, en temas tales como:
 - a. Programas de Desarrollo Industrial;
 - b. Programas de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial;
 - c. Programas de Desarrollo de la Infraestructura Física;
 - d. Programas de Liberación Intrasubregional de los Servicios;
 - e. La armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal, incluyendo el tratamiento a los capitales de la Subregión o de fuera de ella;
 - f. Una política comercial común frente a terceros países;
 - g. La armonización de métodos y técnicas de planificación.
8. Un mandato para establecer un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.
9. Un programa de liberación comercial, que incluye el comercio de servicios y el establecimiento de un arancel externo común.
10. Mecanismos normativos para prevenir y corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como, salvaguardias, *dumping* y subvenciones.
11. Mecanismos para determinar origen en las mercancías.
12. Mecanismos para fortalecer la integración física.
13. Un régimen de apoyo especial para el Estado Plurinacional de Bolivia y la República de Ecuador.
14. Mecanismos para fortalecer la cooperación económica y social.
15. Condiciones para la adhesión, vigencia y denuncia.

De esta manera, el tratado fundacional ha marcado el derrotero para el posterior desarrollo institucional de la Comunidad Andina, el Sistema Andino de Integración y todas sus instituciones. Ahora bien, un aspecto destacado del tratado de creación es que no desarrolla principios fundacionales, salvo la enunciación de aquellos encontrados en su parte considerativa (igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia), ni tampoco hace remisiones a otros instrumentos de derecho internacional, ni siquiera en materia de derechos humanos, que suponga la existencia de fuentes adicionales al tratado de creación.

Con lo anterior, se llega a una primera conclusión y es que la fuente de derecho primigenio del ordenamiento jurídico Andino está en el Acuerdo de Integración Subregional Andino, mejor conocido como Acuerdo de Cartagena, y en los tratados y protocolos modificatorios que los países miembros suscriban, que hasta ahora incluye los siguientes: Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Protocolo de Trujillo); Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Protocolo De Cochabamba); Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento

Andino; Protocolo de Sucre; Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena "Compromiso De La Comunidad Andina Por La Democracia"; Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez.

En materia de fuentes y jerarquía normativa, el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Protocolo De Cochabamba) es el más específico, puesto que trae consigo una enunciación no taxativa de las normas de la Comunidad Andina, de acuerdo con el siguiente orden de prelación:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena) y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

A continuación, se procede a describir a cada instrumento normativo, especificando el órgano competente para su adopción y modificación, y los mecanismos de control de los que dispone el Sistema Andino de Integración:

Instrumento Normativo	Descripción y tipología	Autoridad Competente para su emisión y modificación	Mecanismo de Control
Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), sus Protocolos e Instrumentos adicionales Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.	Tipo: Fundacional El Acuerdo de Cartagena contiene la expresión de la soberanía de los Estados miembros de la Comunidad Andina, determina la creación del Sistema Andino de Integración y de sus órganos colegiados decisorios e instituciones.	Jefes de Estado de los Países Miembros, de manera directa o a través de plenipotenciarios debidamente acreditados para tal fin.	Político a través del pueblo, en democracia representativa, expresado en las recomendaciones del Parlamento Andino.

Instrumento Normativo	Descripción y tipología	Autoridad Competente para su emisión y modificación	Mecanismo de Control
<p>Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos Modificatorios</p>	<p>Tipo: Fundacional</p> <p>Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contiene el acto de creación del órgano judicial, describe los instrumentos de derecho del Sistema Andino de Integración, y somete al ordenamiento jurídico, a los países miembros y sus connacionales a su jurisdicción.</p>	<p>Jefes de Estado de los Países Miembros, de manera directa o a través de plenipotenciarios debidamente acreditados para tal fin.</p>	<p>Político a través del pueblo, en democracia representativa, expresado en las recomendaciones del Parlamento Andino.</p>
<p>Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina</p>	<p>Tipo: Estatutario y Ordinario</p> <p>Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina³, son instrumentos normativos de mayor jerarquía, similares a las leyes de los países miembros, que representan las posiciones de los máximos órganos decisorios del Sistema Andino de Integración en materias, tales como: política exterior de los países miembros en los asuntos que sean de interés subregional; coordinación de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; política general del proceso de la integración subregional andina; medidas que aseguren la consecución de</p>	<p>Ministros de Relaciones Exteriores, o sus delegados para actuar como suplementes.</p> <p>Ministros de Comercio Exterior, o sus delegados para actuar como suplementes.</p>	<p>Judicial, a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que tiene la competencia para declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina.</p>

³ La Comisión de la Comunidad Andina está integrada por los ministros de Comercio Exterior, o quien haga sus veces, de los países miembros.

Instrumento Normativo	Descripción y tipología	Autoridad Competente para su emisión y modificación	Mecanismo de Control
	<p>los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena; cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Montevideo de 1980; aprobación y modificación del reglamento de Consejo Andino, la Comisión, y la Secretaría General; política en materia de comercio e inversiones; aprobación, no aprobación o enmienda sobre las propuestas que los países miembros, individual o colectivamente, o la Secretaría General sometan a su consideración; aprobación de los presupuestos anuales y evaluación de la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; fijar la contribución de cada uno de los países miembros.</p> <p>Las Decisiones obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.</p> <p>Es decir que son directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.</p>		

Instrumento Normativo	Descripción y tipología	Autoridad Competente para su emisión y modificación	Mecanismo de Control
<p>Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina</p>	<p>Tipo: Ordinario</p> <p>Las resoluciones de la Secretaría General se encuentran reguladas en su mayoría por la Decisión 425 que fija el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, salvo en lo relacionado con atribuciones específicas que ya se encuentran reguladas por el Acuerdo de Cartagena o por la Decisión 409 que contiene el Reglamento de la Secretaría General.</p> <p>Las resoluciones que expide la Secretaría General pueden versar sobre las siguientes materias: normativas para facilitar y garantizar el cumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; controversias entre dos o más países miembros, entre particulares de estos, entre particulares y países miembros, o entre particulares o países miembros y la Secretaría General, por aplicación de normas que formen parte del ordenamiento jurídico comunitario; investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por países miembros al comercio intrasubregional de mercancías; investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de incumplimientos de</p>	<p>Secretaría General de la Comunidad Andina.</p>	<p>Judicial, a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que tiene la competencia para declarar la nulidad de las Resoluciones de la Secretaría General.</p>

Instrumento Normativo	Descripción y tipología	Autoridad Competente para su emisión y modificación	Mecanismo de Control
	<p>obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión, tales como dumping, subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia; autorizar, modificar o suspender medidas de salvaguardia aplicadas por países miembros.</p> <p>Las resoluciones deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y deberán atender los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.</p> <p>Las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las</p>		

Instrumento Normativo	Descripción y tipología	Autoridad Competente para su emisión y modificación	Mecanismo de Control
	mismas señalen una fecha posterior.		
Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina	Tipo: Ordinario Son instrumentos para formalizar acuerdos bilaterales entre los países miembros, en el marco del proceso de integración andina.	Países miembros en ejercicio de su soberanía.	Judicial, a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que tiene la competencia para declarar la nulidad de 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 partir de la anterior descripción detallada de los diferentes instrumentos normativos presentes en el ordenamiento jurídico andino, es posible reafirmar que la fuente primaria de derecho comunitario está constituida por el Acuerdo de Integración Subregional Andino, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y los protocolos modificatorios que suscriban frente a estos los países miembros en ejercicio de su poder soberano, pues de ellos emanan las normas fundacionales del Sistema de Integración Andino y todos los elementos del sistema (instituciones, órganos, mecanismos, etc.); en segundo lugar, y como derecho derivado se encuentran las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las cuales tienen por objetivo desarrollar el Sistema de Andino Integración, promoviendo los mecanismos para la adecuada aplicación del Acuerdo de Cartagena, por lo que su ámbito está dado por las competencias y alcances previstos en las normas constitutivas, sirviéndole de fuente de derecho de mayor jerarquía; sin embargo, en este punto, es necesario señalar que algunas Decisiones de carácter estatutario han creado nuevas competencias a las instituciones y órganos del Sistema Andino de Integración, generando la posibilidad de encontrar Decisiones que se basan en otras Decisiones para su adopción; y finalmente, en tercer lugar y también como derecho derivado se encuentran las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, las cuales tienen el alcance que las normas fundacionales y las derivadas de mayor jerarquía les ha dado.

De esta manera se concluye que, el sistema de fuentes del derecho comunitario andino es especial, con fuentes primarias de derecho perfectamente identificadas, y con un alcance acotado por su acto de creación. Es así como, en estricto sentido, el derecho comunitario parte de la existencia del Sistema Andino de Integración, en el que coexisten diversos elementos, incluido el ordenamiento jurídico comunitario con sus

respectivos instrumentos. Todos los elementos del sistema están orientados al logro de un objetivo general aspiracional que constituye la propuesta de valor de la integración subregional andina que Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela quisieron fomentar hace 55 años y que continúa aún vigente, para promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Lima, marzo de 2024.

SUBCAPÍTULO V

PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

María Cecilia Pérez Aponte

María Cecilia Pérez Aponte

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Relaciones Internacionales con mención en Negociaciones Internacionales por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

Con más de 20 años de experiencia en temas relacionados a integración y negociaciones comerciales internacionales en instituciones como el Consejo Nacional del Ambiente, INDECOPI, Ministerio de la Producción y MINCETUR del Perú. Miembro del Equipo Negociador de la Mesa de Fortalecimiento de Capacidades Comerciales del APC con Estados Unidos. Ha sido consultora en temas de integración y comercio internacional en GAMBELL GROUP (Perú) e INCADECO (Ecuador).

Es docente universitaria en prestigiosas universidades peruanas, habiendo participado como expositora en diferentes eventos internacionales. Tiene diversas publicaciones en materia de integración, comercio internacional y propiedad industrial.

Actualmente, es abogada - funcionaria internacional, en el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina y miembro del Consejo Superior de la Universidad Andina Simón Bolívar.

PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

María Cecilia Pérez Aponte^{1, 2}

Palabras clave

Organización Mundial del Comercio. Conflicto normativo. Supranacionalidad. Jerarquía normativa. Supremacía de la norma comunitaria. Jurisprudencia.

Keywords

World Trade Organization. Law conflict. Supranationality. Law hierarchy. Supremacy of community norms. Jurisprudence.

Resumen

Desde su ingreso a la Organización Mundial del Comercio, los Países Miembros de la Comunidad Andina han ido generando mayor interacción con otros sujetos del derecho internacional público, en particular con la suscripción de tratados de libre comercio, estableciendo nuevos compromisos que podrían presentar situaciones de conflicto frente al ordenamiento jurídico andino. Cabe preguntarse entonces, si el carácter supranacional del derecho comunitario andino le permite tener primacía sobre otros compromisos de carácter bilateral o multilateral, respuesta que buscamos dar desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los compromisos en los acuerdos comerciales regionales suscritos por los Países Miembros.

¹ El presente artículo es una segunda versión revisada, editada, actualizada y ampliada del publicado en: María Cecilia Pérez Aponte, *Jurisprudencia, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación con la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público*, en *FORO Revista de Derecho. No. 2. UASB-Ecuador/ CEN. Quito*. 2003-2004, pp. 225 – 241.
Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/278/277>

² Colaboró en la elaboración del artículo la señorita Cielo Miranda Nuñez, pasante de la Secretaría General de la Comunidad Andina y bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

Abstract

Since their entry to the World Trade Organization, the Member Countries of the Andean Community have deepened their interaction with other subjects of international public law, particularly by the adoption of free trade agreements. This situation has established a new panorama in which conflicts with the Andean law may arise. Thus, the question arises as to whether the supranational nature of Andean Community law has supremacy over other bilateral or multilateral compromises assumed by their Member Countries. The answer can be in the jurisprudence of the Andean Community Court of Justice and in the commitments of regional agreements.

1. Introducción

Los Países Miembros de la Comunidad Andina, sujetos de derecho internacional público, basan sus relaciones con terceros países u otros sujetos del derecho internacional tomando como marco jurídico el derecho internacional público y el derecho de la integración.

Durante las dos últimas décadas, este escenario se ha hecho aún más palpable a través de la suscripción de tratados de libre comercio, donde los Países Miembros han establecido nuevos compromisos en materia de comercio internacional que contienen obligaciones OMC Plus³, pero que también podrían presentar situaciones que lleven a contravenir el ordenamiento jurídico andino.

En este contexto, ¿qué norma prima en situaciones de conflicto entre ordenamientos jurídicos, comunitario, bilateral o multilateral? ¿Puede un País Miembro de la Comunidad Andina alegar el incumplimiento del ordenamiento subregional *so pretexto* ceñirse a los compromisos adoptados en un tratado bilateral o multilateral?

Al respecto, decidimos tratar este tema sobre la base de las siguientes consideraciones:

³ Sebastián Vargas Raso en su artículo «*La protección de los Derechos de Propiedad Intelectual y su alcance producto de las obligaciones OMC Plus y OMC Extra*» trae a colación la cita de Horn, Mavroidis y Sapir (2010) que definen las obligaciones OMC plus como «los compromisos internacionales contruidos sobre la base de asuntos previamente pactados a nivel multilateral, que superan o profundizan el sentido y alcance establecido originalmente en el mismo». La cita proviene del artículo Horn, H., Mavroidis, P. C., & Sapir, A. (2010). Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements. *World Economy*, 33(11), pp. 1565–1588.

Ver Sebastián Vargas Rozo, *La protección de los Derechos de Propiedad Intelectual y su alcance producto de las obligaciones OMC Plus y OMC Extra*, en *Derechos humanos y empresas*, Universidad Externado de Colombia, 17 de mayo 2023. Recuperado de: <https://derechos-humanos-y-empresas.uexternado.edu.co/2023/05/17/la-proteccion-de-los-derechos-de-propiedad-intelectual-y-su-alcance-producto-de-las-obligaciones-omc-plus-y-omc-extra/>

- La relación entre el derecho internacional y el derecho comunitario andino.
- El derecho comunitario andino y el principio de especialidad.
- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Los compromisos bilaterales y su relación con el derecho comunitario andino.

2. Relación entre derecho internacional y derecho comunitario andino

El derecho internacional público constituye una de las fuentes del derecho comunitario, así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**) en la jurisprudencia que comentaremos más adelante.

Si nos ceñimos a la norma comunitaria, la Decisión 425, que establece el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, señala en su artículo 4 que en casos de deficiencia normativa la Secretaría General tiene la obligación de acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.⁴

Salvo para los procesos en materia laboral, que se nutre de los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los Países Miembros⁵, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TCTJCA**) no establece cuáles son las fuentes del derecho comunitario.

Para Guy Issac las normas de los tratados se sitúan en la cima de la jerarquía del ordenamiento jurídico comunitario⁶. Por ello, en su opinión, estas prevalecen con respecto a otras fuentes del derecho. Asimismo, señala que, en el marco comunitario europeo, los tratados pasan previamente por una revisión por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el que emite su dictamen sobre el particular. Añade, que los tratados comunitarios prevalecen sobre otros tratados celebrados entre los Estados miembros. Ello es lógico en la medida en que al haber decidido formar parte de un régimen de integración bajo ciertas reglas, los tratados posteriores tienen como límite el marco comunitario. Isaac considera además que «los [tratados] que

⁴ **Artículo 4 de la Decisión 425.-**

«**Artículo 4.-** La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.
(...)»

⁵ **Artículo 135 del Estatuto del TJCA, Decisión 500.-**

«**Artículo 135.- Principios**

En su sentencia, el Tribunal aplicará los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los Países Miembros.»

⁶ Guy Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*, cuarta edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1995, p. 141.

habían sido celebrados antes de su entrada en vigor [de la norma comunitaria] sólo siguen siendo válidos en la medida en que son compatibles con ellos»⁷.

Por lo tanto, los Países Miembros no pueden alegar tratados o convenios existentes o por celebrarse entre ellos para someter una controversia que corresponde al marco comunitario, al derecho internacional público. Como veremos más adelante, el propio TJCA ha resaltado la preeminencia del ordenamiento comunitario frente al internacional, ello debido al propio carácter supranacional de la norma comunitaria.

Sin embargo, el problema se da frente a la relación de los Países Miembros con terceros países. Sobre el particular, Isaac señala que los Estados deben procurar liberarse de los compromisos asumidos con anterioridad y que violen el derecho comunitario.

En efecto, cuando una norma de derecho comunitario afecta a otros sujetos internacionales, el carácter obligatorio de los compromisos asumidos vinculados a la decisión política pone el País Miembro en un dilema ciertamente difícil de solucionar. Cuando se trata de recomendaciones o pronunciamientos de carácter no obligatorio, como es el caso de las “Declaraciones Presidenciales” en la subregión andina, no se produce violación del derecho comunitario. Sin embargo, se ven afectadas la buena voluntad y la palabra dada para cumplir con cierto objetivo. Pero cuando se trata de “Tratados”, “Decisiones” o “Resoluciones” sí podrían afectar obligaciones de hacer y no hacer.⁸

De otro lado, debido al carácter supranacional del ordenamiento jurídico andino, su cumplimiento es obligatorio e imperativo, y se aplica directamente desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **GOAC**). Este carácter en el proceso de integración andino se ve reforzado con la posibilidad de coacción que tienen las instituciones comunitarias sobre los Países Miembros, en caso de incumplimiento.

De esta manera, consideramos importante resaltar el carácter coactivo de la norma comunitaria frente a la norma internacional. Como bien señalan Novak *et al.*, el derecho internacional público es una disciplina jurídica, especialmente problemática, caracterizada por carencias institucionales, entre ellas, la falta de un órgano supraestatal capaz de imponerla de manera coactiva o de sancionar su incumplimiento⁹.

En el marco subregional andino, el papel que juega el TJCA es fundamental en la medida que está facultado para aplicar las sanciones que considere necesarias, a fin

⁷ *Ibid.*

⁸ Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Las Organizaciones Internacionales*, décima primera edición, Madrid, Tecnos, 1999, p.146.

⁹ Fabián Novak *et al.*, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, pp. 38-39.

de que el País Miembro cumpla con la sentencia impartida por el referido Tribunal, ante el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino.¹⁰

3. El derecho comunitario andino y el principio de especialidad

El ordenamiento jurídico comunitario andino es un cuerpo normativo con sus propias fuentes y principios jurídicos, e independiente a lo que pueda señalarse en la normativa interna de cada uno de los Países Miembros¹¹. Se caracteriza por ser supranacional¹², de esta manera las normas comunitarias, cualquiera sea su fuente o rango, prevalecen frente a las normas internas de los Países Miembros sin importar su jerarquía o fecha de publicación¹³.

La primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno se encuentra consagrada en el artículo 4 del TCTJCA:

«**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.»

De esta manera, la norma comunitaria tiene aplicación preferente frente a normas internas incompatibles.

Por otro lado, la norma comunitaria es directamente aplicable en el orden interno de los Países Miembros, sin que pueda encontrar obstáculos normativos en su inserción y en su aplicación, así lo establece el artículo 3 del TCTJCA:

«**Artículo 3.-** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán

¹⁰ Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹¹ Hugo R. Gómez Apac, *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 S.A., Portoviejo, 2019. pp. 41-55.

¹² José Manuel Sobrino Heredia propone que la supranacionalidad es una figura jurídica a través de la cual los Estados miembros de un esquema de integración, por voluntad soberana y bajo su pleno ejercicio acuerdan trasladar ciertas funciones a nuevos entes internacionales que estarían por encima de estos Estados. Sobrino señala que el término fue acuñado por primera vez en el artículo 9 del Tratado de París de 1951 bajo el cual se forma la Comunidad Económica del Carbón y del Acero – CECA.

José Manuel Sobrino Heredia, *Integración y Supranacionalidad*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2001, p. 45.

¹³ Hugo R. Gómez Apac, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino*, *op. cit.*

directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.»

(Énfasis añadido)

En este marco, queda claro que, por su carácter supranacional, la norma comunitaria tiene preeminencia sobre el derecho interno de los Países Miembros, es de aplicación inmediata y efecto directo. El problema se suscita cuando los compromisos internacionales asumidos por los Países Miembros contravienen lo dispuesto en la norma comunitaria sobre los mismos temas. ¿Qué prima, el derecho comunitario o el acuerdo bilateral o multilateral?

Uno de los principios generales del Derecho es el de «ley especial prima sobre ley general»¹⁴ o también llamado “*principio de especialidad*”. Un punto importante a tener en cuenta es que, al comparar una norma multilateral con una norma comunitaria, no nos referimos a un mismo marco internacional, pues ambas tienen orígenes normativos distintos. Sin embargo, la norma comunitaria sería más específica.

En el caso de los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular aspectos específicos de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que este le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora. En estos casos el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario —por aplicación de sus características “*existenciales*” de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.¹⁵

Si comparamos el derecho comunitario frente al derecho internacional público, el principio de especialidad, que inspira todo el régimen jurídico del primero, va a estar imitado por los objetivos y funciones que le fueron confiados al sistema de integración

¹⁴ Marcial Rubio, *El sistema jurídico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 293.

¹⁵ Sentencia del Proceso 1-IP-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4, 6 y 7 de la Decisión 344 y 2 y 3 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en relación con el artículo 1º, numeral 3º, del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, presentada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, expediente nacional No. L.A.T. 044, ingresado al Tribunal el 16 de enero de 1996 e interpretación del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC No. 257 del 14 de abril de 1997.

andino a través del Tratado Constitutivo¹⁶. Así por ejemplo, en el ámbito del derecho de la propiedad industrial, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), los Estados partes se rigen bajo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC), mientras que en el marco subregional andino es la Decisión 486 sobre Régimen Común sobre Propiedad Industrial la que se aplica directamente, salvo que la norma subregional faculte a los Países Miembros a la regulación en el ámbito interno, sin que ello signifique que los Países Miembros puedan interpretar la norma andina¹⁷.

Es necesario señalar que en el marco del derecho comunitario la obligación internacional asumida por un País Miembro frente a la Comunidad Andina y a otros Países Miembros puede ser exigida judicialmente ante el TJCA.¹⁸

Por otro lado, en el marco de la OMC, el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos, por los que se rige la solución de diferencias, establece que el mismo será aplicable a las consultas y solución de diferencias entre los Países Miembros, relativas a sus derechos y obligaciones propias del Acuerdo que establezca la OMC.¹⁹

¹⁶ José Manuel Sobrino, *El derecho de la integración*, en Themis, No. 42, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 8.

¹⁷ Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Sentencia del Proceso 7-AI-99, publicada en la GOAC No. 520 del 20 de diciembre de 1999, al reafirmar en jurisprudencia anterior que:

«...El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del ‘complemento indispensable’, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la Comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión ‘régimen común sobre tratamiento’ que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena.» (Sentencia de fecha 17 de marzo de 1995, caso “Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión”, publicada en la G.O.A.C. No. 177 del 20 de abril de 1995 y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tomo IV, 1994-95, pág. 54).»

Otro pronunciamiento similar con el cual reiteraba el Tribunal lo expresado en la sentencia correspondiente al caso 02-IP-88, en la cual expresó que «[n]o se puede admitir, en consecuencia, que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos...» regulados por la legislación comunitaria «...o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella...», debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión supranacional. Sentencia en Proceso 02-IP-88 de fecha 25 de mayo de 1988, publicada en la GOAC No. 33 del 26 de julio de 1988 y en Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, tomo I, Buenos Aires, BID/INTAL, p. 139. Publicado en la GOAC No. 520 del 20 de diciembre de 1999.

¹⁸ El artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y las competencias que se establecen en dicho Tratado y en sus Protocolos Modificatorios.

¹⁹ Artículo 1 del Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech, sobre el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos.

En este punto nos parece necesario señalar la clasificación que sobre los tratados hace Jiménez de Aréchaga, opinión que compartimos:

«Dentro de los tratados multilaterales se pueden distinguir a su vez tratados multilaterales generales, que se refieren a normas generales de derecho internacional o a asuntos de interés general para toda la comunidad internacional (...) y los otros tratados multilaterales o tratados plurilaterales en los que si bien ha intervenido más de dos partes, son de interés restringido a cierto número de Estados, todos los tratados instituyendo organizaciones de tipo regional como la OEA como la ALALC, etc.

Los tratados multilaterales pueden también clasificarse en tratados cerrados, tratados abiertos, a los que pueden adherirse o acceder libremente a Estados que no hayan participado en su redacción y tratados mixtos, en donde la adhesión de nuevos Estados que, supeditada a un pronunciamiento favorable de la mayoría de los contrayentes, tal como ocurre en la Carta de las Naciones Unidas, y con la casi totalidad de los tratados que sirven de base constitucional a los organismos especializados. En este último tipo de acuerdos, es posible que lleguen a formar parte de un mismo tratado, y contraigan por él obligaciones recíprocas, Estados adherentes y Estados que se han opuesto a la adhesión.»²⁰

De tal forma, la norma subregional andina es una norma especial que debe preferirse frente a la multilateral que, en todo caso, sería una norma de carácter general.

Cabe resaltar que este principio de especialidad nace del propio carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción del TJCA sobre la solución de controversias que surjan en el marco del ordenamiento jurídico andino, tal como lo dispone el artículo 47 del Acuerdo de Cartagena, y que se reafirma en el artículo 42 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que señala:

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

(...)

(Énfasis añadido)

Esta disposición comunitaria no se plasma sólo en el ordenamiento subregional andino, por el contrario, la misma tiene su antecedente en el artículo 219 del tratado CEE (hoy artículo 292)²¹ que establece que cualquier controversia que surja en la

²⁰ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *et al.*, *Clasificación de los Tratados*, en materiales de Enseñanza de Derecho Internacional Público, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 129.

²¹ Tratado Constitutivo De la Comunidad Europea. Sexta Parte. Disposiciones Generales y Finales. DOCE 25/03/1957. Téngase en cuenta que este Tratado será modificado a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

aplicación o en la interpretación del derecho comunitario deberá ser sometida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.²²

Es decir que, en el momento de suscribir y ratificar dichos tratados internacionales, los Países Miembros, de forma soberana, decidieron delegar el ejercicio de la función jurisdiccional en la Comunidad Andina a un órgano judicial supranacional. Sobre este punto, es importante traer a colación lo señalado por el exmagistrado Luis Rafael Vergara Quintero quien al referirse al término de “supranacionalidad” sostiene que en este:

«...se hace referencia a la trasferencia o traslado de competencias soberanas de los Países Miembros a los Órganos Internacionales que fueron creados mediante decisiones autónomas y soberanas por cada uno de ellos, como puede ser de manera parcial las funciones legislativas o judiciales de los Países Miembros.»²³

Otro argumento para sustentar la tesis de que el ordenamiento jurídico andino sería una norma de tipo especial, frente a otros acuerdos como el de la OMC, por ejemplo, radica en que estos últimos se hallan dentro del contexto de lo que Deustch entiende como organizaciones internacionales con funciones específicas, que se hallan abiertas a todas o casi todas las naciones con mayor énfasis en establecer normas y decisiones nuevas y restringidas, la mayoría de las organizaciones internacionales de este tipo están integradas por gobiernos.²⁴ Mientras que la norma subregional andina es fruto de lo que Deustch denomina como:

«Las organizaciones internacionales específicas pluralistas [que] están habitualmente limitadas en su dominio a algo denominado vagamente como una “región”; es decir, a unos pocos países unidos por algunos lazos geográficos, culturales o históricos, o por vínculos económicos y financieros; o por una ideología política liberal y la similitud de sus instituciones sociales, o por una combinación de los mismos.»²⁵

En ese sentido, el Acuerdo de Cartagena plasma esta unión basada en lazos geográficos, culturales e históricos al señalar que:

Consultado el 4 de enero de 2024 en el siguiente enlace:

<https://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=60002#Ar.219>

²² Patricia Aparicio, *El Control Jurisdiccional de la Conducta de los Estados Miembros del Acuerdo de Cartagena: Alcances y Perspectivas de la Acción de Incumplimiento*, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 69.

²³ Luis Rafael Vergara Quintero, *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 S.A., Portoviejo, 2019, p. 137.

²⁴ Karl W. Deutsch, *El análisis de las Relaciones Internacionales*, s.l., s.f., p. 375.

²⁵ *Ibid.*, p. 331.

«[Los Países Miembros] CONSCIENTES que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia;

(...)

CONVIENEN, por medio de sus representantes plenipotenciarios debidamente autorizados, celebrar el siguiente ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL [refiriéndose al Acuerdo de Cartagena]»²⁶

En consecuencia, podemos decir que los acuerdos celebrados por los Países Miembros de la Comunidad Andina en el marco multilateral o bilateral no forman parte del ordenamiento jurídico andino, en virtud del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal.²⁷ Sin embargo, podrían considerarse como fuente indirecta del derecho comunitario andino, siempre y cuando no sean contradictorios. Ello, en la medida en que los acuerdos celebrados por la Comunidad Andina tienen que sujetarse a las limitaciones establecidas por el Acuerdo de Cartagena.

En este orden de ideas, es pertinente traer a colación el *principio de interpretación consistente*²⁸, mediante el cual los acuerdos celebrados por la Comunidad Andina o por los Países Miembros con terceros países, deben interpretarse a la luz del ordenamiento jurídico andino y de los objetivos consagrados en el Acuerdo de Cartagena.

Asimismo, es preciso señalar que los acuerdos o tratados suscritos entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, a diferencia del ordenamiento jurídico andino, no gozan del principio de aplicabilidad directa, por tal motivo deberán evaluarse caso por caso para verificar si las normas son precisas y eficaces sin necesidad de una

²⁶ Considerandos del Acuerdo de Cartagena.

²⁷ El artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que:

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

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado [refiriéndose al Tratado de Creación del Tribunal] 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;
- 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.»

²⁸ Aldo Blume Rocha, *El principio de interpretación conforme a la constitución como criterio hermenéutico del Tribunal Constitucional*, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.

Consultado el 4 de enero de 2024 en el siguiente enlace:

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6340/BLUME_ROCHA_ALDO_PRINCIPIO_INTERPRETACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

aprobación o desarrollo interno²⁹; es decir, que tengan la característica de *self executing*.

4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Sobre la preferencia de ordenamiento jurídico andino frente al ordenamiento internacional se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de su jurisprudencia.

Cabe resaltar que, si bien dicha referencia en algunos casos se ha realizado de manera tangencial, es debido a que en muchas de las ocasiones no era ese tema litis del asunto.

De esta manera, en la Sentencia del Proceso 2-N-86, proceso seguido por la República de Colombia contra la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, el TJCA se refiere a las características propias del ordenamiento jurídico andino y sobre la obligatoria aplicación de este por parte de los Países Miembros:

«...el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino. Esta consideración cobra la debida relevancia en las previsiones del Tratado Constitutivo del Tribunal, que al haberlo instituido como el órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es decir, como órgano del control de la legalidad en el Acuerdo, en su artículo 5 es taxativo al disponer 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 del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.»³⁰

(Énfasis añadido).

En ese sentido, el TJCA, en su Sentencia del Proceso 10-IP-95, al referirse a la preeminencia del derecho comunitario andino en los temas que son de su competencia frente a otros ordenamientos, señala:

«Asimismo, y ya dentro del espíritu de los fallos más recientes, alienta en las sentencias de este Tribunal la precisión jurisprudencial de que la normativa comunitaria entra a

²⁹ Un ejemplo es el Tratado de Paz celebrado entre Ecuador y Perú en 1999. Si bien, ambos países son miembros de la Comunidad Andina, dicho tratado no forma parte del ordenamiento jurídico andino, sin embargo, algunas partes de este han servido como medio de aceleración y profundización de la integración andina, y han sido recogidas en el ordenamiento jurídico comunitario a través de Decisiones.

³⁰ Sentencia del Proceso 2-N-86 publicada en la GOAC No. 21 del 15 de julio de 1987.

formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en los Países Miembros, como modo o manera expresas de poner de relieve el Tribunal, que esas normas no se "integran" dentro de los ordenamientos nacionales hasta el punto de confundirse con las que lo constituyen, sino que conserva sus características esenciales, entre ellas la de "primacía" calificada unánimemente por la doctrina de consustancial con, o de "existencial" para, este nuevo Derecho.»³¹

En el mismo sentido, ha señalado el Tribunal en su Sentencia del Proceso 30-IP-98 sobre interpretación prejudicial, al referirse a la preeminencia y aplicabilidad directa del derecho comunitario:

«En primer término, es necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, dada la característica intrínseca de primacía, requisito este existencial para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-05 junio 1980), cuando declaró la "validez plena" de los siguientes principios:

- a) El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales.
- b) El ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros.

Estos principios alcanzan su plena validez con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal, a partir del 19 de mayo de 1983 -en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión-, por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión. (Sentencia de interpretación prejudicial del 03 de diciembre de 1987, emitida en el caso 01-IP-87. G.O.A.C. No. 28 del 15 de febrero de 1988. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1984-88, pág. 101).

Además, dichas Decisiones, al igual que las Resoluciones de la Secretaría General, normas comunitarias que forman parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo Cartagena tal como lo consagra el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, adquieren, por su propia naturaleza, fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de sus respectivas fechas de entrada en vigencia.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a lo largo de toda su jurisprudencia, ha destacado conforme lo releva el profesor MOLINA DEL POZO, los siguientes elementos configuratorios de la primacía del Derecho comunitario:

“- La primacía es una condición esencial del Derecho comunitario, que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el Derecho de los Estados Miembros”.

³¹ Sentencia del Proceso 10-IP-95 publicada en la GOAC No. 412 del 26 de febrero de 1999.

De ahí que observa este Tribunal Andino, en un todo conforme con las enseñanzas del profesor PESCATORE- la norma comunitaria postule una “exigencia existencial de primacía” cuando pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en los países que integran la Comunidad, sin perder, acota el Tribunal, esa característica existencial de primacía ni las de aplicabilidad directa y efecto directo que la acompañan.

“- El Derecho comunitario -continúa el profesor MOLINA DEL POZO- afirma su superioridad en virtud de su propia naturaleza, sin depender de las reglas particulares de cada Estado para regular los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.

(...)

(Criterio ratificado en las sentencias producidas dentro de las interpretaciones prejudiciales: 29-IP-95, caso “ROPATEX”, publicada en la G.O.A.C. No. 242 del 22 de enero de 1997; 30-IP-95 y 32-IP-95, casos “SCHEIK”, G.O.A.C. No. 241 del 20 de enero de 1997. Todas aprobadas en fecha 08 de noviembre de 1996 y publicadas también en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tomo V, 1996).»³²

De otro lado, mediante la Sentencia del Proceso 1-IP-96, el Tribunal analiza por primera vez dos ordenamientos jurídicos diferentes para establecer las relaciones entre el sistema jurídico comunitario, como el Acuerdo de Cartagena, y aquel derivado de un tratado internacional, como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Así, señala el TJCA que:

«La doctrina y la jurisprudencia europeas que son pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario, dentro del propósito de formar una comunidad de naciones como el Mercado Común Europeo y la Unión Europea, coinciden en señalar que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohiado por un ordenamiento jurídico nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar el particularismo del derecho puesto al servicio del interés común de los países que se asocian.»³³

Con la Sentencia del Proceso 7-AI-98³⁴, el Tribunal hace referencia exacta a la imposibilidad de que los Países Miembros puedan alegar el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, *so* pretexto de regirse por las normas de la OMC:

«Otro de los argumentos de la demandada hace referencia al hecho de que el Decreto 1207 de 1998 "guarda conformidad en los límites que le impone su Nivel de Consolidación de los Aranceles en la OMC, que es de 10 puntos sobre Arancel Externo Común y que no es aplicable a los Países Miembros de la Comunidad Andina". Argumento que para El Tribunal resulta inaceptable al suponer la coexistencia de dos

³² Sentencia del Proceso 30-IP-98 publicada en la GOAC No. 475 del 1 de septiembre de 1999.

³³ Sentencia del Proceso 1-IP-96 publicada en la GOAC No. 257 del 14 de abril de 1997.

³⁴ Sentencia publicada en la GOAC No. 490 del 4 de octubre de 1999.

ordenamientos jurídicos diferentes de carácter internacional que permitirían que los Países Miembros justificaran sus actuaciones a su elección, sujetándose al que encontraran más conveniente y dejando de cumplir el que les resultara desfavorable. Debe recordarse que, precisamente en relación con el Arancel Externo Común, el artículo 98 del Tratado de manera categórica y en procura de la intangibilidad del Arancel Externo Común por razón de acuerdos realizados por los Países Miembros con terceros, contiene la obligación de que aquellos "se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la subregión". De este compromiso resulta, en primer lugar, la necesaria multilateralidad para el manejo del instrumento en cuestión, así como la primacía de lo acordado comunitariamente con respecto a otros compromisos y a otras posibilidades que se tengan por cualquier País Miembro debido a estar inscrito, bilateral o multilateralmente, en otros regímenes jurídicos internacionales.

En otras palabras, la obligación que tiene la República del Ecuador de respetar y cumplir lo acordado en el seno de la Comisión al contribuir a la expedición de la Decisión 370 por medio de la cual se adoptó el Arancel Externo Común no puede ser soslayada bajo el argumento de que los sobre-aranceles impuestos son compatibles con los niveles que se han negociado en el seno de la Organización Mundial de Comercio. La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exige de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha dejado claramente expresada la naturaleza del principio de supremacía del derecho comunitario. Así lo ha sentado a partir de la sentencia de nulidad del 10 de junio de 1987, producida con motivo del proceso 02-N-86 (G.O.A.C. No. 21 del 15 de julio de 1987. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1994, Tomo I, pág. 90) y más tarde lo ha reiterado en múltiples sentencias.»

(Énfasis añadido).

Asimismo, el TJCA trata el tema de conflicto entre una norma comunitaria y un acuerdo bilateral con terceros países. En su Sentencia del Proceso 1-AI-96 el TJCA recoge la observación hecha por la Junta del Acuerdo de Cartagena³⁵ relativa a la suscripción de un convenio en materia de propiedad industrial entre los gobiernos de Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica que contravenía la Decisión 344.³⁶

³⁵ Actualmente, la Junta del Acuerdo de Cartagena es la Secretaría General de la Comunidad Andina.

³⁶ Esta Decisión, que fuera reemplazada por la Decisión 486 de la Comisión, establece el régimen común sobre propiedad industrial en la subregión andina.

«La Junta, con relación a esta aseveración desea hacer notar a ese honorable Tribunal que el Derecho Internacional Consuetudinario, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que la existencia de un Tratado con un tercer país no puede ser alegada por un Estado como base para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales válidamente adquiridos con otros Estados. De la misma manera al amparo de la existencia de tal Tratado, no puede pretenderse invalidar o desconocer el ejercicio de derechos conferidos a los demás Países Miembros y a los órganos comunitarios por los Tratados que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena.»³⁷

(Énfasis añadido)

En dicha oportunidad, el TJCA no condenó a costas al gobierno ecuatoriano, sin embargo, lo exhortó a modificar el convenio suscrito a fin de adecuarlo al ordenamiento jurídico andino.

Por lo tanto, por los argumentos esgrimidos, queda claro que, de presentarse incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico andino y los compromisos asumidos por los Países Miembros en marcos multilaterales o bilaterales con terceros países, no es posible que los Países Miembros aleguen que su incumplimiento se encuentre justificado.

De esta manera, queda claro que el derecho comunitario andino prima sobre cualquier ordenamiento, y a ello se han comprometido los Países Miembros de la Comunidad Andina.

5. Compromisos bilaterales y su relación con el derecho comunitario andino

Respecto a los acuerdos de libre comercio, los tratados que persiguen la liberación comercial lo hacen estableciendo reglas y normas para eliminar obstáculos en el intercambio comercial a fin de consolidar el acceso a los bienes y servicios que favorecen a la inversión privada, generan empleo, modernizan el artefacto productivo, mejoran la calidad de vida de la población, amplían los mercados, promueven el crecimiento económico y las inversiones tanto nacionales como foráneas, etc.³⁸

En el caso del ordenamiento jurídico andino y los tratados de libre comercio que negocian bilateralmente los Países Miembros con terceros estados, la Decisión 598 adoptada por el Consejo Ampliado de Ministros de Relaciones Exteriores en forma ampliada con los miembros de la Comisión de la Comunidad Andina, establece en su artículo 2, lo siguiente:

³⁷ Sentencia del Proceso 1-AI-96 publicada en la GOAC No. 234 del 21 de noviembre de 1996.

³⁸ César Montaña Galarza, *El potencial Tratado de Libre comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al Derecho Comunitario Andino*, En *Iuris Dictio*, 7(10), 2007. Disponible en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/658>

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

- a) Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.
- b) Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial.
- c) Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad.»

(Énfasis añadido)

En base a lo mencionado, el legislador andino advirtió que, en cualquier compromiso tomado por los Países Miembros con terceros países se debe priorizar la preservación del ordenamiento jurídico andino. De esta manera, se observa que las disciplinas contenidas en los tratados de libre comercio deben ceñirse al ordenamiento comunitario.

Al respecto, Plata y Yepes señalan:

«El Derecho comunitario [andino] se origina y nutre del Derecho internacional común, pero, en virtud de su supranacionalidad, se constituye en un ordenamiento jurídico propio y especializado distinto del Derecho interno y del Derecho internacional común que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior a la ley nacional, a la cual desplaza o sustituye en forma directa y automática (principios de primacía y preeminencia), y sin necesidad de complemento normativo de Derecho interno.»³⁹

Por su parte, Insignares menciona:

«Para que el proceso de integración andino no desaparezca, debe, entre otros aspectos, centrarse en su consolidación como bloque regional, evitando la suscripción de acuerdos bilaterales que se constituyen en obstáculos al momento de continuar evolucionando en la integración...»⁴⁰

(Énfasis añadido)

A manera de ejemplo podemos citar el capítulo de Solución de Controversias de la Alianza del Pacífico, del cual son miembros Colombia y Perú, que reconoce el carácter exclusivo y excluyente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por ende, la primacía del ordenamiento jurídico andino al señalar:

³⁹ Luis Carlos Plata López & Donna Yepes Ceballos, *Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas*, en *Revista de Derecho*, (31), 2009, pp.196-223. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100008&lng=en&tlng=es

⁴⁰ Silvana Insignares Cera. El derecho comunitario andino ¿obstáculo en la integración? *Revista de Derecho*, (27), p. 305. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102712.pdf>

«ARTÍCULO 17.3: **Ámbito de Aplicación**

Salvo que en el presente Protocolo Adicional se disponga algo distinto, las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a la prevención o solución de cualquier diferencia que surja entre las Partes¹ relativa a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Protocolo Adicional o cuando una Parte considere...

¹ Para mayor certeza, el presente Capítulo no aplicará a las diferencias que surjan entre la República de Colombia y la República del Perú respecto de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina.⁴¹

(Énfasis añadido)

De otro lado, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (en adelante CPTPP) del cual el Perú es parte, en su capítulo 18 sobre Propiedad Intelectual también contiene reconocimiento a la preeminencia del ordenamiento jurídico andino en el Anexo:

«Anexo 18-D

Perú

Parte 1: Aplicable al Artículo 18.46 (Ajuste de la Duración de la Patente por Retrasos Irrazonables de la Autoridad Otorgante) y al Artículo 18.48 (Ajuste del Plazo de la Patente por Retrasos Irrazonables)

En virtud de que la Decisión Andina 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, y la Decisión Andina 689, Adecuación de Determinados Artículos de la Decisión 486, restringen a Perú para poder implementar sus obligaciones previstas en el Artículo 18.46.3 (Ajuste de la Duración de la Patente por Retrasos Irrazonables de la Autoridad Otorgante) y en el Artículo 18.48.2 (Ajuste del Plazo de la Patente por Retrasos Irrazonables), Perú se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para obtener una dispensa de la Comunidad Andina que le permita ajustar el periodo de las patentes de una manera que sea conforme con el Artículo 18.46.3 (Ajuste de la Duración de la Patente por Retrasos Irrazonables de la Autoridad Otorgante) y el Artículo 18.48.2 (Ajuste del Plazo de la Patente por Retrasos Irrazonables). Adicionalmente, si Perú demuestra que la Comunidad Andina niega dicha dispensa, a pesar de sus mejores esfuerzos, Perú continuará asegurando que no discrimina con relación a la disponibilidad o disfrute de los derechos derivados de una patente en el campo de la tecnología, el lugar de la invención o a si los productos son importados o producidos localmente. En este sentido, Perú confirma que el tratamiento de las patentes farmacéuticas no será menos favorable que el tratamiento que le dé a otras patentes, con respecto al procedimiento y examen de las solicitudes de patente.»⁴²

(Énfasis añadido)

⁴¹ Disponible en:
https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/En_Vigencia/Alianza_Pacifico/Documentos/espanol/17_SD_FINAL.pdf

⁴² Disponible en:
https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/En_Vigencia/CPTPP/Documentos/tpp/Acuerdo/ES/18_Propiedad_Intelectual.pdf

Como se puede apreciar en los ejemplos dados, como son Alianza del Pacífico y el CPTPP; tan clara es la preeminencia del derecho comunitario andino frente a otros compromisos regionales o bilaterales con terceros países, que los Países Miembros involucrados lo deben tener presente a fin de no comprometerse más allá de lo que la norma comunitaria permite.

Cabe mencionar que, de llegar a suscribirse un acuerdo con un tercer país que incluya un compromiso que sea contrario a la norma comunitaria, el País Miembro involucrado deberá inaplicarlo, priorizando lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino.

6. Conclusiones

Cuando se presenta un conflicto normativo entre derecho internacional público y derecho de la integración, el País Miembro no puede alegar el incumplimiento de uno o de otro so pretexto de no incumplir un compromiso asumido en cualquiera de los dos fueros mencionados.

Cabe mencionar que existen diversos temas de carácter económico y social que se encuentran establecidos en el Acuerdo de Cartagena sobre la actividad reguladora de la Comisión de la Comunidad Andina para que la comunidad supranacional asuma la competencia *ratione materiae*. Condición similar tiene el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en los temas de su competencia.

Con respecto a los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros en áreas comunes al ordenamiento jurídico andino, el tratado internacional se vincula al derecho comunitario, de tal manera que aquel le sirve de marco dentro del cual se mueve la Comunidad Andina para desarrollar su actividad reguladora, sin que ello signifique que el derecho comunitario se subordine a aquel.

En consecuencia, la circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a diversos regímenes internacionales o celebren tratados o convenios bilaterales con terceros países, no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas, so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino. En tal sentido, consideramos que el País Miembro deberá procurar modificar el tratado o convenio violatorio celebrado en contradicción al ordenamiento jurídico comunitario.

En este sentido, se aprecia que los nuevos acuerdos comerciales regionales contienen compromisos que reconocen el carácter exclusivo y excluyente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como foro de solución de controversias, así como de la primacía del derecho comunitario andino frente a otros compromisos plasmados en acuerdos comerciales regionales.

7. Bibliografía complementaria

- Cruz Barney, O. (2018). *La solución de controversias entre Partes en la Alianza del Pacífico*. Revista Mexicana De Política Exterior, (114). <https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/155>
- Gallegos Zúñiga, Jaime R. (2019). *La Alianza del Pacífico, aspectos jurídicos organizacionales y de su sistema de solución de controversias*. Estudios internacionales (Santiago), 51(194). <https://www.scielo.cl/pdf/rei/v51n194/0719-3769-rei-51-194-00075.pdf>
- Gómez Apac, H. R., Vergara Quintero, L. R., Romero Zambrano, H. R., Aguilar Feijoó, L. F., & Rodríguez Noblejas, K. M. (2019). *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*. San Gregorio. Ver enlace; <https://biblioteca.amag.edu.pe/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=30303>
- Iglesias, P. J. (2022, octubre 12). *Trans-Pacific Partnership (TPP): El Capítulo de Propiedad Intelectual*. Centro Competencia - CECO TPP, Capítulo de Propiedad Intelectual y la ley chilena. CeCo; Centro Competencia (CeCo) UAI. <https://centrocompetencia.com/tpp-el-capitulo-de-propiedad-intelectual/>
- Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-IHL, J. (2021). *Los capítulos de inversiones en la Alianza del Pacífico, el CPTPP y el T-MEC: convergencia sustantiva, divergencia procesal*. Derecho PUCP, (86). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/23738>

Lima, enero de 2024.

CAPÍTULO II

ORÍGENES Y TRAYECTORIA DEL «TRATADO CONSTITUTIVO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA»

Álvaro R. Mejía Salazar

Álvaro R. Mejía Salazar

Riobamba, Ecuador (1982). Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho y especialista superior en Tributación, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de los Institutos Ecuatorianos de Derecho Procesal, Derecho Tributario, y Derecho Administrativo, entre otros. Procurador (director jurídico) de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, casa de estudios donde ejerce la docencia de posgrado en el Área de Derecho. Es también docente invitado permanente en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Universidad del Azuay, Universidad San Gregorio de Portoviejo, entre otras. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Federación Ecuatoriana de Exportadores, del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación CIAM y del Centro de Arbitraje, Mediación y *Dispute Board Diálogos*. Perito certificado en Derecho Administrativo y Derecho Tributario por el Consejo de la Judicatura del Ecuador. Es autor de doce libros y una treintena de ensayos publicados nacional e internacionalmente. Sus aportes a la literatura jurídica le han merecido varios reconocimientos oficiales.

Contacto: alvaro.mejia@uasb.edu.ec

ORÍGENES Y TRAYECTORIA DEL «TRATADO CONSTITUTIVO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA»

Álvaro R. Mejía Salazar

Palabras clave

ALALC. Comunidad Andina. Controversias. Tratado constitutivo. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Keywords

ALALC. Andean Community. Disputes/Controversies. Constitutive Treaty. Court of Justice of the Andean Community.

Resumen

El texto describe la evolución histórica de la integración andina y de su mecanismo de solución de controversias, desde los antecedentes con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), el establecimiento del Acuerdo de Cartagena y el Grupo Andino, hasta la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en 1979 y su reforma en 1996. Inicialmente no existió un mecanismo efectivo de solución de controversias entre los países andinos. El Acuerdo de Cartagena remitía al sistema de la ALALC que tenía muchas limitaciones. Ante los incumplimientos frecuentes de las normas andinas, en 1979 se crea el Tribunal de Justicia para controlar la legalidad, resolver controversias e interpretar de manera uniforme el derecho comunitario. En 1996 se reforma el Tratado del Tribunal para otorgarle nuevas competencias, afirmar el sistema jurídico andino y su primacía sobre el derecho interno.

Abstract

The text describes the historical evolution of Andean integration and its dispute settlement mechanism, from the background of ALALC, the establishment of the Cartagena Agreement and the Andean Group, to the creation of the Court of Justice of the Cartagena Agreement in 1979 and its reform in 1996. Initially there was no effective mechanism for resolving disputes between the Andean countries. The Cartagena Agreement referred to the ALALC system which had many limitations. Given the frequent non-compliance with Andean rules, in 1979 the Court of Justice was created to

control legality, resolve disputes and uniformly interpret community law. In 1996, the Treaty of the Court was reformed to grant it new powers, affirm the Andean legal system and its primacy over domestic law.

1. Introducción

El proceso de integración andino tiene sus orígenes en la segunda mitad del siglo XX, cuando un grupo de países latinoamericanos decidió unir esfuerzos para hacer frente a los desafíos del desarrollo y la globalización. Este trabajo analiza la evolución histórica de los mecanismos de solución de controversias en el marco de la integración andina, desde los inicios de la ALALC en la década de 1960, pasando por el Acuerdo de Cartagena de 1969 que dio origen al Pacto Andino, hasta la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en 1979.

Se estudian tanto los antecedentes de estos mecanismos en el esquema fallido de la ALALC, como la ausencia inicial de un órgano jurisdiccional en el Grupo Andino y los problemas que esto ocasionaba. Luego se aborda el proceso que llevó a la firma del Tratado constitutivo del Tribunal Andino en 1979, dotando al ordenamiento jurídico comunitario de un garante judicial especializado. El trabajo también analiza la evolución posterior de esta Corte regional, incluyendo su puesta en funcionamiento en 1984 y las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba de 1996, que ampliaron sus competencias y adaptaron su marco institucional al de la recién creada Comunidad Andina.

En síntesis, este documento estudia la necesidad histórica de contar con una instancia judicial supranacional en el esquema andino de integración, así como el desarrollo progresivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano de control jurisdiccional y unificador de la interpretación del derecho comunitario de los países miembros.

2. Antecedentes de la integración andina y de su mecanismo de solución de controversias

A mediados del siglo XX, la mayoría de países de Hispanoamérica tomó conciencia de la necesidad de establecer un bloque común frente a la inminente globalización y a el posicionamiento hegemónico de ciertos Estados o comunidades de Estados en formación. De la mano de la «Comisión Económica para América Latina y el Caribe» (en lo sucesivo, **CEPAL**) se creó en el año 1955 un Comité de Comercio para que estudiara la posibilidad de establecer un mercado común en Latinoamérica y, desde el comienzo de sus discusiones, este Comité advirtió la necesidad de contemplar los diferentes grados de desarrollo que presentaban los países de la región. Los expertos que asistieron a la primera reunión del Grupo de Trabajo convocado en 1958 por la CEPAL, en Santiago de Chile, destacaron la necesidad de otorgar un tratamiento especial a los países menos avanzados. En esta oportunidad, se trabajó sobre la base de un documento que preparó la Dirección Económica de la Cancillería chilena.

En la segunda reunión de este Grupo, que se efectuó en Ciudad de México el año 1959, se preparó un proyecto de Acuerdo que consideraba la agrupación de los países en tres categorías, con el objeto de permitir que los países más desarrollados del área pudieran otorgar concesiones especiales y transitorias a los países de mediano y menor desarrollo. Todo esto, con el fin de procurar una equitativa distribución de los beneficios de la futura integración. Este fue el antecedente para el establecimiento, en 1960, en la ciudad de Montevideo, de la asociación para promover las economías de los países hispanoamericanos denominada «Asociación Latinoamericana de Libre Comercio» (ALALC).¹ Este proceso de integración fue ambicioso en la teoría, tanto que buscó regular las controversias que se pudieran suscitar entre sus miembros, a través de la emisión del «Protocolo para la solución de controversias», emitido a través de la Resolución ALALC 172, del 12 de diciembre de 1966 (Montevideo) y complementado por la Resolución ALALC 198, del 2 de septiembre de 1967 (Asunción).

Los asociados de la ALALC debían someter todas las controversias que se suscitasen entre ellos y que se refirieran directamente sobre casos específicos y concretos del Tratado de la ALALC, sus Protocolos, Resoluciones y Decisiones que emanen de los órganos de la asociación a procedimientos de solución de controversias establecidos. En especial, se determinó que las materias que se encontrarían sujetas a este régimen de solución de controversias serían los programas de liberación, el tratamiento de nación más favorecida, el atamamiento de tributos internos, las disposiciones especiales sobre agricultura, privilegios e inmunidades, reexportación, libertad de tránsito de las mercaderías, aprovechamiento de las concesiones por los países adherentes, origen de las mercaderías, medidas en favor de los países de menor desarrollo económico relativo, protección del valor de las concesiones, *dumping* y otras prácticas desleales de comercio, acuerdos de complementación y denuncia.²

El procedimiento de solución de controversias iniciaba con una negociación directa que debía ser notificada al Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC. Los resultados de las negociaciones serían obligatorios para las partes. Cuando no se hubiese alcanzado un acuerdo o este solo solucionase parcialmente, la controversia o lo acordado no fuese cumplido, existía la posibilidad de que las partes solicitasen la intervención del Comité Ejecutivo Permanente a manera de mediador. Si no era solucionada la controversia, correspondía que el caso pasara a una fase arbitral. El tribunal arbitral debía componerse de tres miembros que eran elegidos de una lista de juristas que era confeccionada con ese fin. Cada Estado parte podía nombrar un árbitro y su respectivo suplente para que integrasen la lista. Al constituir el tribunal arbitral, las partes en conflicto debían ponerse de acuerdo sobre su composición dentro de treinta días desde que fuese convocado. A falta de acuerdo el nombramiento de los

¹ Leopoldo Durán Valdés, *El Acuerdo de Integración Subregional*, en Revista de Derecho Público, número 10, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1969, p. 174.

² Resolución ALALC 198, del 2 de septiembre de 1967 (Asunción). Disponible en: https://www2.aladi.org/biblioteca/Publicaciones/ALALC/Conferencia_Partes_Contratantes/C_Resoluciones/C_Resolucion_198.PDF (consultado el 21 de enero de 2024).

árbitros debía hacerse por orden alfabético y en forma rotativa, debiendo excluirse a los nacionales de las partes en controversia.

Aunque la jurisdicción del tribunal arbitral, una vez que fuese convocado, era obligatoria, su competencia estaba limitada por la circunstancia de que las materias antes referidas. El Comité Ejecutivo Permanente debía revisar tales materias anualmente y proponer nuevos asuntos para que fuesen incorporados. El tribunal arbitral se podía pronunciar respecto de otras materias solo cuando dicha jurisdicción *ad-hoc* era aceptada expresamente por las partes en conflicto o se autorizaba esa ampliación de competencia, bajo condición de reciprocidad, a través de una declaración realizada unilateralmente por los Estados parte que debía ser notificada a la Secretaría Ejecutiva. Después de la notificación del laudo, podía ser interpuesto recurso de aclaración respecto del contenido del laudo o de la forma en que debía ser cumplido. También se contemplaba un recurso de revisión a causa de circunstancias extraordinarias y decisivas para la decisión del tribunal. En caso de incumplimiento del laudo, la Conferencia de Estados parte debía decidir, para lo cual se excluían los votos de las partes en controversia.³

El «Protocolo para la solución de controversias» fue ratificado por siete de los trece países que conformaron la ALALC. Tanto los Estados que no ratificaron el mencionado Protocolo como aquellos que sí lo hicieron prefirieron usar mecanismos informales para la solución de sus diferendos por medio de negociaciones directas entre las respectivas representaciones nacionales ante la ALALC. Cuando dichas negociaciones no dieron resultado se recurrió a funcionarios de alto rango de las respectivas administraciones nacionales o a comisiones bilaterales de carácter permanente o especial. Muy pocas controversias fueron planteadas ante órganos de la ALALC y cuando así ocurrió su tramitación fue muy informal. Por ello, no es de extrañar que se haya afirmado que los países latinoamericanos prefiriesen usar los mecanismos informales para solucionar sus diferencias.⁴

Así como su mecanismo de solución de controversias, la ALALC, además de encontrar dificultades gubernamentales y de la evidente asimetría de los países asociados, era muy lenta en sus pasos para concretar su puesta en marcha y nunca generó una confianza uniforme entre los trece países asociados.⁵ Fue entonces cuando cinco de los miembros de tal fallida asociación decidieron unir sus esfuerzos para

³ Resolución ALALC 172, del 12 de diciembre de 1966 (Montevideo). Disponible en: https://www2.aladi.org/biblioteca/Publicaciones/ALALC/Conferencia_Partes_Contratantes/C_Resoluciones/C_Resolucion_172.PDF (consultado el 21 de enero de 2024).

⁴ José Miguel Olivares Tramón, *Un órgano de solución de controversias para la ALADI*, en Revista de Derecho Público, número 69, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2007, pp. 188-190.

⁵ Finalmente, en 1980, la ALALC desaparece al instituirse en su reemplazo la «Asociación Latinoamericana de Integración» (ALADI), como resultado del cumplimiento de la Resolución 410, del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC que, a su vez, acataba el encargo que le confería la Resolución 370 (XVIII) de la Conferencia, relativa a la reestructuración de la ALALC.

crear un grupo más pequeño y con realidades e intereses mucho más afines. El 16 de agosto de 1966 se reunieron en Bogotá los presidentes de Colombia, Chile y Venezuela, junto con los representantes de los presidentes de Ecuador y Perú. Allí todos, excepto Venezuela, firmaron un documento, que se conoce con el nombre de «Declaración de Bogotá».

Los objetivos generales fijados por la «Declaración de Bogotá» consistían esencialmente en acelerar el proceso de integración, intensificar la cooperación económica dentro del marco de la ALALC para transformarla en una unión de aduanas gracias a la adopción de un conjunto de medidas destinadas a fortalecer el comercio intrazonal y a la industrialización de los países menos desarrollados; y, coordinar las políticas de los países miembros en materia de comercio, industria y finanzas.

El 18 de mayo de 1967, la «Declaración de los Presidentes de América» admitía oficialmente el principio de los acuerdos subregionales sobre las bases aprobadas en la «Declaración de Bogotá». En la declaración presidencial, expresan su decisión de:

«...adelantar una acción conjunta, a fin de lograr, dentro de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, la aprobación de medidas concretas que atiendan los propósitos formulados en la presente declaración y, en especial, para que se adopten fórmulas prácticas que provean el tratamiento adecuado a la condición de nuestros países, cuyas características corresponden a aquellos de menor desarrollo económico relativo o de mercado insuficiente, todo esto como medio indispensable para lograr el desarrollo económico y equilibrado de la región, de conformidad con el espíritu del Tratado de Montevideo».

Cabe recordar que en el Programa de Acción suscrito en la Conferencia de Jefes de Estado del Continente Americano (abril de 1967, Punta del Este) los presidentes encomendaron a los ministros de relaciones exteriores adoptar las medidas tendientes a propiciar la negociación de acuerdos subregionales.

3. El «Acuerdo de Integración Subregional» («Acuerdo de Cartagena») y su mecanismo de resolución de controversias

En junio de 1967, el programa contenido en la «Declaración de Bogotá» fue puesto en marcha con la creación en Viña del Mar (Chile), de una «Comisión Mixta», cuya misión era la de preparar las bases de un acuerdo subregional. Dos años más tarde, el 26 de mayo de 1969, los representantes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú reunidos en Cartagena (Colombia), firmaron el «Acuerdo de Integración Subregional» partida de nacimiento del Grupo Andino. El 16 de octubre de 1969, el también conocido como «Acuerdo de Cartagena» entró en vigencia. A fines de noviembre de 1969, los Ministros de Asuntos Exteriores de los cinco países andinos se reunieron con el fin de proceder a la puesta en marcha formal del Acuerdo subregional e instalar los Órganos, Junta y Comisión, así como también la sede del Acuerdo. El resultado del voto para la sede favoreció a Lima. La Junta empezó a funcionar en febrero de 1970 y la Comisión tuvo su primera reunión en la primera semana de mes de marzo del mismo año 1970. En enero de 1971, Venezuela notificó a la ALALC su intención

de incorporarse al «Acuerdo de Cartagena», lo que efectivamente ocurrió en febrero de 1973.⁶

El también denominado «Pacto Andino» surgió de la necesidad de preparar la economía de los países de la región para las exigencias del mercado internacional, en atención a sus realidades más similares dentro del continente, estimulando el comercio interregional, la industrialización y el consecuente armónico desarrollo de sus miembros. En ese sentido, se esperaba que la integración impulsase el acceso recíproco a los mercados de los países miembros del grupo, dotándoles de mayor poder de negociación para inserción en el plan internacional, la medida en que permitiría una actuación con unidad y una base para tratar igualmente a todos los países del continente. Constituía un esfuerzo conjunto para superar la condición de subdesarrollo, especialmente, por la reducida dimensión de sus mercados internos que no despertaban intereses del comercio internacional.

En su versión original, los Órganos del Acuerdo fueron:

- a) *La Comisión*, el órgano máximo; lo integraba un representante plenipotenciario titular y uno alterno por cada país miembro. Se reunía tres veces al año en forma ordinaria y, cuando su presidente lo estimaba pertinente, en forma extraordinaria. La Comisión expresaba su voluntad mediante “decisiones”.
- b) *La Junta*, que era el órgano técnico permanente del acuerdo y contaba con tres miembros.
- c) *El Comité Consultivo*, que estaba compuesto por representantes de todos los países miembros y era el órgano de vinculación entre estos y la Junta. Se reunía por convocatoria del presidente de la Comisión o por la de la Junta, a petición de cualquier país miembro.
- d) *El Comité Asesor Económico y Social*, que integraban los representantes de los empresarios y de los trabajadores, asesoraba a los órganos principales del Acuerdo (la Comisión y la Junta) y analizaba las proposiciones de la Junta antes de que las considere la Comisión.
- e) *Los Consejos*, que estaban integrados por representantes de alto nivel, de las instituciones nacionales encargadas de la formulación y ejecución de los planes de desarrollo y de las políticas correspondientes, proponen recomendaciones para facilitar la armonización de las políticas económicas y la coordinación de los planes de desarrollo. Existían Consejos de Planificación, Monetario y Cambiarlo, de Financiamiento, de Política Fiscal, de Comercio Exterior, de Turismo, de Asuntos Sociales, de Integración Física, Agropecuario, de Estadísticas, etcétera.⁷

⁶ Luis Chirinos, *Evolución de la Comunidad Andina (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia) desde 1966 hasta el año 2000*, en Actas del XXXV Congreso AEPE, Almería, AEPE, 2001, pp. 169-170.

⁷ El Ecuador aprobó el «Acuerdo de Integración Subregional», mediante Decreto Ejecutivo No. 1932 de 24 de octubre de 1969. El Acuerdo se publicó en el Registro Oficial No. 345, de 9 de enero de 1970.

Según se aprecia, no existió órgano alguno al que se le confiase la solución de eventuales controversias entre los países andinos en la versión original del «Acuerdo de Cartagena». Se confió a la Comisión el llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios cuando se presentasen discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión. De no lograrse avenimiento, los países miembros se debían sujetar a los procedimientos establecidos en el «Protocolo para la solución de controversias» de la ALALC, al que ya me he referido.⁸

4. El «Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena»

En un inicio, el Grupo Andino se trataba de una instancia intergubernamental puesto que, por ejemplo, las normas adoptadas por la Comisión debían ser incorporadas por los países miembros a su legislación nacional. Es decir, aun no gozaban de aplicación inmediata y tampoco generaban eficacia directa. En esta etapa, como señalamos, aún no existía un Tribunal de Justicia que velara por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los países miembros.

Este período se enmarca en la primera *ola de regionalismo* en el continente, la cual promovía el desarrollo endógeno de los países a través de la industrialización sustitutiva de importaciones y la profundización de las relaciones comerciales entre socios, con miras a la conformación de un mercado ampliado. La aplicación de este modelo no tuvo los resultados esperados y los propios precursores de su implementación sugirieron reformas. Uno de los aspectos que causó este escenario negativo en el ámbito andino fue la falta de consenso entre los países miembros sobre la obligatoriedad de los compromisos asumidos, así como la ausencia de una institución que ejerciera el control sobre su cumplimiento.⁹

En ese sentido, después de un proceso iniciado por la Junta del «Acuerdo de Cartagena» y tomando en cuenta la «Declaración de los Presidentes de los Países Miembros», suscrita en Bogotá el 8 de agosto de 1978, en la que señalaron expresamente que el avance de la integración andina demuestra:

«...la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo»¹⁰.

⁸ «Acuerdo de Integración Subregional», artículo 23.

⁹ Gustavo García Brito, *El rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los 50 años de integración subregional*, en *Comentario Internacional*, número 20, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021, pp. 171-172.

¹⁰ Acta Final del XXIV Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, celebrado entre el 17 de abril y el 15 de agosto de 1978.

En efecto, para superar estas problemáticas y los incumplimientos sistemáticos de los países miembros del Pacto Andino que inestabilizaba el Acuerdo y estancaba su proceso, el 28 de mayo de 1979 se firmó el «Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». Ha de recordarse que por esa época los países miembros eran extremadamente cautelosos en cuanto a su soberanía, por lo que era de esperarse que sus gobiernos prefirieran las resoluciones de sus cortes nacionales. Pese a ello, y considerando las opiniones de los expertos del Instituto para la Integración de América Latina y El Caribe (INTAL) —y así distanciarse de la ALALC—, durante el diseño del proyecto del Tratado quedó la idea fija de un órgano jurisdiccional muy similar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero enfocado a la propia realidad e intereses de la subregión. Lo último, también significó que el ordenamiento andino pasaría a estar regido por los mismos principios de un Derecho *sui generis*, es decir, el Derecho Comunitario, que había regulado y había sido esencial para la integración europea: primacía, aplicabilidad directa y efecto directo.¹¹

Tras un dilatado proceso de ratificaciones estatales, el Tratado constitutivo entró en vigencia el 19 de mayo de 1983. De este modo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena se convirtió en el órgano jurisdiccional del Pacto Andino con «capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente». Los cinco primeros artículos del Tratado de Creación se refieren al ordenamiento jurídico del proceso de integración, estableciendo su sistema de fuentes, así como sus características esenciales de obligatoriedad, aplicación inmediata y efecto directo; y, consagrando el denominado principio de cooperación leal. Por el cual, los países miembros asumieron la obligación positiva (de hacer) en relación con la adopción de todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los compromisos previstos en la normativa andina, y la obligación negativa (de no hacer), por lo que queda proscrita la adopción de medidas nacionales contrarias al nuevo ordenamiento jurídico comunitario, o inclusive aquellas que obstaculicen su aplicación.

A partir del artículo 6 del Tratado se encuentran las regulaciones sobre la creación y organización de esta Corte Internacional, y a partir del artículo 17 las referidas al ejercicio de las tres competencias atribuidas, en ese momento, por los países miembros:

- a) *Acción de Nulidad*: control de legalidad de los actos de la Comisión y la Junta.
- b) *Acción de Incumplimiento*: control sobre el cumplimiento de los compromisos y obligaciones de los países miembros.
- c) *Interpretación Prejudicial*: garantía de interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

¹¹ Yolanda Mendoza Neyra, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la singularidad del proceso de integración andino*, en Comentario Internacional, número 20, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021, pp. 207-208.

- d) El artículo 33 establecía que el Tribunal contaba con jurisdicción exclusiva y excluyente para resolver las controversias que surgieran con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Posteriormente, el 2 de enero de 1984, el recién creado Tribunal se instaló en la ciudad de Quito, Ecuador, y los cinco primeros Magistrados iniciaron su labor misional de administrar justicia en la subregión andina¹². Durante la primera década de funcionamiento del Tribunal (1984-1994) solo se atendieron 40 solicitudes de interpretación prejudicial, 4 acciones de nulidad, y ninguna acción de incumplimiento¹³.

5. El Protocolo Modificadorio del «Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena»

Con el «Protocolo de Quito», en mayo de 1987, documento modificadorio del «Acuerdo de Cartagena», se inició un proceso de consolidación y actualización del Grupo Andino, el cual afianzó sus bases políticas con la Declaración de Caracas; el Manifiesto de Cartagena y las reuniones de Galápagos en 1989, La Paz y Machu Picchu en 1990, Caracas en 1991. En principio, se trataba de ajustar el Pacto a las nuevas tendencias mundiales de modernización e internacionalización de las economías, ante lo cual América Latina no podía ser indiferente. Asimismo, después de un largo período de deterioro económico y jurídico, se buscaban medios para incentivar la integración. Los años noventa coinciden con el resurgimiento del espíritu integracionista del Pacto Andino, y esto produjo, como consecuencia, los correspondientes cambios en las estrategias del Acuerdo.¹⁴

De esta manera, los miembros del Grupo Andino firmaron el «Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)», en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, que entraría a regir en junio de 1997. Este Protocolo constituye un parteaguas en la historia de la integración andina, pues creó la «Comunidad Andina de Naciones» y el «Sistema Andino de Integración», superando criterios ya caducos para las asociaciones estatales. Muy importante en esta reforma fue la construcción institucional sistémica e integral de la integración a través de la creación de órganos e instituciones que se pretendía que funcionen en un todo coherente.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no permanecía ajeno a los necesarios afanes reformistas de los noventa. Así, a finales de 1990 los Presidentes de los países andinos, mediante el «Acta de La Paz», encomendaron al Consejo de

¹² Gustavo García Brito, *Op. Cit.*, pp. 173.

¹³ Ver Informe Estadístico 1984-2014 elaborado por la Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁴ Roberto González Arana, *El Pacto Andino (1969-1999). Un balance a tres décadas de su fundación*, en Investigación y Desarrollo, número 10, Barranquilla, Universidad del Norte, 1999, p. 133.

Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena que elaboraran una “propuesta” destinada a eliminar los incumplimientos del ordenamiento jurídico que incluyera, si fuere el caso, los “elementos para reformar” el Tratado del Tribunal de Justicia. Como consecuencia de ese mandato de los Presidentes de los Países Andinos, se conformó una Comisión de Alto Nivel, la cual, reunida en Lima el 20 de marzo de 1991, emitió su informe concluyendo que era necesario insistir previamente en la cabal utilización de los mecanismos previstos en las normas existentes, a los fines de comprobar su operatividad; y añadiendo que la facultad concedida a la Junta del Acuerdo en relación con la acción de incumplimiento, por el artículo 23 del Tratado del Tribunal debía «ser ejercida con toda amplitud y autoridad reconocidas por el artículo 15 del Acuerdo de Cartagena, en virtud del cual corresponde a ella (a la Junta) velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones».

Al siguiente año, en el «Acta de Caracas» de 18 de mayo de 1991, los Presidentes de los países miembros resolvieron «encomendar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que revise el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta para tal efecto las sugerencias de modificación presentadas por algunos Países Miembros, la Comisión de Alto Nivel y el propio Tribunal». En desarrollo de este mandato el Tribunal, en junio de 1991, presentó a consideración de los gobiernos de los Países Miembros otro proyecto de modificaciones a su Tratado Constitutivo, en el que se incorporaron nuevas disposiciones. Por recomendación de los Presidentes de los Países Andinos en el «Acta de Barahona» de 4 de diciembre de 1991, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Ecuador convocó a una reunión de Plenipotenciarios de los Países Miembros, con el objeto de avanzar en el estudio de las reformas sugeridas al Tratado de creación del Tribunal hasta la fecha y suscribir el anunciado Protocolo modificadorio.

Los Plenipotenciarios reunidos en Quito el 18 de marzo de 1992, aprobaron un documento denominado «Acta de la I Reunión de los Plenipotenciario», al mismo tiempo resolvieron suspender la reunión para continuarla en la primera semana de mayo del mismo año, sin que hubieran logrado concluirla hasta la referida fecha señalada supra, 18 de agosto de 1995, cuando «la Segunda Reunión de Plenipotenciarios para la reforma del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» concibió las normas que constituyeron un nuevo proyecto de los Países Miembros a través de sus Plenipotenciarios, quienes acogieron en sus líneas generales, pero también ampliándolo y profundizándolo, el señalado Proyecto del Tribunal. El referido «Proyecto de Protocolo Modificadorio al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena», adoptado en Quito, fue tomado muy en cuenta en la Cumbre Presidencial de Trujillo de marzo de 1996, en la que los Jefes de Estado y sus Cancilleres acordaron solo “ajustarlo” al Protocolo Modificadorio que en esa ciudad peruana creó la «Comunidad Andina» y estableció el «Sistema Andino de Integración».¹⁵

¹⁵ Gualberto Dávalos García, *La misión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en Memorias del Seminario internacional «La integración, derecho y los Tribunales Comunitarios», Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996, p. 44-46.

En cualquier caso, la imperiosa necesidad de la modificación de las normas rectoras del entonces ya denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina llevó a que los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela finalmente suscribieran el «Protocolo Modificadorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena», en la ciudad boliviana de Cochabamba, el 28 de mayo de 1996. Hasta la actualidad, esta es la versión de la carta fundamental del Tribunal Andino que se mantiene vigente.

Si bien no es materia de esta investigación el análisis mismo de los contenidos de este cuerpo normativo, considero importante el referirme brevemente a las principales reformas que introdujo el «Protocolo de Cochabamba». El artículo primero de la reforma diseñó un sistema de fuentes jurídicas supranacionales. El sistema de fuentes jurídicas supranacionales está compuesto por:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

El artículo tercero consagró como característica principal de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de las de la Comisión de la Comunidad Andina y de las resoluciones de la Secretaría General, la aplicabilidad inmediata. Solo excepcionalmente, en los eventos dispuestos por ellas mismas, sus contenidos deben ser incorporados mediante actos de derecho interno al ordenamiento jurídico de los países miembros. La regla general es su vigencia automática por ser normas supranacionales. El artículo cuarto del Protocolo consagró la supremacía y la aplicación directa de esa normativa comunitaria frente a los ordenamientos jurídicos de cada país. En efecto, los países miembros se comprometieron a «no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación». Respecto de las acciones jurisdiccionales, la regulación de la Acción de nulidad, de la Acción de incumplimiento y de la Interpretación prejudicial fue mejorada. A estas competencias que originalmente poseía el Tribunal, se sumaron tres más: el Recurso por omisión o inactividad, la Función arbitral (que hasta la presente fecha no ha logrado operatividad) y la Jurisdicción laboral.

6. Conclusión

Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados tomaron conciencia de que la mejor manera de afrontar los desafíos económicos, sociales y de relaciones internacionales era la unión. En atención a ello se dieron los procesos europeos e hispanoamericanos de integración, donde, la experiencia de este último no fue satisfactoria dado, principalmente, las asimetrías de varios de sus miembros. Por ello la unión subregional de países con mayores coincidencias como los pertenecientes a la franja

andina de Sudamérica fue y continúa siendo un mecanismo con resultados considerables respecto de los objetivos de desarrollo mancomunado que persigue todo proceso de integración.

Desde sus orígenes en 1969, el Pacto Andino ha pretendido articularse como un mecanismo que coadyuve a que sus países miembros logren una mejor inserción en el mercado subregional y mundial, máxime de facilitar relaciones interestatales más cercanas. No obstante, como ocurre en cualquier relación bilateral o multilateral, desavenencias o discrepancias pueden producirse en los procesos de integración. De allí la necesidad de contar con un mecanismo de solución de controversias que pudieren generarse respecto de la observancia de las normas y compromisos adquiridos por los Estados asociados. Inicialmente, el Grupo Andino se allanó al procedimiento de negociación directa, mediación y arbitraje de la ALALC, el cual en la práctica no fue aplicado. Tuvo que transcurrir una década para que se suscribiera el «Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena», a través del cual, el Pacto Andino contó finalmente con su propio órgano jurisdiccional.

En más, el Tribunal de Justicia del Grupo Andino ha venido ejerciendo su labor jurisdiccional en favor de las comunidades que conforman los países andinos, ajustándose a los necesarios cambios generales implementados por el «Protocolo de Trujillo» y a la reforma específica que para esta institución se dio a través del «Protocolo de Cochabamba».

El trajinar de la norma fundamental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido más bien sosegado y prácticamente superado el primer cuarto del siglo XXI, se ve desafiado por los nuevos retos que la casuística ya experimentada y el mundo actual, embebido en la globalización y la tecnología, le reclama, máxime de la puesta en marcha del procedimiento arbitral, deuda pendiente desde 1996. Es tiempo, por tanto, de una nueva revisión del «Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» a fin de ajustar la regulación orgánica y competencial del órgano de justicia andino a los requerimientos actuales.

Quito, enero de 2024.

CAPÍTULO III

EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN

SUBCAPÍTULO I

FORTALECIENDO LA INTEGRACIÓN: LA RELACIÓN DE COLABORACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Adriana Alegrett Salazar

Adriana Alegrett Salazar

Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y la Pontificia Universidad Católica del Perú. En la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador) completó el Diplomado Superior en Relaciones Internacionales (mención Negociaciones Económicas Internacionales) y egresó de la Maestría en Relaciones Internacionales (mención Comercio e Integración). En la Universidad de Buenos Aires realizó el Curso Intensivo de Posgrado «Régimen Legal del Comercio Exterior», el Curso Intensivo de Posgrado «Propiedad Industrial» y el Curso Intensivo de Posgrado «Derecho Aduanero y de la Integración». Actualmente cursa la Maestría en Educación en la Universidad Internacional de la Rioja.

Fue abogada asesora de magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ha sido funcionaria internacional en la Secretaría General de la Comunidad Andina, desempeñándose como asesora legal, así como jefa del Servicio Jurídico del organismo de integración; lugar al que además ha permanecido vinculada como consultora.

Ha sido profesora en Perú en la Universidad de Piura y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en Argentina, en la Universidad Abierta Interamericana y la Universidad Tres de Febrero. Actualmente es profesora de Derecho de la Integración en la Universidad Austral y de Derecho Global y de la Integración en la Universidad de Buenos Aires (Programa Procuración de la Ciudad). Ha liderado y organizado diferentes programas de capacitación para jueces, magistrados, abogados y funcionarios públicos en diferentes países de la Comunidad Andina, así como charlas, talleres y seminarios sobre diferentes aspectos del derecho de integración tanto en la región andina como en Argentina.

Es autora de varios artículos relacionados a diferentes aspectos del derecho de integración y comercio. Es miembro de la Asociación Legal de las Américas ALAS, vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho Comunitario y de la Integración – SIDECI y secretaria ejecutiva de la Comisión de Juristas para la Integración Regional de la Cancillería Argentina (CJIR). Se desempeña como consultora legal en temas de Derecho de Integración y Comercio.

FORTALECIENDO LA INTEGRACIÓN: LA RELACIÓN DE COLABORACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Adriana Alegrett Salazar

Palabras clave

Secretaría General de la Comunidad Andina. Sistema Andino de Integración. Fortalecimiento del sistema de solución de controversias. Cooperación.

Keywords

Andean Community General Secretary. Andean Integration System. Strengthen dispute settlement. Cooperation.

Resumen

Hablar de la Secretaría General, así como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es hablar de dos de los órganos permanentes más importantes del Sistema Andino de Integración. Son los guardianes principales del derecho comunitario, el mayor patrimonio y fortaleza de la integración andina. En el presente artículo, se analizará cómo estos dos organismos —respetando la necesaria imparcialidad que debe existir en el ejercicio de la justicia— cooperan entre sí y, con base en sus competencias, en todo aquello que sea necesario para proteger y fortalecer el Sistema Andino de Integración, y coadyuvar en el cumplimiento de sus objetivos en favor de sus ciudadanos.

Abstract

If we talk about the Andean Community General Secretary or Court of Justice, we will be talking about two of the most important permanent bodies of the Andean Integration System. They are the main guardians of the Andean Community Law, the greatest heritage and strength of the Andean integration. With this paper, we will be analysing how these two Organisations —respecting the necessary impartiality that must exist in the exercise of justice— cooperate with each other, and based on their competencies, in whatever that is necessary to ensure, protect and strengthen the Andean Integration System, and contribute to the fulfilment of its objectives for the benefit of their citizens.

1. Introducción

Hablar de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es hablar de dos de los órganos permanentes más importantes del Sistema Andino de Integración (en adelante, **SAI**). Son los guardianes principales del derecho comunitario, el mayor patrimonio y fortaleza de la integración andina. Entidades que —siempre manteniendo la observancia de sus competencias y la imparcialidad que exige su naturaleza— también cooperan para alcanzar los objetivos establecidos en el Acuerdo de Cartagena y garantizar la justicia en el territorio andino.

La existencia del Tribunal de Justicia y la Secretaría General, tal como han sido establecidos en la Comunidad Andina y las competencias que les han sido otorgadas, distinguen al proceso de integración andino de otras iniciativas de la región.

Ambos órganos comunitarios, supranacionales y permanentes, fueron creados con la visión de alcanzar un proceso de integración profundo, respaldado por un sólido ordenamiento jurídico y un sistema que permitiera reconocer que, en la Subregión andina, hay estado de derecho y seguridad jurídica.

Para analizar la relación entre el Tribunal de Justicia y la Secretaría General, se hace necesario conocer brevemente los orígenes, competencias y funcionamiento de esta última.

2. De la Secretaría General de la Comunidad Andina

El 10 de marzo de 1996 fue suscrito el Protocolo de Trujillo —modificatorio del Acuerdo de Cartagena— por el cual es creado el SAI¹, con la finalidad principal de permitir mayor coordinación entre los órganos e instituciones que lo componen y así profundizar la integración subregional andina y promover su proyección externa.

La Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, **SGCA**), constituida como el órgano ejecutivo del SAI, reemplazó a la Junta del Acuerdo de Cartagena, para dar paso a una institución más sólida y con mayores atribuciones en favor de la integración andina y sus Países Miembros, iniciando sus funciones en agosto de 1997.

La SGCA, de acuerdo a las atribuciones concedidas por los Países Miembros en el Acuerdo de Cartagena y la Decisión 409², actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión, otorga apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del SAI, efectúa los estudios técnicos y las coordinaciones que le encomienden los otros órganos del SAI, mantiene vínculos permanentes de trabajo con los Países

¹ Artículo 6 del Acuerdo de Cartagena codificado mediante la Decisión 563, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 de 1 de julio de 2003.

² Decisión 409 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Reglamento de la SGCA), publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 285 de 6 de agosto de 1997.

Miembros y con los órganos regionales de integración y cooperación, entre otras atribuciones.

Estas atribuciones no son menores, ya que la SGCA desarrollándolas y coordinando permanentemente con los Países Miembros y con los demás órganos e instituciones del SAI contribuye al fortalecimiento del proceso de integración.

Este organismo es dirigido por un Secretario General que debe ser un ciudadano de alguno de los Países Miembros, elegido por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante, **CAMRE**) en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, **Comisión**). El Secretario General está acompañado por Directores Generales a quienes él designa, en consulta con los Países Miembros³. El Secretario, los Directores y los funcionarios⁴ de la SGCA —de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 8 y 26 del Reglamento de la SGCA— no podrán seguir instrucciones de ningún gobierno, sino que deberán actuar en favor de la Subregión. Con ello se busca la existencia de una institución imparcial, con autonomía funcional y transparente⁵.

La SGCA funciona de manera permanente en Lima y es un órgano comunitario, es decir, no participan gobiernos ni funcionarios de instituciones estatales. Los funcionarios de la SGCA son funcionarios comunitarios, elegidos por concurso público y otros mecanismos contemplados en la Decisión 409 (Reglamento) y la Resolución 1075 (Reglamento Interno). La SGCA no es solo un «órgano técnico y ejecutivo, sino también [por su carácter] de órgano comunitario que aglutina la defensa de los intereses del conjunto de los Estados»⁶.

Señala el profesor Jorge Quindimil que la SGCA cumple una labor supremamente importante por las atribuciones que le han sido encargadas, creando puentes con otros organismos internacionales, por el rol de apoyo técnico a diferentes órganos e instituciones del SAI y, en especial, los vínculos de trabajo que genera con esos otros miembros.

En el marco del SAI, la SGCA cumple el rol de órgano ejecutivo y en el desarrollo de sus funciones vela por la aplicación del Acuerdo de Cartagena y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, ejerciendo una

³ Artículo 35 del Acuerdo de Cartagena.

⁴ Los funcionarios son seleccionados y nombrados de acuerdo con lo que señala el Reglamento de la SGCA (Decisión 409), el Reglamento Interno de la SGCA (Resolución 1075 y sus modificatorias) y normas complementarias de la materia.

⁵ Adriana Alegrett Salazar, *La convergencia institucional en Suramérica: el aporte de la Comunidad Andina al proceso de integración suramericano*, en *Revista de la Integración*, Secretaría General de la Comunidad Andina, N° 2, julio 2008, *La construcción de la integración suramericana*.

⁶ Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

labor de control o de guardianas del derecho, pudiendo determinar si algún País Miembro ha impuesto una restricción o un gravamen al Programa de Liberación — importante columna para la construcción de nuestro mercado común— o ha incumplido el resto de las normativas y la institucionalidad andina, funciones reguladas en las Decisiones 409, 425 y 623⁷. Asimismo, al ser la SGCA la depositaria de los acuerdos y la que publica la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, su labor es fundamental para la aplicación de las normas comunitarias.

Esta es una labor similar a la que a nivel jurisdiccional realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **TJCA**); siendo por ello tan importante para el fortalecimiento de nuestro proceso de integración, la relación y colaboración entre la SGCA y el TJCA.

3. Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

A lo largo de la presente obra se desarrolla al detalle información sobre el origen y funcionamiento del órgano jurisdiccional comunitario, el cual es competente para conocer acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, interpretaciones prejudiciales, recursos por omisión o inactividad, demandas laborales y casos arbitrales.

Es por eso que me limitaré a recordar que su principal función, según el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCA, es controlar la legalidad de las normas andinas, salvaguardar los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Cartagena y demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, así como garantizar la aplicación uniforme de ese derecho.

Para garantizar la debida imparcialidad de un órgano que imparte justicia, por naturaleza, el TJCA es independiente de los gobiernos de los Países Miembros y de los demás órganos e instituciones del SAI, y tiene la capacidad de declarar el derecho comunitario andino, de dirimir las controversias que surjan de su aplicación y de interpretarlo de manera uniforme⁸.

Se encarga de salvaguardar los intereses comunitarios, así como los derechos de los Países Miembros y sus ciudadanos. Para ello, de acuerdo con las competencias que le fueran otorgadas, el Tribunal de Justicia vigila que los Estados que forman parte de la Comunidad Andina cumplan con los compromisos que han adquirido con la suscripción del Acuerdo de Cartagena.

⁷ Decisión 409 (Reglamento de la Secretaría General), Decisión 425 (Reglamento de procedimientos administrativos) y Decisión 623 (Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento).

⁸ Reseña del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/nosotros/resena/>

Asimismo, ejerce el control de legalidad de las normas adoptadas por los distintos órganos del SAI con capacidad normativa a través de la acción de nulidad. Es decir, tiene la posibilidad de analizar la legalidad de los actos incluso de la SGCA cuando sean impugnados por algún País Miembro, el CAMRE, la Comisión, la SGCA o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos⁹.

Por otra parte, a través del Recurso por Omisión o Inactividad, el TJCA vigila que la SGCA y otros órganos del SAI cumplan las funciones a las que estuvieren obligados por el ordenamiento jurídico comunitario andino y es posible que los compela a ejecutarlas¹⁰.

Asimismo, el TJCA tiene como atribución dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del SAI¹¹.

También es competente el TJCA para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del SAI¹². Adicionalmente, el artículo 136 de su Estatuto explica que las referidas controversias son aquellas que puedan suscitarse entre los órganos e instituciones del SAI y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable.

Finalmente, al ser un órgano del SAI, el TJCA —observando sus competencias— puede participar en todas aquellas actividades que de manera coordinada y conjunta se lleven adelante por el SAI para el fortalecimiento del proceso de integración y para alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena. Esto no implica que la imparcialidad o independencia del TJCA pueda verse afectada.

Dentro del SAI podríamos decir que de alguna manera —si hacemos un símil con los poderes de los Estados— contamos con un “poder ejecutivo” o de funciones ejecutivas y de dirección política (Consejo Presidencial Andino y Secretaría General), “poder judicial” (el TJCA) y “poder legislativo” u órganos normativos (CAMRE y Comisión); que deben coordinar acciones para el cumplimiento de los compromisos pero que por supuesto existe entre ellos, una separación de poderes, rigiéndose por el principio de unidad, el principio autonomía e independencia, el principio de atribución de competencias y el principio de equilibrio¹³; para así garantizar que en nuestro sistema rijan la democracia, estado de derecho y justicia, y el mismo se fortalezca como una comunidad de derecho.

⁹ Artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁰ Artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹¹ Artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹² Artículo 40 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹³ Quindimil López, *Op. Cit.*

4. De la colaboración entre la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad, como guardianes del ordenamiento jurídico comunitario

El artículo 30 del Acuerdo de Cartagena establece que:

«**Artículo 30.-** Son funciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina:

- a) Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión;
- (...)
- f) Efectuar los estudios técnicos y las coordinaciones que le encomienden los otros órganos del Sistema Andino de Integración y otros que a su juicio sean necesarios;
- (...)

Con base en esto, la SGCA y el TJCA pueden mantener vínculos de trabajo colaborando entre sí, en especial, en acciones de fortalecimiento, aplicación y difusión del ordenamiento jurídico comunitario.

La SGCA, como órgano ejecutivo y técnico, podría apoyar al órgano jurisdiccional en diferentes investigaciones (con estudios técnicos), en especial si consideramos la estructura orgánico funcional de la SGCA, que cuenta con un importante número de funcionarios técnicos expertos en diversos aspectos de la integración, que podrían complementar y cooperar con el órgano jurisdiccional en todo aquello que sea necesario. Esto sería factible ya que podría entenderse, de lo dispuesto en el literal f) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena, que la SGCA podría efectuar estudios técnicos a solicitud del TJCA como órgano del SAI.

Sin embargo, es oportuno ser enfáticos en que el hecho de que, aunque el TJCA mantiene un vínculo de trabajo estrecho con la SGCA y pudiera considerarse necesario solicitar el apoyo sus expertos para el análisis de ciertos hechos técnicos de casos que estén siendo conocidos por el órgano jurisdiccional o en general para trabajos de investigación, no implica injerencia de la SGCA en la resolución de casos que esté conociendo el Tribunal, no implica una contradicción al principio de imparcialidad en la justicia, así como no habría una afectación a la independencia y autonomía del órgano jurisdiccional. La SGCA estaría simplemente cumpliendo con lo dispuesto en los literales a) y f) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena.

La SGCA y el TJCA pueden colaborar entre ellos sin dejar de observar y respetar la autonomía de cada uno de los órganos. La colaboración en esos posibles casos podría contribuir a un mejor decidir en algún caso concreto.

Se podría trabajar en conjunto —y se ha hecho— en análisis y acciones para el mejoramiento del sistema de solución de controversias, a fin de fortalecer y analizar diversos aspectos contemplados en las normas del TJCA (estadísticas de procedimientos, revisión de régimen de sanciones por incumplimiento de sentencias,

recomendaciones para el fortalecimiento del sistema de solución de controversias, proyectos de reforma normativa, incluso apoyo técnico para la implementación y mejoramiento del sistema de videoconferencias, acceso a bases de datos normativas, entre otros).

Asimismo, en la organización de actividades conjuntas referidas a la difusión del derecho comunitario, es de larga data la colaboración sobre estos temas que han desarrollado la SGCA y el TJCA, especialmente: organización de seminarios, organización de encuentros de magistrados, preparación de proyectos de normas, diseño de programas de capacitación, elaboración de propuestas para el mejoramiento del régimen de sanciones por incumplimiento de sentencia, propuestas de reformas institucionales, entre otras¹⁴.

A ambas instituciones las une un muy importante fin: velar por la aplicación del Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del TJCA y demás normas que forman parte del derecho comunitario, así como garantizar el acceso de los ciudadanos a la justicia comunitaria y contribuir en el fortalecimiento del patrimonio institucional.

El trabajo conjunto que adelanten el TJCA y la SGCA, conlleva a la consolidación de nuestro proceso de integración; que encuentra su principal fortaleza precisamente en el ordenamiento jurídico comunitario y el sistema andino de solución de controversias. Esto nos distingue de otros procesos de integración de la región y nos permite decir que en la Comunidad Andina se ha construido una comunidad de derecho.

5. De los convenios, acuerdos y colaboraciones

La SGCA y el TJCA han suscrito diversos convenios que facilitan la relación de cooperación entre ambos órganos y han regulado la forma de contribución entre ellos, demostrando que entre estos organismos prima el interés de fortalecer el proceso de integración andina, garantizando al ciudadano el acceso a la justicia.

Algunos de estos convenios son¹⁵:

- Memorándum de Entendimiento entre la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena¹⁶.

¹⁴ Ver documentos de trabajo y documentos informativos: SG/di884, SG/di776, SG/di751, SG/di483, SG/dt377, SG/dt376, SG/dt314 y SG/dt300. Todos han sido expedidos por la SGCA y en la mayoría de los casos se puede acceder a través de la web: <https://www.comunidadandina.org/>

¹⁵ Los documentos descritos en este acápite figuran listados en la sección «Convenios» de la web de la SGCA: <https://www.comunidadandina.org/>. Sin embargo, no es posible acceder a todos los documentos.

¹⁶ SG/ct 49 de 27 de agosto de 1987.

En este memorando se prevé que el Tribunal y la Junta del Acuerdo de Cartagena convienen en aunar sus esfuerzos con el propósito de adelantar acciones en torno a proyectos de interés y en los cuales coinciden los planes de trabajo, adoptando las modalidades operativas y formas concretas de colaboración y coordinación de esfuerzos que mutuamente se convengan. Asimismo, ratifican su disposición de mantener consultas periódicas para contar con la información actualizada sobre el desarrollo de sus programas de actividades. La cooperación entre las dos instituciones se efectúa principalmente mediante la organización de foros, el intercambio de expertos, investigaciones conjuntas y consultas específicas.

- Convenio Marco de coordinación para la ejecución del proyecto de difusión del derecho comunitario andino y de las competencias del TJCA¹⁷.

Tiene por objeto establecer un mecanismo de coordinación entre la SGCA, el TJCA y la Comisión Andina de Juristas para la ejecución del Proyecto de Difusión del Derecho Comunitario Andino y de las Competencias del TJCA a los Países Miembros.

- Memorando de cooperación interinstitucional entre la SGCA y el TJCA¹⁸.

Prevé que la SGCA le otorgue acceso remoto al TJCA a los archivos electrónicos de documentos de los cuales la SGCA es depositaria. En el caso de documentos que, según las disposiciones pertinentes, tengan carácter confidencial, reservado o restringido, la SGCA se reserva el derecho de no permitir el acceso remoto. Sin embargo, el TJCA podrá hacer solicitudes específicas para acceder a estos documentos.

- Convenio de Colaboración Interinstitucional entre la SGCA y el TJCA. Suscrito el 26 de mayo de 2016.

Prevé acciones conjuntas en temas de interés común, acciones conjuntas para participación en foros, seminarios de interés, procesos de interconexión moderna con base en plataformas tecnológicas, intercambio de información sobre casos que son atendidos por órganos del SAI, promoción de intercambio de experiencias, buenas prácticas institucionales, información estadística, promoción de visitas recíprocas entre ambos organismos, apoyo para renovación y actualización tecnológica de la SGCA y otras actividades de intereses en el marco de sus atribuciones.

En este punto —si bien no se trata de un convenio— podríamos mencionar la adopción de la Decisión 865 del CAMRE reunido en forma ampliada con la Comisión, por la

¹⁷ SSG/CO-TAJ-CAJ/033 y SG/di 483 de 23 de enero de 2003.

¹⁸ SG/ct110 de 23 de mayo de 2002.

cual, bajo la recomendación del Grupo de Trabajo de Presupuesto y considerando unos saldos no ejecutados de la SGCA, se autorizó a la SGCA a efectuar una transferencia financiera reembolsable a favor del TJCA hasta por la suma de USD \$300.000,00 para financiar parcialmente la operatividad de dicho órgano jurisdiccional, puesto que el TJCA —a pesar de su gran importancia— no contaba con recursos económicos suficientes para cubrir sus gastos operativos, debido a la falta de pago de algunas cuotas por parte de los Países Miembros.

Asimismo, en convenios suscritos por la SGCA con otras entidades y fuentes cooperantes se ha considerado la posibilidad de contar con el apoyo y a su vez de colaborar con el TJCA. Veamos algunos ejemplos:

- Memorando de Entendimiento entre la Agencia Española de Cooperación Internacional y la SGCA¹⁹ (incluye temas de gobernabilidad y refuerzo institucional y en ese sentido se realizaron seminarios y capacitaciones y demás actividades vinculadas, con el apoyo del TJCA).
- Resolución de Concesión de Subvención de Cooperación Internacional Programa Regional Andino Fase Preparatoria y Carta de Aceptación de la SGCA²⁰.

En estas actividades se incluye la línea de acción «Gobernabilidad» relacionada con la mayor participación de la sociedad civil andina en el proceso de integración regional, haciendo énfasis en la comunicación y difusión de los avances y retrocesos del mismo de forma permanente y sistemática, así como con el fortalecimiento de los sistemas judiciales regionales para asegurar un espacio andino de justicia integrado. Se realizaron diferentes actividades vinculadas con el fortalecimiento del sistema andino de solución de controversias, proyectos de reformas normativas, actividades de capacitación, entre otras.

- Notificación resolución de concesión de subvención de cooperación internacional de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (en adelante, **AECID**). Programa Regional Andino AECID-CAN-FASE II²¹.

En esta subvención otorgada por AECID a la SGCA, se estableció un componente de «Gobernabilidad» que incluyeron proyectos de fortalecimiento institucional, sensibilización y difusión de la integración regional para una mayor participación de la sociedad civil en el proceso de integración. Algunas de las acciones previeron proyectos de fortalecimiento del SAI, sensibilización

¹⁹ SG/ct228 de 4 de julio de 2006.

²⁰ SG/ct264 de 26 de octubre de 2007.

²¹ SG/ct311 de 26 de noviembre de 2008.

y difusión, acciones de difusión y capacitación sobre el ordenamiento jurídico andino, facilitación del acceso a la justicia comunitaria y cooperación judicial.

- Resolución de Concesión de Subvención de Cooperación Internacional entre la AECID y la SGCA²².

Se incluyó la línea de acción «Gobernabilidad democrática y fortalecimiento de las instituciones»: proyectos de fortalecimiento institucional, sensibilización y difusión de la integración, difusión y capacitación en el ordenamiento jurídico comunitario, facilitación de acceso a la justicia comunitaria, cooperación judicial.

- Memorando de Entendimiento entre AECID y la SGCA – Resolución de Concesión de Subvención de Cooperación Internacional Programa SGCA²³.

Se mantuvo la línea de Gobernabilidad y Fortalecimiento Institucional.

La SGCA y el TJCA, en cumplimiento de sus funciones como garantes del ordenamiento jurídico comunitario, desarrollan un trabajo en conjunto importante para el fortalecimiento de la integración; a través de la difusión del ordenamiento jurídico comunitario y el mejoramiento del sistema andino de solución de controversias, siendo tan importante el trabajo desarrollado que fuentes cooperantes se han interesado en dicha labor conjunta. Este tipo de cooperación, vinculante por el Acuerdo de Cartagena, debe mantenerse para seguir fortaleciendo el sistema.

6. Relación del TJCA y la SGCA en las acciones propias del sistema de solución de controversias

La SGCA también se relaciona con el TJCA como usuario del sistema jurisdiccional comunitario de solución de controversias.

6.1. Acción de incumplimiento²⁴

La Decisión 500 - «Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina»²⁵, establece que en caso de que un País Miembro incumpla el ordenamiento jurídico comunitario, bien sea por acción u omisión, se puede interponer una acción de

²² SG/ct357 de 17 de septiembre de 2009.

²³ SG/ct381 de 17 de enero de 2011

²⁴ A la fecha se han resuelto aproximadamente 140 acciones de incumplimiento. La mayoría de las demandas en estos casos han sido presentadas por la SGCA. En los últimos años, los particulares lideran las activaciones de acciones de cumplimiento. Esto ha ocurrido gracias a las labores de difusión conjuntas organizadas entre el TJCA y la SGCA.

²⁵ Decisión 500 del CAMRE «Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 de 28 de junio de 2001.

incumplimiento ante el TJCA —previo agotamiento de la vía administrativa ante la SGCA—. En esta acción de incumplimiento, la SGCA puede actuar como reclamante o puede hacerlo como coadyuvante de cualquiera de las partes. En caso de ser necesario, en aquellos casos que no es parte, el TJCA podría solicitarle, de acuerdo con lo previsto en el mismo Tratado Fundacional, algún apoyo desde el punto de vista técnico para el análisis del caso que se esté reclamando.

En las acciones de incumplimiento, la SGCA además le da seguimiento al cumplimiento de las sentencias y puede contribuir con el TJCA en la fase sumaria y de aplicación de sanciones.

En la acción de incumplimiento, en caso sea la SGCA la demandante, se ejerce de manera activa la función de garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario que tienen la SGCA y el TJCA; sin embargo, no se ejerce en ese momento una relación de trabajo o apoyo conjunto, ya que la SGCA en ese momento es una de las partes del proceso judicial. Por tanto, el TJCA frente a ella actúa de manera autónoma.

6.2. Acción de nulidad²⁶

Adicionalmente, el TJCA puede adelantar la acción de nulidad —a petición de parte— para controlar la legalidad de las normas comunitarias, incluyendo las Resoluciones de la SGCA. De acuerdo con el artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA, le corresponde al órgano jurisdiccional comunitario declarar la nulidad de las Decisiones del CAMRE, de la Comisión, de las Resoluciones de la SGCA y de los Convenios que sean adoptados en contravención de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino. Con esta acción se pone en marcha el control del TJCA frente a las actuaciones de órganos e instituciones del SAI.

En efecto, el TJCA ha declarado la nulidad de algunas Resoluciones de la SGCA, por considerar que han sido adoptadas en contravención del ordenamiento jurídico comunitario. Esta es una labor importante para garantizar el estado de derecho y validez de la normativa comunitaria.

6.3. Recurso por omisión o inactividad

El artículo 37 del Tratado de Creación del TJCA, señala que si el CAMRE, la Comisión o la SGCA no cumplieren con alguna actividad a la que estén obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se podrá a través del TJCA, requerir que se dé cumplimiento a través de un recurso por omisión. La SGCA ha sido requerida por el TJCA en más de una ocasión para dar cumplimiento a sus deberes, recordando además que debe hacerlo en tiempo y forma para evitar causar daño que se pudiera causar a los particulares o Estados que hubieran estado esperando alguna acción por parte de la SGCA.

²⁶ Se han resuelto alrededor de 80 acciones de nulidad. La mayoría son demandas contra Decisiones de la Comisión, pero también se han presentado casos contra Resoluciones de la SGCA.

Aunque fue en un procedimiento de nulidad, podría resultar interesante y merecedor de análisis lo que indicó el TJCA sobre las demoras en cumplimiento de plazos para pronunciarse. El TJCA manifestó 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»²⁷. El TJCA, buscando proteger los derechos de los ciudadanos andinos, tiene la potestad de hacer un llamado de atención a la SGCA y otros órganos por no cumplir con sus obligaciones en los plazos establecidos.

6.4. Función arbitral

Asimismo, en el caso de convenios que son suscritos por la SGCA, cuando se trate de asuntos relacionados con su aplicación e interpretación, podrán ser sometidos a un procedimiento de arbitraje ante el TJCA, de acuerdo con el artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA.

6.5. Demanda laboral

Finalmente, para dirimir las controversias que surjan de una relación laboral existentes entre los órganos e instituciones del SAI y sus respectivos funcionarios o empleados, únicamente podrán ser sometidos a la jurisdicción del TJCA. Esto se establece en el artículo 40 del Tratado de Creación del TJCA. La SGCA ha sido objeto de este tipo de demandas, resueltas por el TJCA, según corresponda del análisis del caso y en algunas ocasiones, la SGCA ha sido condenada por el TJCA.

Como podemos concluir, en todos los casos que participa la SGCA en las acciones de solución de controversias que se adelantan ante el TJCA, no hablamos de una relación de colaboración institucional, sino que en estos casos sería una relación entre actores del sistema de solución de controversias. Eso permitirá garantizar una justicia imparcial.

Es importante recordar que, así como los funcionarios de la SGCA no son representantes de los Países Miembros ni reciben sus instrucciones, los miembros del TJCA no representan a sus países de origen, no pueden recibir instrucciones de los mismos y tienen la obligación de actuar de manera autónoma, independiente e imparcial en la administración de justicia.

Es decir, aunque en observancia de lo dispuesto por el Acuerdo de Cartagena, en algunos casos la SGCA y el TJCA trabajarán como aliados para velar por el cumplimiento de los compromisos (como vimos en los convenios y memorandos de entendimiento), cuando se trate de controversias ante el TJCA en las que se encuentre involucrada la SGCA, la relación será simplemente de administrador de justicia y

²⁷ Sentencia del Proceso 214-AN-2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1498 de 16 de mayo de 2007.

administrado, primando en todo momento la imparcialidad, la justicia, la equidad, la autonomía e independencia de cada órgano.

7. Fortaleciendo la Integración: La relación de colaboración entre el TJCA y la SGCA

La SGCA, como órgano ejecutivo de la Comunidad Andina que actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión, deberá otorgar apoyo técnico, cuando corresponda, a los demás órganos e instituciones del SAI.

La SGCA y el TJCA con mucha frecuencia, debido al importante rol que ejercen de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, mantienen una relación cordial de colaboración.

En ese mismo sentido, la SGCA ha considerado importante suscribir convenios e incorporar el fortalecimiento del TJCA para que las instituciones jurídicas de la Comunidad Andina día a día se fortalezcan e incluso, de ser necesario, se reformen, ajusten y adapten al avance del proceso de integración.

La SGCA y el TJCA además permiten que la Subregión andina sea un espacio que ofrece seguridad jurídica y los ciudadanos tienen fácil acceso a la justicia comunitaria. Es por ello por lo que, como garantes del cumplimiento de la normativa comunitaria, continúan trabajando en conjunto, difundiendo el derecho comunitario entre el ciudadano de a pie, así como entre los jueces y abogados, consolidando la figura del sistema andino de solución de controversias. Que, con el apoyo de la SGCA y los Países Miembros, se fortalezca la figura del TJCA y lo que representa en favor del proceso de integración y sus ciudadanos.

8. Conclusiones

- La SGCA y el TJCA tienen como función principal velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Se hace necesario realizar acciones conjuntas para su cumplimiento.
- El sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina junto al ordenamiento jurídico comunitario y la institucionalidad del SAI son las principales fortalezas de la integración andina. Esto hace destacar nuestro sistema de integración frente a otros.
- El funcionamiento, competencias, procedimientos y forma de trabajo del TJCA, como órgano permanente supranacional comunitario de solución de controversias, se constituye en una institución sólida, seria, eficiente y fuerte, frente a otros tribunales de procesos de integración.
- El trabajo en conjunto que han venido desarrollando ambos organismos ha permitido fortalecer el proceso de integración, facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia comunitaria y mejorar en general el mecanismo tanto prejudicial como contencioso de solución de controversias en la Comunidad Andina.

- Ambos órganos, actuando con transparencia e imparcialidad, reconocen que pueden construir alianzas para fortalecer la institucionalidad jurídica; pero que cuando es necesario —especialmente cuando el TJCA está conociendo casos judiciales en los que se encuentra involucrada la SGCA, sea como demandante, coadyuvante o demandada— debe tenerse y se tiene presente la autonomía, imparcialidad e independencia que debe regir en la administración de justicia como principio básico de la misma.
- Es importante procurar, en un trabajo coordinado entre ambas instituciones, recursos de cooperación técnica y obtener el financiamiento necesario para mejorar las condiciones de trabajo del órgano jurisdiccional así como para mejorar los procedimientos, realizar actividades de difusión (charlas, talleres, publicaciones) sobre la interpretación prejudicial y en general el sistema andino de solución de controversias, para que llegue la información a la mayor cantidad de ciudadanos de la Comunidad Andina posible, en especial los jueces y abogados.
- Siendo la SGCA y el TJCA los guardianes principales del derecho comunitario, el mayor patrimonio y fortaleza de la integración andina, es necesario que sean instituciones sólidas, imparciales, autónomas, respetadas, apoyadas y reconocidas por las autoridades y todos los ciudadanos de la Comunidad Andina.

Lima, enero de 2024.

SUBCAPÍTULO II

EL PARLAMENTO ANDINO, UN ÓRGANO DEL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN MOLDEADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Luis Felipe Aguilar Feijoó

Luis Felipe Aguilar Feijóo

Abogado por la Universidad del Azuay, magíster en Derecho Internacional y Política Económica (LL.M.) por la Universidad de Barcelona, y magíster en Derecho con mención en Contratación Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

En la Procuraduría General del Estado del Ecuador formó parte del equipo de defensa encargado de litigar varios arbitrajes internacionales de inversión ante la Corte Permanente de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI.

Fue secretario general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entre los años 2018 y 2023. También fue secretario general de la Superintendencia de Bancos de la República del Ecuador los años 2023 y 2024.

Es profesor universitario de la cátedra de Derecho Internacional Privado y actualmente se desempeña como secretario general de la Universidad UTE.

EL PARLAMENTO ANDINO, UN ÓRGANO DEL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN MOLDEADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Luis Felipe Aguilar Feijoó

Palabras clave

Parlamento Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Acuerdo de Cartagena.

Keywords

Andean Parliament. Court of Justice of the Andean Community. Cartagena Agreement.

Resumen

Al Parlamento Andino se le ha entregado la responsabilidad de representar a los pueblos de los Países Miembros de la Comunidad Andina. No obstante, parecería que su lugar dentro del Sistema Andino de Integración no es del todo claro, pues muy a pesar de su nombre no legisla, y sus recomendaciones y sugerencias no tienen fuerza de ley ni son vinculantes. El artículo expone cómo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de sus sentencias e interpretaciones prejudiciales, ha dado forma al Parlamento Andino, definiendo, entre otros aspectos, su lugar en el ordenamiento jurídico comunitario, la relación laboral que mantiene con los parlamentarios, y hasta la relación administrativa que existe entre su oficina central y sus oficinas de representaciones nacionales.

Abstract

The Andean Parliament has been given the responsibility of representing the peoples of the Member Countries of the Andean Community. However, its place within the Andean Integration System is not entirely clear since, despite its name, it does not legislate, and its recommendations and suggestions do not have the force of law neither are binding. The article explains how the Court of Justice of the Andean Community, through its sentences and preliminary rulings, has shaped the Andean Parliament, defining, among other aspects, its place in the community legal system, the labor relationship that parliamentarians have, and even the administrative relation

that exists between the central office and the national representation offices that are based in the countries of the Andean Community.

1. Introducción

El Sistema Andino de Integración (en adelante, el **SAI**) está conformado por órganos e instituciones, de carácter supranacional o intergubernamental, que actúan, en el ámbito de sus competencias, en pos de los objetivos del Acuerdo de Cartagena.

Explicar cómo actúan, qué hacen y cómo se articulan entre sí las instituciones que componen el SAI no es difícil, y es común utilizar una analogía que ilustra, casi como abre boca, el esquema del sistema: los órganos e instituciones del SAI, al fin y al cabo, la institucionalidad de la Comunidad Andina (también referida en el presente artículo como la **CA**), tienen funciones similares a las que tienen las instituciones estatales; por ello, el órgano más alto del SAI, el Consejo Presidencial Andino, tal como lo hace un jefe de Estado, se encarga de dictar su política. Existen además órganos con capacidad legislativa, a saber, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en lo sucesivo, el **CAMRE**) y la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la **Comisión**). Asimismo, el SAI cuenta, como en todos los Países Miembros, con una función judicial, encarnada en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA**) y un órgano que cumple funciones ejecutivas, como la Secretaría General, además de entidades destinadas a tratar asuntos educativos, financieros, o de salud, como son la Universidad Andina Simón Bolívar, el Banco de Desarrollo para América Latina (antes Corporación Andina de Fomento – CAF) y el convenio Hipólito Unanue, respectivamente.

Pero la comparación trastabilla al explicar qué es el Parlamento Andino (a continuación, el **PA**). ¿La razón? Los Países Miembros no tienen dentro de su estructura estatal órganos deliberantes no legislativos. Además, el término *parlamento*, ciertamente lleva a confusión. Si se le preguntara a un ciudadano andino, no inmiscuido en el accionar de la Comunidad Andina, qué hace el PA, es probable que al escuchar la palabra parlamento suponga que el PA efectivamente legisla, es decir que tiene por objetivo emitir instrumentos legales con carácter vinculante y fuerza obligatoria para los Países Miembros, pero no es así. También es posible, que este hipotético ciudadano llegue a tal suposición porque recuerde haber escuchado de leyes emitidas por el Parlamento Europeo, y conecte las dos instituciones, y ciertamente sería también probable que haya participado en la elección de los parlamentarios andinos, que en el caso del Bolivia, Ecuador y Perú se realiza por sufragio universal, es decir al igual que sucede con las elecciones de asambleístas y diputados, o si se tratara de Colombia y Chile, esté al tanto que los miembros del PA en dichos países son elegidos de entre los miembros de sus congresos¹, en ese caso

¹ **Reglamento General del Parlamento Andino, aprobado el 21 de julio de 2015 y modificado por la Decisión 1409 del Parlamento Andino del 25 de octubre de 2018.-**

«**ARTÍCULO 7. CONFORMACIÓN:** El Parlamento Andino es un solo cuerpo orgánico y estructural, conformado: por los representantes elegidos por sufragio universal y directo como

también supondrá que si los parlamentarios andinos se eligen de entre legisladores lo lógico es que cumplan tareas similares en el PA.

Pero el PA no tiene facultades legislativas para emitir normas para los Países Miembros, el PA es el órgano deliberante del SAI y su naturaleza es comunitaria, así lo establece el Artículo 42 del Acuerdo de Cartagena² y el Artículo 2 de su Tratado Constitutivo³. Este órgano ostenta, conforme su el Acuerdo de Cartagena, las siguientes atribuciones:

«**Artículo 43.-** Son atribuciones del Parlamento Andino:

- a) Participar en la promoción y orientación del proceso de la integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana;

parlamentarios andinos o supraestatales; así como también por los parlamentarios andinos elegidos en representación de los poderes legislativos de los países miembros de la CAN y del Parlamento Andino, teniendo las mismas atribuciones, facultades, deberes, derechos y obligaciones, enmarcadas en el Acuerdo de Cartagena y en el presente Reglamento.

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

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

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

² **Codificación del Acuerdo de Cartagena, Decisión 563, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 de 1 de julio de 2003.**

«**Artículo 42.-** El Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema, su naturaleza es comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina y estará constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo, según procedimiento que se adoptará mediante Protocolo Adicional que incluirá los adecuados criterios de representación nacional. (...))»

³ **Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, 23 de abril de 1997.**

«**Artículo 2.-** El Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración, su naturaleza es comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina y estará constituido por Representantes elegidos por Sufragio Universal y Directo, según procedimiento que se adoptará mediante Protocolo Adicional que incluirá los adecuados criterios de representación nacional (...))»

- b) Examinar la marcha del proceso de la integración subregional andina y el cumplimiento de sus objetivos, requiriendo para ello información periódica a los órganos e instituciones del Sistema;
- c) Formular recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los órganos e instituciones del Sistema que se constituyen con las contribuciones directas de los Países Miembros;
- d) Sugerir a los órganos e instituciones del Sistema las acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional del Sistema;
- e) Participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del Sistema de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- f) Promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembros; y,
- g) Promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los Países Miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países.»

De entre todas ellas, las más cercanas a una actividad legislativa, son las determinadas en los Literales d), e) y f) pero no llegan a contener una facultad legislativa real y supranacional, pues siempre, las sugerencias de modificaciones a los objetivos programáticos o a la estructura del sistema (el Literal d), la participación en la generación normativa a través de sugerencias (el Literal e), o la promoción realizada para alcanzar la armonización de las legislaciones de los países (el Literal f) dependen, para su eficacia de un tercero: el CAMRE, la Comisión o a las Asambleas y Congresos de los Países Miembros, quienes en cada caso, con verdadera facultad legislativa, podrían convertir al insumo entregado por el PA en ley.⁴

¿Acaso los Países Miembros han cometido un error? ¿Es errado no haber otorgado una función legislativa verdadera al PA? Soy de la opinión de que no. Resulta

⁴ El Artículo 5 del Reglamento General del PA, *op. cit.* establece lo siguiente:

«**ARTÍCULO 5. CLASES DE FUNCIONES DEL PARLAMENTO ANDINO.** - El Parlamento Andino ejerce sus funciones de conformidad a las atribuciones contempladas en el artículo 43 del Acuerdo de Cartagena; en consecuencia, el Parlamento Andino cumple:
(...)

b. Función Legislativa.- Participar mediante recomendaciones en la generación normativa del proceso andino de integración sobre temas de interés común para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, mediante el debate y aprobación de proyectos de normas comunitarias a ser presentados al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Comprende además el debate y aprobación de marcos normativos para promover la armonización de las legislaciones, y de las modificaciones de este Reglamento.
(...))»

Nótese que el epígrafe del Literal b): *Función Legislativa*, no establece la capacidad de creación de leyes. Es, al contrario, el texto de dicha disposición reafirma que el PA emite tan solo recomendaciones que serán puestas en conocimiento del CAMRE, y que tiene la capacidad para promover armonización de normativa de las legislaciones de los Países Miembros, pero tal accionar tampoco alcanza para sostener que el PA legisla para los Países Miembros.

imprescindible recordar que el principio de atribución, como lo explica Daniel Achá, se fundamenta en la transferencia y atribución voluntaria de competencias efectuada por parte de sus Países Miembros con la finalidad de lograr la realización de los objetivos previstos en su tratado constitutivo⁵. Por lo tanto, en aplicación del principio de atribución, los países constituyentes de un proceso de integración deciden qué competencias soberanas ceden a los organismos supranacionales para cumplir los fines integracionistas y cuáles no. Siendo así, que los Países Miembros de la CA no hayan otorgado una competencia legislativa de carácter supranacional no implica por sí un yerro, sino un recaudo que atiende a un diseño; y, también evidencia de que los padres de la CA consideraron que no era oportuno dotar de semejante facultad a un órgano comunitario con accionar supranacional, lo cual queda además corroborado cuando se observa que los organismos legislativos, que sí existen, como el CAMRE y la Comisión, están conformados por funcionarios gubernamentales que, aunque movidos por los objetivos del Acuerdo de Cartagena, no dejan de representar los intereses de sus países.

Finalmente, tómesese en cuenta que en el estadio de integración que se encuentra la Comunidad no es necesario un órgano legislativo como el Parlamento Europeo. La Comunidad Andina, aunque inspirada en la Unión Europea, está establecida como una zona de libre comercio y aspira al mercado común⁶, mientras que dado que la Unión Europea, a quién le cabe duda: es una unión económica en toda regla, el nivel de integración es más profundo, y es este hecho jurídico, económico y cultural el que exige la existencia de un parlamento con poder legislativo y con carácter supranacional.

Por otra parte, una reflexión sobre las facultades y naturaleza del PA pueden generar otros cuestionamientos, por ejemplo: ¿Los actos por los cuales el PA emite sus sugerencias o recomendaciones están sujetos al control de legalidad y validez? O hablando de sus integrantes: ¿Los parlamentarios, son, desde una perspectiva del

⁵ Daniel Achá Lemaitre, *El principio de subsidiariedad: clave jurídica de la integración*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2013. p. 98. Serie Magíster, No. 123.

⁶ **Codificación del Acuerdo de Cartagena, Decisión 563, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 de 1 de julio de 2003.**

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

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.»

Derecho Laboral, subordinados a la institución comunitaria o acaso el hecho de su elección por sufragio universal los abstrae de tal calidad? O ¿cuál es la naturaleza administrativa de las oficinas de nacionales de representación parlamentaria del PA?

El presente artículo plantea exponer, a través de la revisión de sentencias e interpretaciones prejudiciales del TJCA, cómo el órgano jurisdiccional andino ha dado respuesta a estas inquietudes, al punto que se puede sostener que la labor jurisdiccional ha moldeado la figura de nuestro parlamento comunitario al declarar o aclarar aspectos claves como el lugar que los instrumentos legales que crearon el PA ocupan en el ordenamiento jurídico comunitario, la relación laboral de los parlamentarios andinos con el PA, si las recomendaciones o sugerencias que emite el PA son susceptibles del control de legalidad y validez vía acción de nulidad, o incluso cuál es la técnica administrativa diseñada entre su Oficina Central y las oficinas de representación nacional.

2. El efecto de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Parlamento Andino

2.1. El Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, forma parte del ordenamiento jurídico comunitario

Nunca ha existido duda de que el PA forma parte del SAI y de su importancia, para demostrarlo basta leer el Artículo 6 del Acuerdo de Cartagena⁷, o también considerar que la determinación de la sede del Parlamento fue uno de los elementos considerados para establecer el equilibrio interestatal en la estructura de la Comunidad Andina. Es

⁷ **Codificación del Acuerdo de Cartagena, Decisión 563, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 de 1 de julio de 2003.**

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

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

(Solo negrilla agregada)

así como cada País Miembro tiene en su territorio un órgano de la CA. La Secretaría General tiene su sede en Lima, el TJCA se encuentra en Quito, la Universidad Andina Simón Bolívar, en Sucre, la Corporación Andina de Fomento⁸, en Caracas, y el PA en Bogotá.

Pero, pese a esa importancia, bien podría parecer de la lectura del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del TJCA, o al menos se podría argumentar, que el Tratado constitutivo del PA o su reglamento, no forman parte del ordenamiento andino, lo cual ciertamente le habría dado una categoría inferior en el esquema comunitario.

¿La razón? El Acuerdo de Cartagena no menciona de forma exhaustiva qué instrumentos forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, aunque sí hace algunas menciones, por ejemplo, las Decisiones del CAMRE y de la Comisión:

«**Artículo 17.-** El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. **Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.**»

(Negrilla agregada)

«**Artículo 25.-** El Presidente de la Comisión, a solicitud de uno o más de los Países Miembros o de la Secretaría General, convocará a la Comisión para que se reúna como Comisión Ampliada, con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común.

Dichas reuniones serán presididas por el Presidente de la Comisión y estarán conformadas conjuntamente por los representantes titulares ante ésta y los Ministros o Secretarios de Estado del área respectiva. Se ejercerá un voto por país para aprobar **sus Decisiones, las que formarán parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.**»⁹

(Negrilla agregada)

Por otra parte, el Tratado de Creación del TJCA sí tiene una lista de los instrumentos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina:

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

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;

⁸ Venezuela se adhirió a la Comunidad Andina en 1973 y posteriormente, en el año 2006, se retiró de la Comunidad Andina.

⁹ Codificación del Acuerdo de Cartagena, Decisión 563, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 de 1 de julio de 2003.

- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.»¹⁰

De la lectura del Acuerdo de Cartagena y especialmente del Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA se podría concluir que el Tratado Constitutivo del PA y su Reglamento General no forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y lo mismo cabría por ejemplo para otros instrumentos, como es el caso de las declaraciones del Consejo Presidencial Andino o incluso la jurisprudencia del TJCA, simplemente no están en la lista de aquello que constituye el ordenamiento jurídico comunitario. Afortunadamente, los criterios jurídicos emitidos por el TJCA han zanjado dicha discusión.

En primer lugar, como bien lo señala Eric Tremolada, citando a Jorge Quindimil, en ocasión de que la República de Colombia interpusiera dos acciones de nulidad¹¹ contra las Resoluciones 252 y 253 de la Junta, el Tribunal Andino, en 1987, empezó a precisar que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena:

«Regula las relaciones de sus integrantes y todo el proceso de la integración en el Pacto Andino, y que es una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno.»¹²

Eric Tremolada también señala que dichas sentencias del TJCA continúan la corriente de interpretación señalada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963 y Costa c. ENEL de 15 de julio de 1964, donde también se califica al Derecho Comunitario, no como un mero agregado de normas, sino como un ordenamiento jurídico propio.¹³

La determinación de que el ordenamiento jurídico comunitario no es un mero agregado de normas, sino una manifestación soberana conjunta que no puede ser alterada, es un pilar de todo el proceso de integración; faltaba entonces establecer una pirámide normativa. Fue en 1998, en oportunidad de emitir la sentencia del proceso

¹⁰ Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 472, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 de 17 de septiembre de 1999.

¹¹ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Sentencias en los procesos 01 y 02-AN-86, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 21 de 15 de julio de 1987.

¹² Eric Tremolada Álvarez, *Comunidad Andina: ¿una organización compleja, cohesionada y coherente?*, en *Comentario Internacional*. Revista del Centro de Estudios Internacionales N° 20, 2020. Universidad Andina Simón Bolívar – Quito Ecuador, p. 111

¹³ *Ibidem*, p. 112.

01-AN-97, que el TJCA a través de dicha sentencia delineó la jerarquía de las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario:

«El desarrollo de los diferentes programas que como principios u objetivos generales se fijan en el Acuerdo, requiere en muchos casos de implementación posterior o de normas de ejecución del Acuerdo para que puedan hacerse efectivas dentro de los Países Miembros. Esas normas que deben sujetarse a los tratados que representan la cima de la pirámide legal, forman el derecho derivado o secundario, cuya elaboración legislativa ha sido atribuida a la Comisión de la Comunidad Andina, la que antes de la Ratificación del Protocolo de Trujillo suscrito el 10 de marzo de 1996 mantenía la “capacidad legislativa exclusiva sobre materias de su competencia” (artículo 6 de la Decisión 236) y ahora la comparte con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con facultad de expedir Decisiones que forman “parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” (artículo 17 del Acuerdo reformado, Decisión 406, Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino, publicada en la Gaceta Oficial N° 273 de 4 de Julio de 1997).»¹⁴

Para mayor claridad dicha sentencia establece virtualmente, con nombre y apellido, cuáles son los instrumentos que constituyen normas primarias y secundarias en el ordenamiento jurídico comunitario. Las primeras, las establecidas en el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA (en ese entonces, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena) y las segundas las que emergen de los órganos comunitarios:

«De esta enumeración [se refiere al Artículo 1 del Tratado de Creación del entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena], y aunque la norma no lo diga en forma explícita, puede deducirse que dicho ordenamiento está integrado por normas “primarias”, “institucionales”, “constitucionales”, “básicas” u “originarias”, que se encuentran plasmadas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con sus respectivos protocolos modificatorios.

Las otras normas, que emergen de los órganos comunitarios -Comisión, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y antigua Junta, hoy Secretaría General- constituyen el denominado “derecho derivado” o “secundario”, en virtud de la propia competencia de regulación que les ha sido conferida por el Tratado marco del Acuerdo de Cartagena.»¹⁵

(Texto entre corchetes agregado)

Dicha sentencia recoge también el criterio interpretativo establecido en la interpretación prejudicial 2-IP-96, el cual con claridad explica qué es el Derecho primario u originario y el derivado, sobre el primero nos dice:

«En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia en el proceso 01-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 340 de 13 de mayo de 1998. pp. 21 y 22.

¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se les denomina “Constitución Comunitaria”, señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se someten el resto de las fuentes.»¹⁶

En cambio, sobre el Derecho derivado:

«...De esta manera a los tratados constitutivos -derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional -derecho derivado- regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una “competencia de atribución a dichos órganos”.»¹⁷

Lo dicho, fue recogido en la Decisión 500 de 22 de junio de 2001, que contiene el Estatuto del TJCA, en los siguientes términos:

«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.»¹⁸

(Solo subrayado agregado)

Como corolario de todo lo anterior, tenemos que como fruto de los criterios interpretativos del TJCA, el Tratado Constitutivo del PA, norma fundamental, primaria, originaria por crear al PA como órgano comunitario y por pertenecer a la categoría de tratado suscrito y ratificado por los Países Miembros, es definitivamente, a pesar de no estar enumerado en el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA, parte del ordenamiento andino. En ese mismo orden lógico, también se deduce que el Reglamento General del PA forma parte del ordenamiento por pertenecer a una fuente secundaria. Pero falta un escalón adicional para comprender completamente el efecto del criterio jurídico, esto es determinar, como resultado de la distinción entre normas fundamentales, primarias u originarias, y aquellas consideradas como secundarias o

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 02-IP-96, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 257 de 14 de abril de 1997, p. 30.

¹⁷ *Ibidem*, p. 31.

¹⁸ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 500, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 de 28 de junio de 2001.

derivadas, la existencia de fuentes típicas y atípicas del ordenamiento jurídico comunitario andino.

El TJCA lo estableció de la siguiente forma en el Auto de admisión de 27 de septiembre de 2017, emitido dentro del proceso 03-AN-2017, el cual fue planteado por un grupo de parlamentarios andinos contra una Resolución del PA:

«1.14. Si bien, tal como ya lo estableció el Tribunal¹³, el Parlamento Andino no está facultado para generar normas de derecho secundario o derivado, equivalentes a las fuentes típicas establecidas en los artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA y 2 de su Estatuto, no se puede desconocer que sí cuenta con una facultad legislativa para regular su funcionamiento atribuida de manera directa y expresa por los Países Miembros, en una norma de derecho primario (norma fundamental o constitucional), como es su Tratado Constitutivo.

¹³ A manera de referencia, ver procesos 67-IP-2014 y 01-AN-2016.

1.15 Por otra parte, se debe tomar en cuenta que el Reglamento General del Parlamento Andino es una norma interna que cuenta con un contenido jurídico vinculante para dicho Órgano del SAI y sus Miembros, (...) En consecuencia, es evidente que el mencionado Reglamento está provisto de obligatoriedad jurídica en sí mismo.

1.16 De esta manera, el Reglamento General del Parlamento Andino es una norma interna de un Órgano del SAI que regula su funcionamiento, estructura y procedimientos; emitida en ejercicio de una competencia legislativa otorgada directamente por los Países Miembros a través de una norma de derecho primario del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (...) **este Tribunal considera que el Reglamento General del Parlamento Andino, así como las disposiciones modificatorias del mismo, constituyen “actos atípicos” que forman parte del ordenamiento jurídico andino** y, en consecuencia, están sujetos al control de legalidad y validez ejercido por este Tribunal mediante la acción de nulidad.»¹⁹

(Solo negrilla agregada)

Finalmente, tomemos en cuenta la explicación del magistrado Hugo R. Gómez Apac:

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

¹⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Auto de admisión en el proceso 03-AN-2017.

Es importante reconocer la existencia de fuentes atípicas del ordenamiento jurídico comunitario andino de cara al control de legalidad manifestado a través de la acción de nulidad. (...) El control de legalidad a cargo del TJCA se despliega respecto de todo acto comunitario; es decir, respecto de todas las normas jurídicas de efectos generales o particulares emitidas por cualquier órgano e institución del SAI, pues todas ellas deben respetar las normas andinas constitucionales como el Acuerdo de Cartagena y el Tratado que crea al TJCA.»²⁰

2.2. Actos del PA no pasibles de acción de nulidad ante el TJCA

Un segundo momento en el que el TJCA delineó la forma del PA ocurrió tras la emisión Resoluciones 02 del 24 de noviembre de 2015 y 03 del 15 de diciembre de 2015, suscritas por el Presidente del Parlamento Andino, a través de las cuales: (i) se declaró la ilegalidad de la Resolución 02/1/2015 emitida por el Consejo Superior de la Universidad Andina Simón Bolívar - sede Ecuador (en adelante, la **UASB**), que contenía la designación del Rector que realizó el Consejo Superior el 6 de noviembre de 2015; y, (ii) se ratificó la Resolución 02 y además se declaró como ilegales las Resoluciones 11/II/2015 y 01/III/2015 del Consejo Superior de la Universidad Andina Simón Bolívar.

En concreto, la pretensión ulterior del PA era, vía la emisión de las resoluciones lograr que se desconozca la designación de Rector que había efectuado el Consejo Superior de la UASB, mientras que la pretensión de los representantes de la UASB era mantener esa designación. En esas circunstancias estos últimos plantearon una acción de nulidad contra las Resoluciones del PA.

En esta oportunidad el criterio jurídico emitido por el TJCA se encuentra contenido en el Auto de Inadmisibilidad del Proceso 01-AN-2016. De su lectura se puede concluir que los actos del PA, en la medida de que sean actos administrativos que no afecten una situación jurídica, sino que correspondan a recomendaciones y sugerencias, no son pasibles de ser controlados vía acción de nulidad. En lo principal, el Auto contiene los siguientes criterios:

«7. En efecto, establece el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal:

“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 (...)”

8. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 (...) y 43 (...) del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración (SAI); su naturaleza es comunitaria; representa a los pueblos de la Comunidad Andina y se encuentra constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo. Este Organismo se pronuncia mediante

²⁰ Hugo R. Gómez Apac *et al*, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino*, en AA.VV., *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de Creación de la Comunidad Andina y 40 de su Tribunal de Justicia*, Editorial San Gregorio, Portoviejo, 2019, p. 45.

recomendaciones, sugerencias, decisiones, declaraciones y actos de coordinación y control, conforme lo prevé la norma citada. Por lo mismo, sus pronunciamientos por regla general no tienen carácter vinculante frente a la Acción de Nulidad atribuida a la competencia de este Tribunal.

9. Como puede apreciarse, los actos del Parlamento Andino no están contemplados entre los pasibles de ser enjuiciados mediante la acción de nulidad atribuida a la competencia de este Tribunal, lo cual es congruente con la naturaleza jurídica de los mismos, pues independientemente de cuál sea la denominación que se les imprima, no se trata de actos administrativos definitivos con aptitud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica impugnabile mediante la acción de nulidad ante este Tribunal, como quiera que el Parlamento Andino se pronuncia a través de **recomendaciones** y sugerencias en el marco de las atribuciones que le están asignadas por el artículo 43 (...) del Acuerdo de Cartagena, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 (...) del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.
10. No estando entonces los actos del Parlamento Andino determinados entre los susceptibles de impugnación mediante la acción de nulidad, no le es posible al Tribunal activar su competencia al margen de la expresamente atribuida en las disposiciones normativas ya citadas, porque como claramente lo señala el artículo 47 del Acuerdo de Cartagena, ésta sólo puede ser ejercida por este Tribunal con sujeción a lo dispuesto en el Tratado de su Creación.»²¹

(Notas al pie, eliminadas de la cita)

Resulta obvio que para el TJCA las resoluciones cuestionadas eran recomendaciones, de ello derivó el razonamiento jurídico posterior acerca de la naturaleza jurídica de los actos del PA y la forma de sus pronunciamientos, a saber: recomendaciones, sugerencias, decisiones, declaraciones y actos de coordinación y control, todos ellos, a la luz de lo dicho del TJCA actos que por regla general (se entendería que pueden existir excepciones) no son vinculantes.

El asidero legal utilizado por el TJCA en su criterio se encuentra, en los artículos 42, 43 del Acuerdo de Cartagena, 17 del Tratado de Creación del TJCA, ya citados en el presente artículo, y el Artículo 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino: «**Artículo 13.-** El Parlamento Andino se pronunciará a través de recomendaciones respecto a los asuntos contenidos en los artículos 11 y 12 del presente Tratado.»²²

²¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto de inadmisibilidad en el Proceso 01-AN-2016, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2660 de 25 de enero de 2016, pp. 2 y 3.

²² **Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, 23 de abril de 1997.**

«**A. Propósitos**

Artículo 11.- Son propósitos del Parlamento Andino:

- a) Coadyuvar a la promoción y orientación del proceso de integración de la Comunidad Andina;
- b) Sustentar, en la Subregión Andina, el pleno imperio de la libertad, de la justicia social y de la democracia en su más amplio ejercicio participativo;

De ello, a manera de conclusión de la presente sección, y a los fines del presente artículo que pretende exponer los casos en los que la labor jurisdiccional ha moldeado la forma del PA, encontramos que los actos del órgano deliberante del SAI, por su naturaleza: recomendaciones, no son actos administrativos definitorios con aptitud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

2.3. Los Parlamentarios Andinos pueden entablar demandas laborales contra el PA

El caso 01-DL-2020 fue planteado por una parlamentaria andina, de nacionalidad ecuatoriana, contra el PA. En síntesis, se trató de una demanda laboral en la que la accionante acusó al órgano deliberante comunitario de haber vulnerado su derecho al cuidado y lactancia, privación de beneficios salariales y que había sufrido violencia y acoso laboral por razón de género.

-
- c) Velar por el respeto de los Derechos Humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia para todas las Partes Contratantes;
 - d) Promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración andina;
 - e) Fomentar el desarrollo de una conciencia comunitaria andina; y la integración de la comunidad latinoamericana;
 - f) Promover en los pueblos de la Subregión Andina la toma de conciencia y la más amplia difusión de los principios y normas que orientan el establecimiento de un nuevo orden internacional; y
 - g) Contribuir al afianzamiento del sistema democrático, de la paz y la justicia internacionales. Y al derecho de la libre autodeterminación de los pueblos.

B. Atribuciones

Artículo 12.- Son atribuciones del Parlamento Andino:

- a) Participar en la promoción y la orientación del Proceso de la Integración Subregional Andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana;
- b) Examinar la marcha del Proceso de la Integración Subregional Andina y el cumplimiento de sus objetivos, requiriendo para ello información periódica a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;
- c) Formular recomendaciones sobre los Proyectos de Presupuesto Anual de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que se constituyen con las contribuciones directas de los Países Miembros;
- d) Sugerir a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración las acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional del Sistema Andino de Integración;
- e) Participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del Sistema Andino de Integración de Proyectos de Normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- f) Promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembros;
- g) Promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los Países Miembros, los Organos e Instituciones del Sistema Andino de Integración, así como con los Organos Parlamentarios de Integración o Cooperación con Terceros Países.»

Más allá de que en la sentencia se declaró fundada en parte la demanda²³, un extremo de la discusión jurídica giró en torno a si el TJCA era competente para conocer una demanda planteada por una persona, la parlamentaria andina, que en dicha calidad no mantenía una relación de subordinación o dependencia con quien habría vulnerado los derechos laborales, cuanto más para la demandada, la falta de relación de dependencia conllevaba la incompetencia del TJCA conforme los Artículos 40 del Tratado de Creación y 136 del Estatuto del TJCA.

Tratado de Creación del TJCA:

«**Artículo 40.-** El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.»

Estatuto del TJCA:

«**DE LAS ACCIONES LABORALES**

(...)

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.»

Mediante Auto de 28 de abril de 2021²⁴, el TJCA admitió la demanda. El órgano jurisdiccional hizo un análisis doctrinario y jurisprudencial del: i) contrato de trabajo, ii) relación de trabajo y, iii) relación de dependencia.

Como producto de su análisis, el TJCA concluyó que no en toda relación de trabajo existe un contrato de trabajo, que la existencia de una relación de dependencia o subordinación constituye un elemento de capital importancia para que el TJCA asuma competencia en el marco de una relación laboral y que al no existir una dependencia funcional o económica la relación del PA con los parlamentarios andinos, no existía una relación de trabajo bajo dependencia.²⁵

²³ Sentencia adoptada por mayoría, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5161 de 3 de mayo de 2023. La doctora Sandra Catalina Charris Rebellón disintió del voto de la mayoría.

²⁴ El mencionado Auto fue publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4219 de 28 de abril de 2021.

²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto en el proceso 01-DL-2020, Auto de 28 de abril de 2021, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4219 de 28 de abril de 2021, pp. 8, 12 y 19.

«3.3.3 Dada la naturaleza tuitiva del derecho laboral, y en aplicación del principio de primacía de la realidad y en aras de garantizar una tutela judicial efectiva, este Tribunal concibe como fundamento de su competencia laboral la existencia de una **relación de trabajo** y no la de un contrato de trabajo.

3.3.4. La noción de “relación de trabajo” es más amplia que la de “contrato de trabajo”. Mientras que este alude a un acuerdo (expreso o tácito) de voluntad entre empleador y

Pero el TJCA también determinó que las circunstancias del caso configuraban un escenario excepcional, cuyo núcleo consistía en la protección de los derechos laborales de los funcionarios internacionales de mayor jerarquía que laboran en las entidades del SAI.

El párrafo 3.7.4 del Auto de admisión resalta la existencia de una relación laboral, no contractual ni subordinada, sino estatutaria:

«3.7.4 Tratándose de los funcionarios internacionales de la más alta jerarquía que laboran en las entidades SAI, el hecho de que por la naturaleza de sus cargos no estén sometidos a relación de dependencia o subordinación, no significa que no exista relación laboral o que ellos no sean titulares de derechos laborales. En efecto, más allá de la forma de elección, nombramiento o designación, la relación laboral existe, solo que tiene una naturaleza especial, es estatutaria. En efecto, se trata de una relación jurídica laboral especial regulada de manera estatutaria; es decir, por el estatuto legal y reglamentario que rige el ejercicio de las funciones que cumple el funcionario internacional de que se trate.»²⁶

El TJCA concluyó que la tutela jurisdiccional laboral no le es ajena a las máximas autoridades del SAI, pues lo contrario equivaldría abrir un escenario de indefensión.

Como puede observarse, en este caso la decisión del TJCA no solo marcó a futuro las relaciones que pudieran tener los parlamentarios andinos con el PA, sino que además para todas las máximas autoridades del SAI, quienes sin importar que no mantengan una relación de trabajo subordinada sí contarían con una relación laboral estatutaria, y en consecuencia con la tutela jurisdiccional laboral. Esta conclusión fue expresamente calificada por el TJCA como criterio jurídico interpretativo²⁷.

trabajador, el primero refiere a la existencia real (primacía de la realidad) de una relación laboral, exista o no contrato de trabajo.

(...)

3.5.3 Conforme a la jurisprudencia citada del TJCA, la existencia de una relación de dependencia o subordinación laboral constituye un elemento de capital importancia para que el TJCA asuma competencia en el marco de una acción laboral.

(...)

3.6.20 Al no existir dependencia funcional ni económica, este Tribunal llega a la conclusión de que la relación del Parlamento Andino con los parlamentarios andinos en general, y con la demandante en particular, no tiene la naturaleza de una relación de trabajo bajo dependencia (o subordinación).»

²⁶ *Ibidem*, p. 20.

²⁷ *Ibidem*, p. 21:

«3.7.6 En tal sentido, sobre la base de una interpretación sistemática y teleológica del Artículo 40 del Tratado de Creación del TJCA (...) y del Artículo 136 de su Estatuto, debe considerarse como criterio jurídico interpretativo que el concepto de “relación de trabajo” previsto en este último artículo comprende no solo a las relaciones laborales bajo dependencia o subordinación, sino también, y de manera excepcional, a las relaciones

2.4. La naturaleza de las oficinas nacionales de representación parlamentaria del PA

El TJCA en la sentencia del proceso 01-DL-2020 diferenció las obligaciones laborales de la Oficina Central del PA de las que corresponden a la Oficina Nacional de Representación Parlamentaria del Ecuador (en adelante, la **ORPNE**).

De la lectura de la sentencia es evidente que una buena parte de las preocupaciones del TJCA, a la luz de los argumentos de las partes, se concentraron en la determinación de la naturaleza de la ORPNE, llegando al punto de solicitar a la oficina ecuatoriana del PA información puntual sobre: (i) su personalidad jurídica; (ii) su capacidad para celebrar contratos para la adquisición de bienes y servicios de forma autónoma; (iii) su capacidad para celebrar contratos laborales de forma autónoma; (iv) su titularidad sobre cuentas bancarias para el pago de sus obligaciones laborales; (v) la relación de su presupuesto y el presupuesto general del Estado ecuatoriano; (vi) la relación de su presupuesto para remuneraciones y beneficios laborales de los parlamentarios andinos y el financiamiento o asignación del Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador; y, (vii) la auditoría, supervisión y control de la Contraloría General del Estado del Ecuador.

Las conclusiones del TJCA sobre el PA y la ORPNE (las cuales fueron extrapoladas por el TJCA a las demás oficinas nacionales) han sido escogidas como cierre del presente texto porque son ejemplificativas de cómo el órgano jurisdiccional andino a través de sus criterios jurídicos no solo ha expresado el lugar del órgano deliberante en el SAI, sino también ha aclarado cuál es su estructura organizacional interna. Es así como en su sentencia, el TJCA determina la naturaleza del órgano deliberante comunitario, qué técnica de organización administrativa ha sido seleccionada por el PA (desconcentración o descentralización) en relación con la ORPNE, si esta última tiene personalidad jurídica y cuál es su relación con la Oficina Central con el PA.

«3.2.14. El Parlamento Andino es una persona jurídica de derecho público internacional. La Mesa Directiva o la Secretaría General son órganos (desconcentrados) que forman parte de la estructura organizacional del Parlamento Andino, pero que carecen de personalidad jurídica. Si la Secretaría General (el órgano encargado de la gerencia administrativa, legal, financiera y técnica del Parlamento Andino) hubiese despedido arbitrariamente a un trabajador, el pago de las remuneraciones devengadas y la correspondiente indemnización estaría a cargo de la Oficina Central.

3.2.15 La ORPNE —al igual que las otras Oficinas Nacionales— tiene una naturaleza mixta *sui generis*, pues es un órgano desconcentrado del Parlamento Andino, pero con la personalidad jurídica propia de una entidad descentralizada. Si bien la ORPNE tiene personalidad jurídica, forma parte de la estructura organizacional del Parlamento Andino.

laborales especiales de carácter estatutario, como es la que mantienen los funcionarios internacionales de mayor jerarquía con las entidades del SAI en las que laboran.»

- 3.2.16. Lo anterior revela que las Oficinas Nacionales son órganos desconcentrados del Parlamento Andino con personalidad jurídica propia que cuentan con autonomía económica y financiera al poseer un presupuesto independiente al de la Oficina Central.»²⁸

3. Conclusión

El TJCA a través de sus providencias ha aclarado la forma que tiene el PA al punto que la definición legal contenida en el Artículo 42 del Acuerdo de Cartagena podría ser ampliada conforme los criterios jurídicos específicos emitidos por el Tribunal. Es así como recogiendo las conclusiones del TJCA, parece objetivo afirmar que el PA es una institución de Derecho Público Internacional, con personalidad jurídica propia, que articula su gestión a través de órganos desconcentrados como la Secretaría General, y descentralizados como sus oficinas de representación nacional, las cuales cuentan con personalidad jurídica propia, y autonomía económica y financiera.

El PA está integrado por parlamentarios, quienes guardan una relación laboral estatutaria con el órgano deliberante comunitario, el cual su vez, por regla general, se expresa a través de recomendaciones o sugerencias que no son susceptibles del control de legalidad o validez vía acción de nulidad. Sin embargo, el Tratado Constitutivo del PA y su Reglamento General son parte del ordenamiento jurídico andino y deben ser considerados como normas originarias y derivadas respectivamente, que constituyen fuentes atípicas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Quito, diciembre de 2023.

²⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia en el proceso 01-DL-2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5161 de 3 de mayo de 2023, p. 14.

CAPÍTULO IV

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, SUS MAGISTRADOS, SU ORGANIZACIÓN Y SUS COMPETENCIAS JURISDICCIONALES

Hugo R. Gómez Apac
Karla Margot Rodríguez Noblejas
Mario M. Santos Pérez

Hugo R. Gómez Apac

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y admitido en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Coruña (España).

Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesor en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico (Perú), en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur (Perú). También, profesor invitado en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías en la Universidad Austral (Argentina).

Fue presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, director nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) fue vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor, presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal, y secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia.

Como docente universitario dictó las siguientes cátedras: en la Universidad del Pacífico, «Organización del Estado y Derecho Público Administrativo» (en la Maestría en Gestión Pública), así como «Derecho procesal administrativo: procedimiento administrativo general, sancionador y trilateral», «Régimen jurídico de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos» y «Régimen legal de los bienes del Estado» (en la Maestría en Derecho Administrativo Económico); en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, «Derecho Administrativo» y «Derecho de la Competencia»; en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, «Derecho Administrativo», «Derecho de la Competencia» y «Regulación de Servicios Públicos»; en la Pontificia Universidad Católica del Perú, «Derecho de la Competencia», «Metodología de la Investigación Jurídica» y «Derecho Administrativo I», así como «Instituciones Jurídicas de la Regulación» (en la Maestría de Derecho de la Empresa); en la Universidad ESAN, «Derecho Administrativo II» y «Derecho Medioambiental»; en la Universidad Científica del Sur, «Derecho Administrativo» y «Certificación, Evaluación y Fiscalización Ambiental»; en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, «Derecho Administrativo», «Derecho Ambiental» y «Derecho de la Competencia»; y en la Universidad de Las Américas (UDLA) del Ecuador, «Introducción al Derecho».

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 *ad interim*, 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.

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.

Mario M. Santos Pérez

Abogado y licenciado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Hemisferios (Ecuador), en ambos casos graduado con honores. Actualmente, se desempeña como auxiliar judicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ha sido asistente de cátedra y de investigación en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Ecuador) y en la Universidad Hemisferios. En 2023, realizó una estancia académica en la Misión de Representación Permanente de la República del Ecuador ante la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington D.C., Estados Unidos. Asimismo, ha brindado servicios profesionales y académicos en distintas organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas. Autor de artículos académicos y curador de texto de libros. Su formación abarca cursos en temas tales como derecho internacional, geopolítica, historia, entre otros.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, SUS MAGISTRADOS, SU ORGANIZACIÓN Y SUS COMPETENCIAS JURISDICCIONALES¹

Hugo R. Gómez Apac
Karla Margot Rodríguez Noblejas
Mario M. Santos Pérez

Palabras clave

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Acción de nulidad. Acción de incumplimiento. Interpretación prejudicial. Cuestión prejudicial de validez. Recurso por omisión o inactividad. Demanda laboral. Función arbitral.

Keywords

Andean Community Court of Justice. Nullity action. Non-compliance action. Preliminary ruling on interpretation. Preliminary ruling on validity. Action due to omission or inactivity. Laboral action. Arbitration.

Resumen

El presente artículo explica el funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El trabajo presenta la estructura organizativa del Tribunal y revisa cuáles son las funciones de sus magistrados y funcionarios. Posteriormente, se analiza cada una de las siete competencias jurisdiccionales de la corte andina a la luz de los desarrollos jurisprudenciales más relevantes que se han emitido en los últimos años y se exhiben estadísticas sobre sus fallos. Ello permitirá que el lector adquiera una visión más cercana al día a día del trabajo jurisdiccional de la corte andina.

Abstract

This paper explains the functioning of the Court of Justice of the Andean Community. It presents the Andean court's organic structure and reviews its magistrates and personnel's functions and tasks. With that said, it analyzes each of its seven

¹ El presente artículo es una segunda versión revisada, editada, actualizada y ampliada del publicado en: Hugo R. Gómez Apac y Karla M. Rodríguez Noblejas, *Capítulo III, 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. 79-128. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf

judicial competences in the light of the court's most recent and relevant jurisprudential developments. This article will allow the reader to acquire a closer view of the everyday work of the Andean court.

1. Introducción

El presente libro conmemora los 45 años de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**) y los 40 desde que inició sus funciones, por lo que resulta pertinente un artículo que dedique sus páginas a conocer no solo sus competencias jurisdiccionales, sino también aspectos más íntimos de esta corte de justicia, como quiénes son sus magistrados, cómo son elegidos, qué calificaciones deben tener para ostentar tal dignidad, su autonomía e independencia, qué apoyo reciben al interior del Tribunal, cómo se encuentra organizada esta corte y qué funciones desarrolla cada estamento interno.

El TJCA, no obstante ser la tercera corte internacional que más causas judiciales tramita y tener siete competencias jurisdiccionales —la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, la cuestión prejudicial de validez, el recurso por omisión, la acción laboral y la función arbitral—, es un organismo internacional pequeño, bastante pequeño si lo comparamos con el tamaño y presupuesto de otras cortes regionales. Si nos atenemos al aspecto funcional, esto es, la labor resolutive, son cuatro magistrados, un secretario general, cinco abogados asesores y el eventual apoyo de dos auxiliares judiciales y de un consultor. Este grupo de 13 personas debe dar trámite a centenares de casos judiciales anualmente: el 2021, resolvió 351 casos (349 solicitudes de interpretación prejudicial y 2 procesos contenciosos); el 2022, 278 (269 solicitudes de interpretación prejudicial y 9 procesos contenciosos); y el 2023, 415 (398 solicitudes de interpretación prejudicial y 17 procesos contenciosos).

El TJCA viene funcionando con un presupuesto congelado desde hace 16 años, situación que se ve agravada por una inflación acumulada superior al 40 % en dicho periodo, el incremento de la carga procesal y otros factores. Hay mucho de heroísmo en administrar austeramente una corte de justicia que tiene una carga procesal significativa y lograr la tramitación de los procesos judiciales en plazos que no sean excesivamente largos —más adelante se mencionan los tiempos promedio de duración de las acciones judiciales—. Si bien hay procesos que, por sus particularidades, tienen varios años en trámite, la introducción del criterio jurídico interpretativo del «acto aclarado» en marzo de 2023 —que se explica en detalle en otro capítulo de esta obra colectiva— ha permitido y continuará permitiendo reducir los tiempos de tramitación de las interpretaciones prejudiciales y de los procesos contenciosos.

La primera sección del artículo aborda lo referido a los magistrados del TJCA, la estructura organizacional de esta corte de justicia y el proceso de elaboración y aprobación de las providencias judiciales; y, la segunda sección, lo concerniente a las competencias jurisdiccionales del Tribunal y desarrollos jurisprudenciales recientes.

La Comunidad Andina es una comunidad de Derecho. Su ordenamiento jurídico —que es autónomo al de los países miembros pero al mismo tiempo forma parte integrante de sus ordenamientos— cuenta con sus propias fuentes y principios. Entre las fuentes típicas y atípicas, de derecho primario y secundario, tenemos normas constitucionales —los tratados y sus protocolos modificatorios—, legales [las decisiones emitidas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante, el **Camre**) y la Comisión de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **Comisión**)]— y reglamentarias —[las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**)]—. Los principios de preeminencia, aplicación inmediata, efecto directo y complemento indispensable —que no son los únicos, por cierto— guían la interacción entre el derecho andino y los derechos nacionales.

La cesión de competencias soberanas a favor de la Comunidad Andina alimenta la supranacionalidad y las funciones de los órganos legislativos, que son el Camre y la Comisión; del órgano ejecutivo, que es la SGCA, la que tramita procedimientos administrativos y emite actos administrativos; y del órgano jurisdiccional, que es el TJCA, que resuelve controversias entre los países miembros, entre los órganos comunitarios, entre los países miembros y los órganos comunitarios, y entre estos y los ciudadanos andinos (personas naturales o jurídicas), así como garantiza la aplicación uniforme y coherente del derecho andino por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los países miembros.

Las controversias se resuelven con, valga la redundancia, los procesos contenciosos, que son las *acciones de nulidad e incumplimiento*, el *recurso por omisión* y la *demanda laboral*. La aplicación uniforme y coherente del derecho andino se garantiza a través de la *interpretación prejudicial*. La *cuestión prejudicial de validez* es un proceso que combina aspectos de la interpretación prejudicial y la acción de nulidad. Finalmente, la *competencia arbitral*, reconocida expresamente en el Tratado de creación del TJCA, no fue reglamentada y las dos únicas demandas arbitrales recibidas fueron declaradas improcedentes.

Son siete subsecciones, que conforman la segunda parte del presente artículo, que explican cada una de las siete competencias jurisdiccionales antes mencionadas.

2. El TJCA, sus magistrados y su estructura organizacional

Las competencias del TJCA, su composición y su funcionamiento interno se encuentran regulados en el Acuerdo de Cartagena², su Tratado de creación³, su

² Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por la Decisión 563 de la Comisión, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **GOAC**) núm. 940 del 1 de julio de 2003. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace940.pdf>

³ Tratado de creación del TJCA, codificado por la Decisión 472 de la Comisión, publicado en la GOAC núm. 483 del 17 de setiembre de 1999. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/gace483.pdf>

Estatuto⁴ y su Reglamento Interno⁵.

El TJCA cuenta con personalidad jurídica según el derecho internacional, por lo que tiene capacidad para contratar personal, adquirir bienes, contratar servicios y administrar recursos. Tiene su sede en Quito, capital de Ecuador, y está integrado por cuatro magistrados que tienen la nacionalidad de origen de cada uno de los países miembros y gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones.

2.1. De los magistrados

Por cada país miembro hay un magistrado titular y dos suplentes. Estos últimos reemplazan al magistrado titular ante su ausencia temporal o definitiva, así como en los casos de impedimento y recusación⁶. El art. 67 del Estatuto del TJCA prevé que son causales de impedimento y de recusación de los magistrados: (i) el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad que el magistrado o su cónyuge posean con las partes, sus representantes o mandatarios; (ii) el interés directo o indirecto que el magistrado o su cónyuge posean en el asunto; (iii) el haber emitido opinión fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del procedimiento, o haber intervenido en este como parte, apoderado o asesor; y, (iv) la amistad íntima o enemistad manifiesta del magistrado o su cónyuge con las partes, sus representantes o mandatarios. El magistrado que considere estar incurso en estas causales deberá declararlo al Tribunal, quien decidirá sobre la abstención o inhibición. Por su parte, el art. 69 del Estatuto establece que la recusación se propondrá ante el Tribunal, en cualquier estado del proceso, mediante escrito fundamentado. Una vez recibida la solicitud, el presidente del Tribunal suspende el proceso para tramitar la recusación. El pronunciamiento sobre esta solicitud es definitivo. Ni el impedimento ni la recusación tienen efecto sobre lo ya actuado en el proceso.

A través de su jurisprudencia, el Tribunal ha explicado que las causales de recusación son taxativas, excepcionales y deben ser interpretadas de modo restrictivo. El motivo de proceder en este sentido es evitar que las partes utilicen la figura de recusación de manera abusiva con el propósito de seleccionar al juez a su arbitrio. Asimismo, un enfoque restrictivo en la aplicación de la figura de la recusación es apropiado para garantizar su imparcialidad y autonomía frente a posibles presiones de las partes. Dado que la recusación no tiene efectos sobre lo ya actuado, carece de sentido recusar

⁴ Estatuto del TJCA, aprobado por la Decisión 500 del Camre, publicado en la GOAC núm. 680 del 28 de junio de 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE680.PDF>

⁵ Reglamento Interno del TJCA, aprobado por Acuerdo 01/2020 del 29 de junio de 2020, publicado en la GOAC núm. 4011 del 30 del mismo mes. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204011.pdf>

⁶ Art. 9 del Tratado de creación del TJCA.

a un magistrado una vez emitida la sentencia por parte del Tribunal, puesto que esta es inapelable.⁷

Por otro lado, dada la permanente posibilidad de empate en el voto de los magistrados principales (al ser cuatro, uno correspondiente a cada país miembro), el art. 21 del Reglamento Interno del Tribunal prevé que se convoquen (en un orden previamente sorteado) a los magistrados suplentes a fin de romper una eventual igualdad entre votos disidentes.

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

De conformidad con lo establecido en el art. 6 del Tratado de creación del TJCA, es requisito para ser magistrado gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia.

Los magistrados son autoridades jurisdiccionales de la Comunidad Andina. En consecuencia, no son representantes o apoderados nacionales en el sentido de responder instrucciones o encontrarse subordinados a alguna autoridad de su país de origen. Actúan con absoluta independencia con relación a los intereses de sus países e independientemente de si estos son parte o no de una controversia de conocimiento del Tribunal. Está plenamente garantizada su autonomía, independencia y neutralidad en la resolución de los casos⁸.

El art. 7 del Tratado de creación del TJCA dispone que los magistrados del Tribunal son designados de ternas presentadas por su respectivo país miembro. Esta designación debe ser aprobada con el voto unánime de representantes plenipotenciarios que los países miembros designen para tal efecto. La convocatoria para la aprobación de las designaciones la realiza el gobierno de Ecuador, en calidad de país sede del Tribunal. Así, si bien son los países miembros quienes realizan la designación al cargo de sus respectivos magistrados connacionales, la elección del magistrado para ocupar el cargo es realizada por los plenipotenciarios acreditados de los cuatro países miembros de la Comunidad Andina.

⁷ Auto que rechaza una solicitud de recusación, de fecha 13 de septiembre de 2023, recaído en el Proceso 02-AI-2020 publicado en la GOAC núm. 5310 del mismo día. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205310.pdf>

⁸ Segundo párrafo del art. 6 del Tratado de creación del TJCA.

De esta forma, se tiene que los magistrados son funcionarios supranacionales de la Comunidad Andina. Sus cargos no forman parte de la administración pública de los países miembros, así como tampoco sus funciones pueden considerarse como delegaciones o mandatos de sus gobiernos. Los magistrados no pueden ser sometidos a presiones políticas ni de ninguna otra índole que puedan llegar a comprometer su imparcialidad. Los magistrados votan y emiten sus fallos en derecho y en función de sus convicciones, independientemente de si su país de origen es parte en una determinada causa. La normativa comunitaria no prevé a la identidad nacional de los magistrados como causal de recusación o impedimento, por lo que no pueden abstenerse de ejercer una debida administración de justicia cuando esta pudiese contravenir intereses gubernamentales del país miembro del cual son nacionales. La garantía de imparcialidad en el ejercicio de las funciones del TJCA constituye un pilar fundamental para el correcto desempeño del proceso de integración subregional andino.

Los magistrados no pueden ser removidos a requerimiento del gobierno de un país miembro salvo en caso de que, en ejercicio de sus funciones, hubieran incurrido en falta grave prevista en el Estatuto del TJCA y de conformidad con el procedimiento en él establecido. Para tal efecto, los gobiernos de los países miembros designarán plenipotenciarios quienes, previa convocatoria del gobierno ecuatoriano, resolverán el caso en reunión especial y por unanimidad.

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

Los magistrados solo podrán ser removidos de sus cargos por haber incurrido comprobadamente en la comisión de una falta grave, que son las siguientes:⁹

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

En lo referido a la estructura organizacional, a la fecha, el TJCA está compuesto por la sala plena, la presidencia, la secretaría general, el equipo de abogados asesores, la jefatura administrativa y financiera, y el equipo de servicios de apoyo.

⁹ Art. 11 del Estatuto del TJCA.

La sala plena está conformada por los cuatro magistrados. Este colegiado se reúne en sesiones judiciales y administrativas. En las sesiones judiciales delibera asuntos jurisdiccionales como el debate y aprobación de providenciales judiciales (sentencias y autos). En las sesiones administrativas aprueba reglamentaciones generales bajo la forma de acuerdos y decisiones administrativas de efectos particulares bajo la forma de resoluciones; y, toma decisiones administrativas en el ámbito de sus competencias.

2.2. De la presidencia

La presidencia de la corte es ejercida por un año y de manera rotativa por cada uno de los magistrados. El presidente representa al Tribunal; dirige sus actividades, trabajos y servicios; convoca y preside las sesiones y audiencias; y, ejerce las demás atribuciones previstas en el Reglamento Interno¹⁰.

2.3. Del secretario general

El secretario general cumple las funciones de secretario relator y secretario técnico y dirige el trabajo del equipo de abogados asesores¹¹.

El Tribunal nombrará su secretario para cumplir un periodo de tres años sobre la base de cualesquiera de las siguientes modalidades: concurso público, invitación o ascenso de entre los abogados asesores, y podrá reelegirlo por una sola vez. El secretario deberá ser nacional de origen de alguno de los países miembros (el cargo se rotará entre los países miembros), gozar de alta consideración moral y ser abogado de notoria competencia.

El art. 18 del «Convenio de inmunidades y privilegios, entre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el Gobierno de la República del Ecuador», celebrado el 9 de marzo de 1992, dispone que el secretario del Tribunal goza de las inmunidades y privilegios que la legislación concede a los Ministros Consejeros extranjeros.

2.4. Del jefe administrativo y financiero

El jefe administrativo y financiero se encarga de las labores de abastecimiento, contabilidad, tesorería, tecnologías de la información y seguridad del TJCA. De conformidad con los arts. 15 a 17 del Reglamento de personal de funcionarios internacionales¹², el Tribunal designa al jefe administrativo y financiero para cumplir un periodo de tres años (por cualesquiera de los métodos de elección previstos para el

¹⁰ Art. 15 del Estatuto del TJCA.

¹¹ Los arts. 19 del Estatuto del TJCA y 9 de su Reglamento interno establecen las funciones del secretario general.

¹² Reglamento de personal de funcionarios internacionales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por Acuerdo 11-2023-TJCA de fecha 5 de octubre de 2023, publicado en la GOAC núm. 5338 del 16 de octubre de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACETA%205338.pdf>

secretario general) y podrá reelegirlo por una sola vez, sobre la base de los principios de transparencia, meritocracia y eficiencia administrativa. Para la designación del jefe administrativo y financiero se verifica el cumplimiento, por parte de los candidatos, de los siguientes requisitos: tener título profesional de economista, administrador de empresas, auditor, contador público, ingeniero financiero u otro afín; tener conocimiento y experiencia mínima de tres años en la gestión de presupuesto, la realización de actividades de planeamiento, gestión de recursos humanos, análisis contable y elaboración o revisión de estados financieros, contratación de bienes o servicios, entre otros; y, no tener vínculo remunerado o no, con entidades públicas o privadas asociadas con temas o asuntos de las materias reguladas por el ordenamiento jurídico comunitario andino. Sus funciones las cumplirá, actuando bajo la dirección del presidente.

2.5. De los abogados asesores

Los abogados asesores son profesionales del derecho que colaboran con la gestión judicial del Tribunal y deben tener título profesional de abogado, licenciado en derecho o equivalente en la disciplina jurídica; tener conocimiento suficiente del ordenamiento jurídico comunitario y el sistema andino de solución de controversias; y, contar con al menos tres años de experiencia posterior a la obtención del título universitario, preferiblemente en las materias reguladas por el ordenamiento jurídico comunitario andino. El vínculo laboral entre el Tribunal y los abogados asesores se registrará mediante contratos a plazo fijo por un periodo de hasta un año, los cuales podrán ser renovados por mutuo acuerdo de las partes hasta por un total de siete años continuos como máximo.¹³

2.6. Del servicio de apoyo

El servicio de apoyo colabora con los aspectos judicial y administrativo del Tribunal.

2.7. Del esquema de trabajo del *pool* de abogados asesores

Desde febrero de 2023, el TJCA mantiene una estructura organizacional para la elaboración y aprobación de providencias judiciales asentada en un *pool* de cinco abogados asesores, quienes trabajan en conjunto con el resto del servicio de apoyo bajo la supervisión de los magistrados y el secretario general. Recibido el expediente, se asigna el caso concreto a uno o más abogados asesores quienes tienen la función de elaborar una ayuda memoria y explicar el caso al magistrado sustanciador. El magistrado instruye al abogado asesor o al equipo, y al secretario general, sobre el sentido de la providencia judicial. Con ello, se redacta un proyecto que será revisado por el secretario general. Una vez terminada la revisión, se envía el proyecto al magistrado sustanciador. Si el magistrado está de acuerdo con el proyecto, la providencia es remitida a secretaría del Tribunal para su comunicación al resto del

¹³ Arts. 7, 10 y 11 del Reglamento de personal de funcionarios internacionales del TJCA.

pleno (cuando se trate de sentencias o autos interlocutorios¹⁴); caso contrario, el proyecto retorna al asesor para que este realice las correcciones pertinentes.

En el primer caso, una vez puesto el proyecto de providencia en conocimiento de los demás magistrados, estos pueden presentar observaciones, intercambiar ideas y consensuar un proyecto final que entrará a sesión judicial (convocada por el presidente del Tribunal) para ser aprobado. Una vez aprobada la providencia, esta procede a ser firmada de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto y Reglamento Interno del TJCA, a fin de ser notificada y, de ser el caso, enviada a la SGCA para su publicación en la GOAC. Durante el proceso, cualquier magistrado puede elaborar un voto en minoría (disidente o concurrente aclaratorio), o encargar a un asesor su elaboración bajo sus directrices.

La nueva estructura organizacional del TJCA permite una mayor simetría en la producción y calidad en las providencias judiciales. Asimismo, ha resultado ser un mecanismo más eficiente en la elaboración, revisión y preparación de providencias. La centralización de la organización del trabajo en la secretaría general permite una mayor especialización de los abogados asesores en temáticas particulares, agilizando el proceso previo a la aprobación de una providencia. Por lo demás, la organización a modo de *pool* ha demostrado su capacidad de enriquecer el sentido de las sentencias y autos, puesto que permite una mayor coordinación y trabajo en equipo entre los abogados asesores.

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

Inicialmente, el TJCA solo tenía las siguientes competencias jurisdiccionales: acción de nulidad, acción de incumplimiento, interpretación prejudicial y cuestión prejudicial de validez. El Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996¹⁵ le otorgó tres competencias adicionales: el recurso por omisión (o por inactividad), la demanda laboral y la función arbitral.

De acuerdo con los arts. 41 del Tratado de creación del TJCA y subsiguientes, en concordancia con el art. 91 de su Estatuto, las sentencias que dicta el Tribunal tienen fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de su notificación. Los países miembros no pueden someter ninguna controversia surgida en torno a la aplicación de las normas andinas a ningún tribunal, sistema arbitral o procedimiento distinto a los contemplados en el Tratado de creación del Tribunal.

Las sentencias del Tribunal solo están sujetas a solicitud de enmienda, ampliación y aclaración de conformidad con las disposiciones de los arts. 92 y 93 del Estatuto¹⁶.

¹⁴ Los autos de mera sustanciación (v.g. un auto que orden correr traslado de un escrito) son aprobados únicamente por el magistrado sustanciador.

¹⁵ Entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

¹⁶ **Estatuto del TJCA.-**

Estos recursos no pueden ser considerados como recursos de doble instancia¹⁷. Por su parte, el art. 95 de esta norma prevé la posibilidad de plantear un recurso extraordinario de revisión únicamente contra sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento, cuando exista un hecho que hubiere podido influir decisivamente en la decisión y hubiese sido desconocido al expedir la sentencia¹⁸. En ninguno de estos casos la interposición del recurso o solicitud interrumpirá la ejecución de la sentencia.

Tomando los últimos 10 procesos contenciosos que el TJCA ha resuelto mediante sentencia¹⁹, se tiene que la corte andina toma un promedio aproximado de 3 años y 4 meses para la resolución de casos.

A continuación, se desarrollan cada una de las competencias jurisdiccionales del TJCA.

«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.»

«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.»

¹⁷ Auto que rechaza una solicitud de aclaración y ampliación, de fecha 6 de octubre de 2023, recaído en el Proceso 02-AI-2020 publicado en la GOAC núm. 5333 del 9 del mismo mes. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205333.pdf>

¹⁸ El recurso extraordinario de reconsideración debe ser planteado dentro de los 90 días siguientes al conocimiento del hecho en que se fundamenta y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia.

¹⁹ Correspondientes a 3 demandas laborales (03-DL-2018, 01-DL-2020, 01-DL-2021), 3 acciones de nulidad (01-AN-2017, 01-AN-2018 y 02-AN-2018) y 4 acciones de incumplimiento (01-AI-2019, 02-AI-2019, 02-AI-2020 y 05-AI-2021).

3.1. La acción de nulidad

La acción de nulidad es el instrumento procesal comunitario que permite controlar la legalidad de la actuación de los órganos comunitarios y tiene por objeto garantizar el principio de jerarquía normativa, la defensa de la legalidad y la tutela del ordenamiento jurídico andino²⁰.

En el marco de esta acción, regulada en los arts. 17 a 22 del Tratado de creación del TJCA y 101 a 106 de su Estatuto, el Tribunal analiza si las decisiones del Camre o la Comisión, las resoluciones de la SGCA o los convenios²¹ violan o no el ordenamiento jurídico comunitario andino; si lo violan, declara la nulidad (o invalidez) del acto comunitario. Su competencia se restringe al análisis de validez de las normas derivadas o de derecho secundario. Las normas fundamentales o constitucionales (derecho primario) no están sujetas a control de legalidad.

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

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales;
- b) El Tratado de creación del TJCA y sus protocolos modificatorios;
- c) Las decisiones del Camre y la Comisión;
- d) Las resoluciones de la SGCA; y,
- e) Los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

El ordenamiento jurídico comunitario andino no solo está compuesto por las normas andinas detalladas en el párrafo precedente (fuentes típicas) sino también por normas andinas que no aparecen en dicho listado (fuentes atípicas)²². El control de legalidad se efectúa respecto de las fuentes típicas y atípicas.

En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017²³, el TJCA explicó que el art. 2 de su Estatuto establece que el ordenamiento jurídico comunitario andino está conformado por las siguientes fuentes típicas:

²⁰ 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_LaAccionDeNulidadEnElDerechoComunitario.pdf

²¹ Convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

²² Es el caso, por ejemplo, del Reglamento General del Parlamento Andino.

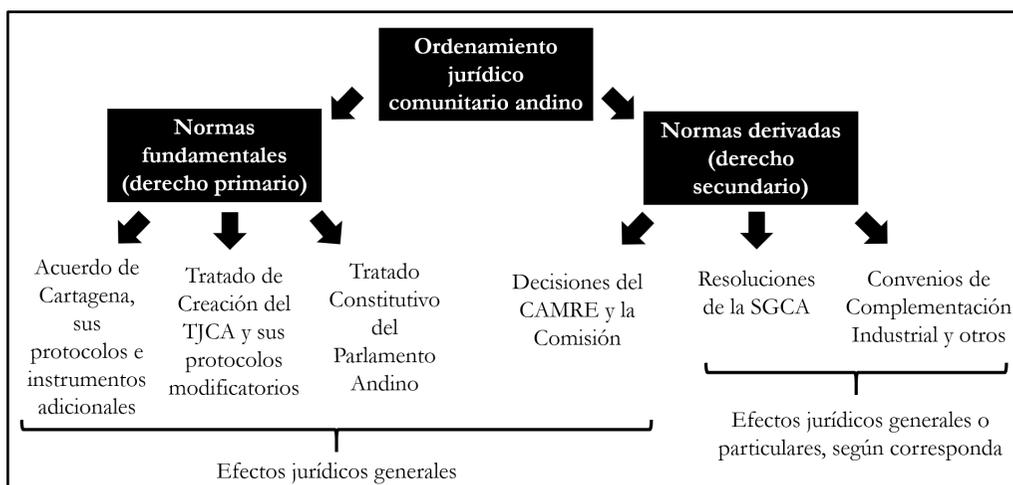
²³ Publicada en la GOAC núm. 2922 del 8 de febrero de 2017. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE2922.pdf>

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

Las decisiones del Camre y de la Comisión tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las resoluciones de la SGCA y los referidos convenios pueden tener efectos jurídicos generales en unos casos o efectos jurídicos particulares en otros. Así, tendrá efectos generales una resolución de la SGCA que aprueba un reglamento, mientras que tendrá efectos particulares la resolución de dicho órgano que aprueba un acto administrativo.

Lo explicado se puede visualizar en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1



Fuente: Elaboración propia.

El control de legalidad a cargo del TJCA varía en función de si el acto impugnado tiene efectos generales o particulares. Si el acto comunitario tiene efectos jurídicos generales, el control de legalidad privilegia su carácter «normativo», mientras que, si tiene efectos jurídicos particulares, dicho control privilegia su naturaleza de «acto administrativo».

En el caso de las decisiones del Camre y de la Comisión (las leyes comunitarias), el control jurídico del TJCA se asemeja a la acción de inconstitucionalidad contra

normas con rango de ley tramitada ante el Tribunal Constitucional peruano o ante la Corte Constitucional ecuatoriana.

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

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

Respecto de las resoluciones de efectos particulares de la SGCA (actos administrativos)²⁴, el control jurídico del TJCA se asemeja al proceso contencioso administrativo (peruano o ecuatoriano).

En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014, el TJCA estableció que son elementos esenciales de validez de las resoluciones de la SGCA, los siguientes:

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

Por otro lado, tratándose de disposiciones de efectos jurídicos generales, el control de legalidad o de validez privilegiará el carácter normativo de la disposición cuestionada, correspondiendo verificar los siguientes elementos de validez:²⁵

- (i) Si la norma fue emitida por autoridad competente.
- (ii) Si la norma respeta el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; es decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía.

²⁴ Tales como las resoluciones que autorizan la imposición de salvaguardias, que declaran que ciertas mercancías cumplen con las normas de origen, que sancionan la comisión de una conducta anticompetitiva transfronteriza, entre otras.

²⁵ Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017.

- (iii) Si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente *test* de razonabilidad:
 - (iii.1) Si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho andino.
 - (iii.2) Si la disposición objeto de la norma es idónea para cumplir la finalidad buscada por esta; es decir, si hay una relación causal entre el fin perseguido y el objeto de la norma (*juicio de idoneidad*).
 - (iii.3) Si el objeto de la norma es necesario o insustituible; esto es, que no hay una forma menos gravosa para alcanzar la finalidad buscada por la norma (*juicio de necesidad o “insustituibilidad”*).
 - (iii.4) Si el objeto de la norma es proporcional; es decir, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo (*juicio de proporcionalidad*).

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

El parámetro de control no solo es el texto de la norma andina, sino también la interpretación auténtica de dicha norma realizada por su intérprete supremo —el TJCA— a través de sus sentencias, en las que define el objeto, contenido y alcance de la normativa andina. Es deber del Tribunal aplicar la norma andina y jurisprudencia pertinente en aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho)²⁶.

Al TJCA 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 andino²⁷. El análisis realizado por el TJCA requiere ser profundo y exhaustivo debido a que la acción de nulidad tiene como finalidad asegurar el principio de legalidad como pieza clave del régimen jurídico andino, el cual, además, resulta de suma relevancia para la consolidación de los objetivos económicos y sociales del proceso de integración subregional andino previstos en el Acuerdo de Cartagena.²⁸

Mediante Auto de fecha 28 de abril de 2021 recaído en el Proceso 01-DL-2020²⁹, el TJCA reconoció —circunstancialmente en el marco de una demanda laboral— a la

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

²⁷ Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Publicado en la GOAC núm. 4219 del 28 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%204219.pdf>

acción de nulidad como un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Sobre la naturaleza de la acción de nulidad, el TJCA estableció lo siguiente:

«...En reciente jurisprudencia, el TJCA 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 este 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.²⁰

...También en su jurisprudencia²¹, 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.

²⁰ Ver párrafo 3.1.11. de Sentencia del 6 de septiembre de 2022 (proceso 02-AN-2019), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5036 del 7 de septiembre de 2022. Disponible [en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205036.pdf](https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205036.pdf)

²¹ Ver párrafos 3.1.14. a 3.1.16. del Auto del 31 de julio de 2020 (proceso 02-AN-2019). Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/sistjca/actuaciones/ac-8472.pdf>»³⁰

Con las garantías de la «plena jurisdicción» y la aplicación de los principios de justicia material³¹ y *iura novit curia*, la acción de nulidad comunitaria se ha convertido en una

³⁰ Sentencias de fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2023 recaídas en los Procesos 05-AN-2016 y 01-AN-2017, respectivamente, publicadas en las GOAC números 5193 y 5202 del 5 y 16 de junio de 2023, correspondientemente. Disponibles en:
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205193.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205202.pdf>

³¹ Si se desea ahondar en el principio justicia material, así como en los de realidad y verdad material, se sugiere revisar el Auto de fecha 31 de julio de 2020 recaído en el Proceso 02-AN-2019,

verdadera instancia de tutela judicial efectiva y de respeto del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Respecto del plazo de prescripción, esta acción deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los 2 años siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto comunitario cuestionado: la decisión, la resolución o el convenio de que se trate. La interposición de esta acción no afecta la eficacia o vigencia del acto comunitario impugnado; sin embargo, el TJCA, a petición del demandante —y previo afianzamiento si lo estima necesario—, puede ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la norma cuestionada u otras medidas cautelares. El art. 105 del Estatuto del TJCA establece una diferenciación entre los requisitos para decretar la suspensión provisional de una disposición comunitaria de efectos generales y los requisitos para suspender un acto comunitario de efectos particulares. En el primer caso, bastará que se verifique que la norma impugnada viola manifiestamente una norma de categoría superior; mientras que, en el segundo caso, el demandante deberá comprobar, además, la existencia de perjuicios irreparables o de difícil reparación que el acto le causa o pudiere causar.

Así, para sustentar la solicitud de una medida cautelar en el marco de una acción de nulidad planteada en contra de un acto comunitario de efectos particulares, se debe comprobar dos requisitos: (i) la verosimilitud de la nulidad (*fumus boni iuris*) del acto; y, (ii) el peligro en la demora (*periculum in mora*). En cuanto al primer requisito, el Tribunal ha manifestado que el juzgador debe apreciar *prima facie* una manifiesta violación de una norma andina de superior jerarquía por parte del acto impugnado. El término «verosimilitud» implica que existe una probabilidad alta de que el acto impugnado sea nulo, mas no existe certeza (la cual está reservada para la sentencia). Al analizar una solicitud de medida cautelar, el Tribunal no revisa todos los extremos y complejidades de la demanda, motivo por el cual el decreto de una medida cautelar no implica prejuzgamiento.³²

Los legitimados para interponer la acción de nulidad son los países miembros —previa demostración de que la decisión impugnada no fue aprobada con su voto afirmativo—, el Camre, la Comisión, la SGCA y las personas naturales o jurídicas.

Si el actor es una persona natural o jurídica, adicionalmente, deberá presentar las pruebas que demuestren que el acto comunitario impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. A través de su jurisprudencia, el TJCA ha precisado que los actos de mero trámite no afectan un derecho subjetivo o interés

publicado en la GOAC núm. 4047 del 3 de agosto de 2020, en el cual el TJCA enfatizó la importancia de estos principios indicando que estos apuntan no solo a privilegiar la verdad y la justicia como elementos axiológicos que irradian a todo proceso judicial, sino que, al mismo tiempo, coadyuvan con el fortalecimiento del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204047.pdf>

³² Auto de fecha 16 de febrero de 2022, recaído en el Proceso 03-AN-2021, publicado en la GOAC núm. 4419 del 17 del mismo mes. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204419.pdf>

legítimo debido a que por su naturaleza no causan indefensión ni prejuzgan el fondo del asunto³³. Tampoco las resoluciones de la SGCA con efectos jurídicos suspendidos por una resolución posterior o que estén todavía en revisión ante la interposición de un recurso de reconsideración³⁴.

En cuanto a aspectos procesales, conviene destacar tres criterios desarrollados por el Tribunal en jurisprudencia reciente. En primer lugar, mediante Autos del 25 de mayo y 25 de abril de 2023, recaídos respectivamente en los Procesos 03 y 01-AN-2021, el TJCA estableció que el ejercicio de su facultad para acumular procesos es discrecional. En segundo lugar, en el marco del Proceso 01-AN-2022, mediante Auto del 25 de abril de 2023, el TJCA rechazó la celebración de una audiencia en formato híbrido (virtual y presencial) por poner en peligro la igualdad de condiciones entre las partes. Por último, mediante Auto del 6 de noviembre de 2023, recaído en el Proceso 01-AN-2021, el Tribunal desarrolló criterios sobre la figura de la «prueba sobreviniente», la cual, para ser admitida en virtud del principio de justicia material³⁵, debe reunir los siguientes criterios: (i) que su conocimiento hubiese sido imposible; (ii) y, que sea decisiva o relevante para encontrar la verdad que subyace en la controversia.

En su resolución, cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial del acto impugnado, especificará los efectos de la sentencia en el tiempo. La demandada, de ser vencida, deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal.

Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA ha recibido 82 acciones de nulidad, de las cuales ha resuelto 78, encontrándose en trámite 4.

3.2. La acción de incumplimiento

El art. 107 de su Estatuto otorga competencia al Tribunal para pronunciarse respecto de la conducta de un país miembro considerada contraria al ordenamiento andino con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de Cartagena³⁶. En tal sentido, la acción de incumplimiento es el

³³ Autos de fechas 27 de setiembre de 2017, recaído Proceso 02-AN-2017, y 25 de setiembre de 2018, recaído en el Proceso 03-AN-2018. Este último se encuentra publicado en la GOAC núm. 4303 del 20 de julio de 2021, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204303.pdf>

³⁴ Autos de fechas 19 de octubre y 7 de noviembre de 2018, recaídos en los Procesos 04 y 05-AN-2018, respectivamente, publicados en las GOAC números 3412 del 25 de octubre de 2018 y 3436 del 9 de noviembre de 2018, correspondientemente. Disponibles en:
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203412.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203436.pdf>

³⁵ Al no estar prevista expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario andino.

³⁶ Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018, publicada en la GOAC núm. 3439 del 12 de noviembre de 2018. Disponible en:

instrumento procesal comunitario que busca asegurar que los países miembros cumplan con lo establecido en el ordenamiento jurídico comunitario andino.

Esta acción, regulada en los arts. 23 a 31 del Tratado de creación del TJCA y 107 a 120 de su Estatuto, contempla una etapa previa a la jurisdiccional, la cual es seguida ante la SGCA, pudiendo ser iniciada de oficio por esta o a solicitud de un país miembro o un particular (persona natural o jurídica afectada en sus derechos subjetivos o interés legítimo). Si la SGCA no emitiera su dictamen (opinión técnica no vinculante) dentro de los 75 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o si el dictamen no fuere de incumplimiento, el denunciante podrá acudir directamente al Tribunal. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro demandado persistiere en su conducta, la SGCA deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. En caso de no hacerlo dentro de los 60 días siguientes de emitido el dictamen, el reclamante podrá acudir directamente al TJCA. En cualquier caso, el dictamen de la SGCA constituye una opinión técnica no vinculante sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias de un país miembro y contiene posibles medidas para corregir un eventual incumplimiento. Este pronunciamiento, al no poseer efectos jurídicos vinculantes, no es susceptible de ser revisado en recurso de reconsideración ni ser impugnado judicialmente.

En las Sentencias recaídas en los Procesos 05-AI-2021 del 29 de junio de 2023³⁷ y 02-AI-2020 del 17 de julio de 2023³⁸, el TJCA explicó que la acción de incumplimiento no es un mecanismo esencialmente sancionatorio o retributivo, como se expondrá más adelante, sino que tiene como objetivo garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario. En ese sentido, la fase prejudicial tramitada ante la SGCA tiene por objeto que este órgano supranacional realice gestiones destinadas a subsanar un presunto incumplimiento de un país miembro antes de que el asunto se eleve al órgano judicial comunitario andino. Por ende, esta etapa no se trata de una primera instancia ni de un procedimiento administrativo sancionador.

La fase prejudicial busca facilitar, a través de diálogo e intercambio de información, que el país miembro presuntamente incumplidor retorne a un estado de cumplimiento. Esto implica que, durante esta etapa, y sin necesidad de esperar a la emisión de un dictamen, la SGCA podría buscar un acercamiento de posiciones entre reclamante y reclamado, a fin de arribar a una fórmula conciliatoria que enmiende un eventual incumplimiento.³⁹

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203439.pdf>

³⁷ Publicada en la GOAC núm. 5237 del 4 de julio 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205237.pdf>

³⁸ Publicada en la GOAC núm. 5250 del 18 de julio 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205250.pdf>

³⁹ *Ibidem*.

Por lo demás, la fase prejudicial se encuentra regulada con mayor detalle en la Decisión 623 - «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento» del Camre reunido de forma ampliada con la Comisión⁴⁰.

En cuanto a la etapa judicial, los arts. 23, 24 y 25 del Tratado de creación del TJCA mencionan las reglas procedimentales y los órganos comunitarios intervinientes en la acción de incumplimiento. Su art. 23 establece el procedimiento aplicable cuando dicha acción es promovida por la SGCA y su art. 24 cuando es promovida por un país miembro. Su art. 25 establece los supuestos en los que la acción de incumplimiento es promovida por personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos.^{41, 42}

Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá demostrar que aquello que ha sido impugnado afecta su derecho subjetivo o interés legítimo, siendo necesario demostrar, asimismo, que la afectación es actual e inmediata, real y concreta, y directa, y que la respuesta del presunto afectado a dicha afectación es oportuna, pues debe haber una correspondencia natural entre la afectación y la respuesta del afectado⁴³. La razón de esta exigencia no es otra que garantizar un mínimo de previsibilidad y seguridad jurídica en la interrelación entre el derecho andino, la actuación de las autoridades nacionales y el ejercicio del derecho de acceso a la justicia comunitaria por parte de las personas naturales o jurídicas, pues de lo contrario, los particulares podrían cuestionar *ad infinitum* los actos legislativos, jurisdiccionales o administrativos nacionales, de tal forma que después de 10, 15, 20 o más años se podría aún poner en tela de juicio la conformidad de tales actos con el ordenamiento jurídico comunitario andino, generando un escenario de incertidumbre en los países miembros⁴⁴. El TJCA ha precisado que, si un particular no cumple con el requisito de probar una afectación

⁴⁰ Publicada en la GOAC núm. 1221 del 25 de julio de 2005. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1221.pdf>

Asimismo, el TJCA desarrolló criterios que la SGCA debe observar en el examen de admisibilidad de reclamos presentados para iniciar la fase prejudicial en el Auto de fecha 29 de abril de 2022, recaído en el Proceso 01-AI-2022, publicado en la GOAC núm. 4457 del 4 de mayo de 2022. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204457.pdf>

⁴¹ De conformidad con lo previsto en el art. 25 del Tratado de creación del TJCA, en las acciones de incumplimiento promovidas por personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos también corresponde que el caso sea previamente remitido a la SGCA a fin de que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.

⁴² Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

⁴³ Auto de fecha 17 de noviembre de 2017 recaído en el Proceso 03-AI-2017, publicado en la GOAC núm. 3143 del 24 de noviembre de 2017. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3143.pdf>

⁴⁴ Auto de fecha 28 de noviembre de 2022 recaído en el Proceso 03-AI-2021, publicado en la GOAC núm. 5081 del 30 del mismo mes. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205081.pdf>

actual e inmediata, pero considera que un país miembro se encuentra en una situación de incumplimiento, bien podría oficiar una solicitud a la SGCA informándole sobre el presunto incumplimiento y solicitándole que plantee una acción de incumplimiento ante la corte jurisdiccional del proceso de integración por su propia cuenta⁴⁵.

Sobre el particular, el Tribunal ha explicado que el sentido de requerir pruebas que acrediten una afectación actual e inmediata únicamente a las personas naturales y jurídicas radica en la diferente naturaleza del interés que estas poseen con respecto a los países miembros o la SGCA. Los particulares (personas naturales o jurídicas) actúan con base en intereses subjetivos individuales, motivo por el cual deben probar la afectación de sus derechos para accionar en vía comunitaria ante un presunto incumplimiento. Por su parte, tanto los países miembros como la SGCA actúan en virtud de intereses objetivos, razón por la que pueden plantear una acción de incumplimiento sin necesidad de probar afectación alguna. En el caso de los países miembros, esta facultad emana de su interés de que el acuerdo internacional del cual son parte (el Acuerdo de Cartagena y su ordenamiento jurídico) se cumpla, mientras que la SGCA, por su parte, actúa con base en su mandato creacional de velar por la aplicación y cumplimiento del derecho andino.⁴⁶

Por otro lado, mediante Auto del 6 de noviembre de 2023, recaído en el Proceso 03-AI-2023⁴⁷, el Tribunal señaló que solamente puede plantear una acción de incumplimiento quien haya tenido la condición de reclamante en la fase prejudicial. Asimismo, indicó que el interés de la persona natural o jurídica debe ser concreto, motivo por el cual en caso de que la demanda sea incoada por gremios, estos deberán demostrar una proporcionalidad entre su ámbito de representación y los intereses que sus miembros particulares puedan poseer. En este sentido, es necesario que exista una simetría entre el alcance del acto cuestionado como presunto incumplimiento y el universo de representados por la entidad gremial.

En cuanto a medidas cautelares en acción de incumplimiento, el art. 28 del Tratado de creación del TJCA y el art. 109 de su Estatuto facultan al TJCA a ordenar la suspensión provisional de una «medida presuntamente infractora», previo afianzamiento si lo considera necesario, si esta cause o pudiese causar al demandante o a la subregión prejuicios irreparables o de difícil reparación. Así, la norma andina otorga competencia al Tribunal de decretar medidas cautelares en una acción de incumplimiento, suspendiendo los efectos de un acto nacional de un país miembro, definido este en términos generales. El Tribunal ha ordenado la suspensión

⁴⁵ Auto de fecha 6 de noviembre de 2023 recaído en el Proceso 02-AI-2021, publicado en la GOAC núm. 5381 del 21 del mismo mes. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACETA%205381.pdf>

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Publicado en la GOAC núm. 5359 del 7 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACETA%205359.pdf>

provisional de actos o reglamentos administrativos nacionales en dos ocasiones⁴⁸.

La acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen (dimensión negativa) la aplicación del ordenamiento andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el Acuerdo de Cartagena. No se trata, por ende, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su objetivo se encuentra enfocado en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; es decir, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico andino.⁴⁹

El Tribunal ha establecido que, en una acción de incumplimiento, para salvaguardar la efectividad del derecho comunitario andino, le corresponde —en aplicación del principio *iura novit curia*— definir qué normas andinas son aplicables, cuáles normas han sido vulneradas y cómo ellas se interpretan, incluso cuando estas no hayan sido alegadas como vulneradas en la demanda. La tutela del ordenamiento jurídico comunitario no puede limitarse a lo demandado por las partes procesales, sea por defecto (alegar menos normas de las realmente vulneradas) o por exceso (alegar más normas de las realmente vulneradas). El análisis que realice el TJCA puede trascender lo alegado por las partes procesales a fin de que los fines públicos comunitarios (el cumplimiento del derecho andino) sean efectivamente protegidos. De esta forma, el Tribunal ha establecido que la acción de incumplimiento también se traduce en un mecanismo procesal consistente en la más amplia salvaguarda de los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.⁵⁰

Dado que la acción de incumplimiento tiene por finalidad que los países miembros cumplan las disposiciones del ordenamiento andino, este instrumento procesal solo tiene sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente. Solo en dichos supuestos, el TJCA podrá ordenar al país miembro el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos.⁵¹

⁴⁸ Mediante Auto del 29 de septiembre de 2004 emitido en el Proceso 117-AI-2004 y a través de Auto del 20 de julio de 2005 emitido en el Proceso 97-AI-2005, publicados en las GOAC números 1133 del 27 de octubre de 2004 y 1232 del 17 de agosto de 2005, respectivamente. Disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1133.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1232.pdf>

⁴⁹ Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018.

⁵⁰ Auto que rechaza una solicitud de aclaración y ampliación, de fecha 6 de octubre de 2023, recaído en el Proceso 02-AI-2020 publicado en la GOAC núm. 5333 del 9 del mismo mes. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205333.pdf>

⁵¹ Auto que declara fundada la excepción previa de falta de objeto de la demanda recaído en los Procesos Acumulados 06, 07, 08 y 09-AI-2015, de fecha 17 de noviembre de 2017, publicado en la GOAC núm. 3166 del 11 de enero de 2018. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3166.pdf>

Existen conductas que no resultan relevantes tutelar al amparo de una acción de incumplimiento puesto que al llegar a la jurisdicción del TJCA ya no representan una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico andino. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas conductas que no persistan en el tiempo o hubieran sido suspendidas unilateralmente por los países; y, aquellas que hayan sido revertidas a instancia de la SGCA antes de llegar al fuero del TJCA.⁵²

Respecto de la acción de incumplimiento como vía paralela a los tribunales nacionales competentes (jurisdiccionales o administrativos), corresponde señalar que conforme a lo previsto en los arts. 25 y 31 del Tratado de creación del TJCA⁵³, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos —debido al incumplimiento de un país miembro— se encuentran facultadas a optar por las siguientes vías paralelas:⁵⁴

- (i) Acudir ante la jurisdicción comunitaria (la SGCA y el TJCA) con sujeción al procedimiento previsto en los arts. 24 y 25 del Tratado de creación del TJCA (acción de incumplimiento).
- (ii) Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del art. 4 del Tratado de creación del TJCA⁵⁵.

La normativa faculta a las personas naturales o jurídicas a elegir si reclaman la

⁵² *Ibidem.*

⁵³ **Tratado de creación del TJCA.-**

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

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

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

⁵⁴ *Ibidem.*

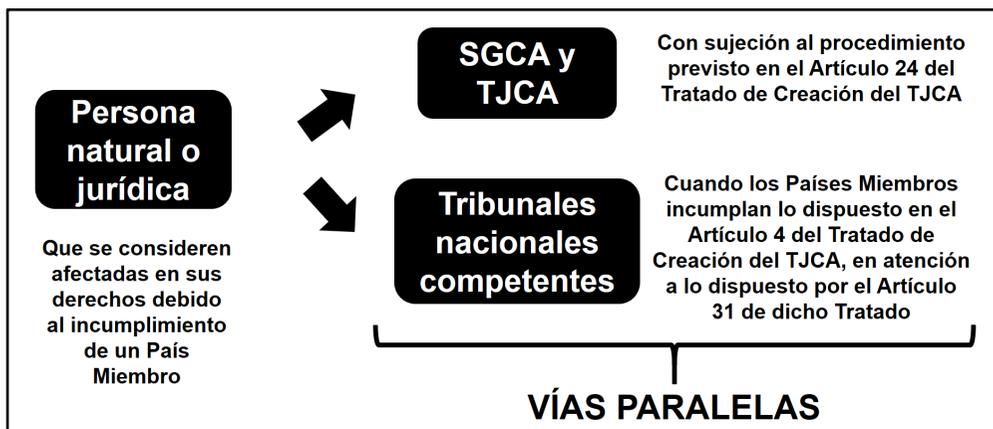
⁵⁵ **Tratado de creación del TJCA.-**

«**Artículo 4.-** Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

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

afectación de sus derechos —presuntamente vulnerados debido al incumplimiento de un país miembro— ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA) o ante el tribunal nacional competente correspondiente, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico:⁵⁶

Gráfico N° 2



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

La Sentencia recaída en los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016, de fecha 19 de octubre de 2018, explicó que la normativa comunitaria autoriza, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas (vías paralelas alternativas, pero excluyentes⁵⁷); esto es, la jurisdicción comunitaria (la SGCA y el TJCA) conforme al primer párrafo del art. 25 del Tratado de creación del TJCA; o, los tribunales nacionales competentes, en virtud de lo previsto en el art. 31 de la misma norma⁵⁸.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Se ha señalado que fue a través del Protocolo de Cochabamba que se otorgó legitimación a las personas naturales o jurídicas para formular el reclamo ante la SGCA, a causa del incumplimiento de cualquiera de los países miembros, siempre que el incumplimiento de que se trate haya afectado los derechos del reclamante (art. 25). Asimismo, se ha precisado que esta nueva legitimación introducida en el Protocolo Modificatorio del Tratado se integró a la que el Tratado original les otorgaba (art. 27) y el actual mantiene (art. 31) de acudir ante los Tribunales nacionales competentes para obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

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

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

⁵⁸ Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 93 y 94.

Agregó que dicha regla se condice también con el requisito de admisibilidad contemplado en el literal c) del art. 49 del Estatuto del TJCA, norma que señala que el actor de la acción de incumplimiento debe adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante la jurisdicción nacional. A modo de ejemplo, frente a un acto administrativo que viola o incumple una norma andina, el administrado afectado por dicho acto puede acudir al proceso contencioso administrativo (vía nacional) o incoar la acción de incumplimiento comunitaria; en este último supuesto, el interesado deberá acudir primero ante la SGCA.

En 2023, el TJCA ha enfatizado que carece de competencia para pronunciarse en el marco de una acción de incumplimiento cuando la conducta supuestamente infractora también es objeto de impugnación o revisión en sede nacional, pues si la conducta infractora está aún siendo revisada por las autoridades jurisdiccionales competentes del mismo país miembro al que se pretende imputar la infracción del derecho comunitario, el Tribunal no podría, en estricto sentido, decidir sobre el incumplimiento de ese país. Resulta irrelevante el tipo de legitimación (activa o pasiva) que el demandante de la acción de incumplimiento ostente en el proceso interno tramitado simultáneamente. Lo que verdaderamente interesa para activar la competencia del TJCA en una acción de incumplimiento es que no se esté litigando simultáneamente en sede nacional y en sede comunitaria por los mismos hechos. Ello no significa que necesariamente deben agotarse todas las vías de impugnación en sede nacional antes de acudir al mecanismo andino de solución de controversias, pues, como se indicó, se tratan de vías paralelas alternativas, pero sí excluyentes.⁵⁹

De conformidad con el segundo párrafo del art. 107 del Estatuto del TJCA, la conducta objeto de censura; esto es, materia de la acción de incumplimiento, puede consistir en la realización de cualquier acto u omisión contrario al ordenamiento jurídico comunitario andino. A modo de ejemplo, el acto podría consistir en una sentencia judicial, una resolución administrativa (acto administrativo), un laudo arbitral, o una norma legal o reglamentaria contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino.⁶⁰

El art. 128 del Estatuto del TJCA dispone expresamente que los países miembros y los particulares tienen derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar una solicitud de

⁵⁹ Autos de fechas 9 de junio y 6 de noviembre de 2023 recaídos en el Proceso 04-AI-2022, publicados en las GOAC números 5198 y 5358 del 9 de junio y 7 de noviembre de 2023, respectivamente. Disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205198.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205358.pdf>

⁶⁰ Auto admisorio de fecha 1 de diciembre de 2017 recaído en el Proceso 01-AI-2017, publicado en la GOAC núm. 3160 del 14 del mismo mes. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3160.pdf>

interpretación prejudicial se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, dicho juez aplique interpretación diferente a la dictada por el TJCA.⁶¹

Si cabe la acción de incumplimiento cuando una sentencia se aparta o contradice lo establecido en una interpretación prejudicial del TJCA, con mayor razón cabe dicha acción si la sentencia se aparta o contradice lo establecido en una norma del derecho comunitario andino. Carece de sentido pensar que solo cabe la acción de incumplimiento cuando la sentencia efectúa una interpretación jurídica distinta a la dictada por el TJCA, y no cuando la sentencia contiene un criterio jurídico (fundamento jurídico) que viola lo establecido en el ordenamiento andino.⁶²

En las acciones de incumplimiento contra sentencias o resoluciones administrativas, el TJCA solo analiza si los criterios jurídicos contenidos en estas contravienen o no lo establecido en la norma andina o lo establecido en la interpretación auténtica de dicha norma realizada por el Tribunal a través de sus interpretaciones prejudiciales. Reiteramos, el TJCA no valora los medios probatorios merituados por el juez nacional o autoridad administrativa; lo que hace es verificar si el criterio jurídico —adoptado por el juez nacional o autoridad administrativa— contraviene o no el ordenamiento jurídico comunitario andino (norma andina y/o interpretación prejudicial).⁶³

En consecuencia, cuando se trata de acciones de incumplimiento, el Tribunal solo es competente para verificar si el criterio o fundamento jurídico contenido en una resolución administrativa o resolución judicial viola o no el ordenamiento jurídico andino, pero no es competente para verificar la valoración de los medios probatorios merituados por la autoridad administrativa o jurisdiccional, porque si lo hiciera distorsionaría la naturaleza de la acción de incumplimiento, convirtiéndola en un recurso de alzada (o de apelación), en un recurso de revisión o en un proceso contencioso administrativo.⁶⁴

Luego de emitida la sentencia por el TJCA, si el país miembro cuya conducta fue declarada como contraria al ordenamiento andino persiste en su incumplimiento, el Tribunal inicia un procedimiento sumario por desacato, previa opinión de la SGCA, determinando 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. El Tribunal ha explicado que, si bien todas sus sentencias tienen fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada, la normativa comunitaria andina solo ha previsto la posibilidad de que el Tribunal inicie procedimientos sumarios en contra de los países miembros por el desacato de sus sentencias en acciones de incumplimiento, no así para cuestionar el cumplimiento de sentencias dictadas por el TJCA en sus demás áreas de competencia⁶⁵. Sin embargo,

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibidem.*

será la jurisprudencia del Tribunal la que establezca los mecanismos coercitivos que se emplearán en caso se detecte el desacato a sus sentencias en acciones distintas a la de incumplimiento.

Debido a que la acción de incumplimiento es un mecanismo que se enfoca en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros, la norma faculta (adicionalmente) al Tribunal a ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena no fuere eficaz⁶⁶.

Si bien la acción de incumplimiento constituye el medio jurisdiccional que el ordenamiento jurídico comunitario andino ha ideado para garantizar un efectivo cumplimiento de las normas supranacionales, la realidad ha mostrado que la suspensión o restricción de las ventajas del Acuerdo de Cartagena no siempre resultó ser un disuasivo adecuado para que el país miembro incumplidor retorne a un estado de cumplimiento. Un caso paradigmático sobre esta situación fue el Proceso 118-AI-2003.

Mediante Sentencia del 14 de abril de 2005 recaída en el Proceso 118-AI-2003⁶⁷, el TJCA declaró que Colombia incurrió en un incumplimiento flagrante, objetivo y continuado del ordenamiento jurídico comunitario andino al haber aplicado diversas medidas que obstaculizaron injustificadamente las importaciones de arroz provenientes de los demás países miembros (caso del Arroz). En este sentido, el Tribunal ordenó a dicho país miembro «adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas y abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas del comercio»⁶⁸.

En el caso del Arroz, el Tribunal abrió dos procedimientos sumarios por desacato, llegando a implementar y modificar hasta cuatro veces distintas sanciones que restringían las ventajas del proceso de integración. En particular, el Tribunal autorizó a los demás países miembros de la Comunidad Andina a imponer gravámenes arancelarios a distintos productos colombianos y a restringir las preferencias en materia de origen. Las medidas antedichas no resultaron eficaces para lograr el pleno cumplimiento del país miembro en cuestión. El Tribunal consideró que este escenario atípico no solo ponía en riesgo la consecución de los fines de la integración subregional, sino que también perjudicaba a importadores y exportadores de los productos sancionados, así como también a los consumidores andinos, quienes veían

⁶⁵ Auto de fecha 27 de julio de 2023 recaído en el Proceso 02-AI-2023, publicado en la GOAC núm. 5384 del 23 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetetas/GACETA%205384.pdf>

⁶⁶ Tercer párrafo del art. 27 del Tratado de creación del TJCA.

⁶⁷ Publicada en la GOAC núm. 1206 del 13 de junio de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetetas/Gace1206.pdf>

⁶⁸ *Ibidem*.

encarecidos los productos colombianos importados a sus respectivos mercados nacionales.⁶⁹

Frente a este escenario, el TJCA explicó que, en virtud del principio de jerarquía normativa, el tercer párrafo del art. 27 del Tratado de creación del TJCA —que faculta al Tribunal a establecer «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»— no puede quedar vaciado de contenido por no contar con regulación específica en el Estatuto. Esta norma contempla un tipo sancionatorio abierto que permite adoptar medidas alternativas ante la ineficacia de las restricciones o suspensiones de las ventajas del Acuerdo de Cartagena. Este artículo, según lo estableció el Tribunal, debe ser interpretado de manera funcional a los principios y fines que conducen el proceso integracionista andino. No tiene sentido castigar a los consumidores andinos por el incumplimiento y posterior desacato de un país miembro. Así, si bien el TJCA no puede agravar la naturaleza de las sanciones ante un incumplimiento y posterior desacato, sí puede atenuarlas.⁷⁰

En el marco de la potestad prevista en el art. 27 del Tratado de creación del TJCA de ordenar la adopción de «otras medidas» si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo agravare la situación que se busca enmendar o no resultare eficaz, el TJCA abrió la posibilidad de sancionar el desacato reiterado de una sentencia en acción de incumplimiento a través de la imposición de una sanción pecuniaria (multa) al país incumplidor. La corte andina mencionó que, si en el marco de un procedimiento sumario se declarara el desacato a su sentencia, el procedimiento debe concluir con la imposición de una sanción Tipo A (restricción o suspensión, total o parcial, de las ventajas del Acuerdo de Cartagena). Ante la persistencia del desacato, el Tribunal modulará, variará o agravará la sanción Tipo A. Luego, ante la reiteración del desacato, se planteará la posibilidad de imponer al país incumplidor una sanción Tipo B (multas pecuniarias en su contra, las cuales deberán ser pagadas en la forma y oportunidad que defina el Tribunal en cada caso concreto), caso en el cual el TJCA solicitará opinión a la SGCA y esta emitirá su criterio (no vinculante) técnico. Agotadas estas etapas, recién el Tribunal podrá imponer al país incumplidor la sanción de multa (sanción Tipo B).⁷¹

La imposición de una multa (sanción Tipo B) no tiene un fin retributivo o sancionatorio, sino que busca ser un medio disuasivo que busca impedir la continuación del incumplimiento y desacato. Esta sanción debe ser subsidiaria; es decir, se aplicará solo si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de

⁶⁹ Autos de fechas 10 y 24 de octubre de 2023 recaídos en el Proceso 118-AI-2003 (Segundo procedimiento sumario), publicados en las GOAC números 5334 y 5342 del 10 y 25 de octubre de 2023, respectivamente. Disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205334.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205342.pdf>

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no resultase eficaz. Asimismo, la imposición de una multa busca ser una medida que resulte menos gravosa a la continua restricción de las ventajas del Acuerdo de Cartagena, que termina afectando a los ciudadanos andinos, quienes no son imputables por la conducta del país miembro incumplidor. Es por lo expuesto que una sanción pecuniaria (multa) impuesta al país miembro que persiste en el desacato de una sentencia que declaró su incumplimiento es razonable. En su decisión, el TJCA definirá el monto de la multa, tomando en consideración los perjuicios ocasionados a los ciudadanos andinos y a los demás países miembros, así como los costos que los organismos del SAI tuvieron que incurrir como consecuencia del desacato.⁷²

El procedimiento a seguir en la tramitación de un sumario por desacato de sentencias se encuentra regulado a mayor detalle en el «Reglamento sobre sumarios por incumplimiento de sentencias» del 7 de mayo de 1999⁷³.

Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA ha recibido 149 acciones de incumplimiento, de las cuales ha resuelto 143, encontrándose en trámite 6.

3.3. La interpretación prejudicial

La interpretación prejudicial es definida en el «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales» (en lo sucesivo, el **Reglamento de IP**)⁷⁴ como el mecanismo procesal mediante el cual se explica el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino y se orienta respecto de las instituciones jurídicas contenidas en tales normas, con la finalidad de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de dicho ordenamiento en los países miembros de la Comunidad Andina.

A través de la interpretación prejudicial (o consulta prejudicial), regulada en los arts. 32 a 36 del Tratado de creación del TJCA y 121 a 128 de su Estatuto, se genera una

⁷² *Ibidem.*

⁷³ Publicado en la GOAC núm. 455 del 2 de julio de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace455.pdf>

⁷⁴ Literal a) del art. 2 del Reglamento de IP, aprobado por Acuerdo 08/2017 del TJCA, publicado en la GOAC núm. 3146 del 29 de noviembre de 2017, modificado por Acuerdo 04/2018 del TJCA, publicado en la GOAC núm. 3284 del 14 de mayo de 2018. Disponibles en:
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3146.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3284.pdf>

comunicación entre el órgano jurisdiccional nacional⁷⁵ o autoridad administrativa⁷⁶ y el TJCA en aras de garantizar la aplicación del derecho comunitario de manera simultánea, uniforme y descentralizada en los países miembros.

La interpretación prejudicial tiene una doble naturaleza. Por un lado, es un instrumento procesal orientador para la autoridad administrativa, juez o árbitro⁷⁷, vinculándolos acerca del contenido y alcance de las normas comunitarias; y, por el otro, constituye una sentencia dentro de un proceso judicial no contencioso.⁷⁸

Los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes pueden, de oficio o a petición de parte, solicitar al TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino⁷⁹ en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o se controviertan por las partes en un proceso interno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 33 del Tratado de creación del TJCA y en los arts. 122, 123, 124 y 125 de su Estatuto. De igual manera podrán formular preguntas relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina, las cuales serán absueltas

⁷⁵ El literal e) del art. 2 del Reglamento de IP define al órgano jurisdiccional en los siguientes términos:

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

⁷⁶ Por su parte, el literal d) del art. 2 del Reglamento de IP define a los órganos administrativos en los siguientes términos:

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

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

⁷⁷ Cuando los árbitros fallen en derecho sobre asuntos regulados en el ordenamiento jurídico comunitario andino, debido a que a que ejercen funciones jurisdiccionales. Para más información, ver Interpretación Prejudicial 167-IP-2020 del 29 de agosto de 2023, publicada en la GOAC núm. 5292 del 31 del mismo mes. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACETA%205292.pdf>

⁷⁸ Art. 3 del Reglamento de IP.

⁷⁹ De conformidad con lo dispuesto por el art. 4 del Reglamento de IP, el TJCA utilizará los diferentes métodos de interpretación reconocidos por la Teoría General del Derecho, empleando de preferencia los métodos de interpretación funcionales, tales como el sistemático, el teleológico y de la *ratio legis*.

de manera general. Se rechazarán las preguntas impertinentes y aquellas que busquen resolver el caso concreto.⁸⁰

La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier momento antes de dictar la sentencia, el laudo o el acto administrativo que pone fin a la instancia, según corresponda⁸¹, y deberá estar acompañada de un informe sucinto de los hechos⁸².

El Reglamento de IP ha establecido que el TJCA puede solicitar a las autoridades de los países miembros, a organizaciones e instituciones internacionales y nacionales y a las partes intervinientes en el proceso interno, informes escritos y orales de carácter técnico y/o normativo, posibilitando de esta manera una mayor interacción y retroalimentación en las solicitudes de interpretación prejudicial. Nada mejor para interpretar una norma que escuchar a los que la aplican, a los especialistas y a sus destinatarios, para conocer las ventajas y desventajas, los intereses involucrados, los costos y beneficios. Toda esta información permite al intérprete calzar la norma con la realidad.

El 7 de julio de 2022, el TJCA aprobó el Acuerdo 03/2022⁸³, el cual modificó el art. 9 del Reglamento de IP a fin de aprobar el cobro de costas procesales para financiar el gasto adicional que representa atender las solicitudes de informe oral en el marco de tramitación de interpretaciones prejudiciales. En dicha reglamentación, el Tribunal explicó que, en ejercicio de su autonomía administrativa, económica y financiera, y en concordancia con lo dispuesto en los arts. 22, 26, 38 y 81 del Estatuto del TJCA, la corte andina puede gestionar la obtención y contar con ingresos distintos al aporte anual de los países miembros (como es el caso de costas procesales). Al respecto, se debe diferenciar los ingresos ordinarios, que forman parte del presupuesto institucional del TJCA aprobado por la Comisión de acuerdo a lo contemplados en el primer párrafo del art. 26 del Estatuto del TJCA, de los ingresos extraordinarios, contemplados en el segundo párrafo del mismo artículo⁸⁴, los cuales pueden ser gestionados directamente por el Tribunal y provenir de cualquier fuente. En este sentido, la realización de informes orales en la tramitación de interpretaciones

⁸⁰ Arts. 5 y 6 del Reglamento de IP.

⁸¹ Art. 8 del Reglamento de IP.

⁸² Art. 7 del Reglamento de IP.

⁸³ Publicado en la GOAC núm. 4495 del 7 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACETA%204495.pdf>

⁸⁴ **Estatuto del TJCA.-**

«Artículo 26.- Ingresos ordinarios y extraordinarios

Son ingresos ordinarios del Tribunal las contribuciones anuales de los Países Miembros, fijadas proporcionalmente mediante Decisión de la Comisión al aprobar el presupuesto anual del Órgano.

Otros ingresos, de cualquier naturaleza, serán considerados extraordinarios y se administrarán por el Tribunal conjuntamente con los ingresos ordinarios.»

prejudiciales implica el despliegue de recursos humanos, técnicos y logísticos, lo cual tiene un costo asociado que debe ser financiado a través de una costa procesal por las partes.

El Acuerdo 01/2023⁸⁵ del 9 de febrero de 2023 fijó en 2.500,00 USD el monto de la costa procesal que debe ser abonada al TJCA por la parte solicitante de un informe oral a fin de financiar los gastos adicionales que esta actuación procesal representa. De conformidad con el mencionado acuerdo, la costa fijada aplicó a la gestión judicial correspondiente al año 2023.

Existen dos tipos de consultas prejudiciales: la obligatoria y la facultativa. La consulta **obligatoria** es solicitada por órganos jurisdiccionales de única o última instancia. En este sentido, cuando la sentencia o laudo no fuere susceptible de impugnación, el órgano jurisdiccional debe suspender el proceso y solicitar al TJCA la interpretación de la norma comunitaria andina materia de la controversia. Por su parte, la **facultativa** es solicitada por autoridades administrativas o jurisdiccionales cuyos pronunciamientos son susceptibles de impugnación en el derecho interno.^{86, 87}

De modo general, la solicitud de interpretación prejudicial debe ser realizada por una autoridad jurisdiccional o administrativa que deba resolver un caso contencioso tramitado ante su despacho. Sin embargo, en la Interpretación Prejudicial 426-IP-2019 del 6 de mayo de 2022⁸⁸, el TJCA dio respuesta a una solicitud de interpretación prejudicial realizada por una autoridad aduanera nacional que conocía un procedimiento de reclamo de pago indebido. En este caso, la autoridad aduanera nacional no estaba resolviendo un conflicto entre dos partes, motivo por el cual no podía ser calificada como un juez nacional. Sin embargo, dado que el objetivo último del mecanismo de interpretación prejudicial es garantizar la interpretación y aplicación uniforme y coherente del derecho comunitario andino, y en vista de que existe un importante acervo normativo comunitario que regula la actividad aduanera de los países miembros, el Tribunal determinó que nada impide que una autoridad aduanera formule una consulta prejudicial facultativa en caso de que lo estime

⁸⁵ Publicado en la GOAC núm. 5125 del 9 de febrero de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205125.pdf>

⁸⁶ De conformidad con lo establecido en la Interpretación Prejudicial 458-IP-2015 de fecha 13 de junio de 2017, publicada en la GOAC núm. 3082 del 7 de septiembre de 2017, en el marco de una solicitud de interpretación facultativa, y de manera excepcional, el órgano administrativo o jurisdiccional correspondiente podrá suspender el procedimiento o proceso de que se trate, siempre y cuando la legislación interna lo permita sobre la base del principio de complemento indispensable, y si considera pertinente y necesario aguardar el pronunciamiento del TJCA antes de emitir el correspondiente pronunciamiento de fondo. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3082.pdf>

⁸⁷ Literales b) y c) del art. 2 del Reglamento de IP, en concordancia con los artículos 122 y 123 del Estatuto del TJCA.

⁸⁸ Publicada en la GOAC núm. 4487 del 2 de junio de 2022. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204487.pdf>

pertinente para aclarar el objeto, contenido o alcance de las normas andinas que esta debe aplicar en sus labores.

En la consulta obligatoria, la no emisión oportuna de la interpretación prejudicial por parte del TJCA no será motivo para que el juez dicte sentencia⁸⁹. En la consulta facultativa no es requisito *sine qua non* para el juez contar con la interpretación prejudicial para emitir su decisión⁹⁰.

Tanto en las consultas obligatorias como en las facultativas, el consultante deberá hacer parte de su sentencia, laudo o acto administrativo, según corresponda, la interpretación prejudicial emitida por el TJCA⁹¹.

En el ejercicio de la competencia de emisión de interpretaciones prejudiciales, el TJCA debe limitarse a precisar el alcance y contenido de las normas comunitarias, sin inmiscuirse en el contenido y alcance de las normas de derecho interno o nacional de los países miembros, ni mucho menos podrá detenerse a calificar hechos objeto de la controversia⁹². En la Interpretación Prejudicial 487-IP-2019 del 27 de julio de 2023⁹³, el TJCA se pronunció sobre su competencia para interpretar una norma argentina vinculada con el ACE 59⁹⁴. El TJCA dictaminó que debe inhibirse de emitir interpretaciones prejudiciales sobre normas jurídicas que no califiquen como fuentes típicas o atípicas del ordenamiento jurídico comunitario andino. Por ende, no le corresponde al Tribunal determinar el alcance y la fecha de entrada en vigor de una norma interna de un país que no es parte del proceso de integración subregional andino.

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

- (i) Les corresponde a los países miembros y a la SGCA velar por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de las normas diseñadas para el ejercicio de la competencia de interpretaciones prejudiciales atribuida al TJCA.
- (ii) En el caso que los jueces nacionales incumplan con la obligación de solicitar interpretación prejudicial o no apliquen la interpretación prejudicial emitida por

⁸⁹ Art. 33 del Tratado de creación del TJCA.

⁹⁰ Art. 122 del Estatuto del TJCA.

⁹¹ Arts. 35 del Tratado de creación del TJCA y 127 de su Estatuto.

⁹² Art. 34 del Tratado de creación del TJCA.

⁹³ Publicada en la GOAC núm. 5256 del 31 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205256.pdf>

⁹⁴ Acuerdo de Complementación Económica 59 suscrito entre los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Colombia, Ecuador y Venezuela.

el TJCA, tanto los países miembros como los particulares gozan de la garantía de ejercicio de la correspondiente acción de incumplimiento ante el TJCA⁹⁵.

- (iii) De la misma manera, los jueces nacionales deberán remitir al TJCA las sentencias dictadas en los casos que han sido objeto de solicitud de interpretación prejudicial, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Estatuto del TJCA.

Mediante las Sentencias de interpretación prejudicial recaídas en los Procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022⁹⁶ y 391-IP-2022⁹⁷, todas del 13 de marzo de 2023, el TJCA reconoció que el criterio jurídico interpretativo del «acto aclarado» es compatible con la figura de la consulta prejudicial obligatoria prevista en los arts. 33 del Tratado de creación del Tribunal y 123 de su Estatuto. Haciendo uso de su competencia interpretativa, el TJCA declaró que la figura de la consulta prejudicial obligatoria debe interpretarse de acuerdo con su *ratio legis*, su razón de ser; es decir, garantizar la aplicación uniforme y coherente del derecho comunitario andino. Tras décadas de ejercicio jurisdiccional, el Tribunal ha construido una jurisprudencia sólida y coherente, reiterando los mismos criterios jurídicos en un vasto número de interpretaciones prejudiciales, lo que permite esta aplicación uniforme.

La existencia de consultas reiteradas ha vuelto redundante la emisión de interpretaciones prejudiciales individualizadas, vaciando de contenido la obligatoriedad de solicitar una nueva interpretación cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una ya decidida, y lesionando asimismo el principio de economía procesal⁹⁸. Dado que la formulación de una consulta obligatoria implica la suspensión del proceso interno, el esperar meses (o incluso años) para que el Tribunal elaborase una respuesta cuyo contenido, dada la existencia de jurisprudencia previa, ya se conocía de antemano, implicaba un perjuicio innecesario a los intereses de los ciudadanos andinos de contar con una administración de justicia eficiente. Asimismo, esta obligatoriedad generó una congestión considerable en la carga procesal del

⁹⁵ En el Auto del 20 de mayo de 2022, recaído en el Proceso 01-AI-2021, publicado en la GOAC núm. 4476 del 25 del mismo mes, el TJCA estableció que en acciones de incumplimiento planteadas contra la emisión de providencias judiciales, solo analiza si los criterios jurídicos contravienen o no la normativa andina y no se cuestiona la valoración de los medios probatorios. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204476.pdf>

⁹⁶ Publicadas en la GOAC núm. 5146 del 13 de marzo de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205146.pdf>

⁹⁷ Publicada en la GOAC núm. 5147 del 13 de marzo de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205147.pdf>

⁹⁸ De acuerdo con el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, la economía procesal es un «[p]rincipio que debe inspirar cualquier proceso y obliga a tratar de evitar actuaciones innecesarias, normalmente por ser reiteración de las ya practicadas». Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/econom%C3%ADa-procesal>

Tribunal, ralentizando el ejercicio de sus demás competencias jurisdiccionales.⁹⁹

El criterio jurídico interpretativo del acto aclarado tiene un precedente claro y vigente que se remonta a un periodo de más de sesenta años en el ámbito comunitario europeo, cuya figura de consulta prejudicial posee un tratamiento normativo virtualmente idéntico a la interpretación prejudicial andina. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció el 27 de marzo de 1963, en el caso *Da Costa en Schaake y otros*¹⁰⁰:

«que, si bien el último párrafo del artículo 177 [del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957] obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal toda cuestión de interpretación planteada ante los mismos, la **doctrina interpretativa sentada por este Tribunal en virtud del artículo 177 puede, no obstante, privar a dicha obligación de su causa y vaciarla así de su contenido;**

que ocurre así, en especial, cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo.»

(Énfasis y texto entre corchetes agregado)

Al igual que en el ámbito europeo, el TJCA ha establecido que la obligación de solicitar interpretación prejudicial de los jueces nacionales de única o última instancia debe ser modulada. Esto con el fin de adecuarla a la realidad patente de que la aplicación uniforme y coherente del ordenamiento jurídico comunitario andino se ha cumplido, y se viene cumpliendo, a cabalidad dada la emisión de una jurisprudencia sólida, uniforme y estable en varias materias reguladas por el derecho comunitario andino. Así, en aplicación del principio de economía procesal, en aquellos casos en los que la corte andina ya ha interpretado una norma comunitaria en una Sentencia de interpretación prejudicial publicada en la GOAC, y no existan razones para que este criterio cambie, carecerá de sentido solicitar una nueva interpretación prejudicial.¹⁰¹

Para garantizar la aplicación uniforme del derecho andino, se mantienen cuatro supuestos en los cuales persiste la obligatoriedad de los jueces nacionales de única o última instancia de solicitar interpretación prejudicial al TJCA: (i) cuando no existe una interpretación prejudicial previamente emitida por el TJCA de la norma andina que debe aplicarse; (ii) cuando, a pesar de que unas normas andinas ya han sido interpretadas, otras que deben aplicarse al caso concreto —tramitado en la jurisdicción interna— no lo han sido; (iii) cuando, a pesar de contar con una interpretación

⁹⁹ Sentencias de interpretación prejudicial recaídas en los Procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022 del 13 de marzo de 2023.

¹⁰⁰ En los asuntos acumulados 28/62, 29/62 y 30/62. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0028:ES:PDF>

¹⁰¹ Sentencias de interpretación prejudicial recaídas en los Procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022 y 391-IP-2022, todas del 13 de marzo de 2023.

prejudicial previa respecto de la norma andina en cuestión, el juez consultante considera imperativo que el TJCA precise, amplíe o modifique el criterio jurídico interpretativo contenido en la mencionada interpretación prejudicial; y, (iv) cuando, a pesar de haberse encontrado una interpretación prejudicial relevante para el caso concreto, el juez advierte cuestionamientos insoslayables sobre situaciones hipotéticas que, en abstracto, se desprenden o están vinculadas con la referida norma andina. El Tribunal ha precisado que persiste y se mantiene en firme la posibilidad de que los países miembros, la SGCA y los particulares acudan ante la corte andina, en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo en los casos antes referidos; o cuando el juez aplique una interpretación diferente a la establecida por el Tribunal en el caso concreto o en una o más interpretaciones que constituyen un acto aclarado.¹⁰²

A efectos de guiar a los jueces nacionales en la aplicación del acto aclarado, el 7 de julio de 2023 el TJCA aprobó el Acuerdo 06-2023-TJCA, el cual contiene la «Nota informativa sobre Guía para la aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado en las solicitudes de interpretación prejudicial»¹⁰³.

La adopción del acto aclarado ha permitido una reducción significativa de la carga procesal del TJCA. Según datos de la secretaría general del Tribunal, desde 2013 a 2022 se recibieron un total de 4910 solicitudes de interpretación prejudicial, lo cual resultaba en un promedio de 491 solicitudes anuales. En 2023, se recibieron solamente 236 consultas prejudiciales, de las cuales 87 fueron recibidas antes del 13 de marzo, fecha de la adopción del criterio jurídico del acto aclarado. Desde ese día hasta el cierre del año judicial, se recibieron solamente 149 solicitudes de interpretación prejudicial; mientras que, en aplicación del acto aclarado, durante este periodo el Tribunal resolvió 316 casos de esta naturaleza. Esto implica que centenas de procesos internos pudieron reactivarse de una manera más oportuna gracias a la aplicación del criterio jurídico en cuestión; ello, claramente, sin contar con aquellos procedimientos internos que ni siquiera requirieron una consulta prejudicial al TJCA por la incorporación al proceso interno de una interpretación ya emitida por la corte andina. Estas cifras comprueban, sin lugar a duda, que el acto aclarado constituyó una innovación jurisprudencial de gran importancia para los intereses de toda la ciudadanía andina.

Asimismo, para el 31 de diciembre de 2023, el Tribunal ha expedido 23 sentencias de interpretación prejudicial en la que se reconoce como acto aclarado una o varias normas andinas y 7 interpretaciones prejudiciales en las que, adicionalmente a reconocer como aclaradas una o varias normas andinas, emite un criterio jurídico novedoso¹⁰⁴. En estas providencias, el TJCA ha recopilado su jurisprudencia emitida

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Publicada en la GOAC núm. 5241 del 10 de julio de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205241.pdf>

¹⁰⁴ Disponibles en:
<https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/repositorio-de-providencias-que-establecen-un-acto-aclarado/>

sobre las normas andinas respectivas, facilitando el proceso de identificación de los criterios que constituyen actos aclarados. Asimismo, el Tribunal ha elaborado y puesto a libre disposición índices de criterios jurídicos interpretativos que constituyen un acto aclarado con el fin de ayudar a los usuarios del sistema andino de resolución de conflictos en el reconocimiento de la jurisprudencia del TJCA que pudiese resultar aplicable a casos concretos¹⁰⁵.

En términos absolutos, en el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA ha recibido 7241 solicitudes de interpretación prejudicial, de las cuales ha absuelto 6772, encontrándose en trámite (hasta el 31 de diciembre de 2023) 469.

3.4. La cuestión prejudicial de validez

La cuestión prejudicial de validez está contemplada en el art. 20 del Tratado de creación del TJCA. La única ocasión en que la corte andina se ha pronunciado sobre esta competencia ha sido en la Sentencia recaída en el Proceso 01-CPV-2021, de fecha 4 de octubre de 2023¹⁰⁶.

Como se ha señalado, el plazo de caducidad para presentar la acción de nulidad es de dos años. Sin embargo, ello no significa que por el transcurso del tiempo no sea posible cuestionar la validez de los actos comunitarios andinos. El mencionado artículo establece que las partes de un litigio interno tramitado ante una jurisdicción nacional —en el que deba aplicarse una norma andina cuya validez sea cuestionada en los términos del art. 17 del Tratado de creación (norma que regula la acción de nulidad)— podrán solicitar al juez nacional la inaplicación de dicha norma. Una vez recibida esta solicitud de inaplicación (por presunta invalidez) de una norma andina, el juez nacional debe suspender el proceso interno y elevar una consulta a la corte andina para que esta decida sobre la validez de la norma y, consecuentemente, sobre su aplicación en el caso concreto que el juez nacional tramita.¹⁰⁷

Así se fundamenta la cuestión prejudicial de validez, la cual es definida por el Tribunal andino como un mecanismo de impugnación indirecta de la validez o legalidad de los actos comunitarios que activa un proceso de control de legalidad relativamente difuso en el cual el TJCA analiza solicitudes de inaplicación de normas comunitarias andinas

¹⁰⁵ Disponibles en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/indice-de-criterios-juridicos-interpretativos-que-constituyen-acto-aclarado/>

¹⁰⁶ Publicada en la GOAC núm. 5332 del 5 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205332.pdf>

¹⁰⁷ Sentencia de cuestión prejudicial de validez recaída en el Proceso 01-CPV-2021 del 4 de octubre de 2023, publicada en la GOAC núm. 5332 del 5 del mismo mes.

planteadas ante los jueces nacionales en el marco de la sustanciación de procesos en jurisdicción interna.¹⁰⁸

Si bien la solicitud de inaplicación de normas andinas se presenta en el marco de un proceso interno específico, la potestad para efectuar el control de legalidad o validez de los actos comunitarios sigue radicando en el TJCA. Será el juez nacional quien, una vez recibida la decisión de la corte andina, aplique o inaplique la norma andina sobre la base de lo dispuesto en la sentencia comunitaria. El Tribunal explicó que la cuestión prejudicial de validez se asemeja, en algunos rasgos, a la interpretación prejudicial, puesto que ambas figuras constituyen mecanismos de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal comunitario. Ambas constituyen procesos judiciales no contenciosos destinados a orientar y vincular a la autoridad consultante respecto de la validez y legalidad de una norma andina (en el caso de la cuestión prejudicial de validez) y sobre el objeto, contenido y alcance de las normas andinas (en el caso de la interpretación prejudicial). No es competencia del TJCA pronunciarse por medio de una cuestión prejudicial de validez, ni por medio de una interpretación prejudicial, sobre la aplicación de la legislación nacional o sobre la interpretación de un tratado internacional que no forme parte del ordenamiento jurídico comunitario andino.¹⁰⁹

El proceso de cuestión prejudicial de validez andino radica en que, una vez recibida la consulta del juez nacional, en virtud de una solicitud de inaplicación de la normativa andina en el proceso interno, la corte andina notificará la solicitud a los países miembros, al Camre, a la Comisión y a la SGCA para que presenten sus alegaciones en un plazo de 30 días, de considerarlo pertinente. Con ello, el Tribunal se pronunciará sobre la validez o legalidad de los actos cuestionados, siendo su decisión obligatoria para el juez nacional consultante. Para la adopción de una sentencia de cuestión prejudicial de validez resultan aplicables *mutatis mutandis* las reglas previstas en el segundo párrafo del art. 32 del Estatuto del TJCA, relacionadas con la adopción de interpretaciones prejudiciales.¹¹⁰

Por último, el Tribunal estableció que en caso de que existiese una sentencia recaída en un proceso de acción de nulidad o de cuestión prejudicial de validez que declare la validez y legalidad de una norma andina, podría inadmitir a trámite una nueva consulta relativa a una solicitud de inaplicación de la misma norma mediante providencia motivada. Ello, a efectos de evitar que la cuestión prejudicial de validez mute indebidamente en un mecanismo dilatorio que pretenda desvirtuar los efectos de las sentencias previas emitidas por la corte andina. Asimismo, el TJCA ha señalado que no correspondería que una parte que solicitó una interpretación prejudicial, partiendo

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ *Ibidem.*

de la validez de esta norma, desconozca sus actos propios y solicite posteriormente la inaplicación de las normas andinas ya interpretadas.¹¹¹

Como se mencionó previamente, la única cuestión prejudicial de validez que el TJCA ha recibido ya fue resuelta, por lo cual al 31 de diciembre de 2023, no se encuentra en trámite ningún proceso de esta naturaleza.

3.5. El recurso por omisión (o por inactividad)

Mediante esta acción, regulada en los arts. 37 del Tratado de creación del TJCA y 129 a 134 de su Estatuto, el TJCA compele al Camre, a la Comisión o a la SGCA para que ejecuten una actividad (normativa o ejecutiva) a la que se encuentran expresamente obligados por el ordenamiento jurídico comunitario andino y que vienen incumpliendo¹¹².

Los sujetos activos legitimados o titulares del recurso son los países miembros, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, así como también el Camre, la Comisión o a la SGCA.¹¹³

Quien pretenda plantear un recurso por omisión deberá requerir previamente por escrito al organismo correspondiente el cumplimiento de la actividad omitida, siendo este un requisito de admisibilidad.¹¹⁴

Sobre el particular, mediante el Auto de rechazo de la demanda recaído en el Proceso 02-RO-2018 de fecha 16 de julio de 2018¹¹⁵, el TJCA sostuvo lo siguiente:

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

Como se puede advertir, el TJCA dejó clara la diferencia entre solicitar algo y no obtener

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Arts. 37 del Tratado de creación del TJCA y 129 de su Estatuto.

¹¹³ Arts. 37 del Tratado de creación del TJCA y 130 y 132 de su Estatuto.

¹¹⁴ Arts. 37 del Tratado de creación del TJCA y 131 de su Estatuto.

¹¹⁵ Publicado en la GOAC núm. 3411 del 24 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetatas/Gaceta%203411.pdf>

pronunciamiento alguno, que solicitar algo y obtener un pronunciamiento con el que no se está de acuerdo. Solo en el primer caso se podrá interponer un recurso por omisión.

Las normas comunitarias no indican un plazo para formular el requerimiento al Camre, a la Comisión o a la SGCA. Sin embargo, si pasados los 30 días siguientes a la fecha de recibo de la solicitud de cumplimiento por parte del órgano, sin que el requerimiento sea atendido, el interesado podrá interponer recurso por omisión ante el TJCA.¹¹⁶

Tal como mencionan Moisés Troconis Villarreal¹¹⁷ y Jorge Antonio Quindimil López, esta competencia atribuida al TJCA, junto a la acción de nulidad, conforman la función de control de legalidad del TJCA y tiene por finalidad «velar por que la inactividad de los órganos comunitarios no atente contra el ordenamiento jurídico andino»¹¹⁸.

Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA ha recibido 10 recursos por omisión, todos los cuales han sido resueltos.

3.6. Demanda laboral

Mediante esta acción, regulada en los arts. 40 del Tratado de creación del TJCA y 135 a 139 de su Estatuto, el TJCA es competente para conocer las controversias laborales que se susciten entre las instituciones del Sistema Andino de Integración (en lo sucesivo, el SAI) y sus respectivos funcionarios (o exfuncionarios) o empleados (o exempleados), de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable¹¹⁹.

En su jurisprudencia, el TJCA ha precisado que tratándose de los funcionarios internacionales de la más alta jerarquía que laboran en las entidades del SAI, el hecho de que por la naturaleza de sus cargos no estén sometidos a relación de dependencia o subordinación no significa que no exista relación laboral o que ellos no sean titulares de derechos laborales. Más allá de la forma de elección, nombramiento o designación, la relación laboral existe, solo que tiene una naturaleza especial, que es estatutaria.¹²⁰

¹¹⁶ Art. 131 del Estatuto del TJCA.

¹¹⁷ Moisés Troconis Villarreal, *Integración y jurisdicción en la Comunidad Andina*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004, p. 173.

¹¹⁸ Jorge Antonio Quindimil López, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 391.

¹¹⁹ Arts. 40 del Tratado de creación del TJCA y 136 de su Estatuto

¹²⁰ Sentencia de fecha 27 de abril de 2023 recaída en el Proceso 01-DL-2020, publicada en la GOAC núm. 5161 del 3 de mayo de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetetas/GACETA%205161.pdf>

En su sentencia, el TJCA aplicará los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los países miembros¹²¹.

La titularidad de la acción para reclamar el incumplimiento de obligaciones laborales corresponde a los funcionarios o empleados de las instituciones del SAI¹²² que hayan mantenido o mantengan una relación laboral con aquellos. Es requisito previo para el ejercicio de esta acción que el demandante hubiere realizado la petición directa a su empleador de los mismos derechos cuya tutela pretende obtener por intermedio de la demanda laboral a ser interpuesta ante el TJCA, y que dentro de los 30 días siguientes no haya obtenido una respuesta favorable o haya obtenido una respuesta parcialmente favorable.¹²³

Posterior a la contestación de la demanda, el TJCA convocará a una audiencia de conciliación a fin de que las partes pudiesen llegar a un acuerdo; si esto no ocurriese, sin que sea considerado como prejuzgamiento, el TJCA podrá sugerir una fórmula conciliatoria. Las partes pueden solicitar la convocatoria de una audiencia de conciliación en cualquier estado del proceso. De lograrse un acuerdo, las partes suscribirán un acta que dará por terminado el proceso con efecto de cosa juzgada; de no ser así, el proceso continuará hasta dictar sentencia.¹²⁴

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

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

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

¹²¹ Art. 135 del Estatuto del TJCA.

¹²² Detallados en el art. 6 del Acuerdo de Cartagena.

¹²³ Art. 137 del Estatuto del TJCA.

¹²⁴ Art. 138 del Estatuto del TJCA.

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

Respecto de la estabilidad laboral de los funcionarios internacionales de la SGCA, en Sentencia de fecha de 9 de mayo de 2022 recaída en el Proceso 01-DL-2021¹²⁵, el TJCA ha señalado 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 de el TUO del Reglamento Interno de la SGCA.

...Una estabilidad laboral absoluta, que no existe ni en la SGCA ni en los demás organismos del SAI, implicaría la existencia de relaciones de trabajo a plazo indeterminado que solo pueden ser concluidas por acuerdo entre empleador y trabajador, o en el caso en que este cometiera una falta disciplinaria debidamente comprobada a través de un procedimiento que respete las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.

...Lo que existe, y resulta pertinente precisarlo en la presente Sentencia que sienta criterio jurisprudencial en materia de derecho laboral comunitario andino, es una **estabilidad laboral relativa en el ámbito comunitario** que tiene dos facetas:

- a) En el caso de los funcionarios internacionales que ingresan vía designación regulada, se deben respetar los plazos estatutarios previamente establecidos, salvo que dichos funcionarios incurran en faltas graves, previamente tipificadas y que sean comprobadas a través de un proceso de destitución que garantice el debido proceso y el derecho de defensa.
- b) En el caso de los funcionarios internacionales que ingresan a través de un concurso público meritocrático, se deben respetar los plazos provenientes de las expectativas legítimas que generan el contexto de la contratación, la superación del periodo de prueba y las evaluaciones de desempeño periódicas satisfactorias.

¹²⁵

Publicada en la GOAC núm. 4466 del 12 de mayo de 2022. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204466.pdf>

...En ambos casos existen unos límites temporales establecidos en la normativa comunitaria que alientan la renovación de funcionarios con el objeto de promover la debida alternancia en el ejercicio de la función pública comunitaria, con el propósito de que nuevas ideas y gestiones impregnen periódicamente al proceso de integración andino de un renovado dinamismo.

...No obstante lo anterior, los plazos preestablecidos, los límites temporales, deben ser respetados en tanto constituyen verdaderas garantías que compensan a los funcionarios internacionales que deciden contribuir con el proceso de integración andino y, para ello, eligen mudarse con toda su familia de su país de origen al país donde opera el organismo comunitario de que se trate, lo que genera una renuncia, ruptura o desconexión relevante con el trabajo y oportunidades de trabajo que tenían o eventualmente podían tener en su país de origen, con los seguros médicos contratados en el país de origen (lo que tiene especial incidencia en las denominadas “preexistencias”), con las aportaciones al sistema previsional (sistema de pensiones público o privado) correspondiente del país de origen, con los colegios donde sus hijos estudiaban, con el trabajo que posiblemente tuvo que abandonar el o la cónyuge de dicha persona y, en general, con los lazos profesionales, sociales, familiares y amicales correspondientes.

...Resta señalar que esta estabilidad laboral relativa en el ámbito comunitario no solamente constituye una garantía de los derechos laborales de los servidores públicos andinos, sino que es también un instrumento de defensa de los intereses comunitarios y de la independencia y autonomía de la estructura orgánica e institucional de la Comunidad Andina frente a una discrecionalidad sin parámetros objetivos, frente a la arbitrariedad que puede tentar a los empleadores o frente a la presión de cualquier naturaleza que estos podrían recibir para concluir injustificadamente el vínculo laboral de un funcionario internacional de un órgano comunitario.»

En el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA ha recibido 29 demandas laborales, de las cuales ha resuelto 25, encontrándose en trámite 4.

3.7. La demanda arbitral

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

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

En cualquier caso, el TJCA, de acuerdo con la elección de las partes, podrá emitir un laudo arbitral basado en derecho o en equidad, el cual tendrá carácter obligatorio e

inapelable, constituyendo título ejecutivo de conformidad con las disposiciones internas de cada país miembro.

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

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

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

En tal sentido, hasta la fecha no se cuenta con las reglas procedimentales de la función arbitral ni los criterios para determinar la norma aplicable según el tipo de controversia, en el supuesto de que el arbitraje fuese de derecho y no de equidad.

El 2018, el TJCA recibió dos demandas arbitrales que tuvieron como denominador común el supuesto a) antes mencionado; es decir, que una de las partes de la controversia era una institución del SAI y la controversia no involucraba la interpretación o aplicación de una norma andina, pudiendo tratarse de un tema estrictamente civil o comercial (mercantil).¹²⁶

En atención a que hasta la fecha no se ha expedido la norma reglamentaria que regule la función arbitral, el TJCA podría haber rechazado las referidas demandas arbitrales por el solo hecho de testimoniar la ausencia de dicha norma reglamentaria. Sin embargo, en aras de salvaguardar la vigencia y respeto del ordenamiento jurídico comunitario andino, el Tribunal señaló que, pese a no haberse expedido la norma que

¹²⁶ Ver referencialmente el Auto de rechazo de demanda recaído en el Proceso 01-Arbitraje-2018 de fecha 28 de junio de 2018, publicado en la GOAC núm. 3675 del 20 de junio de 2019. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203675.pdf>

reglamente su función arbitral, asumirá competencia para dirimir controversias mediante arbitraje si se cumplen las dos condiciones siguientes:

- (i) Que una de las partes de la controversia sea una institución del SAI; y,
- (ii) Que la controversia involucre la interpretación o aplicación de una norma del ordenamiento jurídico comunitario andino.¹²⁷

El hecho de que una de las partes de la controversia sea una institución del SAI y que la controversia involucre la interpretación o aplicación de una norma andina son dos condiciones que ameritan la intervención del Tribunal, ejerciendo su función arbitral incluso ante la ausencia de la norma reglamentaria que desarrolle dicha función. La razón de esta intervención (de *ultima ratio*) es la necesidad de salvaguardar la vigencia y respeto del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Las dos demandas arbitrales referidas fueron rechazadas porque las controversias correspondientes no involucraban la interpretación o aplicación de norma andina alguna.

Entre el 2 de enero de 1984 y 31 de diciembre de 2023, el TJCA solo ha recibido las dos demandas arbitrales previamente referenciadas.

4. Conclusiones

El TJCA es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina. Fue creado en 1979 e inició sus funciones en 1984. Es una corte internacional con una estructura organizacional pequeña. Menos de 20 personas, incluyendo a sus 4 magistrados (un boliviano, un colombiano, un ecuatoriano y un peruano), brindan servicios en ella, a través de los siguientes estamentos: la sala plena, la presidencia, la secretaría general, el equipo de abogados asesores, la jefatura administrativa y financiera y el equipo de servicios de apoyo.

Sus competencias jurisdiccionales son la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, la cuestión prejudicial de validez, el recurso por omisión, la acción laboral y la función arbitral. La acción de nulidad permite el control de legalidad de los actos comunitarios. La acción de incumplimiento busca asegurar que los países miembros cumplan las obligaciones que les impone el derecho andino. La interpretación prejudicial garantiza la aplicación uniforme y coherente del derecho andino por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los cuatro países miembros. La cuestión prejudicial de validez combina caracteres de la acción de nulidad y de la interpretación prejudicial. El recurso por omisión (o inactividad) tiene por objeto que determinados órganos comunitarios cumplan una actividad a la que están obligados expresamente por el ordenamiento andino. La acción laboral permite resolver las diferencias entre las instituciones del SAI, como empleadores, y sus empleados o ex empleados. La función

¹²⁷ *Ibidem.*

arbitral posibilita, al momento, la solución de controversias contractuales entre un órgano o institución del SAI y terceros sobre asuntos que involucren la interpretación o aplicación de una norma del ordenamiento jurídico comunitario andino.

En sus casi 40 años de funcionamiento, hasta el 31 de diciembre de 2023, el TJCA ha emitido abundante jurisprudencia: 78 sentencias o autos que ponen fin al proceso en acción de nulidad, 143 en acción de incumplimiento, 6772 en interpretación prejudicial, 1 en cuestión prejudicial de validez, 10 en recurso por omisión, 25 en acción laboral, y 2 demandas arbitrales declaradas improcedentes.

El sistema andino de solución de controversias, en el cual los ciudadanos tienen un rol activo, viene funcionando con normalidad, asegurando la armonía entre los países y fortaleciendo la integración, dos objetivos centrales del Acuerdo de Cartagena, el tratado fundacional de la Comunidad Andina.

Quito, diciembre de 2023.

CAPÍTULO V

DOCTRINAS JUDICIALES ELABORADAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - DERECHO MATERIAL

SUBCAPÍTULO I
DERECHOS FUNDAMENTALES

APARTADO I

ESQUEMA COMUNITARIO ANDINO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Marcelo Vargas Mendoza

Marcelo Vargas Mendoza

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia. Magíster en Integración Regional por la Universidad de Alcalá y en Negociaciones Internacionales y Comercio Exterior por la Universidad Central de Ecuador. Candidato a doctor en la Unión Europea y América Latina en el Contexto Internacional por la Universidad de Alcalá. Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad de Castilla la Mancha. Actualmente es investigador en Formación del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá. Es profesor de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual en la Universidad Internacional del Ecuador, y se desempeña como presidente del Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), Ecuador. Ha sido presidente de la Comisión de Resolución de la Superintendencia de Competencia Económica de Ecuador, asesor Parlamentario en la Asamblea Nacional de Ecuador y abogado asesor en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entre otros.

ESQUEMA COMUNITARIO ANDINO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Marcelo Vargas Mendoza

Palabras clave

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Derechos Humanos. Comparación con la actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Keywords

Andean Community Court of Justice. Human Rights. Comparison with the activity of the Court of Justice of the European Union.

Resumen

El documento tiene como objetivo abordar dos interrogantes: (i) ¿Cuál ha sido la contribución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA**) en el ámbito de la protección de los derechos humanos? y (ii) ¿Ha seguido el TJCA el mismo curso trazado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**)? Con el propósito de responder a dichas preguntas, el artículo describe la jurisprudencia del TJCA en relación con los derechos humanos, para luego proceder a una comparación con el desarrollo en Europa.

Abstract

The document aims to address two inquiries: (i) What has been the contribution of the Andean Community Court of Justice (**ACCJ**) in the field of human rights protection? and (ii) Has the ACCJ followed the same course charted by the Court of Justice of the European Union (**CJEU**)? In order to answer these questions, the article describes the jurisprudence of the ACCJ regarding human rights, and subsequently proceeds to compare it with developments in Europe.

Hace un tiempo leímos un libro que tenía este título: «*Derechos Humanos e Integración*»¹. El escrito analizaba, bajo la óptica de la experiencia europea, las

¹ Waldemar Hummer y Markus Frischhut. *Derechos Humanos e Integración. Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*, Instituto de Derecho Internacional Público, Derecho Comunitario Europeo y Relaciones Internacionales de la

herramientas que existían a nivel comunitario andino para la defensa de los derechos humanos (año 2004). Lo que más nos impactó fue la conclusión a la que llegaron los autores en torno a la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **Tribunal** o **TJCA**) en este aspecto:

«...El Tribunal Andino no ha desarrollado —al contrario que el TJCE— jurisprudencia alguna en el ámbito de los derechos humanos. Esto puede ser debido a que el Tribunal Andino realiza sus actividades desde 1984, y por lo tanto se encuentra hoy en un periodo que —si lo transponemos en los términos del desarrollo del TJCE, simplemente ateniéndonos al número de años transcurridos desde su creación— vendría a corresponder con el comienzo de los años 70 del siglo pasado. En este espacio de tiempo exactamente, el TJCE también fue desarrollando poco a poco su jurisprudencia pertinente en el ámbito de los derechos fundamentales, entonces, se puede asumir con bastante seguridad que el Tribunal Andino también seguirá alguna vez ese camino en el futuro.»²

El futuro llegó y nos preguntamos ¿qué ha hecho el TJCA en el campo de la protección de los derechos humanos?, ¿siguió el camino recorrido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?

El presente escrito tiene como objetivo resolver las dos preguntas planteadas. Para esto se describirá la jurisprudencia del TJCA relacionada con los derechos humanos (en adelante, **DD.HH.**), y posteriormente se realizará una comparación con la experiencia europea.

Sin duda alguna, la labor de los jueces en los Estados contemporáneos ha cambiado, su panorama normativo se ha ampliado, y así como el sistema de fuentes del derecho es complejo, su actividad interpretativa y argumentativa también lo es. La función jurisprudencial ya no se concibe como una simple operación jurídica de soluciones específicas en el marco de normas especiales, ya que ha sido impregnada de otras ramas, temas o disciplinas que antes eran ajenas o menos evidentes. No se puede negar la influencia del sistema de derechos humanos, del derecho constitucional o del derecho comunitario³ en la ardua labor de los operadores jurídicos judiciales.

Universidad de Innsbruck, Austria; Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2004.

² *Ibidem.*, pág. 34.

³ Los procesos de integración regional no solo traen efectos de índole económica o comercial, también influyen de manera decisiva en todo el sistema de fuentes del derecho. Por ejemplo, en el marco del derecho comunitario andino, los ordenamientos jurídicos nacionales se ven constantemente permeados por normas comunitarias que gozan de aplicación inmediata y efecto directo en los Países Miembros; por lo tanto, el juez nacional aplica el derecho comunitario y, en consecuencia, actúa como un verdadero juez comunitario. Sobre la producción normativa de la comunidad andina se puede ver: Laurence R. Herfer y otros, *Casos Aislados de Jurisdicción Internacional Eficaz: La Construcción de un Estado de Derecho de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*, traducción al español por M. Vargas Mendoza, A. Saiz Arnaiz, M. Morales Antoniazzi y J.I. Urgartemendia Eceizabarrena (coordinadores), en *Las Implicaciones Constitucionales de los Procesos de Integración en América latina: un Análisis desde la Unión Europea*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2011, pp. 207-281.

Es sumamente claro que en el campo de la protección de los derechos humanos, los jueces, independientemente de su categoría o rango, deberían estar imbuidos, permeados y seriamente comprometidos. Uno de los grandes aportes de la teoría jurídica contemporánea es decantar esta circunstancia en diversas construcciones teóricas, que por cierto son bien sugestivas: la constitucionalización del derecho, la aplicación directa de la constitución, el juez ordinario como juez constitucional, el juez como juez de los derechos humanos, el neoconstitucionalismo⁴, y hasta un nuevo derecho⁵, entre otras. Bajo este espectro conceptual se suele hablar, además de todos los cambios que traen consigo las actuales constituciones, de una nueva y compleja actividad interpretativa, argumentativa y de resolución de antinomias por parte de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces. Se ha generado una ardua labor teórica inspirada en la práctica judicial contemporánea, donde se discuten, se explican, se decantan y se armonizan actividades judiciales como la subsunción, la ponderación o balanceo⁶ y los test (razonabilidad, igualdad)⁷, entre otras.

Lo más importante es que el ser humano está en la base de todo sistema jurídico. La estandarización, por no decir la globalización de las constituciones contemporáneas, ha hecho posible el dialogo teórico en el mundo del derecho. Es muy común que los desarrollos jurisprudenciales alemanes, o que los adelantos en teoría de los precedentes norteamericanos puedan ser incorporados en la labor jurisprudencial latinoamericana. Un ejemplo claro de esto es el activismo judicial que se ha presentado en países como Colombia, donde el trabajo de la Corte Constitucional ha estado en constante diálogo con construcciones y doctrina judicial extranjera. Esto es

⁴ Sobre el neoconstitucionalismo se puede consultar: Miguel Carbonell Sánchez (coord.), Luís Prieto Sanchís y otros, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007. También se puede ver: Luís Roberto Barroso, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. El Triunfo Tardío del Derecho Constitucional en Brasil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2008.

⁵ Este término se empleó a principios de los años 90 en Colombia. Más que una postura antiformalista, este término daba cuenta de una nueva actividad del operador jurídico, teniendo como base el ser humano como tal. Sobre esto se puede ver: César Gaviria Trujillo, *El Nuevo Derecho*, en *Quaestiones Iuridicae* 1, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, junio de 1993.

Sobre las diferencias entre el “derecho tradicional” y el “nuevo derecho” en el contexto colombiano, se puede ver: Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2006, pp. 323-333.

También se puede consultar: Diego Eduardo López Medina, *Teoría Impura del Derecho*, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2006, pp. 439-442.

⁶ Sobre la ponderación se puede ver Robert Alexy, *La Fórmula del Peso*, en Miguel Carbonell (editor) y otros, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008.

⁷ Sobre los test y las otras actividades de interpretación, argumentación y resolución de antinomias, se puede consultar: Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», Bogotá, Colombia, 2006.

posible gracias a que la protección de los derechos humanos no tiene frontera, es decir, dichos derechos son un pivote claro de consenso en el mundo entero. Las constituciones contemporáneas al ser cartas de derechos básicos deberían participar de este acuerdo mundial. Es tan evidente que los derechos humanos son un lenguaje mundial, que las propias constituciones se presentan como sistemas abiertos en constante construcción y, en consecuencia, se crean figuras como la del bloque de constitucionalidad, que no es más que una herramienta para ampliar el contenido de la carta en la búsqueda de un texto básico en dialogo constante con el mundo.

La gran onda explosiva que ha generado el escenario de protección de los derechos humanos, ha tocado la puerta de ramas que otrora eran canonizadas y consideradas al extremo autosuficientes: derecho civil, penal, comercial, etc. Ya el operador jurídico es consciente de que los derechos básicos del ser humano no son un asunto netamente constitucional y teórico; es perfectamente común que el abogado argumente su protección desde el propio campo de aplicación, así este sea considerado técnico y ciertamente delimitado. Es que los derechos básicos no están el aire, se realizan en las normativas específicas como en el derecho de familia, el tributario, el de sociedades, etc.

En todo este escenario teórico-práctico de la defensa del ser humano se encuentra el TJCA. Por lo tanto, el Tribunal no puede ser la excepción en la actividad de la defensa de los derechos humanos.

Tribunales comunitarios ya han demostrado que tienen mucho que ver en el tema. Un ejemplo paradigmático lo tenemos en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, **TJCE**), que desde los años 70 generó toda una jurisprudencia en torno a la protección de estos mínimos fundamentales⁸. Sin una carta o catálogo de derechos básicos del ciudadano comunitario europeo, el TJCE en el año de 1969 sostuvo que los derechos fundamentales eran parte de los principios generales del derecho comunitario europeo y, por lo tanto, que su labor no era ajena a su protección⁹. De ahí en adelante la jurisprudencia comunitaria europea se convertiría en una bandera de defensa de los derechos humanos, influyendo constantemente en el ejecutivo comunitario europeo para su protección por vía de la positivización efectiva.¹⁰

⁸ Luis Aguiar de Luque mencionaba: «Lo que en todo caso es incuestionable es que desde 1969 hasta bien avanzada la década de los noventa el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a través de una jurisprudencia “pretoriana” y la elaboración de sofisticadas construcciones jurídicas (...) se ha convertido en el instrumento por excelencia para conferir operatividad a los Derechos Fundamentales en el ámbito cotidiano de actuación de las Comunidades Europeas».

Luis Aguiar de Luque, *Los derechos fundamentales en el proceso de Integración Europea*, en *Integración Política y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 203.

⁹ Ver Sentencia TJCE de 12 de noviembre de 1969, *Erich Stauder contra Stadt Ulm – Sozialamt*, caso 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

¹⁰ Sobre esto se puede ver: Ricardo Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1994.

El ejemplo europeo muestra cómo los derechos humanos son altamente defendibles en cualquier esfera de protección, aun sin normas positivas que así lo determinen. Es que su reconocimiento y salvaguardia hacen parte del diálogo global del derecho y, por lo tanto, no dependen de cuán profunda y específica sean las cartas de derechos locales. La protección de estos mínimos fundamentales, por lo tanto, hacen parte de un gran acuerdo implícito mundial, reconocido, claro está, en los diferentes instrumentos internacionales como: La Carta de las Naciones Unidas; la Carta de la Organización de Estados Americanos; la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta Democrática Interamericana, entre otros.¹¹

El marco normativo, institucional y competencial, le otorga al TJCA las herramientas para que, desde su propia jurisdicción, pueda realizar una labor efectiva en relación con la defensa de los derechos humanos¹². El TJCA es el encargado de velar por la validez, eficacia y correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino. Es en el marco de la normativa comunitaria, es decir, en los asuntos de competencia

¹¹ Instrumentos internacionales citados en las consideraciones de la Carta Andina Para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

¹² Mediante la acción de incumplimiento y el recurso por omisión o inactividad, el Tribunal puede determinar el contenido y alcance de la norma comunitaria supuestamente incumplida, estableciendo de esta forma su concordancia con los principios básicos y objetivos fundamentales del proceso de integración, que incluyen la protección de los derechos humanos. Igualmente, el Tribunal a pesar de no contar con una carta de derechos humanos “vinculante”, puede utilizar como recurso argumentativo e interpretativo la obligatoriedad de estos como punto de partida y principio de actuación en el esquema comunitario andino. Asimismo, el TJCA puede utilizar las técnicas contemporáneas de interpretación, argumentación y solución de antinomias para una adecuada decisión, sustentándola, claro está, en los principios básicos y fundamentales del ser humano.

Mediante la acción de nulidad el Tribunal tiene la misión de salvaguardar la validez del ordenamiento jurídico comunitario andino derivado y, por lo tanto, mediante este mecanismo tiene el deber de armonizar el sistema comunitario con el sistema mundial de respeto de los derechos humanos, sobre todo si se tiene en cuenta que el fin último del proceso de integración es el mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión.

Mediante la Interpretación Prejudicial tiene la facultad de asegurar una aplicación uniforme de la normativa comunitaria andina y, en consecuencia, constituye una herramienta poderosa en la defensa de los bienes básicos del ser humano. El operador judicial interno tiene la obligación de adoptar la interpretación realizada por el TJCA. En este esquema, el Tribunal tiene la misión de otorgar la mejor interpretación posible dentro del sistema comunitario, lo que incluye una protección efectiva de los derechos humanos.

Mediante las acciones laborales tiene la misión de determinar los derechos y obligaciones de los trabajadores y empleadores comunitarios, claro está, dentro del clima mundial del respeto y protección de los derechos humanos.

supranacional, donde el TJCA puede flamear la bandera de la protección de los DD.HH.

Es importante resaltar que el TJCA no es un Tribunal de Derechos Humanos, es decir, no defiende los derechos humanos como tal. La Comunidad Andina no es un sistema de defensa de DD.HH. y, por lo tanto, sus herramientas judiciales no fueron creadas para salvaguardar estos mínimos fundamentales de forma específica. El TJCA fue creado para solucionar controversias y declarar el derecho en el ámbito operativo de la Comunidad Andina (en adelante, CAN), y es en este escenario normativo comunitario donde tiene el deber de proteger los DD.HH. Como todos los jueces contemporáneos, el TJCA debe velar por la protección de los DD.HH. en el marco de sus competencias. Esto quiere decir que la aplicación e interpretación de una norma comunitaria no puede estar alejada de la defensa de estos mínimos de convivencia.¹³

Es esencial que esto quede muy claro. La labor del TJCA de ninguna manera podría ser el remplazo o un camino alternativo al sistema de solución de controversias en derechos humanos. El TJCA, por el contrario, debe ejercer sus funciones dentro del marco universal e interamericano de salvaguardia de los DD.HH. Es por esto que dentro de las labores jurídicas del TJCA, la defensa de los DD.HH. es un punto fundamental.

Como el derecho derivado goza de efecto directo, aplicación inmediata, autonomía y primacía, se presenta como una estructura supranacional blindada a los ojos del derecho interno. Esto tiene grandes efectos jurídicos constitucionales: la norma comunitaria debe ser aplicada por los operadores jurídicos internos automática e inmediatamente, e inclusive desplazando al derecho interno que resulte contrario, sin que exista la posibilidad del control de constitucionalidad a nivel nacional. Este es un asunto que en ante los ojos de un constitucionalista sería bastante llamativo: normas aplicadas por los operadores nacionales que no pueden ser analizadas de manera constitucional, es decir, confrontadas con la carta fundamental nacional para la defensa de los DD.HH., y que en teoría tendrían primacía sobre el derecho interno, inclusive el constitucional. Con el derecho originario no habría dicho problema porque debe pasar por todos los filtros para su aprobación.

La única manera de solucionar dicha complicación es con el compromiso de la CAN de respetar, aplicar y promover la normativa interamericana de DD.HH. en el marco operativo del esquema subregional¹⁴. Es la manera de garantizar que las normas comunitarias y su aplicación estén en consonancia con las tendencias interamericana

¹³ Sobre esto se puede ver: Marcelo Vargas Mendoza, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Defensa de los Derechos Humanos*, en Claudia Escobar García (editora) y otros, *Teoría y práctica de justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2010.

¹⁴ Sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se puede consultar: Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004.

y universal de protección de los DD.HH. Recordemos que los países de la CAN son parte de la Organización de Estados Americanos y, en efecto, del sistema interamericano de DD.HH.¹⁵ Además, todos los países andinos, mediante la figura del bloque de constitucionalidad, han establecido una suerte de sometimiento de su ordenamiento jurídico a las previsiones interamericanas. Entonces, si el sistema jurídico de la CAN tiene como punto de apoyo la salvaguardia de los DD.HH. bajo el manto del sistema interamericano, le será más fácil penetrar en el orden interno, esto es sin resistencia por los operadores jurídicos nacionales.

Por supuesto que no estamos afirmando que no se puedan presentar problemas de superposición judicial entre el TJCA y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, **Corte IDH**). Lo que estamos diciendo es que tanto el TJCA como la Corte IDH tienen funciones y competencias totalmente diferentes. Si bien podrían presentarse asuntos para ventilarse en ambos foros, tal como podría ser la aplicación del derecho derivado y la posible violación de DD.HH. por parte de un País Miembro de la CAN, no se podría afirmar que hay dos escenarios típicos de defensa de DD.HH.

Hasta el momento no se han presentado casos de la mencionada superposición judicial, pero como vamos a ver más adelante, la propia dinámica del movimiento andino ha hecho que el TJCA encuentre la cura antes que la enfermedad. En las líneas que siguen, mostraremos cuál ha sido la labor del TJCA en la defensa de los DD.HH.

a. Caso: el marco de protección de la información amparada por el secreto industrial. Interpretación Prejudicial No. 37-IP-2003 del TJCA, expedida el 18 de junio de 2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 960 de 1 de agosto de 2003

El asunto se desata con ocasión de una solicitud de interpretación prejudicial remitida al TJCA por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado de la República de Colombia. En esta providencia el TJCA interpretó los artículos 72, 73, 78 y 79 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Los temas principales que trató fueron el secreto industrial y los datos de prueba.

El artículo 73 de la Decisión 344 establece qué información no será considerada como secreto industrial. Dentro de estas incluye aquella que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial.

El TJCA llegó a la conclusión de que esta norma consagraba unos límites claros a las atribuciones que emanaban de la figura del secreto industrial, ya que más allá del interés económico del titular de la información, se encuentra la protección de los derechos humanos y, por lo tanto, esto justifica que haya información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial. En su argumentación conectó la norma mencionada con la protección de los derechos fundamentales, sosteniendo que el interés del titular de la información amparada por el secreto

¹⁵ Colombia aceptó la competencia de la Corte IDH el 21 de julio de 1985, Ecuador el 24 de julio de 1984, Bolivia el 27 de julio de 1993, y Perú el 21 de enero de 1981.

industrial no puede sobrepasar dichos mínimos básicos. En este sentido, el TJCA partió de la exclusión de la información que debe ser divulgada por disposición legal o por orden judicial, para llegar a establecer el marco de protección de la información amparada por el secreto industrial.

b. Caso: plazo para la protección de los datos de prueba. Sentencia del TJCA expedida el 8 de diciembre de 2005, en el marco del proceso de incumplimiento No. 114-AI-2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1295 de 9 de febrero de 2006

El asunto se surtió en el marco de una acción de incumplimiento incoada por la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, ASINFAR, contra la República de Colombia por haber expedido el Decreto 2085 de 19 de septiembre de 2002, en supuesta violación de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 260 a 266, 276 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. En esta sentencia se analizó si una norma interna que establecía un plazo de exclusiva para la protección de los datos de prueba, podía ser considerada como una conducta violatoria de los artículos 4 del Tratado de Creación del TJCA y 266 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 260 a 265 y 276 de la mencionada Decisión.

El Tribunal llegó a la conclusión de que sí existía incumplimiento. Los recursos argumentativos que utilizó fueron cuatro:

- (i) Analizó el cambio normativo acaecido con la Decisión 486, para así determinar la verdadera intención del legislador comunitario. En este sentido comparó el artículo 266 de la Decisión 486 con el derogado artículo 79 de la Decisión 344, llegando a la conclusión de que el plazo que existía en el segundo no fue previsto en el primero, ya que el propósito claro del legislador comunitario era armonizar la legislación andina con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, **ADPIC**).
- (ii) Sobre la base de lo anterior, analizó el artículo 39.3 del ADPIC como un instrumento para determinar el alcance del artículo 266 de la Decisión 486. En este esquema y después de estudiar los principios inspiradores de la norma multilateral, el TJCA llegó a la conclusión de que el artículo 266 no posibilitaba el establecimiento de un plazo de exclusiva para la protección de los datos de prueba.
- (iii) El TJCA consideró que un plazo de exclusiva no era más que la ampliación indebida del período de protección concedido mediante la patente de invención.
- (iv) Y por último, el Tribunal reforzó el anterior argumento acudiendo a los objetivos básicos del Acuerdo de Cartagena y, además, al esquema de

protección de los derechos humanos. Estableció por esta vía un límite a los derechos de propiedad industrial y, por lo tanto, al régimen de protección de los datos de prueba. Determinó que el límite estaba dado por: 1) el interés público; 2) el objetivo fundamental del proceso de integración que es el mejoramiento del nivel de vida de las personas; y 3) en conexión clara con el mejoramiento del nivel de vida del habitante de la subregión, por los derechos fundamentales de la salud y la vida de las personas.

c. Caso: las marcas farmacéuticas de uso humano y otras que amparan productos de la clase 5 de la Clasificación Internacional de Niza. Interpretación Prejudicial No. 45-IP-2008 del TJCA, expedida el 14 de mayo de 2008, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1641 de 31 de julio de 2008

El asunto se presenta en el marco de una solicitud de interpretación prejudicial elevada por la Sección Primera del Consejo de Estado de la República de Colombia. En el proceso interno se discutía la legalidad de unos actos administrativos que denegaban el registro como marca de un signo que amparaba productos antiparasitarios veterinarios de la Clase 5¹⁶.

Uno de los temas abordados fue el siguiente: «[l]as marcas farmacéuticas de uso humano y de otros productos de la clase 5». En el capítulo correspondiente, el TJCA diferenció entre los distintos productos de la Clase 5 de la Clasificación Internacional de Niza, llegando a la conclusión de que el análisis de registrabilidad de signos que ampararan productos no farmacéuticos de uso humano, tales como los veterinarios o los herbicidas, debía ser en extremo riguroso, ya que estaba en juego el derecho a la salud de las personas y el daño al medio ambiente traducido en la salud de los animales y las plantas.

d. Caso: máquinas tragamonedas. Sentencia del TJCA expedida el 23 de enero de 2008, en el marco del proceso de incumplimiento No. 03-AI-2006, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1667 de 30 de octubre de 2008

El caso se presentó en el marco de una acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad Interamericana Game Technology Ltda. contra la República del Ecuador, por el supuesto incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 80 literal c) del Acuerdo de Cartagena; 6, 7, 8, 10, 11 y 26 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina; 2 numerales 1, 3 y 4; y artículos 3 y 4 de la Decisión 510 de la Comisión de la Comunidad Andina; y los artículos XVI y XVII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), incorporados por referencia al ordenamiento jurídico andino mediante las Decisiones mencionadas. En esta sentencia el TJCA

¹⁶ En la Clase 5 de la Clasificación Internacional de Niza se encuentran, además de todos los productos farmacéuticos y veterinarios, desinfectantes, plaguicidas, fungicidas, herbicidas, entre otros.

entró a determinar si normas internas que regulaban la instalación y puesta en funcionamiento de máquinas tragamonedas, eran constitutivas de violación del régimen de comercio de servicios en la Comunidad Andina.

El Tribunal llegó a la conclusión de que dicha conducta no era violatoria del régimen de servicios en la Comunidad Andina, especialmente de las normas mencionadas anteriormente.

El TJCA empleó la siguiente metodología:

La parte considerativa del fallo se dividió en dos acápites fundamentales. En el primero, el Tribunal determinó claramente cuáles son los principios básicos y sus excepciones en el régimen de servicios en la Comunidad Andina. Y en el segundo, se dedicó a analizar el caso particular, y para lo cual dividió la argumentación en dos partes:

- (i) En la primera, analizó si las medidas adoptadas por la República del Ecuador eran contrarias a los principios básicos del comercio de servicios en la Comunidad Andina.
- (ii) En la segunda, examinó si las medidas adoptadas por la República del Ecuador encuadraban dentro el grupo de excepciones contenidas en el artículo 11 de la Decisión 439.

En esta última parte hizo lo siguiente:

- Primero, basándose en una prueba pericial practicada en el proceso, determinó la diferencia entre las salas de bingo y las máquinas tragamonedas en relación con la enfermedad de la ludopatía.
- Segundo, con el objetivo de realizar una adecuada ponderación entre el derecho al libre acceso al mercado y el derecho fundamental de la salud, realizó un «*test* de razonabilidad».

Es de gran importancia que el TJCA hubiera realizado un *test* de razonabilidad y un análisis de ponderación. Estas herramientas están en consonancia con las actuales técnicas de argumentación, interpretación y resolución de antinomias usadas por muchos de los jueces contemporáneos.

En relación con el *test*, si bien el artículo 11 de la Decisión 439 de 1998 marcaba las pautas para realizar dicho examen¹⁷, el TJCA definió el contenido y el orden

¹⁷ El último inciso del artículo 11 de la Decisión 439 establece lo siguiente:

«Las medidas enumeradas en el presente artículo, no se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, no tendrán fines proteccionistas en favor de servicios o prestadores de servicios nacionales, ni se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de

de los pasos a seguir. Lo hizo atendiendo los puntos pertinentes y determinando la metodología en cada uno de ellos, de conformidad con el caso particular. Analizó la necesidad de las medidas, estableció su proporcionalidad, su no interés proteccionista y su no carácter discriminatorio. Tanto la necesidad como la proporcionalidad se desarrollaron teniendo en cuenta dos factores: 1) los valores fundamentales que se intentaban proteger: la salud de las personas y el orden público, y 2) las particularidades sociales del País Miembro que estableció la medida.

En relación con la ponderación, el TJCA hizo el análisis para el caso particular, es decir, consultando la situación social, cultural y económica del país que adoptó las medidas, estableció que el derecho al libre acceso al mercado de los juegos de azar en relación con las máquinas tragamonedas, debía ceder frente al derecho a la salud de las personas y en especial de los menores de edad.

e. Caso: mataderos. Interpretación Prejudicial expedida el 22 de agosto de 2008, dentro del proceso No. 90-IP-2008 del TJCA, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1662 de 9 de octubre de 2008

El caso se conoció mediante una solicitud de interpretación prejudicial proveniente de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. En esta providencia el TJCA interpretó el artículo 2.2., numerales 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, y 2.2.5 del Anexo de la Decisión 197 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en el cual se regula la ubicación de los mataderos en el territorio de los Países Miembros.

Analizó el artículo comentado en concordancia con toda la normativa prevista en la Decisión 197, es decir, con la «*Norma y Programa Subregional sobre Tecnología, Higiene e Inspección Sanitaria del Comercio de Ganado Bovino para Beneficio, Mataderos y Comercio de Carne Bovina*».

Llegó a la conclusión de que esta norma debía interpretarse a la luz del derecho a la vida, a la salud, a un ambiente sano, a la seguridad y salubridad pública. El Tribunal argumentó que la libertad empresarial debería desarrollarse en el marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales.

En este sentido estableció que los mataderos no deberían estar ubicados en territorios destinados a viviendas, ni en zonas que afectarían el medio ambiente como tal. La norma hablaba únicamente de centros poblados y el Tribunal la extendió a las zonas mencionadas.

Además de lo anterior, todos los requisitos de ubicación consagrados en la norma interpretada fueron analizados bajo la óptica de los derechos humanos. Igualmente, para la correcta aplicación de la norma y la protección de los derechos básicos, el

servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación con el trato otorgado a otros países, miembros o no de la Comunidad Andina».

TJCA determinó que los mataderos debían contar con un sistema de tratamiento y descontaminación de aguas servidas si estas van a ser arrojadas a fuentes de agua natural.

f. Caso: plaguicidas químicos de uso agrícola (PQUA). Sentencia del TJCA expedida el 27 de enero de 2010, en el marco del proceso de incumplimiento No. 5-AI-2008, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1824 de 26 de abril de 2010¹⁸

El caso se ventiló en el marco de una acción de incumplimiento interpuesta por las sociedades FARMAGRO S.A., BAYER S.A., BASF PERUANA S.A., PRODUCTOS QUÍMICOS PERUANOS S.A., FARMEX S.A., SAN MIGUEL INDUSTRIAL S.A., TECNOLOGÍA QUÍMICA Y COMERCIO S.A., SERVICIOS Y FORMULACIONES INDUSTRIALES S.A. y SYNGENTA CROP PROTECCIÓN S.A., contra la República del Perú, por el supuesto incumplimiento de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los artículos 1, 3, 4, 5, 8, 10, 11, 16, 17, 18, 19 y 22 de la Decisión 436 de la Comisión de la Comunidad Andina, y las Generalidades y Sección 2 del Manual Técnico para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola, adoptado por la Resolución 630 de la Secretaría General.

En esta providencia el TJCA resolvió el siguiente problema jurídico: ¿La figura del Agricultor – Importador – Usuario (AIU), es contraria a las normas comunitarias andinas sobre el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola?

El TJCA realizó un análisis literal, sistemático y teleológico de la Decisión 436, mediante la cual se regula el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola. Con base en este estudio, llegó a la conclusión de que la figura del AIU desarrollada por la normativa peruana era violatoria de la Decisión 436. Sostuvo que el fin último de un sistema armonizado de registro y control de plaguicidas es la protección de la vida, la salud y el medio ambiente y, por lo tanto, que la figura interna era contraria a dichos derechos fundamentales.

Con esta herramienta realizó una ponderación entre los derechos a la vida, la salud y un ambiente sano, por un lado, con el derecho al desarrollo agrícola competitivo, por el otro, llegando a la conclusión de que este último debe ceder ante los primeros.

Algo de trascendental importancia en esta sentencia es que el TJCA usó como herramienta argumentativa la Carta Andina de Derechos Humanos. Esto en el

¹⁸ En casos análogos el TJCA expidió las siguientes providencias: Sentencia expedida el 22 de junio de 2011, en el marco del proceso No. 2-AI-2010, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1973 de 26 de agosto de 2011; y Sentencia de 19 de julio de 2012, expedida en el marco del proceso de incumplimiento No. 1-AI-2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2086 de 27 de agosto de 2012.

escenario práctico del TJCA era muy extraño, pero lo cierto es que se dio un gran paso para ir dotando a la Carta de cierto poder persuasivo. El TJCA utilizó este instrumento para mostrar que el principio de igualdad es básico en el contexto andino y, por lo tanto, que su violación por parte de la figura del AIU no era permitida. Es conveniente transcribir un aparte de la sentencia:

«Además de lo indicado, avalar que la normativa comunitaria sea aplicada sólo a cierto grupo de importadores de PQUA es completamente contrario al derecho básico y fundamental de la igualdad. El Sistema Comunitario Andino está inspirado en el principio de la “no discriminación” y, por lo tanto, si no hay ninguna razón válida para dar un tratamiento diferenciado, no es pertinente tratar de manera más laxa, flexible o beneficiosa a un grupo de importadores de PQUA. Por el contrario, permitir un tratamiento diferenciado en esta materia, sería consentir la violación de ciertos derechos fundamentales.

El principio de la igualdad es un punto de partida diáfano en el proceso subregional andino. Así se plasma en la parte considerativa del Acuerdo de Cartagena:
(...)

Es importante recordar que el derecho a la igualdad y el principio de la no discriminación son recogidos en todas los instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, son reconocidos explícitamente en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que si bien aún no ha sido declarada como vinculante, sí es una clara muestra de los principios que orientan el proceso de integración subregional andino. En su artículo 10 establece:
(...)

En consecuencia, el argumento de la parte demandada consistente en que el registro de plaguicidas sólo es aplicable a los importadores con fines comerciales, no es de recibo por este Tribunal.»

g. Caso: proceso electoral en Ecuador. Auto expedido del TJCA el 23 de junio de 2010, en el marco del proceso de incumplimiento No. 01-AI-2010

El caso se suscitó en el marco de una acción de incumplimiento formulada por los señores Alejandro Ponce Martínez y Carlos Manosalvas Silva contra la República del Ecuador. Argumentaron los demandantes que el proceso electoral presidencial ecuatoriano violó la carta de Conducta de Riobamba, la Carta Andina de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, la Declaración de Machu Picchu, sobre Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la lucha contra la Pobreza, entre otros instrumentos.

El TJCA rechazó *in limine* la demanda por carecer de competencia para conocer el asunto. Argumentó que el Tribunal no tenía competencia para revisar procesos electorales de los Países Miembros. Sostuvo que no tenía competencia para conocer acciones específicas para la defensa de los DD.HH., y que para estos casos existen los mecanismos internos y las instancias judiciales internacionales.

Este auto fijó la competencia del TJCA en materia de DD.HH. La circunscribió al campo de la normativa comunitaria, de conformidad con la cesión de competencias que ha recibido la CAN por parte de los Países Miembros. También se refirió a que para este tipo de acciones están los mecanismos nacionales pertinentes y la jurisdicción interamericana de DD.HH.

En pocas palabras, el TJCA diferenció su competencia de la de la Corte IDH.

h. Caso: seguridad social de los migrantes andinos. Interpretación Prejudicial del TJCA expedida el 8 de febrero de 2012, en el marco del proceso No. 100-IP-2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2043 de 18 de abril de 2012

El asunto se conoció mediante una solicitud de interpretación prejudicial formulada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, Colombia. El TJCA interpretó los artículos 8 y 9, así como la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 583 de la Comisión de la Comunidad Andina. Se preguntó si la mencionada Decisión era aplicable aun si no existía reglamento para ello, de conformidad con las previsiones de la propia normativa. También se preguntó si se podían computar los periodos cotizados en diferentes Países Miembros de la CAN.

La respuesta a estos interrogantes fue sí. El Tribunal argumentó con base en el derecho humano de la seguridad social. Para esto utilizó los siguientes parámetros que transcribiremos:

«[E]s necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, entonces, si es un derecho que alcanza a todas las personas, es obvio que cobija a los migrantes laborales.
2. La normativa en la materia supone a la persona migrante como sujeto de derechos y determina la igualdad ante la ley.
3. La seguridad social se rige, entre otros, por los principios de solidaridad, obligatoriedad y universalidad; estos principios serían incompletos en su alcance si la seguridad social no se hiciera extensiva a los migrantes laborales.
4. La supremacía de los derechos de las personas está sobre toda consideración (principios de preeminencia y subsidiariedad) y la aplicación e interpretación de la norma que les alcance se podrá ampliar pero nunca restringir (principio *pro homine*).
5. El artículo 5 de la Decisión 583, al determinar la legislación aplicable, dice: “El migrante laboral estará sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre”; es decir, prescribe el inmediato cumplimiento y aplicación de los derechos de seguridad social reconocidos en las leyes nacionales de los Países Miembros.
6. Al ser la Seguridad Social un derecho social, de obligatorio cumplimiento, de aplicación inmediata y que por estas consideraciones se ha de aplicar incluso a falta de ley en los Países Miembros, el Tribunal estima que la Decisión 583 debe ser

aplicada en ausencia de su Reglamento, dada la naturaleza de este derecho y el interés superior que ampara.»

Advertimos que en el texto de la providencia se citó a la Carta Andina de DD.HH., como recurso argumentativo para sostener que la CAN está estructurada en un clima de defensa y respeto a los DD.HH.

i. Caso consulta previa. Interpretación Prejudicial del TJCA expedida el 24 de octubre de 2012, en el marco del proceso No. 60-IP-2012, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2157 de 27 de febrero de 2013

El asunto fue conocido por el TJCA con ocasión de la solicitud de interpretación prejudicial alzada por la Corte Constitucional de Colombia. El Tribunal interpretó los artículos 135 literales e) y f), 136 literal g) y 137 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. El Tribunal se preguntó ¿cómo lograr el consentimiento expreso de las comunidades indígenas al que alude el artículo 136 literal g) de la Decisión 486? El TJCA vinculó este tema con el desarrollo que se ha dado a nivel interamericano y universal en relación con la protección de los pueblos indígenas, advirtiendo que el consentimiento expreso debe conseguirse por la vía idónea de conformidad con el escenario local, interamericano y universal de protección de los DD.HH. Es importante resaltar que en la sentencia se citó una de la Corte IDH: “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo de reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, No. 245.

Además, el TJCA expresamente manifestó que:

«[E]l Tribunal encuentra que dentro de los principios generales del Derecho comunitario andino se encuentra el respeto y la protección de los derechos humanos, esto en concordancia con las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros. Situación que no debe ser desatendida por ningún operador jurídico comunitario.»

j. Caso importación motores y cajas usadas para vehículos. Interpretación prejudicial del TJCA de 13 de noviembre de 2012 expedida en el proceso No. 116-IP-2012, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2161 de 08 de marzo de 2013

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia concedió dos registros de importación para motores y cajas usadas para vehículos. Al percatarse de su equivocación, debido a la existencia del Convenio de Complementación en el Sector Automotor suscrito entre Colombia, Ecuador y Venezuela, trató de revocarlos con consentimiento del beneficiario. Ante la negativa de este, inició la acción de lesividad ante el Consejo de Estado, y este último solicitó la respectiva Interpretación Prejudicial al TJCA.

El TJCA aprovechó este asunto para plasmar explícitamente que en la base de cualquier plan o programa industrial está la protección de los derechos humanos.

El caso particular permitió que el TJCA argumentara sobre la base de los DD.HH., ya que la finalidad del convenio era que la CAN, o por lo menos los países suscriptores del mismo, no se convirtieran en cementerios de carros usados con las implicaciones medioambientales que esto traería.

Así que el TJCA, con mucho aplomo, indicó que sin la protección de los derechos humanos como base «no se puede hablar de desarrollo, ni mucho menos de un proceso de integración adecuado». Al caso particular vinculó los derechos a la vida, la integridad física, la salud y el goce de un ambiente saludable, indicando que la seguridad, calidad y defensa del consumidor van de la mano de dichos derechos.

La CAN se edificó como uno de los hijos más parecidos arquitectónicamente a la Comunidad Europea (hoy Unión Europea, en adelante UE). Así como las primeras sentencias europeas fueron el caballo de batalla para que el TJCA hiciera su contribución a la configuración del esquema de fuentes del derecho comunitario andino, las providencias que generaron el armazón de protección de DD.HH. al interior de la UE, de alguna manera se han visto reflejadas en el trabajo que sobre la materia ha venido adelantando el TJCA. Elementos comunes hacen que los dos esquemas puedan ser susceptibles de comparación: son procesos de integración con una estructura de fuentes similar, con apertura al análisis con base en principios jurídicos, con la presencia de una Carta de DD.HH., con vinculación con esquemas regionales de defensa de DD.HH. (sistema europeo de DD.HH. y sistema interamericano), entre otros.

Mostraremos el desarrollo jurisprudencial de los Tribunales de Luxemburgo y Quito, con el objetivo de graficar, por un lado, el efecto del transitar europeo en la arena andina y, por el otro, las particularidades del propio sistema andino. El siguiente cuadro comparativo muestra los desarrollos pretorianos sobre la materia:

[Cuadro en la siguiente página]

Parámetros de vinculación a los DD.HH.	TJCE	TJCA
<p>Los derechos humanos como principios generales del derecho / principio de interpretación normativa.</p>	<p>Sentencia TJCE de 12 de noviembre de 1969, <i>Erich Stauder contra Stadt Ulm – Sozialamt</i>, caso 29/69, ECLI:EU:C:1969:57.</p> <p>Se indicó que dentro de los principios generales del derecho se encontraban los derechos fundamentales de las personas. Como los principios generales del derecho son pauta de aplicación del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales también lo son.</p>	<p>Interpretación Prejudicial de 18 de junio de 2003 expedida en el proceso 37-IP-2003; Sentencia de 8 de diciembre de 2005 expedida en el proceso 114-AI-2004; Interpretación Prejudicial de 14 de mayo de 2008 expedida en el proceso 45-IP-2008; Sentencia de 30 de octubre de 2008 expedida en el proceso 03-AI-2006; Interpretación Prejudicial de 22 de agosto de 2008 expedida en el proceso 90-IP-2008; Sentencia de 27 de enero de 2010 expedida en el proceso 5-AI-2008; y Interpretación prejudicial de 13 de noviembre de 2012 expedida en el proceso 116-IP-2012.</p> <p>El TJCA enunció como principio de actuación el respeto a los derechos humanos. En este conjunto de pronunciamientos, de forma implícita, se consagra como principio de interpretación comunitaria el respeto a los derechos humanos. Se utilizó la técnica de la ponderación para hacer primar los derechos fundamentales sobre otro tipo de libertades y derechos.</p>
<p>Utilización del concepto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.</p>	<p>Sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, <i>Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel</i>, caso 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.</p> <p>Se utilizó como herramienta para poder viabilizar la</p>	<p>Interpretación Prejudicial de 24 de octubre de 2012 expedida en el proceso 60-IP-2012.</p> <p>Se afirmó claramente que dentro de los principios generales del derecho comunitario andino se encuentra el respeto y la protección de los derechos</p>

	<p>defensa de los derechos humanos en el campo comunitario, el concepto de «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». El Tribunal de Justicia estableció un método para utilizar los derechos humanos como parámetro interpretativo y argumentativo.</p>	<p>humanos, en concordancia con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.</p> <p>También se hace un llamado al respeto del sistema de protección interamericano y universal de los derechos humanos.</p>
<p>Utilización de los tratados de derechos humanos como herramienta interpretativa.</p> <p>Utilización de las normas regionales de derechos humanos como estándar mínimo de protección.</p>	<p>Sentencia TJCE de 14 de mayo de 1974, <i>J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas</i>, caso 4/73, ECLI:EU:C:1974:51.</p> <p>El TJCE utilizó como herramienta interpretativa y argumentativa en el campo de los derechos humanos, a los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos suscritos por los Estados miembros. Se abrió la puerta para utilizar en el campo comunitario el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH).</p>	
	<p>Sentencia TJCE de 18 de octubre de 1989, <i>Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas</i>, caso 374/87, ECLI:EU:C:1989:387.</p> <p>Utilización del CEDH como estándar mínimo de protección de DD.HH.</p>	
<p>Delimitación de competencias entre el derecho comunitario y los sistemas de protección de derechos humanos.</p>	<p>Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 1987, <i>Meryem Demirel contra Stadt Schwäbisch Gmünd</i>, caso 12/86, ECLI:EU:C:1987:400.</p> <p>Delimitó su competencia en el campo de los derechos humanos únicamente cuando el caso está en conexión con el ordenamiento jurídico comunitario.</p>	<p>Auto de 23 de junio de 2010 en el proceso 01-AI-2010.</p> <p>El TJCA fijó su competencia en derechos humanos sobre asuntos netamente comunitarios. Fija su competencia en relación con la jurisdicción internacional de derechos humanos.</p>

<p>Utilización de la carta comunitaria de derechos humanos como herramienta interpretativa, aun sin tener efectos vinculantes.</p>	<p>Sentencia TJCE de 27 de junio de 2006, <i>Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea</i>, caso 540/03, ECLI:EU:C:2006:429. El Tribunal de Justicia invocó como herramienta jurídica la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, aun sin tener efectos vinculantes</p>	<p>Sentencia de 27 de enero de 2010 expedida en el proceso 5-AI-2008. El TJCA utilizó por primera vez la Carta Andina como recurso argumentativo, aun sin ser formalmente vinculante.</p> <p>Interpretación Prejudicial de 8 de febrero de 2012 en el proceso 100-IP-2011, se citó a la Carta Andina de derechos humanos como recurso argumentativo para indicar que la Comunidad Andina está estructurada en un clima de defensa y respeto a los derechos humanos.</p>
---	---	---

A modo de conclusión podríamos decir que el movimiento andino ha seguido, aunque no cronológicamente, los pasos europeos. Si bien en los primeros pronunciamientos del TJCA no hubo una declaración formal donde se indicara que la defensa de los DD.HH. es parte integrante de los Principios Generales del Derecho, la utilización práctica de los DD.HH. como mínimos insoslayables cumple el mismo efecto.

La gran diferencia de los dos procesos se da en la rapidez del desarrollo jurisprudencial andino, que es explicable por la ola contemporánea de la protección de los DD.HH.

Llama la atención la temprana intención del TJCA en delimitar su competencia en el campo de los DD.HH. Tal vez el TJCA estuvo avisado de los problemas europeos en este aspecto, lo que se unió a la influencia y gran participación del sistema interamericano por parte de los países andinos, donde el escenario de protección de DD.HH. ha sido muy importante, ya que son países donde se ha presentado inestabilidad política, violación de derechos humanos, guerras internas, desplazamiento, entre otros factores.

Quito, enero de 2024.

APARTADO II

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL COMUNITARIA ANDINA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

David Padilla Moreno

David Padilla Moreno

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). LLM en solución de controversias internacionales por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo (Suiza). Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Diploma en Propiedad Industrial por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente se desempeña como subsecretario de Empleo y Salarios en el Ministerio del Trabajo del Ecuador. Asociado en Compliance Ecuador y en Fideleg Consultores Jurídicos. Ha sido jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas; asesor de la Gerencia General del Banco Central del Ecuador; consultor y asesor jurídico de la Comunidad Andina: Secretaría General (Perú) y Tribunal de Justicia (Ecuador); asesor del Ministerio de Comercio Exterior; director nacional de Investigación de Prácticas Desleales en la Superintendencia de Competencia Económica; coordinador jurídico de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP); vicepresidente jurídico de Telecsa S.A. Catedrático universitario. Preside la Sociedad Internacional de Derecho Comunitario y de la Integración (SIDECI).

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL COMUNITARIA ANDINA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

David Padilla Moreno

Palabras clave

Debido proceso. Límites a la igualdad y no discriminación.
Ponderación de derechos fundamentales.

Keywords

Due process. Limits to equity and no discrimination.
Weighing fundamental rights.

Resumen

El mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la Subregión es un bien jurídico a ser tutelado, y se relaciona con el desarrollo armónico de los Países Miembros. Toda norma andina debe ser elaborada, interpretada y aplicada protegiendo los derechos humanos. El debido proceso es el derecho fundamental procesal por excelencia. El sistema de la Comunidad Andina está inspirado en los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, que también tienen sus límites al protegerse bienes superiores como la vida y salud de las personas, el medio ambiente sano, y el cuidado de los derechos colectivos de seguridad y salubridad pública, en la medida de la necesidad de protección del bien común. Ello también sustenta el que, al existir una ponderación entre diversos derechos fundamentales, prevalecen aquellos que benefician al bienestar comunitario.

Abstract

The improvement of the standard of living of the inhabitants of the Subregion is a legal asset to be protected, and it is related to the harmonious development of the Member States. All Andean regulations must be developed, interpreted and applied protecting human rights. Due process is the fundamental procedural right for excellence. The Andean Community system is inspired by the fundamental right of equity and non-discrimination, which also have its limits when protecting superior rights as life and health of people, a healthy environment and the care of collective rights of public safety

and health, to the extent of the need to protect collective welfare. This also supports the fact that, when there is a balance between various fundamental rights, those that benefit collective welfare prevail.

1. Introducción

He preferido iniciar la redacción de este artículo agradeciendo la amable invitación que recibí para presentarlo, con miras a engalanar esta bien merecida publicación en honor al cuadragésimo quinto aniversario de suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y cuadragésimo aniversario de funcionamiento del máximo organismo jurisdiccional de la Subregión.

Tuve la oportunidad de ser parte del Tribunal comunitario cuando se festejaba su vigésimo primer aniversario de creación, y décimo sexto de funcionamiento. Permanecí vinculado a la siempre bien recordada institución alrededor de siete años, habiendo tenido el honor de trabajar con reconocidos y talentosos Magistrados, cuando las investigaciones para alimentar las providencias del organismo todavía se hacían en bibliotecas (sobre todo en una pequeña pero bien nutrida y especializada que tenía el propio Tribunal), cuando el número de causas anuales empezaba a aumentar considerablemente y se fue ampliando el personal asesor de los despachos de los entonces cinco Magistrados, cuando era imperioso emitir jurisprudencia sólida y clara para reforzar la existencia del organismo, e impulsar la difusión del Derecho comunitario y la necesidad misma de la integración andina.

Bastantes años después nos encontramos con un Tribunal de Justicia que ha sabido sortear los problemas propios de la realidad andina, se ha posicionado en su papel de ser el principal órgano interpretativo de la cada vez más vasta normativa comunitaria, y ha llegado a una edad de maduración con grandes avances jurisprudenciales dignos de ser reconocidos por parte de quienes hemos tenido el privilegio de conocer de cerca y valorar a esta importante institución. Recuerdo a través del presente texto —con absoluto respeto— a los Magistrados y personal destacado que han sido parte de la vida institucional del honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que con su visión y trabajo sobresaliente han contribuido al reconocimiento regional y mundial de la Institución. Auguro más y mejores años de fructífera labor en beneficio de la integración de los pueblos de nuestra patria andina y sudamericana.

Como parte de esos avances jurisprudenciales, tal como se puede desprender del título de esta contribución, me referiré en adelante a la evolución que ha tenido el tema de los derechos fundamentales, cuya protección ha sido considerada como un cimiento para una adecuada interpretación del ordenamiento jurídico comunitario. Dentro del marco de los objetivos y fin último de la integración andina, veremos como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal Andino** o **TJCA**) ha sabido interpretar y aplicar evolutivamente el acervo normativo comunitario desde el enfoque de la protección de los derechos fundamentales; después analizaremos ya en concreto los avances jurisprudenciales en materia del derecho fundamental por excelencia del debido proceso; y también otros derechos fundamentales que abarcan

los principios generales del derecho laboral, el derecho a la protección de la maternidad, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al desarrollo empresarial, el derecho a la propiedad, los derechos a la salud y vida de las personas, y el derecho a la protección del medio ambiente. Todo ello nos llevará a generar ciertas conclusiones sobre la valía de esos avances jurisprudenciales del Tribunal Andino en esta importante materia, esencial para un adecuado desarrollo de las naciones.

2. Importancia de los derechos humanos para interpretar la normativa andina

El procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de los países miembros se constituye el fin a perseguir con el logro de los objetivos previstos en el texto fundacional de la Comunidad Andina, conforme lo establece el artículo 1 del Acuerdo de Integración Subregional Andino, conocido como el Acuerdo de Cartagena. Al respecto, el TJCA ha señalado que:

«El mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de los Estados Miembros se constituye en un fin propio y en el interés fundamental de la Comunidad. Se trata de un bien jurídico digno de tutela que, puesto en relación con el objetivo del desarrollo, conduce a una concepción amplia de este objetivo, basada en las necesidades fundamentales de los habitantes de la Subregión. En este marco, se concibe el desarrollo de los Estados Miembros como un proceso dirigido a procurar la satisfacción de las necesidades fundamentales de los habitantes, mediante la integración y la cooperación económica y social, la aceleración del crecimiento, la generación de ocupación y la participación en el proceso de integración regional.»¹

(Énfasis añadido).

Las necesidades de los habitantes de la Subregión andina sin duda son infinitas, mientras que los recursos y medios para su satisfacción son finitos, más aún en los tiempos de crisis y dificultades por lo que constantemente atraviesan los países miembros de la Comunidad Andina. En cambio, las necesidades fundamentales o básicas, que pueden ser entendidas como las esenciales para un ser humano, abarcan tanto las referentes a la vida o subsistencia de las personas, como a las fisiológicas que varían según la edad o condición de cada individuo². Dentro de aquellas estarían las que también se traducen en derechos fundamentales como la vida, la alimentación adecuada, la vivienda, la salud, el trabajo, la libertad, entre otros, que se constituyen en derechos inalienables del ser humano, cuyo ejercicio y protección deben ser acordes a la propia dignidad de las personas y las comunidades. De no ser

¹ Interpretación prejudicial recaída en el proceso 137-IP-2003 del 10 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **GOAC**) No. 1054 del 15 de abril de 2004, conclusión primera.

² Ver Giovanni G. Bassetto Fajardo, *Necesidades básicas del ser humano y su satisfacción a través de la cultura*, Universidad Nacional de Salta, Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, Argentina, 2020. Disponible en: <https://www.economicas.unsa.edu.ar/adminperso/Necesidades%20Humanas%202014.pdf>
Revisado el 3 de febrero de 2024.

contemplados, reconocidos, atendidos, promovidos y protegidos tales derechos esenciales, resulta difícil siquiera pensar en buscar tener mejores sociedades o naciones.

En ese sentido, hace más de una década el TJCA sostuvo adecuadamente que un análisis sistemático de la norma andina:

«...debe involucrar todo el sistema jurídico de la Comunidad Andina. Tal y como lo dispone el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, dicho sistema tiene como fin básico el mejoramiento persistente del nivel de vida de los habitantes de la subregión. En consecuencia, resulta impensable obtener un nivel de vida adecuado sin el respeto debido a los derechos humanos, dentro de los que obviamente se encuentran la vida y la salud de las personas.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en recientes pronunciamientos, ha acogido la protección de los derechos humanos como fundamento para una adecuada interpretación de normas comunitarias. Por ejemplo, al interpretar la Decisión 197 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sostuvo que más allá de los fines empresariales alegados en la mencionada normativa, éstas debían interpretarse a la luz de la protección de los derechos humanos.»³

(Énfasis añadido).

Justamente, en cuanto a la interpretación de la normativa andina —que es una de las actividades principales que ocupan el quehacer del TJCA desde prácticamente el inicio de sus funciones— en materia de propiedad industrial, que estimamos podría extenderse a las demás materias reguladas por el Derecho Comunitario, el Órgano judicial andino ha sentenciado de modo claro que en la interpretación de dicha normativa deben respetarse también los derechos humanos, puesto que:

«...este Tribunal ya ha advertido que la normativa comunitaria de propiedad industrial debe estar en concordancia y armonía con la protección de los derechos humanos, ya que estos son el soporte de actuación de todos los operadores jurídicos subregionales.

Si bien no es vinculante, este Tribunal considera que la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino el 26 de julio de 2002, constituye un parámetro interpretativo del derecho comunitario andino.»⁴

(Énfasis añadido).

³ Sentencia emitida en el proceso 05-AI-2008, de fecha 27 de enero de 2010, publicada en la GOAC No. 1824 del 26 de abril de 2010, p. 22.

⁴ Interpretación prejudicial recaída en el proceso 486-IP-2016 del 16 de marzo de 2017, publicada en la GOAC No. 3010 del 28 de abril de 2017, pp. 10 a 12.

Como corolario de estos importantes temas relativos a la aplicación e interpretación de la normativa andina, la observancia y protección de los derechos humanos, y los objetivos de la integración subregional, el TJCA ha sido claro en señalar que:

«La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, tal como se reconoce expresamente en el segundo párrafo de su Disposición Final, no es un instrumento jurídico vinculante, a menos que así lo disponga una decisión del CAMRE, lo cual aún no ha ocurrido. No obstante, el TJCA ha reconocido en su jurisprudencia (...) que los derechos fundamentales del ser humano constituyen principios que deben guiar y regir la aplicación, desarrollo e interpretación del derecho comunitario andino, y que estos están indudablemente vinculados con el mejoramiento del nivel de vida de los ciudadanos andinos, uno de los objetivos del Acuerdo de Cartagena.»⁵

(Énfasis añadido).

Dentro de la vasta gama de derechos fundamentales reconocidos universalmente y por tratados o convenios internacionales, el Tribunal Andino ha analizado tanto aquellos de orden adjetivo o procesal como los sustantivos o materiales, destacando siempre la importancia de su respeto y protección al interpretar las normas que forman parte del ordenamiento comunitario andino. Hay una serie de elementos comunes que definen la esencia de los derechos fundamentales de naturaleza procesal reconocidos a nivel universal: garantías del debido proceso, derecho a la defensa (que toda persona inmersa en un proceso sea oída), independencia e imparcialidad de los juzgadores, acceso a la jurisdicción, justicia expedita y sin dilaciones indebidas (plazos razonables), derecho a los recursos, entre otros.⁶

En esta ocasión vamos a referirnos a uno de los derechos fundamentales procesales más reconocidos como es el debido proceso; y también a otros derechos fundamentales que abarcan los principios generales del derecho laboral, el derecho a la protección de la maternidad, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al desarrollo empresarial, el derecho a la propiedad, los derechos a la salud y vida de las personas, y el derecho a la protección del medio ambiente.

⁵ Sentencia emitida en el proceso 01-CPV-2021, de fecha 4 de octubre de 2023, publicada en la GOAC No. 5332 del 5 de octubre de 2023, p. 31.

⁶ Universidad Nacional Autónoma de México, *Los derechos fundamentales de naturaleza procesal: significado, ubicación y tutela constitucional*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2294/5.pdf>
Revisado el 25 de enero de 2024.

Dicen los expertos que: «...los derechos fundamentales de naturaleza procesal significan tanto una manifestación general del Estado de derecho —la de acceso a la jurisdicción— como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo*, *nemine damnetur nisi audiat*, *audiat et altera pars*, entre otros), y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de derechos fundamentales...».

3. Derecho al debido proceso

En reiterada jurisprudencia, desde las primeras emitidas por vía de interpretación prejudicial, tenemos que el TJCA ha hecho referencia al principio esencial y universal del debido proceso, cuyo respeto se ha enfatizado como esencial, concretamente al no considerar a esta importante vía indirecta de acceso al Tribunal como prueba. En concreto, el TJCA ha dejado claro que:

«...la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación (...) resulta claro que la interpretación no es ni puede asimilarse a la prueba y sí constituye una solemnidad inexcusable que el juez nacional debe observar. (...)

La competencia de que goza el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de interpretación legal por vía prejudicial emana del Tratado de Creación del mismo y de la capacidad que a éste le otorga de declarar el derecho comunitario, no como medio procesal de prueba, sino como intérprete con autoridad para precisar el contenido y alcances del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.»⁷

El TJCA también señaló a este respecto, que:

«...la solicitud de interpretación prejudicial constituye una vía autónoma de acceso, mediante consulta, al órgano jurisdiccional de la Comunidad (...) dicha interpretación no constituye prueba a favor o en contra de las partes, pero el juez consultante deberá adoptarla en su sentencia, a fin de asegurar la aplicación uniforme del Derecho de la Comunidad Andina en el territorio de los Países Miembros... (...)

...si es una de las partes en el proceso la que solicita al Juez nacional que proceda a elevar la consulta, a lo cual tiene pleno derecho en cualquier momento del proceso, en ningún caso tal solicitud podría ser sometida a un trámite procesal que no se compagine con su naturaleza y su finalidad. Así por ejemplo, sería ilógica y carecería de toda base jurídica, la aplicación a tal solicitud de las normas procesales que regulan el régimen probatorio, señalando términos perentorios y oportunidades precisas para decretar y practicar pruebas. La consulta prejudicial, en cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede cumplir en cualquier tiempo y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba.»⁸

De modo más amplio, el TJCA ha considerado adecuadamente al debido proceso y al derecho a la defensa, haciendo referencia a la diversa normativa internacional que los reconocen, y a los desarrollos jurisprudenciales de foros especializados a nivel regional, indicando que:

⁷ Interpretación prejudicial recaída en el proceso 1-IP-96 del 9 de diciembre de 1996, publicada en la GOAC No. 257 del 14 de abril de 1997, página 27 y conclusión primera.

⁸ Interpretación prejudicial emitida en el proceso 137-IP-2003 del 10 de marzo de 2004, publicada en la GOAC No. 1054 del 15 de abril de 2004, p. 5.

«...las disposiciones procedimentales contenidas en el derecho comunitario andino deben ser interpretadas considerando lo establecido en los Artículos 64 y 66 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, sobre la promoción y protección de los derechos humanos en general, y del derecho al debido proceso en particular, así como sobre el rol que tiene la administración de justicia —que abarca no solo el ámbito judicial, sino también el administrativo— de cada país miembro de la Comunidad Andina para la protección de los derechos humanos, a través de la aplicación de las leyes nacionales e instrumentos internacionales.

El debido proceso es un derecho humano reconocido en diversos instrumentos internacionales, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; entre otros; y cuyo contenido y alcances ha sido materia de explicación por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Constitucionales de los países miembros de la Comunidad Andina. En ese sentido, en todo procedimiento se deben asegurar todas las garantías necesarias para la defensa de las personas y para el respeto del debido proceso, entre ellas el derecho de defensa.»⁹

(Énfasis añadido).

En definitiva, a lo largo de esta certera jurisprudencia de diversas épocas, vemos cómo el TJCA ha destacado la importancia de que todo procedimiento —judicial o administrativo, de orden nacional o comunitario andino— debe asegurar el respeto de los derechos fundamentales procesales; enfatizándose que la figura de la interpretación prejudicial no constituye una prueba dentro del proceso judicial interno que la genera; y dando un valor interpretativo a la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos que rebasa su propia naturaleza jurídica (norma de derecho blando), quizá con el ánimo de que las autoridades legislativas de la Comunidad Andina se animen, más pronto que tarde, a dar el rango que le corresponde a estas disposiciones de derechos fundamentales, y convertirlas en una norma de cumplimiento obligatorio de Derecho Comunitario, debiendo por su materia corresponder incluso a una de derecho fundacional, constitutivo o primario, pues la jurisprudencia andina respalda suficientemente —como no podría ser de otra manera— la importancia que tiene la promoción y protección de estos derechos en la Comunidad Andina.

4. Derecho al trabajo, y derecho a la protección por maternidad

Otros derechos fundamentales que ha recogido y desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Andino, aplicando normativa internacional de protección de derechos humanos para su desarrollo, y al existir disposición procesal expresa en su Estatuto

⁹ Interpretación prejudicial del proceso 486-IP-2016 de 16 de marzo de 2017, publicada en la GOAC No. 3010 del 28 de abril de 2017, p. 10 a 12.

que le faculta aplicar dichas normas internacionales, se refieren a materia laboral o de promoción y protección del derecho al trabajo. En concreto, el TJCA ha indicado que:

«De conformidad con las disposiciones del artículo 135 de su Estatuto (...), el TJCA debe aplicar los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (...) y aquellos que sean comunes a los Países Miembros en las sentencias que emita en el marco de acciones laborales.
(...)

Del mismo modo, el derecho a la protección de la maternidad ha sido reconocido en los tratados multilaterales adoptados en el marco de la estructura de la Organización de las Naciones Unidas, en particular en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) (...), en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Artículos 4, 5, 11 y 12) (...) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24)...»¹⁰

(Énfasis añadido).

Vemos, pues, que en materia de protección de derechos laborales, más allá de remitirse a la normativa internacional especializada, el TJCA acude también a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, dejando nuevamente claro que la visión del Juez comunitario andino se refiere a precautelar estos derechos del trabajador en concreto, dentro del marco del respeto y protección de los derechos fundamentales.

5. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

En cuanto a otros derechos fundamentales, que también pueden abarcar aspectos procesales, como son la igualdad y la no discriminación, el TJCA ha sentenciado que:

«El Sistema Comunitario Andino está inspirado en el principio de la “no discriminación” y, por lo tanto, si no hay ninguna razón válida para dar un tratamiento diferenciado, no es pertinente tratar de manera más laxa, flexible o beneficiosa a un grupo de importadores de PQUA [productos químicos de uso agrícola]. Por el contrario, permitir un tratamiento diferenciado en esta materia, sería consentir la violación de ciertos derechos fundamentales.

El principio de la igualdad es un punto de partida diáfano en el proceso subregional andino.»¹¹

(Énfasis añadido).

Si bien el contexto principal en que la jurisprudencia comunitaria andina se ha referido a estos derechos fundamentales de la igualdad y la no discriminación ha sido dentro del ámbito del comercio internacional de bienes y servicios, por ser el marco de

¹⁰ Sentencia emitida en el proceso 01-DL-2020, de fecha 27 de abril de 2023, publicada en la GOAC No. 5161 del 3 de mayo de 2023, p. 15 y 16.

¹¹ Sentencia emitida en el proceso 05-AI-2008, *ob. cit.*, pp. 22 y 23.

regulación principal de la integración andina, no es menos cierto que esos derechos y su ámbito de promoción y garantía trascienden a toda materia o área que regula el Derecho en general. Será sin duda esa visión universal de estos derechos fundamentales, que ha llevado al TJCA a enfatizar que la igualdad y la no discriminación:

«...son recogidos en todas (sic) los instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, son reconocidos explícitamente en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que si bien aún no ha sido declarada como vinculante, sí es una clara muestra de los principios que orientan el proceso de integración subregional andino.»¹²

En esa amplia y reiterada promoción de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, que se ve como una visión acertada del Órgano judicial andino con miras a alcanzar una mayor y más sólida integración, no se detecta sin embargo avances jurisprudenciales respecto al principio de discriminación positiva, que en materia de derechos humanos busca corregir una desigualdad o discriminación sistémica existente en determinadas sociedades en contra de colectivos excluidos y marginados. Vemos que en la jurisprudencia citada el TJCA dejó abierta una posibilidad de limitar la igualdad y la no discriminación, pero no lo hizo al no encontrar «ninguna razón válida para dar un tratamiento diferenciado», evidentemente referido al caso concreto. Ello, en todo caso, alienta que a futuro se detecten esas razones válidas, muchas veces no contempladas expresamente y de modo literal en la normativa andina, sino que respondan a realidades y situaciones propias y particulares que permitan aplicar un trato desigual y diferenciado como necesario.

Una inicial visión general sobre los derechos fundamentales llevó años atrás a las Cortes especializadas en materia de derechos humanos, a promover y proteger tales derechos sin limitaciones, pero su evolución frente a realidades concretas de su ahora muy vasta jurisprudencia, les llevó poco a poco a limitar esa otrora promoción y protección absoluta. Confiamos que la adecuada visión holística que anima al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a interpretar la norma andina sobre los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, también le lleve pronto a adentrarse en esos avances que promueven adecuadas diferenciaciones para los referidos derechos, cuando es menester proteger minorías o realidades económicas que constantemente han sido excluidas o discriminadas.

6. Derechos a la vida, a la salud y a la protección del medio ambiente

Otros derechos fundamentales que también han sido recogidos en la ahora copiosa jurisprudencia comunitaria andina, fueron mencionados y analizados al interpretar una norma sobre el desarrollo de la ganadería y la agroindustria de carne bovina, al hacer referencia a sus objetivos específicos, señalando que entre ellos:

«...se encuentra el de “asegurar la sanidad e higiene de la carne bovina y disminuir los riesgos de dispersión de enfermedades transmisibles (...)”

¹² *Ibidem*, p. 24.

Este objetivo específico es de una gran importancia, ya que se encuentra relacionado con bienes superiores como la salud y la vida de las personas, así como con la protección del derecho a un ambiente sano y el cuidado de los derechos colectivos de seguridad y salubridad pública.¹³

(Énfasis añadido).

Este marco general que realza la protección superior de los derechos a la salud, a la vida y al medio ambiente sano, llevó en esa destacada interpretación del Tribunal, a ponderar tales derechos cuando se conflictúan con otros, también fundamentales, indicando adecuadamente en este caso que no existe un derecho absoluto, sino que existen límites. Específicamente, el TJCA indicó que:

«Más allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, la normativa comunitaria en esta materia debe interpretarse siempre teniendo en cuenta los derechos de primer orden enunciados, ya que la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites.»¹⁴

(Énfasis añadido).

Por tanto, la libertad empresarial en el caso concreto, debía respetar los requisitos básicos para la ubicación de los mataderos para el procesamiento de carne bovina, requisitos fundamentales que no sólo establecen pautas espaciales:

«...pensando en la calidad, eficiencia, productividad e higiene de los productos de los mataderos, sino que están salvaguardando, tal y como se dijo anteriormente, bienes superiores como la vida y la salud de personas, animales y plantas, así como los derechos colectivos a un ambiente sano, y de seguridad y salubridad pública.»¹⁵

Esa clara visión de entender los derechos fundamentales con la relatividad propia de cada situación concreta, le llevó al TJCA a concluir respecto del caso específico, que:

«Más allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, las normas contenidas en la Decisión 197 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena deben interpretarse siempre teniendo en cuenta bienes de primer orden como la salud, la vida y la protección del derecho a un ambiente sano.»¹⁶

(Énfasis añadido).

¹³ Interpretación prejudicial recaída en el proceso 90-IP-2008 del 22 de agosto de 2008, publicada en la GOAC No. 1662 del 9 de octubre de 2008, p. 9.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶ *Ibidem*, conclusión segunda.

Es decir que, al ponderar entre el derecho al desarrollo empresarial, y los derechos a la salud y vida de las personas, y el derecho a la protección del medio ambiente, el Tribunal Andino fue claro en entender que el primero no es absoluto ni puede ejercerse sin límites, sino que la libertad y el desarrollo empresarial tienen limitaciones de respetar la salud y vida de los seres humanos, y de proteger el medio ambiente.

En el mismo asunto de la comentada interpretación prejudicial, cuando el caso escaló a la vía de la acción de cumplimiento, el Tribunal reiteró su criterio interpretativo ya sentado, y enfatizó que los objetivos de la Decisión 436 de la Comisión de la Comunidad Andina, respecto a los requisitos y procedimientos armonizados para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola, se enfocan en la prevención y minimización de daños a la salud y el ambiente, señalando que:

«...se trata de objetivos que guardan correspondencia con el interés comunitario que procura el comercio de productos agropecuarios en la Subregión, pero también la seguridad de los alimentos de origen agrícola que consumen sus habitantes, así como la tutela preventiva de su salud ...»¹⁷

En la referida ponderación de derechos (desarrollo empresarial frente a la salud y vida de las personas, y protección del medio ambiente), el TJCA incluso zanjó cuál derecho prevalece: **«Al estar enfrentados estos derechos, es decir, el del desarrollo agrícola competitivo frente a la vida, la salud y el acceso a un ambiente sano, es patente para el Tribunal que el primero debe ceder frente a los segundos.»**¹⁸ (Énfasis añadido).

Justamente, en cuanto al respeto que las actividades empresariales deben también tener de los derechos fundamentales, en diversos foros nacionales, e incluso en tribunales que resuelven conflictos internacionales, ya se han ventilado casos en que las empresas multinacionales han tenido que responder por sus acciones u omisiones que han lesionado los derechos humanos. Ese cambio de paradigma refleja que cada vez hay más casos en que se exige a tales empresas responder por las violaciones causadas a los derechos humanos en la ejecución de sus actividades¹⁹, logrando con ello que se busque prevenir y, en caso que corresponda, remediar esas lesiones.²⁰

¹⁷ Sentencia emitida en el proceso 05-AI-2008, *ob. cit.*, p. 19.

¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹ Actividades de diversas empresas multinacionales que lesionan los derechos humanos las encontramos en el trabajo infantil, las torturas, el trabajo forzado, los daños al medio ambiente, etc., donde se pone en riesgo la supervivencia misma de los grupos más vulnerables, como son los niños y adolescentes, personas con discapacidad, las comunidades indígenas, defensoras de los recursos naturales y de la tierra.

²⁰ María Chiara Marullo, José Elías Esteve-Moltó y Francisco Javier Zamora-Cabot, *La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve*, en *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo* 11(2):170-194. 2022, DOI: 10.26754/ojs_ried/ijds.676, p. 173.

Casos como la Union Carbide en Bhopal (2018), Chevron-Texaco en Ecuador (2014), Doe v. Nestlé en Estados Unidos de América (2014), Nevsun Resources Ltd. v. Araya en Canadá (2020), Vedanta Resources Plc. & another v. Lungowe en Reino Unido (2019), Okpabi y Milieudefensie en Reino Unido y Países Bajos (2021), reflejan estos avances. En el caso de Canadá, la jueza indicó que la deferencia de la cortesía internacional de respetar la jurisdicción de sistemas legales extranjeros acaba donde empiezan claras violaciones del derecho internacional y los derechos fundamentales. Al tratarse de un Estado extranjero donde exista fundada y reiterada conciencia de lesiones de los derechos humanos, «...los tribunales [canadienses] están legitimados para “considerar evidencias de la situación general [de tales derechos]”». Asimismo, aplicando la doctrina de la “adopción” (*adoption*) conocida en el derecho inglés como “incorporación” (*incorporation*), las normas de derecho internacional consuetudinario se integran completamente en el derecho común, de origen jurisprudencial, doméstico —en ese caso, el canadiense—, y no requieren, como es propio del derecho común, habilitación legislativa para darles efecto (suerte de efecto directo). Con ello, se sostuvo que «no resulta claro y obvio» que las empresas disfruten de una absoluta exclusión de responsabilidad directa respecto del derecho internacional y las violaciones de normas definidas como obligatorias y universales, o de responsabilidad indirecta, cuando están involucradas por complicidad en ofensas a los derechos humanos.²¹

Podemos indicar, por tanto, que por vía jurisprudencial en importantes casos que involucran a reconocidas empresas multinacionales, se ha habilitado la vía para exigir responsabilidades por violación de derechos humanos por parte de dichas empresas, y aunque los abusos corporativos y otras batallas judiciales prosiguen, el progreso es evidente pues cada vez hay mayor acceso de las víctimas a la justicia, como un aspecto primordial del imperio de la ley.²²

Ese avance jurisprudencial podría también ser una tendencia a ir generando en el TJCA, en casos donde existan empresa que participan en el comercio intrasubregional y reflejen una deficiente gestión en términos sociales y medioambientales, generando con ello violaciones importantes a los derechos humanos, pudiendo plantearse acciones judiciales transnacionales, tanto en los países donde cometen esos ilícitos

²¹ *Ibidem*, pp. 180, 181.

Y en el caso del Reino Unido, el Tribunal Supremo afirmó que el deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales no constituye una categoría nueva de responsabilidad, sino que debe evaluarse sobre los principios ordinarios del derecho de ilícitos. En el caso de los Países Bajos, se fijó la responsabilidad directa de la casa matriz por actividades de la filial, invocando el derecho nigeriano, a través del ordenamiento de origen comunitario, como derecho común -jurisprudencial- en lo que atañe a la citada responsabilidad (p. 186).

²² *Ibidem*, p. 187.

Compartimos la visión de que los distintos avances que se van dando representan, con seguridad, un paso muy importante para lograr sociedades más justas y pacíficas, dentro del imperio de la ley y la defensa y promoción de los derechos humanos (p. 191).

como a nivel de la justicia comunitaria andina, pues todo tribunal que ponga por delante el respeto a la Ley y a los derechos humanos, cuya protección y promoción es obligatoria y universal, permitirá reforzar la lucha contra la impunidad en favor de las víctimas de esos abusos corporativos.

Cabe recordar, en este punto, que cuando los derechos fundamentales solo están al acceso de unos pocos dejan de ser universales, ya que grandes mayorías no gozan de ellos, siendo necesario, entonces, universalizar su respeto, es decir que todos tengan acceso y garantía para que pueden llamarse derechos universales.²³

Otro caso en que el Tribunal Andino conoció de otros derechos fundamentales confrontados, tuvo que ver con la ponderación entre el derecho a la propiedad frente a los derechos a la salud y vida de las personas, y el derecho al medio ambiente sano. Allí, el TJCA volvió a decantarse en favor de los que protegen el bien común como derechos colectivos, enfatizando que se respeten en esa limitación o restricción del derecho a la propiedad, otros derechos fundamentales procesales como el derecho al debido proceso. En concreto, se dijo:

«...la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que procede aplicar restricciones al derecho de la propiedad siempre y cuando estas se realicen de conformidad con el debido proceso y se justifiquen debidamente (v.g., cuando exista una vinculación entre el bien y un ilícito).

(...)

En ese sentido, vale la pena recalcar que la restricción al derecho de propiedad está justificada en la medida de la necesidad de protección del bien común y de los derechos colectivos, entre los cuales, evidentemente está el derecho a la salud y al ambiente sano (...), y siempre y cuando se la haga efectiva conforme a los derechos y garantías del debido proceso.»²⁴

(Énfasis añadido).

7. Conclusiones

Parafraseando lo que ha dicho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su destacada jurisprudencia citada a lo largo de este texto, tenemos que el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú se constituye en un fin propio y en el interés fundamental de la Comunidad Andina. Ese mejoramiento viene a ser un bien jurídico digno de tutela, que está relacionado con el objetivo del desarrollo armónico de los países, cuya concepción amplia se basa en satisfacer las necesidades fundamentales de los habitantes de la subregión. No cabe pensar el querer alcanzar un nivel de vida adecuado sin el debido respeto a los derechos humanos, dentro de los que obviamente se encuentran la vida y la salud de las personas.

²³ Luigi Ferrajoli, *seminario: Por una Constitución de la Tierra*, Universidad de Valencia, Instituto de Derechos Humanos, 7 de octubre de 2022.

²⁴ Sentencia emitida en el proceso 01-CPV-2021, *ob. cit.*, pp. 34 y 35.

La protección de los derechos humanos viene a ser un fundamento para una adecuada interpretación y aplicación de las normas de la Comunidad Andina, cuyas disposiciones deben guardar concordancia y armonía con dicha protección. En efecto, los derechos fundamentales constituyen principios que deben guiar y regir la elaboración, desarrollo, interpretación y aplicación del derecho comunitario andino, pues tales derechos están indudablemente vinculados con el mejoramiento del nivel de vida de los ciudadanos andinos.

El debido proceso es un derecho fundamental procesal reconocido en diversos instrumentos internacionales, lo que conlleva que en todo procedimiento —nacional o comunitario, judicial o administrativo— se deben asegurar todas las garantías necesarias para la defensa de las personas y para el respeto del debido proceso.

El sistema de la Comunidad Andina está inspirado en los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, interpretados en el ámbito de la liberalización del comercio de bienes y servicios. Sin embargo, tales derechos fundamentales tienen sus límites al protegerse bienes superiores como la vida y salud de las personas, el medio ambiente sano, y el cuidado de los derechos colectivos de seguridad y salubridad pública, en la medida de la necesidad de protección del bien común.

Asimismo, el derecho a la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos fundamentales y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites. Al existir una ponderación entre diversos derechos fundamentales, prevalecen el de la vida, la salud y el acceso a un ambiente sano, frente a la propiedad o al desarrollo agrícola, siempre que toda limitación a cualquiera de estos derechos se realice de conformidad con el debido proceso.

Quito, enero de 2024.

SUBCAPÍTULO II

EL DERECHO TRIBUTARIO EN LA INTEGRACIÓN Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

César Montaña Galarza

César Montaña Galarza

Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad Nacional de Loja. Especialista superior en Tributación, magíster en Derecho Económico con mención en Relaciones Económicas Internacionales, y doctor en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Rector de la UASB-E.

EL DERECHO TRIBUTARIO EN LA INTEGRACIÓN Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

César Montaña Galarza

Palabras clave

Integración. Tributación. Armonización tributaria. Doble tributación. Justicia. Impuesto sobre la renta. Impuesto al valor agregado.

Keywords

Integration. Taxation. Tax harmonization. Double taxation. Justice. Income tax. Value added tax.

Resumen

Este trabajo se enfoca en destacar la importancia de la materia tributaria en el proceso de integración andina y el rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante la atención a solicitudes de interpretación prejudicial, en especial, referidas a la normativa adoptada sobre el impuesto sobre la renta, y sobre el proceso de armonización del impuesto al valor agregado e impuesto al consumo especial.

Abstract

This work focuses on highlighting the importance of tax matters in the Andean integration process and the role of the Court of Justice of the Andean Community, through attention to requests for preliminary rulings, especially referring to the regulations adopted on the income tax and on the process of harmonization of value added tax and special consumption tax.

1. Introducción

Es pertinente de inicio expresar mi efusiva felicitación al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por celebrar cuatro décadas de funcionamiento fructífero al servicio del derecho y la integración subregional (1984-2024); de la misma manera, manifiesto mi agradecimiento por haber sido invitado a participar en esta importante obra conmemorativa.

Con el presente trabajo pretendo dar cuenta, por una parte, del lugar que ocupa el derecho tributario y varios de sus contenidos en la evolución y consolidación de la integración andina, destacando particularmente lo concerniente a los derechos y

aranceles aduaneros, al impuesto sobre la renta, al impuesto sobre el valor agregado y al impuesto a los consumos especiales, según históricamente se ha venido experimentando y aplicando a partir de los regímenes jurídicos tributarios nacionales. Por otra parte, explico la trascendencia del rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a remolque de sus relevantes competencias, en especial, de la Interpretación Prejudicial¹, activada en no pocas ocasiones a través de solicitudes de autoridades judiciales nacionales, respecto a los tópicos tributarios antes señalados. Al efecto, refiero solo someramente algunas de sus interpretaciones, toda vez que realizar un análisis exhaustivo de cada una o de su evolución, supera ampliamente los propósitos de este artículo.

Con estos propósitos en mente, desarrollo los subtemas siguientes: el derecho tributario en el contexto de integración andina; el campo aduanero: los derechos y aranceles en la integración andina; los impuestos directos sobre la renta de personas naturales y jurídicas en la integración andina; los impuestos indirectos al valor agregado y a los consumos especiales en la integración andina, suntuarios o específicos; y el rol fundamental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia tributaria. Al final consigno un conjunto de conclusiones, y la bibliografía utilizada.

2. El derecho tributario en el contexto de integración andina

La mayoría de los procesos de integración impulsados a los largo y ancho del planeta en diversas latitudes genera una serie de compromisos y responsabilidades, tanto para los Estados miembros como para la propia organización internacional de integración, relacionados con la materia económica. Esto es así debido a que esos procesos de integración persiguen, por lo general, la consolidación de un mercado integrado y el fortalecimiento de la economía del grupo, de tal manera que esto sirva para lograr desarrollo económico y social, a la vez que sería el vehículo para que el grupo integrado logre un posicionamiento más ventajoso y competitivo respecto al resto del mundo.

Alcanzar los grandes objetivos de la integración —económica— es viable únicamente si los gobiernos de los Estados miembros proveen el necesario impulso político al proceso, lo que involucra sin duda la sintonía en primer lugar de índole política, para dar paso en segundo lugar a la adopción de regulaciones o normativa mediante la cual se pone en ejecución la visión y los acuerdos políticos logrados en los más altos niveles de las esferas estatales, como de la propia organización de integración.

Estos acuerdos políticos y su desarrollo a través de normativa específica son imprescindibles para generar las condiciones necesarias de un mercado o de una economía integrada; es decir, de un espacio resultante de la adición de los mercados nacionales de los Estados miembros, en donde se han eliminado una serie de barreras, obstáculos y restricciones que históricamente han venido rigiendo en los Estados

¹ Véase al respecto, César Montaña Galarza, *Derecho de la Integración. Derecho Comunitario*, Loja, UTPL, 2007, p. 113.

miembros, para dar paso a un espacio regido por políticas y normas consensuadas, algunas comunes y otras armonizadas, idóneas para que en el espacio integrado se “hable el mismo idioma” en los aspectos materiales y técnicos más relevantes del proyecto integrador.

Todo lo anteriormente expuesto significa que los procesos de integración suelen preferir enfocarse en una primera instancia en metas de carácter económico, para luego hacerlo respecto a metas de índole social u otras. La experiencia comparada demuestra que esta es la vía más usual: avanzar y consolidar un potente mercado integrado muy favorable para alcanzar metas de otra naturaleza y alcance, como puede ser, por ejemplo, en el campo del ambiente, de la alimentación o de la salud.

Al lograrse la consolidación de un mercado integrado fuerte, de una economía integrada potente, no solo que será más atractiva para el comercio, los negocios y las actividades económicas a gran escala, sino que también favorecerá la libre movilidad y el libre establecimiento de los agentes del mercado, todo lo cual fortalecerá esa economía y facilitará el desarrollo económico y social de los habitantes de los Estados miembros.

Ahora bien, este empeño en consolidar una economía integrada poderosa requiere la adopción de múltiples medidas políticas, técnicas, normativas y administrativas, tanto por parte de la organización de integración, como por las instancias nacionales pertinentes de los Estados miembros. Es por esta razón que muchas de las primeras decisiones tienen que ver con las materias aduanera y tributaria, esta última correspondiente a los impuestos sobre la renta, al valor agregado y a los consumos especiales. Particularmente, esto viene dándose en la experiencia andina de integración, por lo que involucra a la Comunidad Andina con sus países miembros actuales Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

En tal sentido, a lo largo de más de medio siglo de evolución y desarrollo de la integración andina se han venido adoptando una serie amplia de Decisiones principalmente, cuyo valor como conocemos es indudable para impulsar el proceso, toda vez que se trata de normativa de derecho comunitario derivado o secundario que, por regla general y en atención a uno de los principios del derecho comunitario, prima respecto de las leyes de los Estados miembros, en las materias correspondientes de los ámbitos económico y social². Respecto a esta dinámica profundizaremos en los siguientes párrafos.

3. El campo aduanero: los derechos y aranceles en la integración andina

En una época no muy lejana, anterior al surgimiento de la globalización económica y sus fases sucesivas de consolidación y profundización, el tema aduanero tenía una importancia innegable, porque por una parte, permitía un control férreo para la entrada

² Una explicación detallada sobre los procesos de integración del Cono Sur y el caso de la Comunidad Andina, véase: César Montaña Galarza, *El Derecho de la Integración Económica en Sudamérica*, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 374, Bogotá, julio-diciembre 2021, pp. 161-188.

de productos desde el exterior con lo cual se ponía en práctica una eventual política de protección del mercado interno y de los sectores productivos sensibles, de esta manera los aranceles y derechos aduaneros se constituían en verdaderas barreras o impedimentos para el libre flujo de bienes comerciables; por otra parte, como derivación de lo anterior, en esos tiempos las recaudaciones por aplicación de aranceles y derechos aduaneros no eran para nada despreciables para las arcas públicas.

A lo largo de los años, con el mayor alcance y profundización que ha ido adquiriendo la globalización económica a nivel mundial, se ha visto la necesidad de avanzar en un proceso sostenido y sin pausa de liberalización económica y de los mercados internacionales, lo que demanda la eliminación de todo tipo de barreras de carácter arancelario y no arancelario; situación que a su vez presiona para que los Estados hagan constantes ajustes y transformaciones de sus políticas nacionales, así como del ordenamiento jurídico estatal.

El cambio de la visión política, aunado con inevitables reformas en la legislación de los Estados miembros, no puede darse de manera desorganizada ni descoordinada. Precisamente por este motivo tales transformaciones ocurren a remolque de definiciones de naturaleza política logradas en el andarivel supranacional, y de la adopción de normativa de similar naturaleza, lo que induce a que en forma coordinada, en sintonía con la Comunidad los Estados miembros logren ajustar sus ordenamientos jurídicos.

De esta manera en la Comunidad Andina se han adoptado sendas disposiciones jurídicas que favorecen el libre intercambio de bienes, sin mayores obstáculos ni restricciones, lo que permite consolidar el mercado único o integrado andino. Por citar los principales hitos en este sentido, constan las decisiones:

- Decisión 571, Valor en Aduana de las Mercancías Importadas, 12-12-2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la G.O.) 1023, de 15 de diciembre de 2003.
- Decisión 573, Programa Común de Formación Aduanera Andina, 12-12-2003, publicada en la G. O. 1023, de 15 de diciembre de 2003.
- Decisión 617, Tránsito Aduanero Comunitario, 15-07-2005, publicada en la G. O. 1221, de 25 de julio de 2005.
- Decisión 618, Incorporación progresiva del Anexo General y referencia de los Anexos Específicos del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto), 15-07-2005, publicada en la G. O. 1221, de 25 de julio de 2005.
- Decisión 670, Adopción del Documento Único Aduanero, 13-07-2007, publicada en la G. O. 1520, de 16 de julio de 2007.
- Decisión 671, Armonización de Regímenes Aduaneros, 13-07-2007, publicada en la G. O. 1520, de 16 de julio de 2007.
- Decisión 728, Actualización de la Decisión sobre Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de

la Comunidad Andina, 16-12-2009, publicada en la G. O. 1790, de 17 de diciembre de 2009.

- Decisión 770, Facilitación del Comercio en materia aduanera en la Comunidad Andina, 07-12-2011, publicada en la G. O. 2003, de 9 de diciembre de 2011.
- Decisión 778, Régimen Andino sobre Control Aduanero (Sustitución de la Decisión 574), 06-11-2012, publicada en la G. O. 2113, de 7 de noviembre de 2012.
- Decisión 812, Aprobación de la Nomenclatura Común – NANDINA, 29-08-2016, publicada en la G. O. 2793, de 2 de septiembre de 2016.

La normativa detallada, entre otras que las actualizan o complementan, hacen un *corpus* a manera de acervo jurídico que prácticamente determina la manera cómo se organizan y funcionan las aduanas en el espacio integrado andino, en forma acompasada, para generar una experiencia homogénea y conjunta en todo el espacio integrado, sin que por lo tanto primen visiones y condiciones unilaterales de los Estados miembros. En este contexto, algunas normas comunitarias en materia aduanera han sustituido prácticamente el rol legislador del Estado nacional, en otros casos han desplazado normativa nacional que por esto se torna inaplicable a los casos concretos, como también han orientado la tarea legislativa nacional definiendo *ex ante* futuras reformas del derecho del Estado.

4. Los impuestos directos sobre la renta de personas naturales y jurídicas en la integración andina

Un tanto parecido al caso anterior es el tópico del impuesto directo sobre la renta de personas naturales y de sociedades. En el caso de este tributo se debe considerar que el mismo se aplica respecto a los ingresos, ganancias y rentas en general de los sujetos obligados o contribuyentes bajo las regulaciones tributarias nacionales.

Ocurre que este ámbito también es de primordial trascendencia para la Comunidad, toda vez que, al contar con un mercado integrado, es muy posible que allí se generen múltiples actividades económicas, profesionales y de otros tipos, generadoras de renta que pueden resultar sometidas a más de un impuesto nacional de este tipo, por el hecho de que los contribuyentes las obtienen de fuentes ubicadas en diferentes países del grupo. Este escenario favorecería la imposición del referido impuesto privilegiando la visión unilateral-nacional de cada Estado miembro, generando un serio riesgo de que ocurran supuestos de doble tributación internacional, fenómeno perjudicial indeseado en las relaciones internacionales.

Los casos que bajo el escenario últimamente descrito ocurren son desde todo punto de vista desalentadores para consolidar el mercado integrado, desfavorecen intereses de los empresarios y emprendedores, y no coadyuvan a llevar a la práctica y con éxito las posibilidades inherentes sobre todo a la libertad de establecimiento, lo que además no aporta para incrementar la producción, ni tampoco en el plano de la generación de puestos de trabajo. Si las normas de los impuestos sobre la renta nacionales no han sido homogenizadas o, si no se cuenta con un régimen común o compartido sobre este

tópico, no se podrá avanzar en el fortalecimiento del mercado andino ni se podrá alcanzar una mayor competitividad.

Estos inconvenientes detallados en párrafos anteriores fueron advertidos tempranamente en la experiencia andina de integración, a tal punto que apenas iniciada la década de los años setenta del siglo anterior, a pocos meses de la suscripción del Acuerdo de Integración Subregional Andino, más conocido como Acuerdo de Cartagena, instrumento fundador de lo que en ese entonces se llamó el Pacto Andino, se adoptó la famosa Decisión 40, instrumento jurídico supranacional que contiene dos anexos esenciales sobre la materia: el primero contiene un acuerdo multilateral entre los países miembros de ese entonces, para eliminar la doble tributación internacional, y el segundo que determina un modelo andino de acuerdo para evitar la doble tributación entre Estados miembros y no miembros.

No cabe duda de que el Pacto Andino fue visionario en ese entonces, ya que ningún proceso de integración de la época había dado un paso tan decidido para enfrentar la doble tributación desde el espacio integrado. Por más señas, es de destacar que incluso al año 2024 cuando escribo este trabajo, la Unión Europea carece de un instrumento jurídico con similares contenidos y alcances que los de la Decisión 40, aunque sí cuenta con otros cuerpos normativos reguladores de tópicos específicos de la fiscalidad internacional³; resulta así por razones diversas que solo paso a señalar someramente.

A pesar de que por más de siete décadas en la integración europea se ha verificado un proceso incesante de atribución de competencias desde el segmento estatal al supranacional, en variadísimos ámbitos materiales, los Estados miembros siempre han sido cicateros respecto a otorgar amplias competencias a la Unión en materia tributaria, salvo el caso de las políticas y regulaciones aduaneras, tal como se explicó que ha sucedido hasta ahora en la Comunidad Andina para consolidar el mercado subregional andino. Sin embargo, surge evidente que han dado pasos agigantados en la profundización de la integración mediante la adopción de una moneda única y de la implementación de sustanciales principios de política y responsabilidad fiscal, realidad que afecta directamente a la política monetaria del Estado, así como a la política fiscal y presupuestaria estatal, respectivamente. Podría decirse en este sentido que los países miembros de la Unión Europea defienden con mayor ahínco ámbitos materiales que les corresponden soberanamente. Otra razón radica en el hecho de que los Estados miembros de la Unión prefieren vincular el diseño y adopción de políticas y normas tributarias a las necesidades fiscales, a la realidad nacional y a las prioridades de cada uno, así como también a las posibilidades que en términos recaudatorios y de presión tributaria ofrezca la capacidad contributiva de los contribuyentes del impuesto sobre la renta de los Estados miembros. Estas consideraciones respecto al impuesto sobre la renta, podría decirse que se repiten de

³ Una explicación amplia sobre este particular consta en Mauricio Plazas Vega, cuidador de la edición, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, TEMIS, 2010, pp. 213 y ss., en donde constan los ilustrativos comentarios de Camilo Caycedo Tribín.

manera más o menos similar para el caso de los impuestos indirectos tipo valor agregado (IVA) y consumos especiales (ICE), tal como explico en el acápite siguiente.

Más adelante, la Comunidad Andina en 2004 adoptó la Decisión 578 que contiene el régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal. Esta normativa sigue principalmente la orientación de su antecesora la Decisión 40, pero difiere en sus contenidos. A diferencia de la Decisión 40 que contiene dos instrumentos internacionales sobre la materia, la 578 establece una regulación supranacional que actualiza y en todo caso prevalece superando a la anterior, y colocándose jerárquicamente por encima de las leyes nacionales que regulan el impuesto sobre la renta e incluso por sobre los convenios para evitar la doble tributación suscritos por los Estados miembros entre sí.⁴

Las Decisiones adoptadas en el sentido explicado previamente, son las siguientes:

- Decisión 40, Aprobación del Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión, 8 a 16-11-1972.
- Decisión 578, Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal, 04-05-2004, publicada en la G. O. 1063, de 5 de mayo de 2004.

Ahora mismo es frecuente escuchar voces informadas en el sentido de difundir la necesidad de realizar un proceso de actualización y adaptación de la Decisión 578 a los tiempos que corren, tomando en cuenta sobre todo, la práctica internacional en el marco del Modelo de Convenio para evitar la doble tributación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la iniciativa *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) y sus 15 Acciones, así como los cambios y novedades surgidas al calor del galopante desarrollo de la economía digital⁵ junto a nuevas aplicaciones tecnológicas con uso intensivo de inteligencia artificial.

5. Los impuestos indirectos al valor agregado y a los consumos especiales, suntuarios o específicos en la integración andina

Al igual que viene ocurriendo en lo relacionado con los campos aduanero y de la imposición sobre la renta en la Comunidad Andina, ocurre también en lo tocante a los impuestos indirectos al valor agregado y a los consumos especiales, suntuarios o específicos. Esto quiere decir que, las exigencias de consolidar el mercado integrado andino demandan además la adopción de políticas y de normas jurídicas sobre los principales impuestos indirectos existentes en los ordenamientos tributarios

⁴ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, UASB-E/CEN, 2006, pp. 170-183.

⁵ Ver Rubén Asorey, *Tributación de la economía digitalizada*, Buenos Aires, ARANZADI, 2021; y César García Novoa, director, *4ª. Revolución Industrial: La Fiscalidad de la Sociedad Digital y Tecnológica en España y Latinoamérica*, Pamplona, ARANZADI, 2019.

nacionales, con el propósito de allanar al camino hacia la liberalización comercial y para crear las condiciones de una economía andina grande y fortalecida, lo cual siempre será de interés de los países miembros, como también de los agentes de la economía.

En los casos del IVA y del ICE en la Comunidad Andina se ha considerado el camino de la armonización tributaria —en el marco de mandatos expresos del Acuerdo de Cartagena—⁶, mediante la cual las leyes de los Estados miembros que regulan estos tributos confluyen hacia objetivos comunes del grupo integrado⁷, partiendo de una guía formal adoptada a nivel supranacional, mediante normativa comunitaria, específicamente a través de Decisiones orientadas a concretar la armonización del IVA y del ICE —tal como se referirá al cerrar este acápite—; con este mecanismo altamente técnico, los órganos legislativos estatales que tienen la competencia de adoptar leyes en la materia, incorporan ajustes o reformas a la ley nacional, de tal forma que sea un reflejo muy similar a la normativa comunitaria de armonización. De esta forma, el régimen de armonización comunitario induce a que el legislador nacional acople las leyes nacionales al régimen de armonización, todo ello dentro de un plazo fijado en la normativa supranacional.

Resulta esencial saber que el régimen comunitario de armonización del IVA y del ICE no cambia o sustituye automática ni directamente las leyes nacionales, sino que impulsa procesos de ajustes en las mismas, a la manera de una “ley modelo”, tan usual para otras materias a nivel internacional. Sin embargo, una vez que los plazos se han vencido, sin que se haya realizado las reformas nacionales necesarias, el régimen comunitario de armonización se aplicará directamente y con efecto directo en los

⁶ Véase al respecto el artículo 3 b) del Acuerdo de Cartagena, cuyo tenor dispone:

«**Artículo 3.-** Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

(...)

b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;

(...))»

Así mismo, es pertinente tomar en cuenta el artículo 58 del mismo instrumento fundacional, cuyo texto dispone:

«**Artículo 58.-** La Comisión, a propuesta de la Secretaría General y tomando en cuenta los avances y requerimientos del proceso de integración subregional, así como el cumplimiento equilibrado de los mecanismos del Acuerdo, aprobará normas y definirá plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas y los instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del comercio exterior de los Países Miembros que incidan sobre los mecanismos previstos en el presente Acuerdo para la formación del mercado subregional.»

⁷ Francisco García Prats, *Incidencia del derecho comunitario en la configuración jurídica del derecho financiero (II): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero*, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, No. 260, Madrid, 2001, p. 560. Sobre la armonización, ha sostenido con acierto: «es, además, un proceso dinámico y progresivo por su propia definición, que surge como complemento necesario de la integración económica».

Estados miembros, reemplazando o desplazando, según sea el caso, a la normativa estatal.

En la Comunidad Andina se han adoptado algunas Decisiones relacionadas con los procesos de armonización del IVA y del ICE,⁸ tal como seguidamente paso a enumerar:

- Decisión 324, Arancel Externo Común, Programa de Liberación e Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales, 25-08-1992, publicado en la G. O. 114, de 27 de agosto de 1992.
- Decisión 330, Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales, 22-10-1992, publicada en la G. O. 120, de 30 de octubre de 1992.
- Decisión 388, Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes, 02-07-1996, publicada en la G. O. 211, de 17 de julio de 1996.
- Decisión 599, Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado, 12-07-2004, publicada en la G. O. 1093, de 16 de julio de 2004.
- Decisión 600, Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo, 12-07-2004, publicado en la G. O. 1093, de 16 de julio de 2004.

Tal como se conoce especialmente a partir de la experiencia de la Unión Europea, los procesos de armonización de impuestos indirectos en procesos de integración son extremadamente dilatados y pausados, por lo que pueden conllevar incluso décadas; debido a esta razón —y más allá del importante papel esclarecedor y orientador que en este sentido juega el tribunal de justicia comunitaria—, sería importante que en la Comunidad Andina se impulse un trabajo permanente de seguimiento y evaluación de tales procesos.

6. El rol fundamental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia tributaria

Como sabemos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al igual que su par del proceso de integración europeo, es una institución permanente y fundamental para el mismo, debido a que, en suma, garantiza la legalidad y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones derivados del ordenamiento jurídico comunitario. A través de las competencias atribuidas por los Estados miembros mediante los tratados fundacionales, los jueces comunitarios demuestran ser quienes con independencia cuidan de tan especial ordenamiento supranacional, a veces de manera privativa, como sucede cuando examinan su legalidad y validez.

En el caso andino, el TJCA hace realidad y reafirma la cualidad de “comunidad de derecho”, de la organización internacional de integración; actúa, además, como

⁸ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, UASB-E/CEN, 2006, pp. 332-362.

garante de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. A través de sus competencias, el Tribunal comunitario declara el derecho aplicable, lo interpreta de manera general y uniforme, cuida la legalidad y la jerarquía del ordenamiento jurídico comunitario y garantiza su cumplimiento.

A lo largo de los años de su funcionamiento, el Tribunal ha interpretado en múltiples ocasiones la normativa comunitaria adoptada para regular el amplio campo impositivo, lo que como he explicado ya incluye disposiciones aplicables a las actividades de comercio internacional como son las del campo aduanero, así como aquellas operaciones de compraventa gravadas en los Estados miembros con impuestos indirectos como el IVA o el ICE. En conjunto, todas ellas propenden a generar las mejores condiciones de un mercado andino plenamente integrado, con reglas similares, para favorecer el desarrollo económico, las actividades y los negocios en la zona.

Las expresiones y lineamientos emanados del Tribunal comunitario han estado dirigidas a atender solicitudes de interpretación prejudicial remitidas desde los países miembros, para aclarar el contenido y el alcance de las normas supranacionales, así como para su correcta aplicación sobre todo por parte de los jueces nacionales, pero también de las autoridades administrativas de cada país miembro. La Interpretación Prejudicial es una de las competencias más relevantes del TCJA, y está regulada especialmente en los artículos 32 a 36 de su Tratado de Creación.

Cabe referir en esta parte —solo a modo de muestreo aleatorio—, un grupo interesante de interpretaciones prejudiciales, donde se incluyen algunas que constituyen acto aclarado, según la acertada innovación operada mediante el Acuerdo 06-2023-TJCA, instrumento aprobatorio de la «Nota informativa sobre Guía para la aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado en las solicitudes de interpretación prejudicial»:

- En el Proceso 86-IP-2016, el Tribunal abordó varios asuntos muy importantes del campo aduanero, contenidos en la Decisión 571, entre otros: comunitarización de la normativa OMC en el ámbito de la valoración aduanera⁹; facultades de la autoridad aduanera de los países miembros y alcance de su actuación; los métodos para determinar el valor en aduana, su orden de aplicación en casos en que la administración de aduana tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado; y la utilización de precios de referencia.
- En el asunto del Proceso 03-IP-2022, el Tribunal analizó varias disposiciones de la Decisión 571, en torno a la explicación de los métodos para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas. También interpretó varios artículos de la Resolución 1684 «Actualización del Reglamento Comunitario

⁹ Una explicación amplia sobre la temática se encuentra en Julia Sánchez Arias, *Las normas de valoración aduanera y la Comunidad Andina*, en Germán Pardo Carrero, director, *Relevancia tributaria del valor en aduana de la mercancía importada*, Bogotá, ICDT, 2015, pp. 221 y ss.

de la Decisión 571», y el Comentario 1.1. de los Textos del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas.

- En el Proceso 201-IP-2023, el Tribunal Andino interpretó varias normas de las Decisiones 812 y 885 relacionadas con la Nomenclatura Común NANDINA, más específicamente referidas a: la clasificación arancelaria; los criterios vinculantes de clasificación arancelaria; la vigencia (o aplicación en el tiempo) de los criterios vinculantes de clasificación arancelaria, y los supuestos de aplicación referencial de los criterios vinculantes de clasificación arancelaria.
- Con relación a la Decisión 40, el Tribunal en el Proceso 515-IP-2015 se refirió a los artículos 1, 2 y 14, que en su orden versan sobre el objeto y ámbito de aplicación de la Decisión 40, las definiciones generales y en específico acerca de las regalías, y respecto a las empresas de servicios profesionales y asistencia técnica; en el Proceso 414-IP-2017, se refirió a los artículos 1 (ámbito de aplicación y finalidad de la Decisión 40), y 17 (impuestos sobre el patrimonio).
- Respecto a la Decisión 578, el Tribunal se pronunció mediante el Proceso 63-IP-2011, en donde interpretó los artículos: 1 (ámbito de aplicación y finalidad de la Decisión); 3 (principio de fuente productora); 14 (gravamen sobre los beneficios obtenidos por las empresas de servicios profesionales, técnicos, de asistencia técnica y consultoría). En el Proceso 116-IP-2016, el Tribunal explicó el ámbito de aplicación y finalidad de la Decisión 578, así como analizó el Impuesto sobre el Patrimonio, y las cuentas por cobrar en otros países de la Comunidad Andina (artículos 1, 17 y 20). Más recientemente, en el Proceso 148-IP-2021, el Tribunal interpretó nuevamente y amplió su criterio sobre los artículos 3 y 14 de la Decisión 578, más el artículo 6 (gravamen sobre los beneficios de las actividades empresariales).
- El Tribunal también ha atendido solicitudes de interpretación prejudicial sobre normativa andina atinente a la armonización de los impuestos indirectos tipo IVA e ICE. Por ejemplo, con relación al Proceso 54-IP-2006, la corte comunitaria examinó los artículos 1, 4, 5 y 6 de la Decisión 388, y el artículo 13 de la Decisión 330 —respecto a los incentivos tributarios—, en su orden referidos al Principio de País de Destino, devolución de los impuestos indirectos, control y comprobación posterior. En el Proceso 002-IP-2008, volvió a analizar los mismos artículos señalados, más el artículo 3 de la Decisión 388 (impuestos indirectos). Mediante el Proceso 067-IP-2008, el Tribunal nuevamente interpretó en forma consistente los artículos ya indicados de la Decisión 388 y de la Decisión 330.

7. Conclusiones

Es indudable que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina constituye un puntal insustituible del gran edificio comunitario, puesto que a través de sus sentencias e interpretaciones no solamente garantiza el funcionamiento de una comunidad de Derecho, sino que, además, se erige como el juez supremo del ordenamiento supranacional trazando la cancha para el desarrollo de la integración andina. La tarea judicial del Tribunal al ser independiente y ceñida a los procedimientos y a la hermenéutica de la ciencia jurídica, dota de estabilidad al proceso integrador, salvándolo del riesgo de depender de visiones, posiciones u orientaciones de índole

política. El Tribunal tiene a su cargo la juridicidad de un sistema normativo singular e imperioso, como también administra de manera reglada obligaciones y derechos de la comunidad, de los países miembros, de las empresas y de los habitantes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. He aquí la dimensión de su aporte y trascendencia.

Si se trata de la proyección del Tribunal hacia los países miembros en una dinámica más formal y procedimental, diremos que también juega un rol relevante debido a que por medio del ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, “*grosso modo*”, logra la perfecta combinación, empate e incardinación del ordenamiento jurídico comunitario con los ordenamientos jurídico estatales, de tal manera que en conjunto sirvan como base sólida para lograr una realidad compartida que beneficiarán a más de 115 millones de habitantes de la subregión, en términos de desarrollo económico y social. Las normas fundacionales de la Comunidad Andina y de creación y funcionamiento del Tribunal le permiten incidir muy positivamente en *pro* de objetivos comunes, a través de sus fallos e interpretaciones, en los andariveles y espacios de gobierno, administrativos, judiciales —especialmente en el segmento procesal—, y técnicos de los países miembros; cuestión determinante al servicio de los grandes objetivos del proyecto de integración andina.

En este contexto, la materia tributaria no queda al margen ni es ajena, más bien es cardinal, toda vez que la integración andina posee un fuerte ingrediente económico evidenciado en enormes esfuerzos para la consolidación del mercado integrado o único, lo que genera ingentes beneficios a los países miembros y sus habitantes. Es interesante destacar como en otros tiempos las materias aduanera y tributaria preponderantemente servían a los Estados nacionales para proveer mecanismos de protección de la economía y de recaudación para proveer al presupuesto público; sin embargo, en un contexto de integración, los aranceles y derechos aduaneros, y los impuestos sobre la renta, al valor agregado y a los consumos especiales se tornan piezas fundamentales de un tejido normativo que debe alinearse a los mayúsculos objetivos de la comunidad —la liberalización comercial y la armonización de reglas—, para lo cual el papel de la corte comunitaria es esencial, pues provee a esos contenidos de naturaleza tributaria el alcance que requiere el mercado integrado, sin soslayar su vinculación con los regímenes aduanero y tributario nacionales, ni tampoco con la normativa internacional, me refiero al marco jurídico de la Organización Mundial de Aduanas, de la Organización Mundial del Comercio, y de los convenios para evitar la doble tributación internacional y otros.

Parece indiscutible reconocer que la Interpretación Prejudicial es la competencia o atribución más relevante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; es por medio de esta verdadera herramienta maestra, que se ha logrado evidente integración y coordinación de dos ordenamientos jurídicos de diversas fuentes, naturaleza y principios, el supranacional andino y el estatal. Es factible notar en los procesos antes referidos, que numerosas interpretaciones prejudiciales han aclarado el significado y el alcance del derecho comunitario andino de la tributación —lo que abarca los campos aduanero, de la imposición directa sobre la renta, y de los impuestos indirectos como el IVA y el ICE—, le han dado fortaleza redimensionando a la vez la comprensión de múltiples disposiciones jurídicas del derecho de los países miembros,

así como también han provisto elementos de fondo a los jueces nacionales para la elaboración de sentencias en los casos de su conocimiento.

8. Demás bibliografía de referencia

- Basaldúa, Ricardo Xavier, *Mercosur y Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
 - *Tributos al comercio exterior*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Carpio Rivera, Romeo, César Montaña Galarza y Pablo Villegas, *Tratado de Fiscalidad Internacional para el Ecuador*, coordinadores, Quito, UASB-E/IEDT/Ius et Historiae, 2019.
- Montaña Galarza, César y Villegas, Pablo, *El Derecho Tributario Comunitario Andino*, en *Tratado de Fiscalidad Internacional para el Ecuador*, coordinadores, Quito, UASB-E/IEDT/Ius et Historiae, 2019, pp. 225-260.
- Montaña Galarza, César, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, UASB-E/CEN, 2006.
 - Montaña Galarza, César, *La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado*, en *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Quito, José V. Troya, Isabel Palacios L., editores, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos/Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2012.
 - Montaña Galarza, César, *Problemas constitucionales de la integración*, México, Editorial Porrúa/RIJIA/Universidad Anáhuac/UASB-E, 2013.
- Montaña Galarza, César y Storini, Claudia, *Miradas constitucionales a medio siglo de integración andina*, editores, Bogotá, Tirant lo blanch/UASB-E, 2023.
- Plazas Vega, Mauricio, *Derecho Tributario Comunitario. La armonización tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Bogotá, LEGIS, 2001.

Quito, enero de 2024.

SUBCAPÍTULO III

**CONTRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
ANDINA AL DERECHO ADUANERO**

Juan David Barbosa Mariño
Laura García García
Julio Guadalupe Báscones

Juan David Barbosa Mariño

Abogado de la Universidad Javeriana, con Especialización en Derecho Tributario de la misma Universidad, Maestría en Derecho de los Negocios Internacional y Derecho Económico - Universidad de Georgetown, Escuela de Derecho. Más de 25 años de experiencia en procedimientos y litigios aduaneros y de comercio internacional (valoración, clasificación y origen), peritazgos en valoración y resoluciones anticipadas, así como en la creación de estrategias tributarias relacionadas con la importación y exportación de mercancías. Experiencia en consultoría en materia de zonas francas en Colombia, Perú, Ecuador, Nicaragua, República Dominicana, Curazao, etc. Amplia experiencia en procedimientos administrativos por prácticas desleales de comercio internacional (*dumping*) y salvaguardias y en la interpretación y aplicación de tratados de libre comercio. Miembro de la Academia Mundial de Derecho Aduanero. Socio de LegalB SAS BIC, profesor de derecho económico internacional en las Universidad Javeriana y de los Andes, Colombia.

Laura García García

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Ha trabajado como investigadora en una firma de abogados y actualmente su actividad profesional se concentra en asuntos de aduanas y comercio exterior como asociada en LegalB SAS BIC. Es monitorea académica de la cátedra de derecho económico internacional en la Universidad Javeriana y coautora de una tesis sobre los efectos del CBAM (Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono) de la Unión Europea en las exportaciones colombianas.

Julio Guadalupe Báscones

Abogado de la Universidad de Lima. Agente de aduanas colegiado por la Escuela Nacional de Aduanas del Perú. Socio líder del Área de Comercio Exterior y Aduanas de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados y reconocido por *Chambers & Partners*, *Who's Who Legal* y *Legal 500* como abogado líder en la materia aduanera y del comercio exterior en el Perú. Más de 30 años de experiencia profesional en temas relacionados con la actividad aduanera y del comercio exterior con especial incidencia en trabajos de consultoría, planeamiento, estructuración y *compliance* de operaciones de comercio exterior con énfasis en temas de valoración aduanera, patrocinio en procedimientos de fiscalización y procesos impugnatorios en estas materias. *Past - president* del Sector de Logística de Comercio Exterior y actual vicepresidente del Gremio de Comercio Exterior - X.com de la Cámara de Comercio de Lima. Miembro de Número de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Fundador y *Past-president* de la Asociación Peruana de Derecho Aduanero y Comercio Internacional – APDACI.

CONTRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA AL DERECHO ADUANERO

Juan David Barbosa Mariño
Laura García García
Julio Guadalupe Báscones

Palabras clave

Arancel. Criterios Vinculantes. Origen. Valoración
Aduanera. Control Aduanero. Agente de Aduanas. Duda
Razonable. Salvaguardia. Pago de lo no debido.

Keywords

Tariff. Rulings. Origin. Customs Valuation. Customs
Control. Customs Broker. Reasonable Doubt. Safeguard.
Payment of Undue Amounts.

Resumen

En el ámbito del derecho aduanero, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) han sido clave en temas como valoración aduanera, control aduanero, clasificación arancelaria, reglas de origen y devolución de aranceles, contribuyendo al desarrollo del derecho aduanero tanto a nivel comunitario como en los países miembros. Estos pronunciamientos se han incrementado debido al aumento del comercio internacional e intracomunitario, otorgando precedentes para futuras controversias que generan la seguridad jurídica tan necesaria en el comercio, y contribuyendo a la aplicación interna del derecho aduanero en cada país. Además, el TJCA ha desempeñado un papel crucial en la interpretación y aplicación de normativas sobre valoración aduanera, control aduanero, criterios vinculantes de clasificación arancelaria, evolución de las reglas de origen y en la jurisprudencia relacionada con salvaguardias. En resumen, el TJCA ha sido fundamental en garantizar el acceso a los mercados entre los países de la Comunidad Andina y en fortalecer el marco legal del comercio regional.

Abstract

In customs law, the pronouncements of the Court of Justice of the Andean Community (TJCA) have been pivotal on issues such as customs valuation, customs control, tariff classification, rules of origin, and tariff refunds, contributing

to the development of customs law both at the community level and among member countries. These pronouncements have increased due to the growth of international and intracommunity trade, providing precedents for future disputes, thereby ensuring the much-needed legal certainty in trade and aiding in the domestic application of customs law in each country. Additionally, the TJCA has played a crucial role in the interpretation and application of regulations concerning customs valuation, customs control, binding tariff classification criteria, evolution of rules of origin, and jurisprudence related to safeguards. In summary, the TJCA has been instrumental in ensuring market access among Andean Community countries and in strengthening the legal framework of regional trade.

1. Introducción

La creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**) a partir del Acuerdo de Cartagena y su materialización en el Tratado de Creación del TJCA, reflejan los esfuerzos de los países miembros de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **CAN**) para lograr el desarrollo de la región a través de la integración regional andina¹.

Específicamente para el derecho aduanero, la importancia del TJCA como medio para instrumentalizar esa integración consagrada en el Acuerdo de Cartagena ha tenido hitos importantes en los últimos años.

En esta materia, los pronunciamientos más relevantes por parte del TJCA han sido variados. A través de acciones de nulidad, acciones de incumplimiento e interpretaciones prejudiciales en los últimos años encontramos contribuciones a temas esenciales del derecho aduanero: en valoración aduanera, control aduanero, clasificación arancelaria, reglas de origen, devolución de aranceles, entre otros temas que han contribuido al desarrollo del derecho aduanero tanto a nivel comunitario, pero también en cada uno de los países de la CAN.

2. Importancia de los pronunciamientos del TJCA para el derecho aduanero

Los pronunciamientos del TJCA en materia aduanera han aumentado, gracias al constante crecimiento del comercio internacional e intracomunitario, donde los temas aduaneros han cobrado mayor relevancia ante el TJCA y sus pronunciamientos en materia aduanera; en su mayoría relacionadas con valoración aduanera, dado la comunitarización del Acuerdo de Valor de la Organización Mundial de Comercio (en

¹ José Guillermo Andueza, *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal, Estudios 3, Quito, 1986.

adelante, la **OMC**)², con sustento en los principios de supremacía, eficacia directa, aplicabilidad inmediata y autonomía del ordenamiento jurídico andino. Así, y con sujeción a ello, deberá aplicarse la norma comunitaria andina en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los países de la CAN o normas internacionales en relación con aquellas materias reguladas por el orden comunitario.³

Publicaciones como esta, resaltan la importancia de estar atentos a los pronunciamientos del Tribunal, los cuales fijan un precedente para la resolución de futuras controversias y en otros escenarios de aplicación del derecho andino, así como una contribución interna al derecho aduanero en cada país.

Es el caso de las reglas de origen, donde existen varios pronunciamientos del TJCA que han complementado las atribuciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **Secretaría General** o **SGCA**) para conocer y resolver las controversias en el desarrollo de las normas de origen⁴, de los cuales recientemente encontramos tres interpretaciones prejudiciales relevantes⁵ y una acción de nulidad⁶ que han enriquecido la aplicación de las normas de origen y la jurisprudencia que el TJCA ha venido delineando en otros fallos en materia de origen, así como en procesos de acciones de nulidad⁷.

² Juan David Barbosa Mariño, *Interpretación de las normas de valoración aduanera*, en *La Valoración Aduanera*, ICDT, Tirant Lo Blanch, 2023, Pág. 26.

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 48-IP-2021 del 21 de junio de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4278 del 25 de junio de 2021

⁴ Gustavo Guzmán Manrique, *Las reglas de origen del comercio internacional*, Primera Edición, Legis, 2012, Pág. 150.

⁵ Ver:

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 300-IP-2018 de fecha 11 de diciembre de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4132 de fecha 16 de diciembre de 2020.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 181-IP-2018 del 1 de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3549 de fecha 4 de marzo de 2019.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 408-IP-2016 del 21 de setiembre de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3116 de fecha 20 de octubre de 2017.

⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 01-AN-2017 del 14 de junio de 2023, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5202 del 16 de junio de 2023. (Subpartidas NANDINA 8418.30.00, 8418.21.20, 8418.21.30, 8418.10.30, 8418.10.90 y 8418.50.00).

⁷ Ver:

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 03-AN-2016 del 7 de noviembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3470 del 4 de diciembre de 2018. (Subpartida NANDINA 6401.92.00).

En el caso del control aduanero, también existen varios pronunciamientos del TJCA en los que se desarrollan aspectos relevantes en relación con las facultades de la Autoridad Aduanera considerando la fase del control aduanero en la que dicho control sea ejercido, así como los alcances y límites al ejercicio de dicha facultad con sustento en los principios del Ordenamiento Jurídico Andino.⁸

Y es que los pronunciamientos del TJCA generan herramientas para contexto de las Autoridades, exportadores e importadores en la red de tratados que cada país miembro ha venido construyendo de Acuerdos Comerciales habilitado por la Decisión 598⁹. Esto sin perjuicio de estar de acuerdo con el profesor Eddy Astudillo de la necesidad de actualizar la misma Decisión 416 para aclarar temas como el endoso del certificado, la acumulación o la certificación *a posteriori*, entre otros temas¹⁰.

En los últimos años, la figura de la interpretación prejudicial —consistente en que, en el marco de un proceso en un país miembro, el juez nacional deberá solicitar al juez comunitario, es decir, al TJCA, una interpretación prejudicial sobre la norma andina que aplique en el caso concreto— ha tenido un rol muy importante en la consolidación de este derecho aduanero comunitario¹¹.

La interpretación prejudicial se hace obligatoria cuando la decisión del órgano nacional competente no sea susceptible de recurso posterior en el derecho interno, sin embargo, nada impide que los judiciales nacionales acudan al TJCA de manera voluntaria para pedir la interpretación de una norma andina o incluso, sin solicitarla la tengan como referente al momento de fallar¹².

-
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 04-AN-2016 del 25 de setiembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3413 del 31 de octubre de 2018. (Subpartida NANDINA 3303.00.00).
 - Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 01-AN-2014 del 19 de enero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 del 8 de febrero de 2017. (Subpartida NANDINA 3307.90.90.00).

⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 88-IP-2016 de fecha 21 de setiembre de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3112 del 20 de octubre de 2017, y otras Interpretaciones Prejudiciales de complemento como las N° 609-IP-2016, 200-IP-2019, 386-IP-2021 y 03-IP-2022, las mismas que serán citadas a lo largo del presente documento.

⁹ Juan David Barbosa Mariño, *Las sanciones en materia de origen preferencial y no preferencial, en Ilícitos Aduaneros y Sanciones*, Director German Pardo Carrero, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2022, Pág. 852.

¹⁰ Eddy Astudillo Aguilar, *Ahora o nunca: (R)evolución de las normas de origen de la CAN. Una visión desde la mitad del mundo*, Innovaciones Graficas, Guayaquil, 2021.

¹¹ Andrea Cubillos Hernández, *Principio de Primacía del Derecho Comunitario Andino y sus efectos en la Jurisprudencia del Consejo de Estado*, Editorial Universidad del Rosario, 2019.

¹² Juan David Barbosa Mariño, *Ajustes al valor en aduanas en la importación de insumos o materia prima*, en *Estudios Críticos de Jurisprudencia Tributaria y Aduanera*, Tomo XI, ICDT, 2023, Pág. 401.

En este sentido, es muy importante la reciente doctrina del acto aclarado, que indica que un juez de última instancia no tiene la obligación de solicitar la interpretación de una norma en dos situaciones: i) cuando no exista duda razonable sobre la interpretación de la norma, o ii) cuando ya exista un pronunciamiento judicial idéntico o similar.¹³ En cuanto a la interpretación de las normas andinas, el TJCA ha reconocido la aplicación de la doctrina del acto aclarado a la interpretación prejudicial del derecho andino, por lo que los jueces nacionales no están obligados a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA siempre y cuando exista ya un pronunciamiento sobre el asunto. Sin embargo, el uso de esta figura ha suscitado discusiones, pero es interesante como algún sector de la doctrina empieza a reconocer sus bondades¹⁴, así como los propios tribunales de varios de los países miembros de la CAN, señalando como «las partes se verán beneficiadas por una sensible disminución en los tiempos que empleará el juez nacional para poder pronunciarse frente a litigios que involucren la aplicabilidad de la normativa andina.» (Auto que da aplicación a la doctrina del acto aclarado – Sección Primera Consejo de Estado. Radicado 11001-03-24-000-2014-00261-00 del 20 de abril de 2023)

En su momento, el TJCA recibió una solicitud de interpretación prejudicial por parte de una autoridad administrativa ecuatoriana —la Dirección Distrital de Quito del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE)—. De allí surgió la cuestión sobre la posibilidad de que una autoridad que no sea del orden judicial consulte al TJCA sobre la interpretación de una norma andina. Cabe aclarar que la solicitud de interpretación prejudicial puede ser obligatoria, en los casos previamente mencionados, o bien puede ser voluntaria. En este sentido el Tribunal indicó que la autoridad solicitante no tiene la calidad de juez nacional de conformidad con las normas sobre solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales. Sin embargo, reconoce la importancia de las autoridades aduaneras en la aplicación e interpretación de las normas aduaneras andinas, y teniendo en cuenta que la finalidad de la Interpretación Prejudicial es garantizar una correcta y uniforme aplicación e interpretación de las normas comunitarias, el Tribunal reconoce la necesidad de resolver las consultas presentadas por estas entidades diferentes al juez nacional.¹⁵

Estos casos reflejan como las actuaciones del TJCA tienen el potencial de revitalizar el derecho comunitario andino en cada uno de los países miembros y la importancia de estos en el derecho aduanero.

¹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Acuerdo N° 06-2023-TJCA del 7 de julio de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5241 del 10 de julio de 2023.

¹⁴ Keren Susana Herrera Ciro, *El reconocimiento de la doctrina del acto aclarado por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: más allá de una decisión judicial*, en *ExternaDIP*, Universidad Externado de Colombia, 4 de octubre de 2023.

¹⁵ 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.

3. El rol del TJCA en las normas de Valoración Aduanera y su contribución a la duda razonable, los métodos secundarios y la responsabilidad del agente de aduanas, entre otros aportes

La normativa andina incorpora el Acuerdo de Valor de la OMC a través de la Decisión 571 en un procedimiento unificado para la valoración de las mercancías por parte de las autoridades aduaneras de los países miembros. El método de valoración consistente en aplicar como valoración aduanera el valor de transacción declarado por el administrado, es decir, el valor realmente pagado o por pagar por las mercancías, se ve desarrollado dentro de la CAN con la Resolución 1684 de la Secretaría General y su modificación.

Estos instrumentos legales revisten especial importancia no solo respecto de la generación de uniformidad, previsibilidad y certidumbre en la aplicación de la normativa sobre valoración aduanera¹⁶, sino también por los aportes que son gestados a nivel andino, como ocurre, por ejemplo, con los «ajustes de valor permanente», mecanismo regulado desde la Resolución 846 de la SGCA (artículo 56)¹⁷ y que encuentra su correlato en el artículo 58 de la Resolución 1684 de la SGCA en vigor.

El importador podrá y la autoridad aduanera deberá aplicar el valor de la transacción para la valoración de las mercancías siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la mercancía haya sido objeto de una negociación internacional efectiva mediante la cual se haya producido una venta para la exportación con destino al territorio de un país miembro.
2. Que se haya acordado un precio real y que exista un pago, independientemente de la fecha en la que se realizó la transacción.
3. Que cumpla con las exigencias de los literales a, b, c y d del numeral 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, a saber:
 - a. Que no existan restricciones a la cesión o utilización de las mercancías por el comprador, salvo las excepciones establecidas en el mismo literal.
 - b. Que la venta o precio no dependan de ninguna condición o contraprestación cuyo valor no pueda determinarse con relación a las mercancías a valorar.
 - c. Que no revierta el vendedor ninguna parte de la reventa o de cualquier utilización posterior de la mercancía por el comprador.

¹⁶ Julio Guadalupe Báscones, *Valoración Aduanera y la CAN – La Nueva Resolución*, en *Relevancia Tributaria del Valor en Aduana de la Mercancía Importada*, ICDT, 2015, Pág. 282.

¹⁷ Julio Guadalupe Báscones, *Ajustes Permanentes al Valor en Aduana*, en *Revista Análisis Tributario*. Vol. XXVII N° 316. Empresa Editora AELE. Mayo de 2014. Pág. 31 y sig.

- d. Que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor, y que, si existe, no hubiera influido en el precio pagado o por pagar.
4. Que el precio realmente pagado o por pagar sea ajustable con base en datos objetivos y cuantificables, cuando haya lugar a ello.
5. Que las mercancías importadas estén conformes con las estipulaciones del contrato en relación con la negociación o los documentos que soportan la venta.
6. Que la factura comercial reúna todos los requisitos establecidos en la propia Resolución, no necesariamente coincidentes con las normas locales de facturación.
7. Que la información contable esté preparada de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados (art. 5 de la Resolución 1684)¹⁸.

En los casos en que no se cumpla con alguno de los requisitos aquí presentados y que esto lleve a la autoridad aduanera a dudar sobre el valor declarado de las mercancías, esta deberá acudir al procedimiento de duda razonable, a través del cual la autoridad aduanera podrá solicitar al importador que se pronuncie sobre el valor de la transacción de las mercancías. Del mismo modo, el importador tendrá derecho a demostrarle a la autoridad mediante documentos y pruebas que el valor declarado es el valor real por pagar o pagado por las mercancías.¹⁹

El TJCA ha establecido en sus pronunciamientos sobre la duda razonable, la obligación de la autoridad aduanera de cumplir con ciertos requisitos, como fundamentar la duda razonable con base en un factor de riesgo determinado, comunicar al importador los motivos para dudar de la declaración y solicitarle documentación, pruebas u otras explicaciones necesarias para acreditar la veracidad de la declaración, otorgándole un plazo razonable para allegar los documentos y pruebas requeridas por la autoridad.²⁰

Al respecto, el Tribunal señala que:

«En consecuencia, la normativa andina establece una obligación para la Administración Aduanera, aquella de fundamentar la Duda Razonable sobre la base de determinados factores de riesgo objetivos –aunque no enumerados de manera exhaustiva–, dejando

¹⁸ Juan David Barbosa Mariño, *El Método de valor de transacción*, en la *Valoración aduanera en Colombia*, Legis, Pág. 31 y sig.

¹⁹ Alejandra Muñoz Torres, Karla Margot Rodríguez Noblejas, Mariohr del Carmen Pacheco Sotillo, *Capítulo IX. Jurisprudencia del TJCA en Materia Aduanera y Tributaria*, en AA.VV., *Comercio Internacional y Derecho Aduanero y Tributario en la Comunidad Andina*, (Miguel Augusto Torres Almeida, Director) Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, 2021.

²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 362-IP-2016 del 14 de diciembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3641 del 17 de mayo de 2019.

constancia escrita de los hechos encontrados e indicando las respectivas justificaciones; para posteriormente dar inicio al procedimiento correspondiente, comunicándole al importador los motivos de la Duda Razonable y otorgándole un plazo razonable para responder y presentar las pruebas requeridas.»²¹

El TJCA ilustra que una vez que la autoridad nacional haya llevado a cabo el procedimiento de duda razonable y no sea posible verificar la veracidad de la valoración de la mercancía, esta podrá acudir a los métodos secundarios de valoración, sobre los cuales existe también un amplio e interesante desarrollo por parte del Tribunal, a través del cual ha explicado cada uno de los métodos de valoración.

El Tribunal se ha pronunciado sobre los criterios para la aplicación del sexto método de valoración, que consiste, como último recurso, en la utilización de cualquiera de los métodos anteriores, pero en aplicación de una flexibilidad razonable.²²

Del mismo modo, sobre los criterios para determinar las mercancías idénticas en la aplicación del segundo método, el Tribunal ha esclarecido que no influyen las diferencias accesorias entre las mercancías, y que es necesario que la transacción tenga lugar en el mismo país y las mercancías deben tener el mismo productor. De no cumplirse con todos los requisitos, será necesario pasar al tercer método.²³

Frente al tercer método, el Tribunal ha interpretado la normativa relacionada con la distribución de la carga de la prueba al establecer el valor de transacción frente a mercancías similares. Al respecto ha establecido que, por regla general, la carga de la prueba recae en el administrado (importador o comprador de la mercancía), aunque frente a una discusión sobre la correcta aplicación del tercer método de valoración, corresponde a la autoridad aduanera motivar las razones para aplicar un determinado método y los parámetros utilizados en su aplicación.²⁴

Sobre el cuarto método, el TJCA ha establecido que el valor de las mercancías se determinará sobre la base del precio unitario al que el producto se venda, tomando en consideración la mayor cantidad total de las mercancías importadas y otras idénticas o similares a ellas en el momento de la importación o un momento aproximado. En cambio, sobre el quinto método, el Tribunal ha aclarado que constituye el método más complicado puesto que se lo construye sobre la base del costo de producción de las

²¹ *Ibid.* Pág. 12.

²² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 406-IP-2018 del 13 de diciembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3904 del 20 de febrero de 2020.

²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 07-IP-2018 del 23 de octubre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3867 del 18 de diciembre de 2019.

²⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 22-IP-2017 del 11 de mayo de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3336 del 4 de julio de 2018.

mercancías objeto de valoración más una cantidad por concepto de beneficios estimada sobre las ventas habituales de las mercancías de la misma especie²⁵.

El quinto método consiste en reconstruir el valor sobre la base del costo de producción de la mercancía más un valor por concepto de gastos y beneficios generales. Este es el método más complejo y por ende menos utilizado en la práctica.²⁶

Igualmente, el TJCA se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los agentes de aduanas como terceros autorizados por la declaración del valor de la mercancía. En este aspecto, el Tribunal establece unos criterios mediante los cuales la autoridad nacional deberá analizar en cada caso si se genera o no la responsabilidad del agente de aduanas frente a la veracidad o exactitud de la información presentada en la declaración de valor de la mercancía. Para ello será necesario, en primer lugar, determinar si quien elabora y presenta la Declaración Andina de Valor (DAV) es el importador/comprador o el agente de aduanas en su nombre, caso en el cual el agente de aduanas no será responsable mientras se limite a elaborar el DAV transcribiendo de manera exacta la información y documentación presentada por el importador/comprador.²⁷

Por tanto, de conformidad con los criterios presentados, el agente de aduanas será responsable cuando:

- No consigne toda la información proporcionada por el importador/comprador en la Declaración Andina del Valor (en adelante, la **DAV**).
- Consigne o transcriba erróneamente la información proporcionada por el importador/comprador en la DAV.
- Aunque utilice la información proporcionada por el importador/comprador, los valores declarados u otros datos sean manifiestamente inexactos, falsos o fraudulentos.

Los anteriores son solo algunos de los ejemplos del rol del TJCA en el desarrollo de las normas de valoración aduanera en los países de la CAN.

²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 03-IP-2022 del 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5186 del 22 de mayo de 2023.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 362-IP-2016 del 17 de mayo de 2016, publicada en la Gaceta Oficial el Acuerdo de Cartagena N° 3641 del 17 de mayo de 2019.

²⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 12-IP-2020 del 15 de diciembre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5093 del 16 de diciembre de 2022.

4. El TJCA y la regulación andina sobre control aduanero

Es pacífico el entendimiento en el sentido que el control aduanero del tráfico internacional de mercancías constituye la función primordial de la Administración Aduanera²⁸, considerándose en sí mismo como bien jurídico tutelado.

Ello, sin perjuicio de la identificación de funciones adicionales o contingentes (“cometidos contingentes”) de la Administración Aduanera, los mismos que podrían clasificarse en cometidos de protección (relacionados con la protección de asuntos nacionales vinculados con la economía, el patrimonio, la seguridad interna, la salud, etc.), de abastecimiento (relacionados con la aportación de recursos tributarios, información estadística, etc.) y de promoción (que buscan alentar o desalentar determinadas importaciones o exportaciones).²⁹

La normativa andina regula, a través de la Decisión 778 (la cual sustituyó a la Decisión 574), aspectos relacionados con los alcances de las acciones de control aduanero realizadas en torno a las operaciones de comercio exterior con la finalidad de generar conceptos uniformes y competencias comunes en un entorno de trabajo colaborativo y de cooperación entre Administraciones Aduaneras de los países miembros y de aplicación de sistemas de control aduanero adecuados y eficientes que consideren la utilización de mecanismos de gestión de riesgo.

El control aduanero, así concebido, se ejerce sobre el ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías y unidades de transporte de carga hacia y desde el territorio aduanero de cada país miembro, así como sobre las personas que intervienen en las operaciones de comercio exterior considerando indicadores de riesgo objetivos y permanentemente actualizados, así como su respectivo análisis y procesamiento para fijar prioridades en relación al tipo, alcance y oportunidad en que las acciones de control aduanero deberán ser realizadas. Todo esto, con la finalidad de focalizar dichas acciones en actividades de riesgo o de alto riesgo en consideración de los recursos escasos (presupuesto, infraestructura, tecnología, tiempo y personal) de los que dispone la Administración Aduanera.

En rigor, la Decisión 778 considera y desarrolla las siguientes actividades a ser desarrolladas (como facultad inherente a sus competencias) por las Administraciones Aduaneras de los países miembros:

- Realizar investigaciones con el fin de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera.
- Solicitar información a fin de garantizar el análisis y cruces de data relevante.

²⁸ Ricardo Xavier Basaldúa, *Introducción al Derecho Aduanero. Concepto y contenido*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1988, Pág. 211.

²⁹ Fernando Zimic Escurra, *El fin de la Aduana*, en *Memorias del Primer Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero*, Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas A.C. (IIFA). México 2005, Pág. 348.

- Sancionar la falta de cooperación en tiempo y forma de parte de los administrados.
- Ordenar inspecciones.
- Adoptar medidas preventivas con la finalidad de evitar que las mercancías y/o pruebas sean alteradas, ocultadas o destruidas.
- Adoptar medidas cautelares en resguardo de los intereses del fisco.

Teniendo en cuenta este marco, la Decisión 778 establece, y el TJCA considera en sus pronunciamientos³⁰, una importante distinción entre las respectivas fases de control aduanero conforme a lo siguiente:

- a) Control anterior o previo: Ejercicio del control aduanero antes de la admisión de la declaración aduanera de mercancías.

Podría considerarse esta fase del control aduanero como la “partida de nacimiento” de la información respecto de la cual el control aduanero será ejercido. Podríamos mencionar, por ejemplo, la transmisión electrónica efectuada por el transportista respecto de aquella información contenida en el manifiesto de carga relacionada con las mercancías que arribarán al país de destino para ser sometidas a un determinado régimen aduanero.

Dicha información activará los mecanismos de procesamiento de data y de generación de alertas (control de riesgos) de los correspondientes sistemas informáticos de la Administración Aduanera, debiendo, posteriormente, dicha data ser contrastada con la información declarada a los fines del régimen aduanero de que se trate (artículo 8 de la Decisión 778). Esta verificación, con sustento en criterios de análisis de gestión de riesgo, determinará las acciones de control (asignación de canales de control) a las que deberá ser sometida la mercancía que arribe al país y/o previo a su embarque al exterior.

- b) Control durante el despacho (control concurrente): Ejercicio del control aduanero desde el momento de la admisión de la declaración por la Aduana y hasta el momento del levante o embarque de las mercancías.

Se entiende por "levante" el acto por el cual «la autoridad aduanera autoriza a los interesados a disponer de las mercancías de acuerdo con el régimen aduanero solicitado»³¹, definición que se encuentra en línea con lo dispuesto en la Decisión 848 (Actualización de la Armonización Regímenes Aduaneros), precisándose que el acto del levante acontece luego de haber verificado el cumplimiento de requisitos y formalidades aduaneras exigibles, autorizándose

³⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 386-IP-2021 de fecha 13 de enero de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5117 del 31 de enero de 2023.

³¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 03-IP-2022 de fecha 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5186 del 22 de mayo de 2023.

al declarante a disponer de las mercancías conforme a los fines previstos en el régimen aduanero autorizado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el denominado control concurrente comprende principalmente, pero no limitativamente, la comprobación de la declaración aduanera, los datos de la DAV y de sus documentos de soporte, pudiendo la Administración Aduanera requerir mayores pruebas o justificaciones incluyendo la inspección de mercancías, así como actividades de reconocimiento, comprobación y aforo.

Si bien el control concurrente al despacho aduanero se realiza por regla general en los recintos aduaneros (zona primaria de control) nada impide que estas acciones puedan realizarse en lugares distintos cuando se trate de declaraciones, por ejemplo, que, por la naturaleza de la mercancía, requieran de tiempos dilatados para la conclusión del despacho aduanero y/o estén relacionadas con regímenes aduaneros con suspensión del pago de tributos a la importación.

De otro lado, la delimitación de la fase de control aduanero concurrente al despacho (en cuanto a su inicio y a su término) también resulta importante para la planificación y desarrollo de las actuaciones concretas a ser llevadas a cabo, tiempos de dichas actuaciones y plazos otorgados a los administrados; todo ello, sin descuidar la necesaria fluidez de las operaciones de comercio exterior bajo el principio de facilitación del comercio, entendido como uno de los “roles modernos” de la Administración Aduanera.

En relación con ello, instrumentos andinos como las Decisiones 618 (Incorporación progresiva del Anexo General y referencia de los Anexos Específicos del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros - Convenio de Kyoto), 670 (Adopción del Documento Único Aduanero), 671 (Armonización de Regímenes Aduaneros), y 848 (Actualización de la Armonización de Regímenes Aduaneros) han permitido orientar esfuerzos hacia los fines de la facilitación del comercio, dejando constancia de la penetración de este concepto en las esferas de regulación del comercio internacional y de su materialización progresiva en la normativa positiva³², para arribar en la Decisión 770 (Facilitación del Comercio en materia aduanera en la Comunidad Andina).

- c) Control posterior: Ejercicio del control aduanero a partir del levante o del embarque de las mercancías despachadas para un determinado régimen aduanero.

El control posterior (post – levante) está referido a las denominadas actuaciones “de gabinete” normalmente llevadas a cabo fuera de los recintos aduaneros en los locales (centros de administración, almacenamiento, distribución,

³² Andrés Rohde Ponce, *Facilitación del Comercio*, Confederación de Asociaciones de Agentes Aduanales de la República Mexicana (CAAAREM), 2021, Pág. 151 y 152.

comercialización, producción, etc.) de cualquier persona: i) directa o indirectamente vinculada a las operaciones aduaneras sujetas a control; ii) que esté en posesión o disponga de información, documentos o datos relativos a las operaciones sujetas a control aduanero; o iii) cualquier persona en cuyo poder se encuentren las mercancías sujetas a control aduanero.

Por su propia naturaleza y características, estas acciones requieren de tiempos más dilatados, así como de un análisis más detallado de las operaciones aduaneras objeto de control, lo cual supone también la necesidad de mayor interacción entre la Administración Aduanera y los administrados, así como del manejo adecuado tanto de plazos para la presentación de información o documentos como de prórrogas razonables a dichos plazos considerando el volumen y dificultades para la obtención de aquello que es requerido a los administrados.

Lo antes mencionado (prórrogas razonables a plazos otorgados) es importante si tenemos en consideración que este tipo de acciones de control normalmente son llevadas a cabo transcurridos algunos años luego de realizada la operación aduanera objeto de control. Así, en la práctica, diversas situaciones podrían demorar o dificultar la obtención de la información o documentación respectiva, como, por ejemplo, discontinuación de líneas de negocios, cambio de agente de aduana, rotación de personal, mudanza de archivos documentarios, etc.

Las acciones de control posterior, orientadas a garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración aduanera son desplegadas, principalmente, pero no limitativamente, en relación con: i) mercancías, documentos, datos relacionados con las operaciones aduaneras objeto de control; ii) operaciones de transformación, elaboración, montaje, reparación, etc. de mercancías sometidas a regímenes aduaneros de perfeccionamiento; iii) cumplimiento de requisitos para el acogimiento a regímenes aduaneros en general; iv) comprobación de origen y del cumplimiento de regímenes de tratamientos preferenciales; v) determinación definitiva de la base imponible, así como comprobación de la exactitud en cuanto al cálculo de la deuda tributario – aduanera; vi) verificación de cumplimiento de requisitos para gozar de beneficios aduaneros y/o vinculados con las operaciones aduaneras; etc.

El TJCA precisa, de manera expresa, que las facultades antes referidas son solo enunciativas (“*numerus apertus*”)³³ en lo que respecta a la información o documentos que podrán ser requeridos a cualquier persona ligada directa o indirectamente con una o varias operaciones aduaneras.

³³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 609-IP-2016 de fecha 8 de noviembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3442 del 23 de noviembre de 2018.

No obstante, el TJCA también establece un importante límite a dicha facultad consistente en el hecho que la Administración Aduanera no está facultada a solicitar información o documentación que no se encuentre relacionada con la operación aduanera sobre la cual se realiza la acción de control aduanero³⁴, lo cual supone un análisis caso por caso. Lo mencionado supone que la Administración Aduanera deberá considerar solo aquella información o documentos que puedan, efectivamente, coadyuvar a la finalidad y objetivos de la acción concreta de control aduanero desarrollada; esto, dentro del universo de declaraciones aduaneras objeto de revisión y dentro del periodo de tiempo (prescripción) estipulado para que dichas acciones de control aduanero puedan ser llevadas a cabo.

Finalmente, y a propósito de los límites en relación con las facultades de la Administración Aduanera inherentes al control aduanero, es de señalar que el ejercicio de dichas facultades conlleva, en paralelo, la generación de obligaciones para dicha autoridad en cuanto al despliegue de estas actuaciones, las mismas que están en consonancia con los objetivos de las correspondientes acciones de control (artículo 5 de la Decisión 778), y que se encuentran subsumidos en el principio de Verdad Material y están relacionados con la protección de derechos fundamentales de los administrados.

En relación con lo anterior, vale la pena hacer referencia a la sentencia de Casación No. 546-2022-LIMA de fecha 7 de setiembre de 2023 expedida por la Corte Suprema del Perú³⁵, relacionada con la valoración de medios probatorios en un procedimiento de control aduanero (concurrente al despacho de importación) relacionado con la verificación de la correcta determinación del valor en aduana de las mercancías importadas.

Esta sentencia estableció, con carácter vinculante, criterios para la valoración de los medios probatorios (incluyendo los extemporáneos) con el fin de salvaguardar los derechos constitucionales de defensa y al debido procedimiento de los administrados / contribuyentes y alcanzar la verdad material.

En sujeción a ello, consideramos que la Administración Aduanera debe incorporar y valorar de oficio (sobre la base de los principios jurídicos del debido procedimiento, derecho a la defensa y a la generación de prueba, impulso de oficio, informalismo y verdad material), todos los documentos presentados por el administrado que se consideren necesarios para el esclarecimiento y debida acreditación de la realidad de los hechos (verdad material) no pudiendo ser rechazados por extemporáneos o por

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 200-IP-2019 de fecha 18 de junio de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4012 del 2 de julio de 2020.

³⁵ Sentencia de Casación No. 546-2022-LIMA de fecha 7 de setiembre de 2023 expedida por la Corte Suprema del Poder Judicial del Perú, puede consultarse en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4c7535804cc4e966a510b5dd50fa768f/CASACION-546-2022.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4c7535804cc4e966a510b5dd50fa768f>

deficiencias formales sin otorgar al administrado la posibilidad de subsanación, debiendo pedir precisiones o complementos en relación con la información o documentación proporcionada en caso de dudas e, incluso, realizar, de oficio, el cruce de información con entidades públicas o privadas que cuenten o puedan contar con información relevante en torno a la materia objeto de revisión (por ejemplo, entidades bancarias).

5. La importancia de la Clasificación Arancelaria en materia comunitaria y los criterios vinculantes

Los pronunciamientos del TJCA en materia de clasificación arancelaria versan sobre la interpretación y aplicación de la Nomenclatura Común Andina - NANDINA, la nomenclatura arancelaria establecida para la CAN, que incluye el Sistema Armonizado establecido por la Organización Mundial de Aduanas (en adelante, la **OMA**) y los desdoblamientos arancelarios establecidos dentro de la Comunidad Andina a nivel NANDINA, que corresponden a los dígitos séptimo y octavo en la nomenclatura. Adicionalmente, el Anexo aprobado por la Decisión 812 de la Comisión de la CAN, establece que hacen parte de la nomenclatura NANDINA las notas complementarias y consideraciones generales. Sobre esto último, el TJCA ha reiterado en varias interpretaciones³⁶ que los textos auxiliares, como son las notas explicativas complementarias NANDINA, son herramientas que deben tenerse en cuenta en la clasificación de la mercancía de conformidad con los criterios y reglas generales de Interpretación y Clasificación.³⁷ Frente a esto, el Tribunal ha indicado en el Proceso 16-IP-2021 que:

«...la clasificación de mercancías obedece a una normativa supranacional clara y objetiva, que debe ser cumplida de manera obligatoria y estricta, tanto por la autoridad administrativa aduanera como por las autoridades judiciales, utilizando las Reglas Generales de Interpretación y Clasificación para dar la ubicación correcta a cada producto, dejando de lado la discrecionalidad, valiéndose además, para seguridad, de las Notas de los Capítulos, Sección, Partida, Subpartida, así como de los documentos auxiliares que existen como lo son las Notas Explicativas generales del Sistema Armonizado en las cuales científica y técnicamente se describe todos los productos susceptibles de ser clasificados en las partidas y subpartidas del Sistema Armonizado, independientemente de su valoración o de las restricciones a que se hallen sometidas esas mercancías.»

Por otro lado, el Tribunal se pronunció también sobre los criterios vinculantes de clasificación arancelaria, los cuales podrán ser emitidos por la Secretaría General de la Comunidad Andina. La normativa andina establece la posibilidad para los países miembros de solicitar a la SGCA que emita un Criterio Vinculante de Clasificación

³⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Procesos 16-IP-2021 (Gaceta Oficial N° 4276 de 2021) y 102-IP-2021 (Gaceta Oficial N° 4346 de 2021).

³⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 201-IP-2023 del 21 de septiembre de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5312 del 25 de septiembre de 2023. (Caso bolas de Zinc).

de Mercancías, que consiste en una resolución de carácter obligatorio para los países miembros, mediante la cual se determina la subpartida NANDINA que corresponde a una mercancía determinada. Para ello, el país miembro interesado deberá formular la solicitud fundamentada de conformidad con el artículo 17 de la Resolución 2183, que establece los requisitos que debe cumplir la solicitud. Además, el criterio vinculante debe emitirse consultando previamente la opinión de los expertos en la NANDINA.

A manera de ejemplo, la SGCA emitió recientemente un criterio vinculante de clasificación arancelaria para el producto denominado «Poste de fibra de vidrio». Para establecer la clasificación arancelaria de este producto, la autoridad tiene en cuenta, además de la documentación presentada y las opiniones emitidas por los países miembros, las notas explicativas del capítulo 39 del Sistema Armonizado, relacionadas con el plástico combinado con otras materias, excepto textiles. Como resultado, las cuatro delegaciones en la Reunión de Expertos NANDINA por consenso recomiendan clasificar el producto bajo la subpartida 3926.90.90.³⁸

Sobre la vigencia de los criterios vinculantes, el Tribunal explica que, al efectuar la clasificación arancelaria, la autoridad —en este caso la SGCA— emite un acto declarativo, no constitutivo, por tanto, su naturaleza exige que estos sean aplicables a partir del día siguiente a su publicación y no tienen efectos retroactivos en cuanto a su observancia y obligatoriedad.

No obstante, en la medida que en algunos países de la CAN las autoridades aduaneras han considerado que las opiniones de la secretaría de la OMA y los criterios u opiniones del comité no son vinculantes³⁹, por ejemplo, Colombia, los criterios de la SGCA y los pronunciamientos del TJCA que sí lo son, se vuelven esenciales.

Y en este sentido lo ocurrido en desarrollo del Dictamen No. 009-2023 de la Secretaría General y el criterio vinculante que clasificó las bolas de zinc por la subpartida arancelaria 7901.11.00.00 es un antecedente relevante para el ordenamiento jurídico andino en materia de interpretación prejudicial y los criterios vinculantes. En este caso, Zinc Industrias Nacionales S.A – ZINSA contra Perú, el demandante presentó un reclamo por incumplimiento en el marco de un proceso ante la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú relacionada con la clasificación arancelaria del producto Bolas de Zinc, alegando el incumplimiento por parte del poder judicial de las normas de la Comunidad Andina, toda vez que esta corporación no decretó la interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA. La sala del Tribunal Peruano argumenta que dicho pronunciamiento del TJCA no resultaba necesario, en tanto la Resolución 2272 de la SGCA corresponde a un Acto Aclarado, por lo que la corporación no tiene la

³⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina, Resolución N° 2259 del 28 de marzo de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4446 de la misma fecha.

³⁹ Yamile Adaira Yepes Londoño, *Importancia de la participación de la aduana en el Comité del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías*, en *Arancel y Clasificación Arancelaria*, ICDT, 2019, Pág. 222.

obligación de solicitar interpretación prejudicial. Sin embargo, la Secretaría General hace un análisis de la normativa andina sobre la materia para concluir que «los actos normativos emitidos por la SGCAN no son interpretaciones de las normas del ordenamiento jurídico andino, tampoco constituyen criterios jurídicos interpretativos [que se ajusten a los preceptos] del acto aclarado.»⁴⁰

Lo interesante será cómo se refleja esto en otros países de la CAN. Es el caso de la Resolución 002781 de 31 de marzo de 2023 de la DIAN emitida en virtud del criterio vinculante por la Secretaría General (Resolución 2272 del 20 de junio de 2022) que clasificó las bolas de zinc por la subpartida 7901.11.00.00 derogando la resolución de clasificación que existía anterior al criterio vinculante (Resolución No. 0137 del 13 de enero de 2021). La misma actualmente se encuentra demandada ante el Consejo de Estado (Sección Primera, Radicación 11001032400020230012100), por lo que precisamente el hecho que el TJCA ya hubiera emitido la Interpretación Prejudicial N.º 201-IP-2023 del 21 de septiembre de 2023, hace relevante el seguimiento a este proceso y los efectos frente al acto aclarado.

6. El TJCA y la aplicación y evolución de la interpretación de las Reglas de Origen

Sobre las reglas de origen, uno de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal es el emitido en el caso de cocinas provenientes de Ecuador (Proceso 02-AN-2018), en el que Perú interpone una acción de nulidad contra la Resolución 1842 de la SGCA, alegando que la Secretaría General hizo una interpretación errónea de las normas andinas sobre calificación y certificación de origen de las mercancías. En dicha resolución, la Secretaría General resuelve que las cocinas producidas por la empresa Induglob (Subpartida 7321.11.19) sí cumplían con las normas de origen del ordenamiento andino, en atención a la regla general de origen aplicable para esa mercancía por tratarse de productos ensamblados o montados en un país miembro (Ecuador). Perú alegó que la Secretaría General no estableció el porcentaje de materiales originarios y no originarios utilizados en el proceso de ensamblaje de las cocinas, con lo cual no era posible constatar que el valor CIF de los materiales originarios no excede el 60% del valor FOB de la exportación.

En este contexto, el TJCA reconoció que:

- Perú no presentó los fundamentos que sustentaran las razones por las que dudó del origen de la mercancía que justificaban aplicar garantías a las cocinas provenientes de Ecuador.
- La información remitida por Ecuador, en la que constan certificados de origen, facturas, entre otros documentos, permitió a la Secretaría General concluir que las cocinas en cuestión cumplen con los requisitos para ser consideradas originarias del territorio de un país miembro. Igualmente, la Resolución impugnada establece que el porcentaje de participación de materiales no

⁴⁰ Dictamen N° 009-2023 de la Secretaría General, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5254 del 24 de julio de 2023.

originarios identificados en las cocinas representan menos del 16% del valor FOB, participación que no resulta significativa ni suficiente para que se incumpla con los requerimientos de origen.

Por tanto, el Tribunal declaró infundada la demanda de nulidad presentada por Perú.

Varios de los pronunciamientos del TJCA en materia de origen de las mercancías tienen su fundamento en el Programa de Liberación del intercambio comercial de bienes consagrado en el Acuerdo de Cartagena (art. 3 y Capítulo VI), el cual tiene el objetivo de facilitar el comercio interregional otorgando ciertos beneficios y ventajas a los países miembros, como lo es la exención de pago de aranceles. La calificación de origen de las mercancías es de gran relevancia en el ámbito de la CAN, toda vez que únicamente aquellas mercancías originarias de los países miembros pueden acceder a los beneficios del Programa de Liberación.⁴¹

Del mismo modo, el TJCA ha identificado una clasificación para determinar el origen de conformidad con Decisión 416 de la Comisión de la CAN, en esta se identifican 5 tipos de mercancía de la siguiente forma:

1. Íntegramente producidas.
2. Elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los países miembros.
3. Que cumplan con los requisitos específicos de origen fijados por la Secretaría General.
4. Las que no tienen requisitos específicos de origen, cuando resulten de un proceso de embalaje o montaje.
5. Las que no tienen requisitos específicos de origen cuando en su elaboración se utilicen materiales no originarios siempre que resulten de un proceso producción o transformación realizado en el territorio de un país miembro y que dicho proceso le confiera una nueva individualidad caracterizada por el hecho de estar clasificada en una partida NANDINA diferente a la de los materiales no originarios.⁴²

En cuanto a las certificaciones de origen emitidas por el país miembro exportador, el TJCA se ha pronunciado sobre su idoneidad para acreditar el origen de las mercancías. Sin embargo, resalta que excepcionalmente la autoridad aduanera del país importador puede imponer requisitos adicionales, únicamente en casos particulares de duda sobre el origen de las mercancías, incumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa andina en la materia, o por faltas o errores en la presentación del certificado de origen⁴³, lo que para otros Acuerdos Comerciales que tiene los distintos miembros

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 02-AN-2018 del 6 de noviembre de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5362 del 8 de noviembre de 2023.

⁴² *Ibid.* Pág. 14.

⁴³ *Ibid.* Págs. 16-28.

se vuelve un importante precedente: al final lo que se está buscando es efectivamente el intercambio comercial en desarrollo de una zona de libre comercio.

Es interesante como el TJCA indica como ante estas situaciones derivadas de dudas en el certificado, la autoridad aduanera del país importador podrá constituir garantías para la desaduanización de las mercancías, con lo cual deberá informar a la Secretaría General de la Comunidad Andina y al país miembro exportador, para que este pueda demostrar el cumplimiento de las normas de origen.

El Tribunal resalta que la imposición de garantías es una medida excepcional, que genera afectaciones no solo para el país exportador, sino también para el agente económico, por lo que esta medida tiene lugar únicamente cuando verdaderamente se tienen dudas sobre el cumplimiento de las normas de origen, y además se debe garantizar que este conozca claramente las razones por las que se imponen las garantías, con lo cual podrá defender plenamente el origen de su mercancía. Así lo establece el Tribunal al indicar que:

«Como se puede evidenciar, la constitución de garantías por parte de un País Miembro es una medida excepcional que afecta la normal ejecución del Programa de Liberación. En regla, las autoridades aduaneras están llamadas a reconocer los certificados de origen emitidos por las autoridades nacionales competentes de los Países Miembros, ya que, como señala el artículo 100 del Acuerdo de Cartagena, las normas de origen deben constituir una herramienta dinámica para el desarrollo de la subregión y ser adecuadas para facilitar la consecución de los objetivos del mencionado instrumento...

De esta manera, es evidente que cuando un país impone garantías, está expresando, en realidad, que tiene dudas sobre el cumplimiento de las normas de origen por cualquier causa posible, o que duda sobre la presencia de la mercancía en la nómina de bienes no producidos en la subregión.
(...)

Se debe tomar en cuenta que, si bien ante la imposición de garantías se genera un conflicto entre dos Países Miembros, quien resulta verdaderamente afectado es el agente económico (exportador o importador), el cual, pese a contar con un certificado de origen, no puede acceder directamente a los beneficios del Programa de Liberación y tiene que cubrir la garantía.

En consecuencia, con el fin de que este agente económico pueda colaborar con el País Miembro exportador, considerando que tiene una responsabilidad compartida en lo que se refiere a la autenticidad de los datos consignados en la declaración y certificación de origen del producto, así como considerando su capacidad para presentar medios probatorios idóneos sobre el origen de las mercancías, también es esencial que él conozca con claridad los fundamentos que justifican la imposición de garantías, para de esta manera ejercer su derecho de defensa y contradicción, ya que es el mayor interesado en que las mismas se levanten.»⁴⁴

⁴⁴ *Ibid.* Pág. 19.

7. El rol del TJCA para garantizar el acceso a mercados entre los países de la CAN: la jurisprudencia en materia de salvaguardias y la obligación de la devolución de los montos cobrados indebidamente durante la aplicación provisional de la medida

En materia de derechos arancelarios y en especial de salvaguardias, el TJCA en los últimos años ha emitido pronunciamientos en 2 acciones de incumplimiento⁴⁵, 4 acciones de nulidad⁴⁶ y 1 interpretación prejudicial⁴⁷.

Uno de los pronunciamientos más relevantes del TJCA en materia de salvaguardias es el emitido en el caso de la salvaguardia cambiaria aplicada por Ecuador para los productos provenientes de Perú y Colombia, correspondiente a un 7% y 21% respectivamente y sustentada en una alteración de la competencia ocasionada por la devaluación monetaria respecto del dólar. Ecuador solicitó la autorización de la aplicación de medidas de emergencia a la SGCA, solicitud que fue rechazada por la Secretaría General, frente a lo cual Ecuador interpuso una acción de nulidad. Este caso es en sí mismo un hito para el comercio internacional y un antecedente que podría a ser considerando como referente en el marco del artículo XII y XIII:B del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en algún momento en la OMC.

El TJCA realizó un análisis de las características de las medidas de salvaguardia, las cuales deben ser de naturaleza correctiva, transitorias y excepcionales. Además, están sujetas a una interpretación restrictiva y por tanto solo podrán conferirse si se cumplen todos los requisitos: i) devaluación monetaria, ii) afectación en las condiciones de competencia, y iii) relación causal. En el presente caso este último requisito no se

⁴⁵ Ver:

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 02-AI-2019 de fecha 18 de julio de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5252 del 19 de julio de 2023.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 03-AI-2006 del 23 de enero de 2008, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1667 de fecha 30 de octubre de 2008.

⁴⁶ Ver:

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 01-AN-2015 del 23 de agosto de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3369 de fecha 13 de setiembre de 2018.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 04-AN-2015 del 26 de abril de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3293 de fecha 29 de mayo de 2018.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 05-AN-1997 del 8 de junio de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 361 de fecha 7 de agosto de 1998.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 01-AN-1997 del 26 de febrero de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 340 de fecha 13 de mayo de 1998.

⁴⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso N° 272-IP-2016 del 14 de diciembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3722 de fecha 8 de agosto de 2019.

cumplía, por lo que el Tribunal declaró infundada la demanda interpuesta por Ecuador (Proceso No.01-AN-2015 del 23 de agosto de 2018).

Adicionalmente, el TJCA se ha pronunciado sobre las medidas de salvaguardia como excepción al Programa de Liberación, cuyo objetivo es promover la integración y cooperación económica y social de los países miembros de la CAN y mediante el cual se busca eliminar los gravámenes y restricciones de cualquier naturaleza que se impongan a las importaciones de productos provenientes de otro país miembro.

En este sentido, las medidas correctivas —como las salvaguardias— por su naturaleza imponen una barrera a la importación de bienes entre los países miembros, por lo que, como medidas excepcionales, deben cumplir con una serie de requisitos para su imposición de conformidad con la normativa andina.

El Tribunal establece que las medidas de salvaguardia deben cumplir con las siguientes características:

- a. Son medidas de naturaleza correctiva.
- b. Son medidas de carácter transitorio.
- c. Son medidas de carácter excepcional, por lo que están sujetas a una interpretación restrictiva y solo pueden ser conferidas en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.
- d. Les es exigible el requisito de la relación causal, debido a su naturaleza correctiva. Lo que buscan corregir debe estar vinculado con aquello que causa un daño o amenaza de daño.
- e. Deben ser proporcionales al hecho que las genera, según la salvaguardia de que se trate. (Proceso 02-AI-2019).

En consecuencia, de no poder verificarse una de las características anteriores en una medida de salvaguardia impuesta por un país miembro, la medida adoptada resultaría contraria al ordenamiento jurídico andino, lo que deriva en un incumplimiento por parte del país miembro que la impone, y por tanto podrá ser sujeto de controversias ante el TJCA.⁴⁸

El rol del TJCA en garantizar el acceso a mercados frente a este tipo de medidas no solo se refleja en el análisis de estas frente al ordenamiento andino sino en los efectos que estas tienen en el comercio, donde vale la pena destacar la posición del Tribunal en materia de ordenar la devolución de los montos cobrados indebidamente durante la aplicación provisional de la medida de salvaguardia (Proceso 02-AI-2019). El artículo 97 del Acuerdo de Cartagena establece que, para la imposición de medidas correctivas, se requiere de la autorización de la SGCA. La aplicación de la medida no será definitiva sino hasta que se haya emitido el pronunciamiento por parte de la SGCA en el que se autorice, suspenda o modifique la medida impuesta.

⁴⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia N° 02-AI-2019 de fecha 18 de julio de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5252 del 19 de julio de 2023.

Los efectos de esta resolución son de carácter retroactivo, por lo que, en caso de suspensión de la medida, habrá derecho a la devolución de los cobros realizados en virtud de la aplicación provisional de la medida con anterioridad al pronunciamiento de la SGCA, por tratarse de cobros indebidos. En este sentido, corresponde también al SGCA ordenar la devolución de los montos cobrados indebidamente durante la aplicación provisional.

En el proceso de acción de incumplimiento interpuesta por la empresa SUGARLATAM contra Ecuador por la imposición de una medida de salvaguardia frente a la importación de azúcar de Colombia, la SGCA negó la imposición de la medida y en consecuencia ordenó su suspensión. Sin embargo, en la resolución simplemente recomienda a Ecuador establecer mecanismos para realizar la devolución de los pagos indebidos.

Frente a este punto, el TJCA aclara que la SGCA, una vez verifique que no se cumplen con los requisitos para autorizar la aplicación de la medida correctiva, debe: i) denegar la solicitud, ii) ordenar la suspensión de la medida, y iii) determinar que el país miembro solicitante deberá ordenar la devolución de los montos cobrados indebidamente durante la aplicación provisional de la medida. A pesar de que la SGCA no se refiere expresamente al último punto, se entiende que de la negación de una solicitud surgen las obligaciones para el país miembro de suspender la medida y devolver los montos cobrados indebidamente.

Por lo anterior, el Tribunal resolvió declarar el incumplimiento por parte de Ecuador al no ordenar a la autoridad nacional competente realizar la devolución correspondiente por los pagos indebidos, garantizando así la seguridad jurídica y el derecho de los contribuyentes frente al pago de no debido⁴⁹.

8. Conclusiones

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en estos 45 años, a través de sus interpretaciones de la normativa andina y en ejercicio de sus facultades de resolución de controversias ha aportado significativamente al desarrollo de los objetivos de integración regional y armonización del sistema jurídico establecidos en el Acuerdo de Cartagena.

Particularmente en materia de derecho aduanero, los pronunciamientos del TJCA sirven de base para la consolidación de un sistema de comercio uniforme, ágil, libre de barreras innecesarias, generando previsibilidad y seguridad jurídica; condiciones indispensables para promover inversión, crecimiento y desarrollo económico de la

⁴⁹ William Guillermo Jiménez analiza un antecedente en Colombia donde el Consejo de Estado solicitó la interpretación prejudicial al TJCA para determinar si se requería un acto interno para que entrara a regir la Decisión 371 que la acogiera, pero lo interesante de este caso es el TJCA fue más allá. En el caso colombiano, la decisión final favoreció al importador y a título de restablecimiento del derecho, se dispuso la devolución de lo pagado en exceso. Ver William Jiménez, *Papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros*, 23 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2013.

región, así como la eventual consolidación de la zona de libre comercio. Ejemplo de ello es la figura de la Interpretación Prejudicial, que permite garantizar una aplicación armoniosa del ordenamiento andino y en el mismo sentido la aplicación de la doctrina del acto aclarado que permite mayor celeridad en la solución de controversias tanto a nivel nacional como comunitario, lo cual contribuye a los objetivos generales de permitir un comercio ágil y eficiente en la región.

De igual forma, el reciente aumento en los procesos ante el TJCA sobre asuntos aduaneros contribuye a la consolidación del ordenamiento común, en tanto no solo los países miembros sino también particulares están acudiendo ante el Tribunal para llevar sus controversias, lo que se refleja en una mayor confianza en la institución y en una garantía de seguridad jurídica en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas comunitarias en materia de derecho aduanero.

Bogotá y Lima, enero de 2024.

**

SUBCAPÍTULO IV

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hugo R. Gómez Apac

Hugo R. Gómez Apac

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y admitido en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Coruña (España).

Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesor en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico (Perú), en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur (Perú). También, profesor invitado en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías en la Universidad Austral (Argentina).

Fue presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) fue vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor, presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal, y secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia.

Como docente universitario dictó las siguientes cátedras: en la Universidad del Pacífico, «Organización del Estado y Derecho Público Administrativo» (en la Maestría en Gestión Pública), así como «Derecho procesal administrativo: procedimiento administrativo general, sancionador y trilateral», «Régimen jurídico de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos» y «Régimen legal de los bienes del Estado» (en la Maestría en Derecho Administrativo Económico); en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, «Derecho Administrativo» y «Derecho de la Competencia»; en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, «Derecho Administrativo», «Derecho de la Competencia» y «Regulación de Servicios Públicos»; en la Pontificia Universidad Católica del Perú, «Derecho de la Competencia», «Metodología de la Investigación Jurídica» y «Derecho Administrativo I», así como «Instituciones Jurídicas de la Regulación» (en la Maestría de Derecho de la Empresa); en la Universidad ESAN, «Derecho Administrativo II» y «Derecho Medioambiental»; en la Universidad Científica del Sur, «Derecho Administrativo» y «Certificación, Evaluación y Fiscalización Ambiental»; en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, «Derecho Administrativo», «Derecho Ambiental» y «Derecho de la Competencia»; y en la Universidad de Las Américas (UDLA) del Ecuador, «Introducción al Derecho».

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hugo R. Gómez Apac

Palabras clave

Comunidad Andina. Acción de nulidad. Interpretación prejudicial. Libre comercio. Derecho de la Competencia. Conducta anticompetitiva transfronteriza. Cáteles. Programa de clemencia. Litigación predatoria.

Keywords

Andean Community. Action for annulment. Preliminary ruling. Free trade. Competition law. Cross-border anticompetitive conduct. Cartels. Leniency program. Predatory litigation.

Resumen

En el presente trabajo académico el autor explica la relevancia de la defensa de la competencia en la Comunidad Andina; sobre el contenido de la Decisión 608 del 2005, que es la ley andina de defensa de la libre competencia vigente; y sobre la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entre los años 2017 y 2020 que ha desarrollado criterios jurídicos interpretativos que explican el alcance y contenido de diversas materias contenidas o vinculadas con la Decisión 608: su ámbito de aplicación objetivo, su vigencia como ley nacional para Bolivia y Ecuador, la prescripción de las infracciones, el programa de clemencia en la lucha contra los cárteles, el reparto de mercados y el boicot como prácticas colusorias, y la litigación predatoria como abuso de posición de dominio.

Abstract

In this paper the author explains the relevance of the defense of competition in the Andean Community; on the content of the Decision 608 of 2005, which is the Andean law for the defense of free competition in force; and on the jurisprudence issued by the Andean Community Court of Justice between the years 2017 and 2020 that has developed interpretative legal criteria that explain the scope and content of various matters

contained or linked to the Decision 608: its objective scope of application, its validity as national law for Bolivia and Ecuador, the prescription of infractions, the leniency program in the fight against cartels, the distribution of markets and boycotts as collusive practices, and predatory litigation as abuse of a dominant position.

1. Introducción

El sueño de quienes fundaron la Comunidad Andina fue crear un mercado común y extenderlo hacia toda Latinoamérica. Así reza la parte final del primer párrafo del art. 1 del Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969. 54 años después, el sueño está inconcluso, pero el proceso de integración jurídica, económica y social más longevo y exitoso de Sudamérica tiene tres logros de los cuales enorgullecerse: la armonización de políticas y legislación, la supranacionalidad y el área de libre comercio.

La armonización de políticas y legislación permite la vigencia de leyes andinas en los cuatro países miembros y sobre diferentes ámbitos, cuya aplicación coherente y uniforme es garantizada por su órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**). La supranacionalidad se encuentra consolidada. Los organismos comunitarios con competencias supranacionales, entre ellos el TJCA, ejercen sus competencias con normalidad, lo que es respetado por los países miembros, cuyas autoridades políticas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales han internalizado el principio de preeminencia del derecho andino por sobre los ordenamientos nacionales. La existencia de un área de libre comercio al interior del mercado subregional andino, por virtud del cual las mercancías provenientes de un país miembro ingresan libremente al territorio de los otros países del proceso de integración, posibilita a los consumidores andinos elegir entre una mayor diversidad de productos a menores precios y de mejor calidad.

El área de libre comercio se sustenta en el denominado «Programa de Liberación de Bienes», regulado en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, el cual tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro. Este programa se complementa con normas destinadas a proteger al mercado subregional de las prácticas que puedan distorsionar la competencia, lo que se encuentra reconocido en el capítulo X, sobre «Competencia Comercial», del referido acuerdo, que como tratado fundacional tiene la condición de derecho primario (rango constitucional) en el sistema de fuentes del ordenamiento andino.

El buen funcionamiento de un área de libre comercio requiere que los países miembros no implementen medidas que restrinjan el comercio y que los agentes económicos (privados o estatales) no adopten decisiones que distorsionen la competencia. Libre comercio y competencia son dos caras de la misma moneda. Una no puede existir sin la otra. Y las dos son expresión de la puesta en funcionamiento de las libertades económicas (propiedad, libertad de contratación, libre iniciativa privada y libertad de

empresa), garantizadas de una u otra forma en las Constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia y de las Repúblicas de Colombia, del Ecuador y del Perú.

A través de su jurisprudencia —tanto la emitida en la resolución de controversias (acciones de incumplimiento y de nulidad) como la expedida para orientar a los jueces nacionales (interpretaciones prejudiciales)—, el TJCA se ha pronunciado sobre diversos aspectos de esta simbiosis entre libre comercio y competencia: programa de liberación, restricciones al comercio, salvaguardias, libre competencia, competencia desleal, etc. Y el asunto de libre competencia, a su vez, comprende no solo las interpretaciones prejudiciales brindadas por la corte andina en cuanto al contenido y alcance de la ley andina de defensa de la competencia, sino también las sentencias en acciones de nulidad que se han pronunciado sobre la validez de las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) que han sancionado la comisión de conductas anticompetitivas transfronterizas.

El presente trabajo no va a abordar todos los aspectos antes mencionados. Se va a centrar en la jurisprudencia más reciente del Tribunal —la emitida desde el 2017 hasta el 2020— que ha direccionado su cometido hacia el entendimiento de las disposiciones de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, que aprobó las «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en lo sucesivo, la **GOAC**) núm. 1180 del 4 de abril de 2005.

2. La ley andina de defensa de la libre competencia

Entendiendo la íntima relación que existe entre el libre comercio y la defensa de la competencia, y el valor de esta en los procesos de integración, el art. 93 del Acuerdo de Cartagena estableció que a más tardar el 31 de diciembre de 1971 debía aprobarse la ley andina conducente a prevenir y corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia en el mercado subregional, tales como el *dumping*, las manipulaciones indebidas de precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.

En cumplimiento de lo establecido en el art. 93 del Acuerdo de Cartagena, en diciembre de 1971 se aprobó la Decisión 45, denominada «Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión». Esta ley andina fue sustituida por las Decisiones 230 de diciembre de 1987, 285 de abril de 1991 y 608 de abril de 2005.

A diferencia de sus predecesoras¹, la ley andina vigente en materia de defensa de la libre competencia, la Decisión 608, cumple en gran medida con los estándares

¹ Para un análisis pormenorizado de lo establecido en las Decisiones 45, 230, 285 y 608, se recomienda leer: Hugo R. Gómez Apac, *El control de las conductas anticompetitivas transfronterizas en la Comunidad Andina*, en AA.VV. (Pierino Stucchi López Raygada, director), *Tendencias sobre la autonomía de los organismos reguladores, las medidas de defensa comercial y los procedimientos administrativos sancionadores. Ponencias del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación*, Anuario Internacional de

mundiales en materia de política de competencia. Su finalidad, en el sentido del objetivo de la prohibición y sanción de las conductas anticompetitivas transfronterizas, es la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores. Tipifica como conductas ilícitas los acuerdos o prácticas colusorias y el abuso de la posición de dominio. Contempla un procedimiento de investigación, en el cual la SGCA, como autoridad instructora y decisora, dirige la investigación con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia², y en el que participa, como órgano consultivo, el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, integrado por un representante de las mencionadas autoridades nacionales. Prevé el dictado de medidas cautelares, sanciones y medidas correctivas. La SGCA puede sancionar a la empresa o empresas infractoras con multas de hasta el 10 % de valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondientes al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

El art. 5 de la Decisión 608, que regula su ámbito de aplicación objetivo, establece que las conductas anticompetitivas transfronterizas son aquellas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más países miembros y cuyos «efectos reales» se producen en uno o más países miembros, excepto cuando el origen y el efecto se producen en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos «efectos reales» se producen en dos o más países miembros.

La SGCA es la autoridad supranacional competente para investigar y sancionar las conductas anticompetitivas transfronterizas. Las autoridades nacionales son las competentes para sancionar las prácticas nacionales (conductas anticompetitivas no transfronterizas), que son aquellas que se practica en un país miembro y tienen efectos en dicho país miembro.³

El art. 7 de la Decisión 608 tipifica como prácticas colusorias, entre otros, los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; repartirse el mercado de bienes o servicios; impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o

Derecho Administrativo Económico y Regulación, núm. 1, Universidad ESAN – Palestra Editores S.A.C. – Tirant lo Blanch, Lima, junio de 2022, pp. 379-416.

² La «Autoridad de Fiscalización de Empresas» (AEMP) del Estado Plurinacional de Bolivia, la «Superintendencia de Industria y Comercio» (SIC) de la República de Colombia, la «Superintendencia de Competencia Económica» (SCE) de la República del Ecuador y el «Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual» (Indecopi) de la República del Perú.

³ Según lo establecido en el último párrafo del art. 5 de la Decisión 608.

subastas públicas. Es un listado enunciativo, que excluye los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Su art. 8 tipifica como modalidades de abuso de posición de dominio la fijación de precios predatorios; la fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva; la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; la incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios, a impedir su prestación o adquisición, o, a no vender materias primas o insumos, o a no prestar servicios, a otros; y, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

Su art. 43 establece que la infracción prescribe en el plazo de tres años de haberse realizado la conducta.

3. El caso Angelcom (proceso 05-AN-2015)

El 1 de julio de 2013, Sociedad Angelcom S.A. (en adelante, **Angelcom**) solicitó a la SGCA iniciar una investigación por la presunta existencia de una colusión en la Licitación Pública Internacional 003-2011 convocada por la empresa pública Transmilenio S.A. para la adjudicación del contrato de concesión del sistema de recaudo, control de flota e información a los usuarios del Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá.

La SGCA consideró que de la denuncia de Angelcom no se apreciaba algún indicio que permitiera determinar un efecto anticompetitivo en algún país miembro distinto a Colombia. Posiblemente había habido una colusión, pero la SGCA no advertía cuál era, de manera concreta, el efecto real de la pretendida colusión en un país miembro que no fuera Colombia. Es por ello que rechazó la denuncia de Angelcom, primero a través de la comunicación SG-C/D.1/2450/2013 del 30 de octubre de 2013, y luego mediante la comunicación SG/E/106/2014 del 22 de enero de 2014; es decir, a través de cartas.

El 16 de octubre de 2015, Angelcom demandó ante el TJCA la nulidad de las dos comunicaciones de la SGCA, por no estar debidamente motivadas y desconocer el art. 5 de la Decisión 608.

Mediante sentencia del 9 de marzo de 2017⁴, el Tribunal declaró infundada la demanda y estableció criterios jurídicos interpretativos relacionados con la actuación de la SGCA y la comprensión de los arts. 5 y 43 de la Decisión 608.

La corte andina señaló que, para rechazar solicitudes de investigación, así como para expresar cualquier otra voluntad a través de actos administrativos, la SGCA debía utilizar el instrumento legal de las «resoluciones». El rechazo de una investigación, entendiendo como tal su inadmisibilidad o improcedencia, constituye un acto administrativo emitido al interior de un procedimiento administrativo, por lo que exhortó al órgano ejecutivo del proceso de integración a utilizar resoluciones, y no meras comunicaciones (cartas o notas), al momento de rechazar las solicitudes de investigación planteadas al amparo de la Decisión 608.⁵

Para entender el ámbito de lo transfronterizo, el art. 5 de la Decisión 608 exige, al menos, que la conducta se realice (se origine, se practique) en un país miembro y que tenga «efectos reales» en otro país miembro. También puede ser el caso que se realice en dos países miembros (v.g., Colombia y Perú) y tenga efectos reales en uno de ellos (v.g., Perú); o se realice en un país ajeno a la Comunidad Andina y tenga efectos reales en dos o más países miembros. Deben estar al menos dos países miembros involucrados para hablar de carácter transfronterizo.

En la mencionada sentencia, el TJCA explicó que se debe entender por efecto real cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, su cantidad o calidad, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización. Asimismo, cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.⁶

A continuación, algunos ejemplos hipotéticos de conductas anticompetitivas transfronterizas sobre la base del «efecto real» interpretado por la corte andina:

- a) Las empresas peruanas “A” y “B”, que producen arroz, se coluden para elevar el precio del arroz que venden en Perú y exportan hacia Bolivia. El efecto real transfronterizo es que los consumidores bolivianos compran el arroz a un precio supra competitivo (el precio acordado por el cártel).
- b) Las empresas ecuatorianas “C” y “D”, que producen azúcar, quieren impedir que ingrese a territorio ecuatoriano el azúcar de la empresa peruana “E”. “C” y “D” prohíben a las empresas transportistas ecuatorianas a trasladar el azúcar peruano a territorio ecuatoriano. No contentos con esto, “C” y “D” amenazan a

⁴ Publicada en la GOAC núm. 3012 del 2 de mayo de 2017.

⁵ Sentencia recaída en el proceso 05-AN-2015, p. 23.

⁶ *Ibidem*, p. 27.

“E” con iniciar una guerra de precios si el azúcar de este último ingresa a territorio ecuatoriano. El efecto real transfronterizo es que los consumidores ecuatorianos (demanda) no pueden adquirir el azúcar peruano (oferta) en el mercado ecuatoriano.

- c) La empresa “F” colombiana, que ostenta posición de dominio, y que produce harina, se niega a vender injustificadamente este insumo a la empresa ecuatoriana “G”, que produce galletas, pues quiere beneficiar a su empresa vinculada “fl”, que vende galletas en Colombia y en Ecuador. El efecto real transfronterizo es la supresión de la oferta de harina que proviene de Colombia con destino a Ecuador.

El Tribunal coincidió con la SGCA en el sentido de que de la denuncia de Angelcom no se advertía algún posible efecto real anticompetitivo en un país miembro distinto a Colombia.⁷

Tres o cuatro empresas constructoras pueden coludirse para repartirse licitaciones en Colombia sobre obras públicas (v.g., carreteras, colegios, hidroeléctricas). Si lo hacen, en principio es una conducta que se realiza en Colombia con efectos reales en este país. Esta apreciación no cambia por el hecho de que una empresa postora tiene su domicilio en Perú y otra en Ecuador. Distinto sería el caso de que los gerentes generales de las matrices peruana y ecuatoriana se ponen de acuerdo con el gerente general de la empresa colombiana para repartirse las obras públicas que convoca el gobierno colombiano.

Finalmente, con relación al art. 43 de la Decisión 608, la corte andina interpretó el momento de suspensión del plazo de prescripción de 3 años. Si la investigación la inicia de oficio la SGCA, el plazo de prescripción se suspende con la resolución de inicio (o apertura) de la investigación (esto es, la resolución de imputación de cargos). Si se trata de una denuncia a petición de parte, el plazo de prescripción se suspende con la presentación de la denuncia. El Tribunal explicó que esta diferenciación busca evitar que, pese a que se presente una denuncia de manera oportuna, la inacción de la SGCA origine la prescripción de la infracción.⁸

Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que la empresa colombiana “F” (productora de harina), que al parecer ostenta posición de dominio, le informa a la empresa ecuatoriana “G” (productora de galletas), mediante carta de fecha martes 1 de septiembre de 2020, que no le puede vender harina debido a que ya ha comprometido todas sus ventas y hasta por 10 años a favor de su empresa vinculada “fl”. “G” denuncia a “F” por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada en la venta de harina el martes 4 de julio de 2023. La infracción, de haberla, no ha prescrito. Si la SGCA emite la resolución de inicio de la investigación el martes 5 de diciembre de 2023, conforme al criterio jurídico interpretativo

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, pp. 18-19.

establecido por el TJCA, procede la investigación, pues en este ejemplo, es la denuncia de parte, y no la resolución de imputación de cargos, lo que suspende el transcurso del plazo de prescripción. Pues bien, en este ejemplo, la denuncia se presentó antes de que venciera el plazo de prescripción de 3 años contemplado en el art. 43 de la Decisión 608.

Si el criterio fuera que es la resolución de imputación de apertura de la investigación lo que genera, en todos los casos (incluyendo las denuncias de parte), la suspensión del plazo prescriptorio, en el ejemplo no prosperaría la investigación, pues entre la carta del 1 de septiembre de 2020 y la resolución del 5 de diciembre de 2023 habrían transcurrido más de 3 años. Este criterio fue desestimado por la corte andina.

4. El caso Papeles suaves - capítulo 1 (proceso 02-AN-2017)

Este caso —y los expuestos en los capítulos 2 y 3— involucra a las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante, **Kimberly Colombia**), Kimberly Clark del Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Kimberly Ecuador**), Productos Familia S.A. (en adelante, **Familia Colombia**) y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Familia Ecuador**).

El 24 de junio de 2014, Kimberly Ecuador solicitó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [actualmente denominada Superintendencia de Competencia Económica, (en adelante, la **SCE**)] acogerse al «programa de exención del pago de la multa» (denominado también «programa de clemencia» o «programa de delación compensada»), regulado en el art. 83 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo, la **LORCPM**) del Ecuador.⁹

El art. 83 de la LORCPM establece que la SCE eximirá a una persona natural o jurídica del pago de la multa que hubiera podido imponerle si ella presenta pruebas que permitan comprobar la existencia de una práctica colusoria. Como se entiende que dicha persona participó en la mencionada conducta, dichas pruebas son, por su naturaleza, auto-incriminatorias. Así, por ejemplo, los correos electrónicos que dicha persona envió a los otros miembros del cártel dando cuenta del acuerdo o de su ejecución.

Según Kimberly Ecuador, para acogerse al programa de clemencia, entregó a la SCE información probatoria auto-incriminatoria de una conducta anticompetitiva realizada en el mercado ecuatoriano, solicitando la confidencialidad y reserva de la información proporcionada.¹⁰

A raíz de la solicitud de Kimberly Ecuador de acogerse al programa de exención del pago de la multa, la SCE, al parecer, habría iniciado una etapa de investigación previa, pero la habría archivado antes de la etapa de formulación de cargos. Luego de ello, la

⁹ Auto de fecha 27 de septiembre de 2017, recaído en el proceso 02-AN-2017, p. 2.

¹⁰ *Ibidem*.

autoridad de competencia ecuatoriana habría iniciado otro proceso de investigación en contra de Kimberly Ecuador, relacionado con el procedimiento anterior, pero también habría sido archivado antes de la etapa de formulación de cargos.

El 14 de octubre de 2016, mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016, la SCE desclasificó —levantó la confidencialidad de— la información aportada por Kimberly Ecuador dentro del programa de clemencia. El 20 del mismo mes, la SCE denunció a los Grupos Kimberly (Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador) y Familia (Familia Colombia y Familia Ecuador) ante la SGCA por la presunta realización de conductas anticompetitivas transfronterizas. Según Kimberly Ecuador, la SCE presentó su denuncia sin informarle a la SGCA que las pruebas que estaba aportando eran las pruebas auto-incriminatorias que dicha empresa había presentado cuando solicitó acogerse al programa de clemencia.

El 14 de noviembre de 2016, la SGCA publicó en la GOAC núm. 2871 la Resolución 1883, por medio de la cual dispuso el inicio de una investigación contra Kimberly Colombia, Kimberly Ecuador, Familia Colombia y Familia Ecuador por la presunta realización de prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en la existencia de acuerdos para fijar precios y repartirse el mercado de papeles suaves, tipificados en los literales a) y c) del art. 7 de la Decisión 608¹¹. En dicha resolución

¹¹ En su Resolución 1883, la SGCA estableció lo siguiente:

«**Artículo 1.-** Estando a lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución, disponer el inicio de la investigación solicitada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, por supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia, conforme a lo siguiente:

- a) Las conductas objeto de investigación son las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en la existencia de acuerdos para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves contempladas en los literales a) y c) del artículo 7 de la Decisión 608;
- b) Sin prejuzgar sobre la determinación final del mercado relevante, los productos objeto de la conducta presuntamente anticompetitiva son: papeles suaves, o tisú, en especial papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina;
- c) La presente investigación abarca el período que discurre entre el año 2002 y febrero de 2014, sin perjuicio de que en la investigación se adviertan o determinen acciones o efectos de fechas anteriores o posteriores;
- d) Se considera como parte solicitante a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador. Se considera como personas involucradas en la presente investigación a las empresas: por parte de las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A;
- (...)
- h) Las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia que cooperarán con esta Secretaría General en la sustanciación de la presente investigación, son: en la República de Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio; y, en la República del Ecuador la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de que se solicite el concurso de la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo, por el Estado Plurinacional de Bolivia y del Instituto Nacional de Defensa de

aparecen, entre otras pruebas, las que fueron objeto de desclasificación (en octubre de 2016) por parte de la SCE; es decir, las pruebas que Kimberly Ecuador había presentado (en junio de 2014) ante la autoridad de competencia del Ecuador al momento de acogerse al programa de clemencia.

Las empresas Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador presentaron recurso de reconsideración contra la Resolución 1883. Mediante Resolución 1908, publicada en la GOAC núm. 2928 del 22 de febrero de 2017, la SGCA declaró infundado dicho recurso.

Es así que el 29 de junio de 2017, Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador presentaron ante el TJCA demanda de nulidad contra las Resoluciones 1883 y 1908, el cual fue complementado mediante escrito del 10 de octubre de ese año. El sustento de su demanda fue que la SGCA les había iniciado un procedimiento de investigación —por la presunta realización de prácticas colusorias transfronterizas— sobre la base de pruebas ilegales. Según dichas empresas, la desclasificación de la información auto-incriminatoria y confidencial de Kimberly Ecuador era nula.

Mediante Auto del 27 de septiembre de 2017, recaído en el proceso 02-AN-2017, el Tribunal rechazó por improcedente la demanda de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador. Como estas presentaron recurso de reconsideración contra dicha providencia judicial, por Auto del 1 de diciembre del mismo año, publicado en la GOAC núm. 3179 del 5 de febrero de 2018, el TJCA rechazó el referido recurso.

La corte andina desestimó la demanda de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador con fundamentos de carácter procesal, sustentados básicamente en reglas del derecho procesal administrativo. El Tribunal explicó que no todas las resoluciones de la SGCA que constituyen actos administrativos son susceptibles de ser impugnadas a través de la acción de nulidad, sino:¹²

- a) Los actos administrativos definitivos con aptitud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva, que puede consistir en un derecho subjetivo, un interés legítimo, una obligación, etc.
- b) Los actos administrativos que ponen fin al procedimiento de investigación, los que sin poner fin al procedimiento hacen imposible su continuación, y todos aquellos que causan indefensión.

Para la corte andina, las Resoluciones 1883 y 1908 eran actos de mero trámite —destinados a la impulsión y a la ordenación del procedimiento¹³— que no causaban

la Libre Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual por la República del Perú, si fuere menester.
(...»

¹² Auto de fecha 1 de diciembre de 2017, recaído en el proceso 02-AN-2017, p. 9.

¹³ Citó una jurisprudencia anterior emitida en el proceso 69-AN-2002 (el Auto del 31 de enero de 2003).

indefensión, dado que simplemente ordenaban iniciar la investigación, lo que no significaba que las empresas investigadas estuvieran ya condenadas como culpables. Ellas tenían derecho a defenderse. Era la SGCA la que tenía la carga de probar la responsabilidad de ellas. La responsabilidad se determinaría en la resolución final, no en la de inicio. El inicio de una investigación no afectaba un derecho subjetivo ni un interés legítimo. El TJCA precisó que no hay un derecho subjetivo o interés legítimo a no ser investigado.¹⁴

La resolución de inicio de la investigación a que se refiere el art. 10 de la Decisión 608 es lo que se conoce en el derecho administrativo sancionador como la resolución de imputación de cargos. La imputación de indicios no supone culpabilidad ni afectación a la presunción de inocencia. En el transcurso de la investigación, la SGCA podría considerar que unas pruebas son ilegales y otras impertinentes, de modo que quedarían descartadas de su esquema de valoración probatoria. El inicio de una investigación no pronostica el desenlace del procedimiento, que puede ser favorable o desfavorable para los investigados. ¿Cómo cuestionar algo que es incierto?

La postura del Tribunal fue que lo impugnado era la resolución final, y que las empresas investigadas, al demandar —en su oportunidad— la nulidad de la resolución final ante la corte andina, podrían cuestionar las pruebas utilizadas por la SGCA, así como la valoración que esta hizo de ellas; podrían alegar la violación del debido proceso, la falta de motivación de la resolución final, entre otras razones.

El fundamento central del rechazo de la demanda de nulidad fue que las resoluciones cuestionadas de la SGCA no eran definitivas ni causaban indefensión. Lo que se buscó evitar es que el Tribunal conociera un proceso de nulidad respecto de dos resoluciones que podían dejar de tener efecto en cualquier momento, pues la SGCA podía declarar la nulidad de su propio procedimiento o declarar que no había responsabilidad de las empresas investigadas, ya sea por la ilegalidad de las pruebas utilizadas o por cualquier otra razón.

5. El caso Papeles suaves - capítulo 2 (procesos 04-AN-2018 y 05-AN-2018)

Mediante Resolución 2006, publicada en la GOAC núm. 3292 del 28 de mayo de 2018, la SGCA declaró fundada la denuncia presentada por la SCE en contra de Kimberly Colombia, Kimberly Ecuador, Familia Colombia y Familia Ecuador por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del art. 7 de la Decisión 608, pues habría verificado una concertación de precios en el mercado de papeles suaves —en el canal institucional: papel higiénico jumbo y toallas de manos en rollos; y en el canal de consumo: papel higiénico y pañuelos desechables— en el periodo comprendido entre enero de 2006 y hasta, por lo menos, diciembre de 2013, originada por los grupos Kimberly y Familia en Colombia con efectos en el mercado ecuatoriano. Como se presentó recursos de reconsideración contra la Resolución 2006, mediante Resolución 2017, publicada en la GOAC núm. 3354 del 6 de agosto de 2018, la SGCA suspendió

¹⁴ Auto de fecha 1 de diciembre de 2017, pp. 7-12.

los efectos de la Resolución 2006 hasta el momento en que se emitiera la resolución definitiva que resolvería los recursos presentados.

El 25 de julio de 2018, Kimberly Ecuador demandó ante el TJCA la nulidad de la Resolución 2006 (proceso 04-AN-2018). Al día siguiente, hizo lo propio Familia Colombia (proceso 05-AN-2018).

El TJCA declaró improcedentes las demandas de Kimberly Ecuador y Familia Colombia a través de los Autos de fechas 19 de octubre de 2018¹⁵ (proceso 04-AN-2018) y 7 de noviembre de 2018¹⁶ (proceso 05-AN-2018). Este último fue ratificado —al pronunciarse la corte andina sobre el recurso de reconsideración presentado por Familia Colombia contra dicho Auto— mediante Auto del 1 de febrero de 2019¹⁷.

El Tribunal fundamentó su rechazo en consideraciones similares a las esbozadas en el Auto del 27 de septiembre de 2017 recaído en el proceso 02-AN-2017 (capítulo 1). La Resolución 2006 no ponía fin al procedimiento de investigación de la SGCA; lo haría la resolución que resolvería los recursos de reconsideración presentados contra ella, que además no gozaba de eficacia jurídica, pues sus efectos habían sido suspendidos por la propia SGCA a través de la Resolución 2017.

El TJCA mencionó en su fundamentación que la acción de nulidad incoada contra un acto administrativo comunitario tiene la naturaleza de un proceso contencioso administrativo, el cual procede, por lo general, frente a un acto administrativo que causa estado, es decir, un acto que agota la vía administrativa.¹⁸

En el caso materia de análisis, la vía administrativa (supranacional) es de una sola instancia —ante la SGCA—, por lo que un acto administrativo que agota la vía administrativa es aquel que concluye, de manera definitiva, con el procedimiento tramitado por el órgano ejecutivo (administrativo) de la Comunidad Andina.

El acto administrativo que causaría estado sería la resolución de la SGCA que concluyera el proceso de investigación, y tal acto no era la Resolución 2006. Este acto administrativo no era definitivo al haberse interpuesto recursos de reconsideración contra él. Precisamente, el art. 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA, aprobado por Decisión 425¹⁹, establece que, interpuesto un recurso contra una resolución de la SGCA, el interesado no podrá impugnar el mismo acto

¹⁵ Publicado en la GOAC núm. 3412 del 25 de octubre de 2018.

¹⁶ Publicado en la GOAC núm. 3436 del 9 de noviembre de 2018

¹⁷ Publicado en la GOAC núm. 3543 del 20 de febrero de 2019.

¹⁸ Auto de fecha 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018, pp. 10-13.

¹⁹ Publicada en la GOAC núm. 314 del 18 de diciembre de 1997.

ante el TJCA, mientras no se produzca la resolución respectiva o no venza el plazo que tenga la SGCA para resolver.²⁰

En resumen, el Tribunal explicó en sus Autos que las demandas de Kimberly Ecuador y Familia Colombia contra la Resolución 2006 de la SGCA eran improcedentes porque esta resolución carecía de efectos jurídicos, no afectaba un derecho o interés legítimo, no causaba estado (no agotaba la vía administrativa), no constituía un acto firme y no era la resolución final del procedimiento de investigación de una presunta conducta anticompetitiva transfronteriza.²¹

No debe perderse de vista que las empresas mencionadas en los capítulos 1 y 2 fundamentaron sus respectivas demandas de nulidad, principalmente, en el hecho de que la SGCA les había iniciado un procedimiento de investigación de conducta anticompetitiva transfronteriza sobre la base de (presuntas) pruebas ilegales, que sería la información auto-incriminatoria que Kimberly Ecuador había aportado a la SCE el 2014 en el marco de un programa de clemencia, y que la autoridad de competencia ecuatoriana había desclasificado (levantado la confidencialidad) el 2016.

Es por ello que, un asunto que desarrolló el TJCA en los Autos del 19 de octubre de 2018 (proceso 04-AN-2018) y 7 de noviembre de 2018 (proceso 05-AN-2018), como cuestión previa, fue lo relativo al programa de clemencia (*leniency program*) vinculado con la suspensión decretada en la Resolución 2017 de la SGCA.

En dicha cuestión previa, el Tribunal señaló que los programas de clemencia son una herramienta utilizada por las autoridades de competencia para detectar y desarmar cárteles —acuerdos entre competidores sobre precios, cuotas de producción o de venta, y repartos de mercados, incluyendo en este último el reparto de licitaciones o concurso públicos—, así como evitar su futura formación. El objetivo de estos programas es animar a que las personas involucradas en un cártel delaten su existencia, quienes aportan pruebas (auto-incriminatorias) sobre la realización de la conducta anticompetitiva a cambio de ser exoneradas de la sanción o recibir una reducción de esta. La corte andina también señaló que la confidencialidad de la identidad del delator o colaborador y de la información aportada por este es un elemento esencial de los programas de clemencia. Así, para evitar desincentivar el uso de los programas de clemencia, la información que aporte el colaborador no debería ser utilizada en su contra en otros procesos, sean estos procedimientos sancionadores, denuncias penales o demandas de indemnización por daños y perjuicios.²²

²⁰ Auto de fecha 1 de febrero de 2019, recaído en el proceso 05-AN-2018, p. 6.

²¹ Auto de fecha 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018, pp. 13-14.

²² Auto de fecha 7 de noviembre de 2018, recaído en el proceso 05-AN-2018, pp. 3-6.

6. El caso Papeles suaves - capítulo 3 (procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021)

La SGCA resolvió los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006 a través de la Resolución 2236, publicada en la GOAC núm. 4369 del 19 de noviembre de 2021, por medio de la cual sancionó a los Grupos Kimberly y Familia por haber realizado una conducta anticompetitiva transfronteriza en el mercado de papeles suaves. Según la SGCA, los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia (las empresas matrices) habrían ordenado a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador (las empresas subsidiarias) acordar los precios de diversos productos de papel suave —en el canal institucional: papel higiénico jumbo y toallas de manos en rollos; y en el canal de consumo: papel higiénico y pañuelos desechables— para el mercado ecuatoriano entre los años 2006 y 2013.²³

²³ A través de su Resolución 2236, la SGCA estableció lo siguiente:

«**Artículo 1.-** Declarar fundados parcialmente los recursos de reconsideración presentados por el Grupo Familia y el Grupo Kimberly contra la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en el extremo de que en los procesos con base a pruebas surgidas en el marco de un programa de clemencia podrían afectar los programas de delación compensada aplicada en los Países Miembros.

Artículo 2.- Declarar infundados los recursos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú, y los presentados por las empresas investigadas con relación a la competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina, pues ha quedado demostrado que hubo efectos transfronterizos de conformidad con las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- Declarar fundados parcialmente los recursos de reconsideración presentados por las empresas investigadas en cuanto a las pruebas aportadas por Kimberly Clark Ecuador S.A. sobre la existencia de un programa de clemencia en el marco del Proceso Nro. SCPM-11APMAPR-EXP-009-2014 ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, sin embargo, dichas pruebas no afectaron el proceso de investigación supranacional de conformidad con las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4.- Confirmar la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina con relación a la denuncia presentada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador - SCPM - en contra de las empresas del grupo Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608.

Artículo 5.- Modificar el valor de las multas impuestas en el artículo 6 de la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en virtud de la sanción por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608, bajo las razones establecidas en la parte considerativa de la presente Resolución de la siguiente manera:

Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$17,060,772 (Diecisiete millones sesenta mil setecientos setenta y dos dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

El 25 de noviembre de 2021, el Grupo Kimberly (Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador) presentó demanda de nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 (proceso 01-AN-2021).

El 15 de diciembre de 2021, el Grupo Familia (Familia Colombia y Familia Ecuador) presentó demanda de nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 (proceso 03-AN-2021).

Dado que la Resolución 2236 sí puso fin a la investigación llevada a cabo por la SGCA, en esta oportunidad las demandas de nulidad fueron admitidas a trámite.

Este capítulo queda inconcluso. Su desenlace se conocerá cuando el TJCA emita sentencia en los procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021, probablemente el 2024, lo que será contado en otro trabajo académico.

7. El caso Pañales desechables 1 (proceso 78-IP-2018), relacionado con el caso Papeles suaves

Mediante Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, confirmada en parte por la Resolución 86817 del 16 de diciembre de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la **SIC**) de la República de Colombia sancionó a Tecnoquímicas S.A. (en lo sucesivo, **Tecnoquímicas**), Kimberly Colombia y Familia Colombia por acordar los precios de los pañales desechables para bebés en el mercado colombiano entre los años 2001 y 2012, tipificado en el numeral 1 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992. También sancionó a 16 altos directivos (funcionarios y exfuncionarios) de las 3 empresas antes mencionadas, entre ellos al señor Ernesto Trujillo Pérez (en adelante, el **señor Trujillo**), vinculado a Tecnoquímicas.²⁴

Como se ha mencionado líneas arriba, mediante Resolución 1883, la SGCA dispuso el inicio de la investigación solicitada por la SCE por supuesta conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo para fijar precios y repartirse el mercado de papeles suaves —papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina— en el periodo comprendido entre el 2002 y febrero del 2014, conforme a lo establecido en los literales a) y c) del art. 7 de la Decisión 608, contra las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Familia Ecuador y Kimberly Ecuador.

El 15 de junio de 2017, el señor Trujillo presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 43218 y 86817 de la SIC, alegando que la conducta anticompetitiva sancionada por la SIC era transfronteriza (con incidencia en Colombia y Ecuador), por lo que la competente para la

(...)»

²⁴ Interpretación Prejudicial 78-IP-2018 del 7 de septiembre de 2018, publicada en la GOAC núm. 3383 del 1 de octubre de 2018, p. 2.

investigación y sanción era la SGCA, y no la autoridad colombiana de defensa de la competencia.

El 23 de enero de 2018, la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C. solicitó al TJCA interpretación prejudicial del art. 5 de la Decisión 608, que trata del ámbito de aplicación objetivo de la ley andina de defensa de la libre competencia.

El señor Trujillo sostenía que la conducta anticompetitiva sancionada por la SIC no era nacional, sino transfronteriza, por lo que era la SGCA, y no la SIC, la que debió investigarla. Para resolver la controversia suscitada en el proceso interno, el juez nacional necesitaba tener claridad sobre qué conductas anticompetitivas investiga la autoridad nacional y cuáles la SGCA, por lo que tenía sentido que solicitara al TJCA que le explique el sentido y alcances del art. 5 de la Decisión 608, que es la norma que diferencia la competencia (administrativa) entre las autoridades nacionales y la autoridad supranacional (la SGCA) de defensa de la competencia (económica).

El Tribunal absolvió la consulta a través de la Interpretación Prejudicial 78-IP-2018 del 7 de septiembre de 2018²⁵.

En su interpretación prejudicial, el TJCA explicó que, de conformidad con lo establecido en los literales a) y b) del art. 5 de la Decisión 608, esta norma andina se aplica a la conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o práctica colusoria horizontal o vertical) que:²⁶

- a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:
 - (i) Otro país miembro.
 - (ii) Otros países miembros.
 - (iii) En el país donde se realiza la conducta y en otro u otros países miembros.

- b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:
 - (i) Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.
 - (ii) En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.
 - (iii) En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza.

- c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.

También explicó que el procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608 es un procedimiento administrativo sancionador supranacional y que un principio que

²⁵ Publicada en la GOAC núm. 3383 del 1 de octubre de 2018.

²⁶ Interpretación Prejudicial 78-IP-2018, pp. 5-7.

rige los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la libre competencia es el del *non bis in idem*. En aplicación de este principio, mencionó el TJCA, un agente económico no puede ser investigado (ni sancionado) por la autoridad nacional de competencia (al amparo de la ley nacional) y por la SGCA (al amparo de la Decisión 608) si es que se aprecia la siguiente triple identidad: (a) identidad respecto de los agentes económicos materia de la investigación o sanción; (b) identidad respecto de la conducta investigada o sancionada; e, (c) identidad respecto del fundamento o bien jurídico protegido.²⁷

Respecto de lo primero (a), los agentes económicos investigados por la autoridad nacional y la SGCA tienen que ser exactamente los mismos. A modo de ejemplo, el propio Tribunal señaló que no habrá identidad si en el procedimiento interno se investiga a las empresas A, B y C y en el procedimiento supranacional a las empresas B, C, D y F.²⁸

Respecto de lo segundo (b), el Tribunal dio el siguiente ejemplo: no habrá identidad si en un caso se investiga una práctica colusoria horizontal y en el otro una práctica colusoria vertical; o si en un caso se investiga un acuerdo de precios y en el otro un acuerdo de reparto de mercados; como tampoco si a pesar de investigarse en ambos casos un acuerdo de precios, el producto materia del acuerdo es distinto o si el periodo de investigación es diferente.²⁹

8. El caso Cerveza (proceso 472-IP-2016)

Mediante Resolución Jerárquica (Despacho/MDyEP) 017.2010 del 4 de noviembre de 2010, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, al resolver los recursos jerárquicos presentados por Compañía Cervecería Boliviana S.A., como denunciante, y Cervecería Boliviana Nacional S.A. (en adelante, **CBN**), como denunciada, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa Revocatoria 010/2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (en lo sucesivo, la **AEMP**) el 7 de junio de 2010, así como la Resolución Administrativa AEMP/DTDCDN 003/2010 del 16 de abril de 2010, y declaró que CBN abusó de su posición de dominio al ofrecer productos promocionales a cambio de la exclusividad en la comercialización de sus productos (literal c del art. 8 de la Decisión 608) y al dificultar el acceso y permanencia de la competencia en el mercado (literal g del art. 8 de la Decisión 608), en aplicación de lo dispuesto en el art. 34 de la Decisión 608.³⁰

En su demanda contencioso administrativa, CBN sostuvo que la autoridad boliviana de defensa de la competencia no debió aplicar la Decisión 608 debido a que el origen

²⁷ *Ibidem*, pp. 8-11.

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ *Ibidem*, pp. 10-11.

³⁰ Interpretación Prejudicial 472-IP-2016 del 7 de septiembre de 2018, publicada en la GOAC núm. 3382 del 1 de octubre de 2018, p. 2.

y el efecto de las supuestas conductas anticompetitivas se produjeron en un solo territorio: Bolivia. También sostuvo que la AEMP había aplicado la Decisión 608 por analogía debido a que Bolivia no contaba con una ley nacional en materia de defensa de la competencia, siendo que la aplicación de una norma por analogía está prohibida en materia sancionadora (penal o administrativa).³¹

La cuestión controvertida en el proceso interno consistía en determinar si la AEMP podía aplicar o no la Decisión 608 para investigar y sancionar una conducta anticompetitiva cuyo origen y efectos se circunscribían al territorio boliviano.

El 28 de julio de 2016, la Sala Plena del Tribunal de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia solicitó al TJCA la interpretación prejudicial de los arts. 5, 34 y 49 de la Decisión 608.

La corte andina absolvió la consulta mediante la Interpretación Prejudicial 472-IP-2016 del 7 de septiembre de 2018³².

En su interpretación prejudicial, el TJCA explicó lo referido al ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608 y sobre la naturaleza del procedimiento de investigación previsto en esta ley andina en los términos señalados en interpretaciones prejudiciales previas. Adicionalmente, interpretó el sentido y alcance del art. 49 de dicha norma andina, que establecía que Bolivia podía aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en su art. 5.

El Tribunal mencionó que a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 solo Colombia y Perú tenían leyes nacionales de defensa de la competencia, por lo que se estableció que Bolivia (a través del art. 49 de la Decisión 608) y Ecuador (mediante el art. 1 de la Decisión 616) podían aplicar la Decisión 608 como su ley nacional de defensa de la libre competencia hasta que sus respectivos órganos legislativos aprobaran sus correspondientes leyes nacionales.³³

Con el objeto de brindar la mayor orientación posible a la autoridad consultante, el TJCA indicó que las partes pertinentes de la Decisión 608 que la autoridad boliviana de competencia podía haber aplicado como ley nacional eran las siguientes:³⁴

- a) Todo el capítulo I (definiciones).
- b) Del capítulo II, sus arts. 2 (objetivo de la norma), 3 (los principios jurídicos), 4 (las conductas prohibidas) y el último párrafo del art. 5 (sobre la competencia

³¹ *Ibidem*.

³² Publicada en la GOAC núm. 3382 del 1 de octubre de 2018.

³³ Interpretación Prejudicial 472-IP-2016, pp. 12-13.

³⁴ *Ibidem*, p. 14.

de las autoridades nacionales).

- c) Todo el capítulo III (que tipifica como infracción las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, y define la posición de dominio).
- d) Respecto del capítulo IV (sobre el procedimiento), lo referido a la apertura de la investigación, el curso de la investigación, de la información, de la audiencia pública, de los compromisos, de las medidas cautelares, de las medidas correctivas y/o sancionatorias y de la ejecución de las medidas, pero teniendo en consideración lo siguiente:
 - (i) La autoridad boliviana de competencia era la encargada de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, así como de ejecutar las medidas cautelares y definitivas (medidas correctivas y sancionadoras);
 - (ii) No participaban en el procedimiento el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, las otras autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia y los organismos nacionales de integración; y,
 - (iii) No había necesidad de elaborar el Plan de Investigación.
- e) De las disposiciones finales, los arts. 43 (plazo de prescripción de las infracciones) y 44 (plazo de prescripción del procedimiento sancionador).

A modo de ejemplo no taxativo, explicó el TJCA, la autoridad boliviana de libre competencia podía iniciar el procedimiento de oficio o a pedido de parte; imputar las conductas previstas en los arts. 7 (prácticas colusorias horizontales y verticales) y 8 (abuso de una posición de dominio en el mercado) de la Decisión 608; ejercer las facultades de investigación contempladas en su art. 16; tratar la información de la investigación conforme lo señalado en sus arts. 23 y 24; convocar a la audiencia pública prevista en su art. 26; aprobar o denegar compromisos conforme a lo estipulado en sus arts. 27, 28, 29 y 30; y dictar las medidas cautelares, correctivas y sancionatorias previstas en sus arts. 31, 32 y 34.³⁵

9. El caso Azúcar (proceso 484-IP-2018)

Mediante Resolución 80847 del 7 de octubre de 2015, la SIC sancionó a la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia (en adelante, la **Asocaña**) y a diversos ingenios azucareros (entre ellos, al Ingenio Carmelita S.A.) por haber actuado en contravención del art. 1 de la Ley 155 de 1959 —prohibición general— y del núm. 10 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992 —acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización—. También sancionó a un número de personas naturales [entre ellos, al señor Jaime Vargas López (en lo sucesivo, el **señor Vargas**), representante legal del Ingenio Carmelita S.A.], por haber incurrido en la responsabilidad prevista

³⁵ *Ibidem.*

en el núm. 16 del art. 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el art. 26 de la Ley 1340 de 2009, consistente en colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta anticompetitiva sancionada.³⁶

La SIC comprobó que, para contrarrestar la amenaza que suponía para los intereses de los investigados la entrada a Colombia del azúcar proveniente del exterior, ellos concibieron y ejecutaron deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, coordinada y continuada encaminada a bloquear importaciones de azúcar a Colombia para evitar que aumentara la oferta o disminuyera el precio interno que pagaban los consumidores y la industria. Una estrategia desarrollada por los investigados para obstruir las importaciones de azúcar fueron las negociaciones con los ingenios bolivianos con el propósito exclusivo de controlar sus excedentes y procurar que estos no exportaran «ni un grano de azúcar a Colombia», y así evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos accedieran al producto a través de importaciones.³⁷

Mediante Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015, la SIC confirmó en gran medida³⁸ las sanciones impuestas en la Resolución 80847.

El 9 de agosto de 2016, el señor Vargas presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 80847 y 103652 de la SIC con un argumento similar al utilizado por el señor Trujillo en el caso de los Pañales desechables 1; esto es, que la conducta investigada y sancionada por la SIC era transfronteriza y no nacional. El señor Vargas indicó que la apertura de la investigación fue porque presuntamente los investigados establecieron una estrategia para restringir las importaciones de azúcar de origen boliviano a Colombia, lo cual evidentemente tenía injerencia subregional, pues afectaba las exportaciones bolivianas y las importaciones colombianas. Dado que la práctica investigada habría afectado a la subregión, agregó el señor Vargas, la competencia para investigarla era de la SGCA y no de la SIC, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Decisión 608.³⁹

El 6 de septiembre de 2018, la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. solicitó al TJCA la interpretación prejudicial del art. 5 de la Decisión 608.

La corte andina absolvió la solicitud con la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 del

³⁶ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 del 8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC núm. 3961 de la misma fecha, p. 2.

³⁷ Resolución 80847 del Superintendente de Industria y Comercio del 7 de octubre de 2015, pp. 114-115.

³⁸ Se redujo la multa impuesta a la Asocaña y a 4 altos directivos de los ingenios azucareros, y se exoneró de responsabilidad (archivo del procedimiento) a 2 altos directivos.

³⁹ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, p. 3.

8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC núm. 3961 de la misma fecha.

En su interpretación prejudicial, el TJCA explicó lo referido al ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608, la naturaleza del procedimiento de investigación previsto en esta ley andina, y el principio *non bis in idem* en materia de defensa de la libre competencia, tal como ya lo había desarrollado en la Interpretación Prejudicial 78-IP-2018 (caso Pañales desechables 1).

Adicionalmente, la corte andina desarrolló criterios jurídicos interpretativos respecto de las prácticas colusorias transfronterizas contempladas en los literales c) y d) del art. 7 de la Decisión 608, y sobre la necesidad de evitar espacios de impunidad.

Con relación a lo primero, el Tribunal explicó que el término «acuerdo» debe ser entendido de una manera bastante amplia, lo que comprende las prácticas concertadas (los acuerdos que se prueban con pruebas indirectas), las decisiones (adoptadas al interior de los gremios con carácter vinculante) y las recomendaciones (adoptadas al interior de los gremios con carácter no vinculante).⁴⁰

El literal c) del art. 7 de la Decisión 608 tipifica como modalidad de práctica colusoria los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de repartirse el mercado de bienes o servicios. En su interpretación prejudicial, el TJCA dio el siguiente ejemplo:

«...habrá reparto de mercado transfronterizo si las empresas bolivianas B1 y B2 y las empresas peruanas P1 y P2, todas ellas productoras de chocolates, se ponen de acuerdo en que los chocolates de B1 y B2 no se exportarán hacia Perú y los chocolates de P1 y P2 no se exportarán hacia Bolivia...»⁴¹

El literal d) del citado art. 7 tipifica como modalidad de práctica colusoria los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado, que es lo que se conoce como boicot. Para clarificar el entendimiento de este supuesto infractor, la corte andina mencionó estos dos ejemplos:

«...asumamos que las empresas peruanas de chocolates desean impedir el ingreso de chocolates provenientes de Bolivia. Calificará como acto de boicot el que las empresas peruanas adopten acuerdos conducentes a amenazar con represalias verosímiles a los fabricantes bolivianos de que no exporten sus chocolates hacia el Perú. En este ejemplo, el acuerdo se toma en Perú (lugar donde se produce la conducta anticompetitiva), pero su efecto se siente tanto en Perú como en Bolivia. En Perú porque debido al boicot los consumidores peruanos se ven privados de consumir los chocolates bolivianos. Y en Bolivia porque los empresarios bolivianos están dejando de percibir ingresos al no atender la demanda peruana.

Otro ejemplo sería el siguiente. Asumamos que los chocolates bolivianos ya ingresaron

⁴⁰ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 14-15.

al mercado peruano y se pueden encontrar en los supermercados ubicados en ciudades peruanas, habiendo alcanzado el 10% de participación del mercado relevante. Ahora consideremos que los empresarios peruanos fabricantes de chocolates, que en conjunto tienen el 90% restante, amenazan a los supermercados peruanos a que dejen de comprar los chocolates bolivianos, de lo contrario ellos dejarían de venderles los chocolates peruanos. Esta práctica de boicot se realiza en Perú y tiene efectos en Perú y en Bolivia. En Perú porque debido al boicot los consumidores peruanos se ven privados de consumir los chocolates bolivianos. Y en Bolivia porque los empresarios bolivianos están dejando de percibir ingresos al no atender la demanda peruana.»⁴²

Tratándose de lo segundo, la corte andina desarrolló la teoría de la «doble barrera» en el ámbito del derecho andino de defensa de la competencia con el objeto de evitar espacios de impunidad⁴³; es decir, evitar que los administrados busquen anular las sanciones nacionales alegando la presencia de un efecto transfronterizo. Como es fácil que un producto (objeto de un cártel nacional) sea vendido o revendido en otro país miembro, los cárteles nacionales podrían alegar, con el objeto de burlar a la autoridad nacional, que el acuerdo tuvo un efecto transfronterizo. Así, anularían las investigaciones y sanciones establecidas por la autoridad nacional de competencia bajo el entendido de que una o más unidades del producto objeto de la práctica colusoria se vendieron en otro país miembro al precio cartelizado. Si las empresas lograsen anular las sanciones nacionales y la SGCA no pudiese investigar debido a la prescripción de la sanción, se crearían espacios de impunidad que nunca quiso el legislador andino.

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, «doble barrera» es la doctrina según la cual pueden aplicarse, al mismo tiempo y a un mismo hecho, normas de derecho comunitario y normas de derecho nacional de un Estado miembro reguladoras de la libre competencia⁴⁴. Esta teoría nace en la Sentencia Walt Wilhelm del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) del 13 de febrero de 1969 (Asunto 14/68), en la que se dijo lo siguiente:

«(...)

Considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes;

que, en efecto, en tanto que el artículo 85 considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento.

⁴² *Ibidem*, p. 15.

⁴³ *Ibidem*, pp. 15-17.

⁴⁴ Fuente:
<https://dpej.rae.es/lema/doble-barrera#:~:text=Eur..reguladoras%20de%20la%20libre%20competencia>
(Consulta: 22 de diciembre de 2023).

Considerando que por la posible interdependencia de los fenómenos económicos y de las situaciones jurídicas consideradas, la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir en todos los casos de criterio determinante para fijar las competencias;

que, sin embargo, ello implica que una misma práctica colusoria puede, en principio, ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias conforme al artículo 85 del Tratado CEE, y otro ante las autoridades nacionales de acuerdo con el Derecho interno;

(...)

...Considerando que, con su segunda cuestión, el Kammergericht pretende que se dilucide si “el riesgo de llegar a una doble sanción impuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas y por la autoridad nacional competente en materia de prácticas colusorias [...] se opondrá” a que puedan tramitarse por el mismo hecho dos procedimientos paralelos, uno comunitario y el otro nacional.

...Considerando que la posibilidad de una acumulación de sanciones no podría excluir la tramitación de dos procedimientos paralelos con fines distintos;

que, sin perjuicio de los requisitos y límites indicados en la respuesta dada de la primera cuestión, la procedencia de este doble procedimiento se deriva en efecto del particular sistema de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de prácticas colusorias;

que si, no obstante, la posibilidad de un doble procedimiento diera lugar a una acumulación de sanciones, una exigencia general de equidad, que se encuentra por lo demás recogida al final del párrafo segundo del artículo 90 del Tratado CECA, requeriría que se tuviera en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se impusiera;

(...))»

Como puede apreciarse de la Sentencia *Walt Wilhelm*, en la medida que el ordenamiento comunitario tiene una finalidad distinta al nacional, es posible que una misma práctica colusoria sea sancionada por la autoridad nacional y por la autoridad supranacional —la Comisión, en la Unión Europea; la SGCA, en la Comunidad Andina—.

En palabras de María Pilar Canedo Arrillaga, conforme a la teoría de la doble barrera, a un mismo acuerdo entre empresas se puede aplicar la regulación comunitaria y, acumulativamente, la normativa interna de defensa de la competencia, permitiéndose, incluso, supuestos de doble sanción.⁴⁵

Comentando la Sentencia *Walt Wilhelm*, Fernando de la Vega García afirma que una misma conducta anticompetitiva podría ser objeto de dos procedimientos paralelos —uno ante la Comisión y otro ante los órganos competentes de uno de los Estados

⁴⁵ María Pilar Canedo Arrillaga, *El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno*, en *Ekonomiaz*, núm. 61, primer cuatrimestre, 2006, pp. 84-85.

miembros—, pues las normas derivadas de la Unión Europea protegen un mercado distinto al de cada uno de los Estados miembros, lo que es un elemento clave para resolver la vulneración o no del principio *non bis in idem*.⁴⁶

Si el bien jurídico protegido por la Decisión 608 no es el mismo que el protegido por la legislación nacional, no habría vulneración del principio *non bis in idem*, incluso si se ha investigado (o sancionado) a las mismas personas y por el mismo hecho. En este caso habría una doble identidad, pero no una triple, y es esta última la necesaria para activar el mencionado principio ordenador del derecho administrativo sancionador.

Con mayor razón no habría vulneración del principio *non bis in idem* si no hay identidad en el bien jurídico protegido ni en las personas investigadas (o sancionadas). En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 se pone un ejemplo de un acuerdo colusorio transfronterizo entre empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas que producen y comercializan conservas enlatadas de atún⁴⁷. En dicho ejemplo, el TJCA acepta, aplicando la teoría de la doble barrera, que la SGCA sería competente para sancionar a las empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas por el acuerdo transfronterizo y en función de la afectación del mercado subregional andino, mientras que la SCE sería competente para sancionar a las empresas ecuatorianas —por la ejecución del acuerdo transfronterizo— en función únicamente del mercado ecuatoriano. No habría violación del principio *non bis in idem*, pues:

- a) Las personas sancionadas no serían las mismas. La SGCA habría sancionado a empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas (por la afectación de la conducta anticompetitiva al mercado subregional), mientras que la SCE habría sancionado únicamente a empresas ecuatorianas (por la afectación de la conducta anticompetitiva al mercado ecuatoriano).
- b) El bien jurídico protegido por la Decisión 608 no es el mismo que el protegido por la LORCPM, que es la ley nacional de defensa de la competencia del Ecuador aprobada el 2011.

En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, el TJCA precisó lo siguiente:

«...La Decisión 608 no reconoce a los agentes económicos involucrados en una investigación el derecho de exigir a la autoridad nacional que esta verifique la existencia del efecto transfronterizo, como tampoco a solicitar la inhibición de dicha autoridad sobre la base de considerar la existencia de un efecto transfronterizo.

⁴⁶ Fernando de la Vega García, *Doble sanción [«doble barrera»] y principio «non bis in idem»* [STJUE de 3 de abril de 2019], en blog *Derecho de la Competencia – Antitrust law*. Fuente: <https://derechoycompetencia.blogspot.com/2019/05/doble-sancion-doble-barrera-y-principio.html> (Consulta: 22 de diciembre de 2023).

⁴⁷ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, pp. 17-19.

...Las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen la potestad de limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo. El ejercicio de esta potestad no perjudica ni condiciona la competencia de la SGCA para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza. Para entender esto regresemos al ejemplo del reparto de mercado de chocolates antes mencionado.

...En el ejemplo, el acuerdo es realizado tanto por empresarios bolivianos (B1 y B2) como peruanos (P1 y P2). Visto el asunto (del ejemplo) en conjunto, correspondería a la SGCA realizar la investigación en el marco de la Decisión 608. En este caso la SGCA realizaría la investigación tomando en consideración un acuerdo que involucra tanto a los empresarios peruanos como a los empresarios bolivianos y los efectos nocivos del acuerdo sobre los consumidores peruanos y bolivianos. Sin embargo, ello no debería impedir que, por ejemplo, la autoridad peruana de defensa de la libre competencia decida llevar a cabo una investigación centrada únicamente en el acuerdo tomado por los empresarios peruanos y considerando únicamente los efectos sobre los consumidores peruanos. Esta posibilidad no viola el principio *non bis in idem* (...) en la medida que no habría exacta identidad con relación a las personas investigadas, lo que podría permitir que los empresarios peruanos sean investigados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y que los empresarios bolivianos más los empresarios peruanos sean investigados por la SGCA.»⁴⁸

La teoría de la doble barrera descansa en las expresiones del TJCA en cuanto a que las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen la potestad de limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo y que el ejercicio de esta potestad no perjudica ni condiciona la competencia de la SGCA para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza. Dicho en otras palabras, una conducta anticompetitiva transfronteriza que, por ejemplo, abarca a dos o tres países miembros de la Comunidad Andina podría ser investigada y sancionada por la SGCA, sin perjuicio de que las autoridades nacionales de dichos países limiten su investigación a las empresas involucradas domiciliadas en dichos países y por los efectos anticompetitivos sentidos en dichos países.

Aplicando los criterios jurídicos interpretativos desarrollados por el TJCA en los casos Pañales desechables 1 (Interpretación Prejudicial 78-IP-2018) y Azúcar (Interpretación Prejudicial 484-IP-2018), en particular la teoría de la doble barrera, no hay forma de que la judicatura colombiana anule la sanción impuesta por la SIC a la Asocaña y diversos ingenios azucareros, incluso en el supuesto de que se demuestre, en sede judicial, que la conducta anticompetitiva fue, en rigor, transfronteriza.

10. El caso Pañales desechables 2 (proceso 506-IP-2018), relacionado con el caso Papeles suaves

Otra persona natural sancionada por la SIC a través de la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016 fue el señor Luis Felipe Puerto Tobón (en adelante, el **señor Tobón**), vinculado a Tecnoquímicas.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

Como el señor Tobón también impugnó las Resoluciones 43218 y 86817 (del 16 de diciembre de 2016) de la SIC, esta vez fue el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali el que solicitó interpretación prejudicial al TJCA.

La corte andina absolvió la solicitud mediante Interpretación Prejudicial 506-IP-2018 del 8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC núm. 4007 del 19 de junio de 2020, que es prácticamente idéntica a la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 (caso Azúcar).

11. El caso Pfizer (proceso 02-IP-2019)

En atención a la denuncia que formularan el 15 de julio de 2009, Sionpharm Cía. Ltda. y otras seis empresas, mediante Resolución MIPRO-001-2011 del 6 de abril de 2011, el Ministerio de Industrias y Productividad⁴⁹ sancionó a la empresa Pfizer Ireland Pharmaceuticals (en adelante, **Pfizer**) por haber abusado de su posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales o litigación predatoria entre los años 2006 y 2010, tipificado, según dicha autoridad, en el literal g) del art. 8 de la Decisión 608.

Según el mencionado ministerio, que en aquella época era la autoridad de defensa de la competencia del Ecuador, Pfizer, empresa productora y comercializadora del producto Viagra (sildenafil), interpuso diversas acciones administrativas y judiciales (solicitudes de medidas cautelares) contra sus competidores con el objeto de evitar la comercialización de medicamentos (genéricos) que tenían al sildenafil como principio activo.

Pfizer interpuso recurso de reposición y pedido de ampliación contra lo resuelto por el Ministerio de Industrias y Productividad, los que fueron rechazados por esta entidad pública.

Pfizer presentó demanda de nulidad contra los pronunciamientos del Ministerio de Industrias y Productividad, alegando que la Decisión 608 entró en vigor en Ecuador como norma nacional de defensa de la libre competencia recién el 27 de marzo de 2009 con la publicación del Decreto Ejecutivo 1614, que no tuvo posición de dominio, entre otros argumentos.

El 18 de diciembre de 2018, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo núm. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito solicitó al TJCA la interpretación prejudicial de los arts. 8 (literal g), 9 y 34 de la Decisión 608, así como de la Decisión 616⁵⁰ que establecía lo siguiente:

⁴⁹ Hoy denominado Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca.

⁵⁰ Norma andina que aprobó la entrada en vigencia de la Decisión 608 (como ley nacional de defensa de la libre competencia) para la República del Ecuador, del 15 de julio de 2005, publicada en la GOAC núm. 1221 del 25 de julio de 2005.

«**Artículo 1.-** Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

Artículo 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.

Artículo 3.- Derogar la siguiente frase del artículo 51 de la Decisión 608:

“...; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”

Artículo 4.- La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.»

La corte andina absolvió la consulta con la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 del 11 de diciembre de 2020, publicada en la GOAC núm. 4126 del 14 de dicho mes.

En primer lugar, el TJCA explicó en su interpretación prejudicial que la Decisión 608, como norma supranacional de defensa de la competencia —que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas transfronterizas— entró en vigor para Ecuador el 26 de julio de 2005.⁵¹

El segundo tema analizado por el Tribunal fue lo relativo a la entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador; es decir, como norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas nacionales.

Sobre el particular, la corte andina mencionó que no tenía sentido proteger a los consumidores del territorio de un país miembro únicamente respecto de las conductas anticompetitivas originadas en otro u otros países miembros (infracción transfronteriza), y no así con relación a las conductas anticompetitivas generadas en su propio territorio (infracción nacional). Una vez vigente la Decisión 608, si un país miembro carecía de ley nacional de defensa de la libre competencia, como era el caso del Ecuador, los consumidores de dicho país se encontrarían en una situación de desventaja con relación a los consumidores de los otros países miembros.⁵²

Según el TJCA, la *ratio legis* de la Decisión 616 fue otorgar a los consumidores ecuatorianos el mismo nivel de protección del que ya gozaban los consumidores bolivianos, colombianos y peruanos con relación a las conductas anticompetitivas

⁵¹ Interpretación Prejudicial 02-IP-2019, p. 15.

⁵² *Ibidem*, p. 14.

transfronterizas y nacionales.⁵³

La corte andina efectuó una interpretación sistemática de los arts. 1 y 2 de la Decisión 616, en el sentido de que entre el 26 de julio y el 1 de agosto de 2005 Ecuador tenía la obligación de designar a la autoridad nacional encargada de aplicar la Decisión 608 como ley nacional de defensa de la competencia, por lo que, para cumplir con dicha obligación, esta ley andina necesariamente debió entrar en vigor en Ecuador, como ley nacional, el 26 de julio de ese año.⁵⁴

Como tercer tema, el Tribunal identificó el articulado de la Decisión 608 que la autoridad ecuatoriana de defensa de la competencia podía haber aplicado como ley nacional, tal como lo había hecho para Bolivia en el Caso Cerveza (Interpretación Prejudicial 472-IP-2016).

El cuarto asunto abordado fue la exposición de criterios para determinar el mercado relevante, asunto que había sido objeto de cuestionamiento por parte de Pfizer en el proceso interno.

El TJCA explicó que el mercado relevante es el ámbito en el que una empresa ostenta o no posición de dominio, y que dicho ámbito está compuesto, a su vez, por el producto (o servicio) relevante y el mercado geográfico relevante.

El producto relevante es el bien producido o comercializado por la empresa investigada y respecto del cual estaría presuntamente abusando más todos aquellos productos que, por razones de precio, calidad, características, finalidad, modo de uso, entre otros, son sustitutos razonables (razonablemente intercambiables) del mencionado bien. Para efectuar este análisis (de sustituibilidad de la demanda), la corte andina consideró pertinente utilizar la metodología del monopolista hipotético y el *test* del pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio. También consideró apropiado incorporar el análisis de sustituibilidad de la oferta en esta etapa si es que hay fabricantes de otros productos que de manera fácil y rápida pueden producir lo previamente definido como producto relevante.⁵⁵

El mercado geográfico relevante, por su parte, es el espacio físico hasta donde irían los agentes económicos para buscar alternativas de aprovisionamiento del producto relevante en caso un monopolista hipotético efectuara un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio del producto relevante. Para definir el mercado relevante, la autoridad debe tener en consideración factores tales como el costo del transporte (fletes y seguros), el impacto de este costo en el precio de la mercadería, los costos de importar el producto de otro país (v.g., aranceles), las restricciones a las

⁵³ *Ibidem*, pp. 13-15.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 15-18.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 21-23.

importaciones (v.g., salvaguardias), etc.⁵⁶

El quinto asunto fue lo concerniente a si la figura de la litigación predatoria se encuentra o no inmersa en el tipo abierto previsto en el literal g) del art. 8 de la Decisión 608⁵⁷, que establece lo siguiente:

«**Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.»

La corte andina mencionó que los tipos infractores mencionados en el art. 8 de la Decisión 608 son *numerus apertus*, y que el ilícito tipificado como tipo abierto en su literal g) es toda conducta de la empresa dominante que levanta una barrera, que genera un sobrecosto o que provoca una dificultad a los competidores actuales o potenciales que no se refleja en menores precios, mejor calidad, mayor variedad, acceso más fácil y/o rápido de los productos o servicios, o en mejores servicios de pre o post venta.⁵⁸

El TJCA explicó que una modalidad de conducta anticompetitiva son las prácticas predatorias, las que tienen un efecto de exclusión (efecto exclusorio) debido a que la empresa dominante asume costos menores para perjudicar a sus competidores, quienes asumen costos mayores⁵⁹. Sobre la litigación predatoria, el TJCA mencionó lo siguiente:

«...Cuando una empresa dominante utiliza de manera abusiva y reiterada procesos administrativos o jurisdiccionales contra uno o más de sus competidores reales o potenciales, les impone un sobrecosto, que los fuerza a salir del mercado, o les provoca una dificultad que les impide acceder al mercado; y en ambos casos el efecto exclusorio no deviene de alguna eficiencia económica (un menor precio, una mejor calidad), sino del costo de defenderse del proceso administrativo o judicial, y del costo económico que significa, por ejemplo, asumir medidas cautelares que, mientras el litigio se discute, suspenden o paralizan el ingreso del competidor al mercado. Así, la dificultad del competidor potencial de entrar al mercado, no deriva de la dificultad de vencer el menor precio o la mejor calidad del producto o servicio de la empresa dominante, sino del

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 23-25.

⁵⁷ El autor del presente trabajo académico, cuando se desempeñaba como secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) del Perú, participó en la elaboración de la Decisión 608, y fue quien propuso, entre otras disposiciones, el literal g) del art. 8 de la Decisión 608.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 27-28.

bombardeo de medidas cautelares que esta articula con el único propósito de restringir la competencia.»⁶⁰

La corte andina concluyó que la figura de la litigación predatoria encaja en el tipo abierto previsto en el literal g) del art. 8 de la Decisión 608, y que una modalidad de dicha figura es el abuso de procesos legales relacionados con derechos de propiedad intelectual, como, por ejemplo, la presentación de denuncias o demandas por infracción de derechos de propiedad industrial (patentes de invención, marcas, nombres comerciales, etc.) con la única intención de afectar el acceso o permanencia de los competidores en el mercado.⁶¹

En su interpretación prejudicial, el TJCA precisó que el abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria sobre la base de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial es un asunto que le concierne a la autoridad de defensa de la libre competencia, no a la autoridad de propiedad industrial. Es la primera, la que debe analizar si se ha utilizado o no de manera abusiva y reiterada procesos administrativos, jurisdiccionales o regulatorios con el propósito o el efecto de restringir la competencia, y ella no sustituye a la autoridad de propiedad industrial ni es superior jerárquico de esta, como tampoco es una autoridad que revoca, anula o de alguna manera deja sin efecto las decisiones adoptadas por la autoridad de propiedad industrial.⁶²

Para concluir lo relacionado con la litigación predatoria, el Tribunal planteó los siguientes criterios a modo de metodología de análisis de esta controversial figura del derecho de la competencia:⁶³

- a) La litigación predatoria es una modalidad de abuso de posición de dominio que busca obstaculizar la permanencia de competidores en el mercado, o de impedir o retrasar su entrada al mercado.
- b) La litigación predatoria constituye el ejercicio abusivo del derecho de acción y/o de petición, y se expresa en una pluralidad de procesos administrativos, jurisdiccionales (judiciales, constitucionales o arbitrales) y/o regulatorios.

De manera muy excepcional se podrá tomar en consideración un solo proceso legal como prueba del abuso.

- c) Tratándose de una pluralidad de acciones legales, la autoridad de competencia debe averiguar cuál es la finalidad de tales acciones.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 31-33.

⁶² *Ibidem*, pp. 32-33.

⁶³ *Ibidem*, pp. 37-39.

Si la finalidad no es proteger genuinamente los derechos o intereses de la empresa con posición de dominio, sino de hostigar o acosar al competidor o competidores; es decir, que las acciones legales han sido concebidas (en conjunto) en el marco de un plan (o patrón) que tiene el propósito de restringir la competencia, habrá abuso.

- d) El análisis sobre la finalidad de las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio tiene carácter prospectivo. No se requiere que los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios cuestionados hayan concluido.
- e) Para evaluar la finalidad de las acciones legales, la autoridad de competencia podrá tener en consideración, entre otros, los siguientes criterios meramente enunciativos:
 - (i) Si el aparente beneficio económico que la empresa dominante obtendría de un pronunciamiento favorable es significativamente menor al costo de la litigación. Esto lo que demostraría es que hay un beneficio colateral: impedir o retrasar la entrada del competidor o competidores al mercado.
 - (ii) Si se está ante la interposición de una multiplicidad de acciones legales reiterativas, es decir, solicitando prácticamente lo mismo y posiblemente bajo los mismos argumentos.
 - (iii) El número de acciones legales interpuestas, el lugar y fecha de su interposición, los competidores destinatarios de tales acciones y los efectos que puedan tener dichas acciones sobre ellos.
 - (iv) La existencia de pronunciamientos previos desfavorables, y que a pesar de esto la empresa con posición de dominio emprende acciones legales conducentes a solicitar o denunciar aquello que antes le fue negado.
 - (v) El uso de medidas cautelares con el único propósito de retrasar en cuanto sea posible, mientras no haya un pronunciamiento firme, la entrada del competidor o competidores al mercado.

Los criterios (i), (ii), (iii), (iv) y (v) no son acumulativos ni concurrentes. Serán utilizados en función de las pruebas que obren en el expediente, de las circunstancias del caso en concreto materia de investigación y del número de acciones legales emprendidas por la empresa dominante.

- f) En ningún caso la autoridad de competencia sustituye a las autoridades competentes que van a resolver o ya resolvieron los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios emprendidos por la empresa dominante.
- g) La autoridad de competencia no necesita evaluar el fundamento de cada acción legal (que probablemente lo tenga), sino que debe indagar sobre la intención detrás del conjunto de todas las acciones legales emprendidas por la empresa dominante.

El último asunto abordado en la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 fue lo relacionado a las medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión 608, las cuales son independientes unas de otras.

El TJCA explicó que la autoridad de competencia puede, a modo de ejemplo, dictar cualesquiera de las siguientes medidas correctivas relacionadas con los supuestos de abuso de posición de dominio:⁶⁴

- a) Frente al establecimiento injustificado de una distribución exclusiva, el mandato ordenando la inoponibilidad del contrato o cláusula anticompetitiva que sustenta dicha restricción.
- b) Ante la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos, el mandato ordenando la eliminación de la venta atada, o la ineficacia de la cláusula de atadura.
- c) Por la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocando a la empresa discriminada en desventaja competitiva con relación a tales terceros, el mandato ordenando que el infractor conceda a la empresa discriminada las mismas condiciones comerciales ofrecidas a dichos terceros.
- d) Frente a la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, el mandato ordenando la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones.
- e) Ante a la incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios, a impedir su prestación o adquisición, o a no vender materias primas o insumos, el mandato ordenando el cese del boicot, la obligación de contratar —inclusive bajo determinadas condiciones—, el acceso a una asociación u organización de intermediación, etc.

En la medida que la prohibición y sanción de la litigación predatoria como abuso de posición de dominio cuestiona el ejercicio mismo de los derechos de acción y de petición (derechos constitucionales), resulta una figura controversial dentro del derecho de la competencia, lo que explica que haya sido poco utilizada por las autoridades de competencia, y cuando ha sido utilizada, rara vez ha habido sanción. Una de las pocas sanciones que se conoce en los países de la Comunidad Andina es la que aplicó la autoridad ecuatoriana a Pfizer el 2011.

En ese contexto, la metodología planteada por la corte andina busca brindar orientación a las autoridades de competencia sobre el análisis de los casos que involucren el abuso de procesos legales, de manera que ellas tengan parámetros sobre

⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

la evaluación de las acciones legales —denuncias, oposiciones, apelaciones, demandas, medidas cautelares, etc.— que articulan un esquema de actuación conjunta que lo que persigue es restringir la competencia. Como bien explicó el TJCA, no se trata de que la autoridad de competencia se convierta en superior jerárquico de las autoridades que están conociendo las acciones legales, sino que el rol de aquella es analizar el planteamiento conjunto de tales acciones a efectos de averiguar la intencionalidad de la empresa dominante: si esta está genuinamente protegiendo sus derechos o intereses o si, por el contrario, lo único que busca es impedir el ingreso, o retrasar el ingreso, de sus competidores.

En cuanto a las sanciones, el TJCA indicó que la multa, para ser disuasiva, debe ser superior al beneficio esperado de cometer la infracción —que es lo que el infractor esperaba ganar, o dejar de perder, o ahorrar, al cometer la infracción—. Si la multa fuera menor, cometer la infracción sería rentable. Para efectuar un cálculo más preciso del beneficio esperado, hay que relacionar este monto con la probabilidad de detección.⁶⁵

12. Conclusiones

La Comunidad Andina es el proceso de integración jurídica, económica y social más exitoso y longevo de Sudamérica. Después de 54 años de creación ha logrado consolidar la armonización de políticas y legislación, la supranacionalidad y un área de libre comercio.

El buen funcionamiento del programa de liberación de bienes, que es el sustento normativo del área de libre comercio, requiere que los países miembros no establezcan —con su *ius imperium*— restricciones al comercio y que los agentes económicos (privados y públicos) no distorsionen —con sus decisiones empresariales— la competencia en el mercado subregional andino. Es por ello que el art. 93 del Acuerdo de Cartagena previó tempranamente la dación de una ley andina de defensa de la competencia, que a la fecha es la Decisión 608, publicada en abril de 2005.

El TJCA es el intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario andino. Entre los años 2017 y 2020, ha emitido criterios jurídicos interpretativos en acciones de nulidad e interpretaciones prejudiciales que explican el sentido de diversas disposiciones de la Decisión 608. La sentencia, autos e interpretaciones prejudiciales mencionados en el presente documento evidencian que la corte andina ha explicado de manera específica y técnica el alcance del articulado y de las instituciones jurídicas inmersas en la ley andina de defensa de la libre competencia.

Los casos Angelcom (proceso 05-AN-2015), Pañales desechables 1 y 2 (procesos 78-IP-2018 y 506-IP-2018), Cerveza (proceso 472-IP-2016) y Azúcar (proceso 484-IP-2018) revelan que el asunto más controvertido y consultado ha sido establecer una clara diferenciación entre la competencia (administrativa) de las autoridades nacionales y la autoridad supranacional (la SGCA) de defensa de la competencia

⁶⁵ *Ibidem*, p. 42.

(económica), lo que se relaciona con el art. 5 de la Decisión 608. En dicha jurisprudencia, el TJCA ha explicado con detalle el ámbito de aplicación objetivo de esta ley andina, lo que se entiende por «efectos reales», la naturaleza del procedimiento de investigación previsto en dicha ley y la aplicación del principio *non bis in idem*, y, para evitar espacios de impunidad, introdujo la teoría de la «doble barrera», doctrina esta que ya había sido desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Walt Wilhelm de 1969.

En aplicación del principio *non bis in idem* (que exige la presencia de la triple identidad: los mismos sujetos, el mismo hecho y el mismo bien jurídico protegido) y la teoría de la doble barrera, una misma conducta anticompetitiva podría ser investigada y sancionada por las autoridades nacionales y supranacional de defensa de la competencia. Si los agentes económicos investigados (o sancionados) no son exactamente los mismos, no hay vulneración del mencionado principio, y el TJCA ha señalado que las autoridades nacionales tienen la potestad de limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo, lo que no perjudica ni condiciona la potestad de la SGCA para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza. A esto hay que agregar que si el bien protegido por la ley nacional difiere del previsto en la Decisión 608, no se cumple otro de los supuestos de la triple identidad que exige la aplicación del mencionado principio ordenador del derecho administrativo sancionador. En la sentencia Walt Wilhelm, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que la finalidad de la norma comunitaria no es la misma que la de la ley nacional. Esta afirmación es aplicable al derecho andino, en el que la Decisión 608 protege al mercado subregional andino, mientras que las legislaciones internas a los mercados nacionales.

Los casos Cerveza y Pfizer (proceso 02-IP-2019) evidencian la importancia de haber previsto la aplicación de la Decisión 608 como la ley nacional de defensa de la competencia para Bolivia (por mandato del art. 49 de la Decisión 608) y Ecuador (por mandato del art. 1 de la Decisión 616) en tanto las autoridades legislativas de estos países no aprobaran sus correspondientes leyes nacionales. Aplicando la Decisión 608, la autoridad de competencia boliviana sancionó a una empresa cervecera por abuso de posición de dominio el 2010, y la ecuatoriana hizo lo propio el 2011 con relación a una empresa farmacéutica. En sus interpretaciones prejudiciales, la corte andina no solo validó la competencia ejercida por las mencionadas autoridades hace más de doce años, sino que precisó el articulado de la ley andina de competencia que ellas pudieron haber aplicado como ley nacional.

Los casos Papeles suaves (capítulos 1 y 2) permitieron al TJCA explicar qué actos administrativos emitidos al interior del procedimiento de investigación de una conducta anticompetitiva transfronteriza son susceptibles de impugnación a través de la acción de nulidad, la cual reviste la forma de un proceso contencioso administrativo si es que el control de legalidad se plantea respecto de actos administrativos. Son impugnables únicamente los actos administrativos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica subjetiva; los que ponen fin a la investigación; los que, sin poner fin al procedimiento, hacen imposible su continuación; y todos aquellos que causan indefensión. No es impugnable la resolución de apertura de la investigación (el acto

administrativo de imputación de cargos), pues no hay un derecho subjetivo o interés legítimo a no ser investigado. Tampoco es impugnabile la resolución que ha sido cuestionada a través de un recurso de reconsideración. Lo que sí es impugnabile es la decisión que resuelve, de manera definitiva, dicho recurso.

El caso Papeles suaves (capítulo 2) dio motivo a la corte andina para explicar, como cuestión previa, la importancia de los programas de clemencia (*leniency program*) —denominados también de delación compensada— como herramientas para la detección y sanción de los cárteles, las conductas anticompetitivas más nocivas para los consumidores. El TJCA explicó que la información aportada por los delatores en los programas de clemencia es confidencial y que no debería ser usada en su contra en otra clase de procesos administrativos o judiciales.

El caso Angelcom dilucida, con relación al art. 43 de la Decisión 608, que el momento de la suspensión del plazo de prescripción de las infracciones es, si la investigación se inicia de oficio (por la SGCA), con la resolución de imputación de cargos; y si es a pedido de parte, con la denuncia presentada por esta. El caso Azúcar, por su parte, al analizar los literales c) y d) del art. 7 de la referida ley andina, permitió que el TJCA explique con ejemplos los tipos infractores de reparto de mercados y de boicot, dos modalidades de prácticas colusorias transfronterizas.

El caso Pfizer, adicionalmente a lo mencionado, sirvió para aclarar que los tipos infractores previstos en el art. 8 de la Decisión 608 (modalidades de abuso de posición de dominio) son *numerus apertus*; que el tipo abierto contemplado en el literal g) de dicho artículo recoge, entre otras, a la figura conocida como abuso de procesos judiciales o litigación predatoria, y que una forma de expresar esta modalidad es sobre la base de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial (patentes de invención, marcas, nombres comerciales). En el caso Pfizer, el TJCA esbozó criterios que dan forma a una metodología de análisis de la litigación predatoria, una de las instituciones más controversiales del derecho de la competencia, y por ello, precisamente, poco aplicada por las autoridades.

El capítulo 3 del caso Papeles suaves (procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021) quedó inconcluso, a la espera de que el TJCA emita sentencia. Solos en dos ocasiones la SGCA ha impuesto sanciones por la comisión de conductas anticompetitivas transfronterizas. La primera vez lo hizo el 2006, cuando sancionó —aplicando como norma sustantiva la Decisión 285 de 1991 y como procesal la Decisión 608— al Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones (Fedepalma) de Colombia por haber fijado concertadamente el precio del aceite crudo de palma/palmiste colombiano tanto para el mercado interno como para la exportación. El TJCA anuló dicha sanción el 2008.⁶⁶

La segunda fue a los Grupos Kimberly y Familia, a través de sus Resoluciones 2006 (2018) y 2236 (2021), al plantear la SGCA que los gerentes de Kimberly Colombia y

⁶⁶ Para mayor conocimiento de este caso, se recomienda ver: Hugo R. Gómez Apac, *El control de las conductas anticompetitivas transfronterizas en la Comunidad Andina*, op. cit., pp. 410-411.

Familia Colombia (empresas matrices) habrían ordenado a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador (empresas subsidiarias) acordar el precio de diversos productos de papel suave para el mercado ecuatoriano entre los años 2006 y 2013.

Las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA han sido impugnadas vía acción de nulidad ante el TJCA. Independientemente de si el órgano jurisdiccional anule o no los pronunciamientos del órgano ejecutivo del proceso de integración andino, la sentencia que se dicte analizará por primera vez la aplicación sustantiva de la Decisión 608 a un caso concreto, y como tal, posiblemente, establecerá criterios jurídicos interpretativos relevantes sobre el derecho de la competencia andino.

El mayor bienestar de los más de 115 millones de consumidores andinos es el objetivo general del proceso de integración andino y el específico de la ley andina de defensa de la libre competencia. La sentencia, los autos e interpretaciones prejudiciales mencionados en el presente trabajo académico demuestran el funcionamiento del sistema andino de solución de controversias y evidencian que la jurisprudencia de la corte andina es la sangre que recorre las venas del ordenamiento comunitario andino.

El libre comercio y la defensa de la competencia son elementos esenciales en la integración andina. Ambos promueven que los consumidores andinos disfruten de una mayor variedad de productos a menores precios y de mejor calidad. Concedor de este beneficio, el TJCA ha buscado, a través de su jurisprudencia, armonizar las competencias de las autoridades nacionales con la de la SGCA, de modo que, en lugar de encontrar espacios de conflicto y debilitamiento institucional, ha empoderado a las mencionadas autoridades para que las investigaciones y sanciones por ellas efectuadas y establecidas sean eficaces. La teoría de la doble barrera podrá no gustar a las empresas y a sus abogados, pero ella garantiza que la Decisión 608 no sea utilizada indebidamente para perjudicar la labor funcional de las autoridades nacionales.

La SGCA, las autoridades nacionales, los agentes económicos y los profesionales (abogados, economistas) inmersos en el derecho de la competencia tienen en la jurisprudencia del TJCA una guía de entendimiento de la aplicación de la Decisión 608. Futuros casos que tramite la SGCA, así como nuevas solicitudes de interpretación prejudicial, permitirán a la corte andina desarrollar nuevos criterios jurisprudenciales, así como precisar y ampliar los ya existentes, una tarea de nunca acabar en la construcción del derecho de la competencia andino.

Grandes retos le deparan al derecho de la competencia andino. La Decisión 608 es una norma perfectible, pero en tanto el legislador andino no la modifique o la sustituya, le corresponde al TJCA salvaguardar la aplicación eficiente y justa de esta ley andina. Una jurisprudencia coherente y consistente genera predictibilidad y permite una orientación clara a los países miembros, a los órganos comunitarios y a los ciudadanos andinos (empresas y consumidores), lo que se traduce en una fuerza que cohesionan la integración, lo que a su vez es garantía de paz y prosperidad económica, la razón de ser de la Comunidad Andina.

Quito, diciembre de 2023.

SUBCAPÍTULO V

LA ZONA ANDINA DE LIBRE COMERCIO: EL PROGRAMA DE LIBERACIÓN DE BIENES DEL ACUERDO DE CARTAGENA

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 ZONA ANDINA DE LIBRE COMERCIO: EL PROGRAMA DE LIBERACIÓN DE BIENES DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Genaro Baldeón Herrera

Palabras clave

Zona Andina de Libre Comercio. Programa de Liberación.
Principio de No Discriminación. Derechos aduaneros.
Gravámenes a la importación. Tasas por servicios prestados.
Restricciones de todo orden. Salvaguardias. Objetivos
legítimos. Medidas indistintamente aplicables.
Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho
comunitario.

Keywords

Andean Free-Trade Area. Liberalization Program. Principle
of Non-discrimination. Customs duties. Import duties. Fees for
rendered services. Trade barriers of all kinds. Safeguards.
Legitimate objectives. Indistinctly applicable measures. State
Liability for breach of Community law.

Resumen

Sobre la base del ordenamiento jurídico, la casuística y la jurisprudencia de la Comunidad Andina, el autor analiza los elementos centrales del Programa de Liberación, principal mecanismo de la Zona Andina de Libre Comercio. Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú suprimieron los aranceles a la importación para el universo de mercancías hace más de 30 años. A partir de entonces, la liberalización del intercambio comercial continúa en permanente evolución, gracias a una institucionalidad comunitaria con competencias para: (i) armonizar las legislaciones nacionales que regulan las condiciones de comercialización de los productos; (ii) fiscalizar las conductas contrarias a las reglas y principios del Programa de Liberación; y, (iii) declarar el Derecho comunitario, interpretarlo uniformemente y dirimir las controversias, bajo la autoridad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El autor aborda el alcance y las excepciones generales del Programa de Liberación, el principio de no discriminación en el comercio de bienes en la Comunidad Andina, así como la prohibición de mantener e introducir gravámenes y restricciones a la importación, incluyendo su aplicación práctica, procedimientos y efectos.

Abstract

Based on the legal system and case law of the Andean Community, the central elements of the Liberalization Program —the main mechanism of the Andean Free Trade Area— are analyzed. Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru abolished import tariffs for the universe of goods more than 30 years ago. Since then, the liberalization of trade has continued to evolve, thanks to a framework of Community institutions with the powers to (i) harmonize national legislation regulating the conditions for the marketing of products; (ii) manage the procedures for controlling measures that violate the rules and principles of the Liberalization Program; and, (iii) declare Community law, interpret it uniformly and settle disputes, under the authority of the Court of Justice of the Andean Community. The author addresses the scope and general exceptions of the Liberalization Program, the principle of non-discrimination in the trade of goods in the Andean Community, as well as the prohibition of maintaining and introducing import charges and restrictions, including their practical application, procedures, and effects.

1. Introducción

Al evaluar los mecanismos inicialmente previstos en el «Acuerdo de Integración Subregional Andino» (Acuerdo de Cartagena¹) de 1969 y de la actual Comunidad Andina (en adelante, también llamada **CAN**), el cumplimiento del «Programa de Liberación» y la consecuente conformación de la «Zona Andina de Libre Comercio»² constituyen —junto a la institucionalidad andina— uno de los principales logros del proceso de integración subregional³.

¹ La Decisión N°1 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su primera sesión de 25 de agosto de 1969, designó con el nombre de «Acuerdo de Cartagena», al Acuerdo de Integración Subregional suscrito por los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, el 29 de mayo de 1969. *Historia documental del Acuerdo de Cartagena*, Junta del Acuerdo de Cartagena, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), 1974, p. 220.

² La expresión «Zona Andina de Libre Comercio» aparece en la última reforma al Acuerdo de Cartagena: el Protocolo de Sucre (Disposición Transitoria Primera), celebrado el 25 de junio de 1997, codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina «Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante **GOAC**) N°940 de 1 de julio de 2003.

³ Tal como lo reconoció la Declaración Presidencial de Lima: «50 años de la Comunidad Andina», de 26 de mayo de 2019, emitida en el marco del XIX Consejo Presidencial Andino:

«3.- Nuestro beneplácito por los logros y objetivos estratégicos alcanzados en estos 50 años de existencia, cuyos beneficios contribuyen de manera sustantiva en el bienestar de nuestros pueblos; entre otros:

La CAN ha logrado consolidar una zona de libre comercio de las más profundas que conoce Latinoamérica, que cubre la totalidad de los bienes producidos en la Subregión. Las importaciones de cualquier tipo de mercancía originaria de los Países Miembros de la CAN no pagan aranceles; los mecanismos de salvaguardia están sujetos a un escrutinio y autorización por parte de los órganos comunitarios; y, las restricciones han sido en gran medida desmontadas, tanto por la armonización de normas aduaneras, sanitarias, fitosanitarias, de reglamentación técnica, de propiedad intelectual, entre otras políticas económicas relacionadas con el comercio, así como por un sistema jurídico institucional, a la cabeza un Tribunal de Justicia, que vela por el respeto del cumplimiento del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

Tras reconocer estos extraordinarios logros⁴, debemos precisar que los gobiernos de los Países Miembros de la CAN han renunciado a la inicial aspiración —plasmada en el propio Acuerdo de Cartagena, en Declaraciones Presidenciales y la jurisprudencia comunitaria⁵— de conformar una unión aduanera, un mercado común e incluso «una fusión de los mercados nacionales en un espacio económico común, sin fronteras estatales que impliquen dificultades pecuniarias, administrativas, formales o de cualquier otro tipo»⁶, al haber sido derogadas las decisiones sobre el arancel externo

-
- Un mercado de 110 millones de habitantes andinos con un ingreso nominal per cápita de 6.500 dólares. Este ingreso, que representa un indicador del mejoramiento del nivel de vida, ha registrado un importante crecimiento, multiplicándose 17 veces desde 1969 hasta la fecha.
 - La Zona de Libre Comercio, de 8 902 millones de dólares de las exportaciones intracomunitarias y su mayor dinamismo respecto al comercio con terceros países, así como el desarrollo de un mercado con valor agregado para manufacturas de media y alta tecnología.
 - La mayor diversificación de las exportaciones intra-andinas en comparación con aquellas exportaciones dirigidas fuera del bloque andino, donde el 90% representaron 588 subpartidas NANDINA.
 - El ordenamiento jurídico andino, que dota de seguridad jurídica a las operaciones de comercio y establece derechos a favor de los ciudadanos andinos.
- (...).».

⁴ Para ampliar sobre los avances de la integración andina: Secretaría General de la Comunidad Andina, *Rumbo a los 50 años, El Arduo Camino de la Integración*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2017; Alfredo Fuentes Fernández: *Contexto histórico y avancen en la Comunidad Andina*, en Oasis 2007 - 2008, núm. 13, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia.

⁵ «La Comunidad Andina pretende consolidarse, desde sus inicios, como un mercado común, caracterizado por la existencia de libre circulación de mercancías, libre circulación de servicios, libre circulación de personas y libre circulación de capitales, y con la misma tarifa aduanera para las importaciones provenientes de terceros países, todo ello enmarcado dentro de un conjunto de reglas comunes aplicables a todos los ciudadanos de la Subregión»: Sentencia de 29 de noviembre de 2000 (proceso 27-AI-2000), publicada en la GOAC N°644 de 20 de febrero de 2001.

⁶ «La liberación absoluta del intercambio intracomunitario debe percibirse como una situación que se asemeje, en la medida de lo posible, a la que existe en el interior de los territorios de los Países Miembros, logrando una fusión de los mercados nacionales en un espacio económico común, sin fronteras estatales que impliquen dificultades pecuniarias, administrativas, formales o de

común⁷, al haber quedado vaciada de contenido la política comercial común frente a terceros países⁸ y al no haberse planteado seriamente la supresión de los controles, formalidades y demás obligaciones aduaneras al interior del «territorio aduanero comunitario»⁹; es decir, al continuar exigiéndose que las mercancías de origen andino o las procedentes de terceros países deban someterse, sin excepción, a las autoridades aduaneras y demás organismos de control nacionales, para que puedan ingresar y circular en el territorio de otro País Miembro.

Desde la perspectiva del sistema jurídico de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, la **OMC**), la CAN es una «zona de libre comercio», aun cuando no fue notificada como tal por los países andinos bajo el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio¹⁰, sino al amparo de la «Cláusula de

cualquier otro tipo»: Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 2-AN-98), publicada en la GOAC N°588 de 2 de agosto de 2000.

⁷ Conforme a la Decisión 771 de la Comisión de la CAN «Política Arancelaria de la Comunidad Andina» (de 7 de diciembre de 2011), los Países Miembros no están obligados a aplicar las Decisiones 370 «Arancel Externo Común» y 371 «Sistema Andino de Franja de Precios» hasta el 31 de diciembre de 2014. Por su parte, la Decisión 805 de la Comisión de la CAN «Política Arancelaria de la Comunidad Andina» (24 de abril de 2015), dejó «sin efecto las Decisiones 370, 465 y 535 y aquellas que las sustituyan, modifiquen o complementen sobre el Arancel Externo Común»; sin perjuicio de que «los Países Miembros podrán continuar aplicando el artículo 8 de la Decisión 370, el anexo 1 de la misma o de aquellas Decisiones que lo sustituyen, modifiquen o complementen y la Decisión 371, en la parte que corresponde a la aplicación del el Sistema Andino de Franjas de Precios».

⁸ La Decisión 598 «Relaciones comerciales con terceros países» (de 11 de julio de 2004) faculta a los Países Miembros a negociar acuerdos comerciales con terceros en forma bilateral, cuando no sea posible «por cualquier motivo» negociar comunitariamente.

⁹ La normativa andina sobre «Armonización de Regímenes Aduaneros», actualizada por la Decisión 848, de 26 de julio de 2019, establece el concepto de «territorio aduanero comunitario», para diferenciarlo del «territorio aduanero nacional», e incluso llega a señalar que la importación a consumo habilita a que las mercancías provenientes desde terceros países puedan «circular libremente en el territorio aduanero comunitario» (artículo 36); sin embargo, al definir los términos «importación» y «exportación» se precisa que es el ingreso o la salida, respectivamente, de mercancías «del territorio aduanero nacional del País Miembro, cumpliendo las formalidades aduaneras».

¹⁰ El artículo XXIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994) señala en su numeral 8:

«8. A los efectos de aplicación del presente Acuerdo, (...) b) se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.»

Habilitación»¹¹, que permite a los Miembros de la OMC otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo¹².

La conformación de la Zona Andina de Libre Comercio ha transitado por un complejo proceso que dio lugar a sendas reformas al Acuerdo de Cartagena de 1969, a un sinnúmero de Decisiones de la Comisión, a una profusa labor técnica de la Junta del Acuerdo de Cartagena y de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **Secretaría General** o **SGCA**) y, ante todo, a una nutrida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal de Justicia, Tribunal** o **TJCA**) que ha impulsado y resguardado los objetivos y el acervo de la integración andina.

La consolidación y profundización de la Zona Andina de Libre Comercio ha tenido dos dimensiones que continúan vigentes: por una parte, la obligación de abstenerse de aplicar o introducir medidas, discriminatorias o no, que restrinjan o graven las importaciones originarias de los Países Miembros de la CAN; y, por la otra, el desarrollo normativo comunitario de armonización, aproximación o coordinación de las legislaciones nacionales que regulan las condiciones de producción y comercialización de los productos para resguardar los intereses legítimos de los Estados, como la vida de las personas o los animales, la sanidad agropecuaria, la protección del medio ambiente, la protección de los derechos de los consumidores, el orden público, la seguridad nacional, los tributos internos, la propiedad intelectual, entre otros. El primero de los medios (prohibición de restricciones, gravámenes y discriminación, como objetivo central del Programa de Liberación) ha sido calificada por la doctrina¹³ como una forma de «integración negativa»; mientras que la segunda (armonización y coordinación legislativa), como «integración positiva».

Desde sus primeros pronunciamientos jurisprudenciales, en 1990, el Tribunal Andino dejó sentado que el «Programa de Liberación» «es, sin duda, uno de los principales mecanismos previstos por el Acuerdo de Cartagena para lograr los objetivos propios

¹¹ Denominada oficialmente como «Decisión adoptada por las Partes Contratantes del GATT el 28 de noviembre de 1979 relativa al Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y mayor Participación de los Países en Desarrollo».

¹² La notificación del Acuerdo de Cartagena se encuentra en el documento L/6737 de 12 de octubre de 1990 *Report Submitted by the Member States of the Andean Group* publicado en: «Notificaciones presentadas por la Comunidad Andina ante el Comité de Comercio y Desarrollo de la OMC al amparo de la cláusula de habilitación», Secretaría General de la Comunidad Andina, SG/dt 133 de 7 de septiembre de 2003.

Sobre las relaciones entre el derecho comunitario andino y los acuerdos de la OMC: Genaro Baldeón H., *La Organización Mundial del Comercio y la Comunidad Andina: la posición de los acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico andino*, Agenda Internacional, N° 28, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

¹³ Nicole Stoffel V., *La Prohibición de restricciones a la Libre Circulación de Mercancías en la Comunidad Europea*, Centro de Documentación Europea, Dykinson, 2000. p. 90.

del proceso integracionista»¹⁴. Años más tarde, el Tribunal señalaba que no le cabe duda de que:

«...la libertad de circulación de mercancías constituye hoy una etapa avanzada en el proceso de integración andina, hasta el punto de que es momento oportuno para que la jurisprudencia comunitaria y la doctrina desarrollen la libertad esencial de circulación de mercancías como parámetro de primer orden para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano.»¹⁵

En esta línea, la jurisprudencia andina ha elevado a nivel de «principio» y «pilar básico» del sistema andino de integración a la «libre circulación de mercancías»¹⁶, principio que está llamado a orientar la interpretación y aplicación del derecho comunitario¹⁷.

El «principio de libre circulación de mercancías», al que se refiere el máximo órgano judicial andino, tiene su base en diversas disposiciones del Acuerdo de Cartagena (particularmente, el artículo 3 y el Capítulo VI «Programa de Liberación»), todas ellas dirigidas a eliminar obstáculos injustificados que afecten los intercambios comerciales entre los Países Miembros. Los pronunciamientos más recientes del TJCA han afianzado los criterios jurisprudenciales desarrollados durante cerca de 35 años sobre el «Programa de Liberación», el cual, según expone el Tribunal:

«El Programa de Liberación consolida la vigencia de un área de libre comercio en el mercado subregional andino, en el que los productos originarios de los Países Miembros circulan libremente y sin pagar aranceles en un mercado ampliado, lo que incrementa la capacidad de elección de los consumidores andinos, pues al interior de dicho mercado tienen la oportunidad de elegir entre una mayor variedad de bienes provenientes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, hecho que, a su vez, incrementa la

¹⁴ Sentencia emitida en el proceso 1-IP-90, publicada en la GOAC N°69 de 11 de octubre de 1990.

¹⁵ Sentencia de 24 de marzo de 1997 (proceso 3-AI-96), publicada en la GOAC N°261 de 29 de abril de 1997.

¹⁶ Sentencia d 24 de septiembre de 1998 (proceso 2-AI-97), publicada en la Gaceta Oficial N°391 de 11 de diciembre de 1998:

«El Tribunal Andino ha sido claro, explícito y concordante en varios fallos (3-AI-96, G.O. No. 261 de 29 de Abril de 1997, 2-AI-97 G.O. No. 289 de 29 de Agosto de 1997, y 1-AI-97, G.O 329 de 9 de marzo de 1998) sobre el objetivo, la importancia y la finalidad que persigue la libre circulación de mercancías, recalando en cada ocasión, que ese principio constituye uno de los pilares básicos para un sistema de integración. Mantenerlo y defenderlo es una necesidad para el robustecimiento del proceso».

¹⁷ Sentencia de 20 de junio de 1997 (proceso 2-AI-96), publicada en la GOAC N°289 de 27 de agosto de 1997:

«Considera este Tribunal que en el estado actual del desarrollo de la integración subregional andina, se ha llegado ya a un momento en que puede construirse una doctrina sólida y consistente que desarrolle el principio de libre circulación de mercancías como instrumento orientador para la interpretación y aplicación del derecho comunitario...».

competencia y coadyuva a promover el bienestar de los mencionados consumidores, quienes pueden tener a su alcance productos de mejor calidad a menores precios.»¹⁸

A la luz de los aportes jurisprudenciales que han orientado la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el presente artículo se centra en uno de los elementos fundamentales de la Zona Andina de Libre Comercio: el Programa de Liberación de Bienes del Acuerdo de Cartagena. En una primera parte, se presenta el alcance y excepciones generales del Programa de Liberación; en segundo lugar, se aborda el principio de no discriminación en sus dimensiones de trato nacional y de trato de la nación más favorecida; la tercera parte desarrolla la prohibición de aplicación de gravámenes y restricciones de todo orden a la importación; y, finalmente, se presentan algunas consideraciones finales y conclusiones.

2. Alcance y excepciones generales del Programa de Liberación

El «Programa de Liberación» es uno de los «mecanismos» —el más importante para la integración comercial, sin duda alguna¹⁹— previstos en el Acuerdo de Cartagena para alcanzar los objetivos de desarrollo económico, equilibrado, de sus Países Miembros²⁰ y que «tiene por objeto eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro»²¹ de la Comunidad Andina.

¹⁸ Sentencia de 18 de julio de 2023 (proceso 02-AI-2019), publicada en la GOAC N°5252 de 19 de julio de 2023. En similar sentido, en la sentencia de 11 de diciembre de 2020 (proceso 02-IP-2019), publicada en la GOAC N°4126 de 14 de diciembre de 2020, el TJCA sostuvo:

«El libre intercambio de bienes y servicios permite que el proceso competitivo genere eficiencias económicas en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A los consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados por la competencia, provocan más ventas e ingresos y, por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos».

¹⁹ Tengamos presente que las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación son los únicos derechos y obligaciones que permanecen vigentes cuando un País Miembro decide denunciar el Acuerdo de Cartagena:

«**Artículo 135.-** El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia (...).».

²⁰ Artículos 1 y 3 del Acuerdo de Cartagena.

²¹ Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

La denominación «Programa de Liberación» es la misma utilizada por el Tratado de Montevideo de 1960 que dio origen a la Asociación de Latinoamericana de Libre Comercio (en lo sucesivo, la **ALALC**). Es una expresión que inicialmente identificaba el proceso gradual de desgravación arancelaria y supresión de otros gravámenes y restricciones al comercio, que operaba a través de listas negociadas entre los gobiernos de los Países Miembros, en el seno, fundamentalmente, de la entonces Comisión del Acuerdo de Cartagena. Se trataba, propiamente, de un cronograma o «programa» con plazos, modalidades y compromisos para reducir y eliminar progresivamente los derechos aduaneros y las restricciones aplicadas al comercio intrasubregional.

Si bien la eliminación total de aranceles a la importación se logró en septiembre de 1992 entre Bolivia, Colombia, Ecuador y en enero de 1993 con Venezuela —entonces Miembro de la CAN—, así como en el 2005, entre Perú y los demás países andinos, la denominación «Programa de Liberación», actualmente, se aplica a la *prohibición* de aplicar gravámenes —incluyendo aranceles— y restricciones de todo orden a la importación de bienes originarios de los Países Miembros, así como otras medidas que discriminen a los productos de origen subregional.

Como lo ha expuesto el Tribunal, la ejecución del Programa de Liberación:

«...comporta dos clases de obligaciones para los Países de la Comunidad: de una parte, dejar de aplicar y derogar todas las normas que establezcan gravámenes o restricciones de todo orden a las importaciones provenientes de la Subregión y, de otra, abstenerse de imponerles nuevos gravámenes o restricciones, salvo las disposiciones de excepción previstas en el propio Acuerdo.»²²

A continuación, nos referimos al carácter universal y a las excepciones generales que rigen el «Programa de Liberación» del Acuerdo de Cartagena.

2.1. Universalidad del Programa de Liberación

El artículo 76 del Acuerdo de Cartagena, en su codificación actual, prevé las características esenciales del Programa de Liberación: «automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos». Estas características tienen por propósito «*llegar a su liberación total*», sin perjuicio de las «disposiciones de excepción» establecidas en el propio Acuerdo de Cartagena.²³

Antes de la conformación de la zona de libre comercio, el entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena reseñó en su Sentencia del proceso 01-IP-90, ya citada, la evolución del Programa de Liberación en los siguientes términos:

²² Sentencia del TJCA de 29 de noviembre de 2000 (proceso 27-AI-2000), citada.

²³ Sentencia del TJCA de 18 de julio de 2023 (proceso 02-AI-2019), citada.

«El Programa de Liberación debe cumplirse de manera automática, aunque gradual, es irrevocable, y se refiere, en principio, a todo el conjunto arancelario o sea a la “universalidad de los productos” catalogados en diversas “nóminas” y que -salvo las excepciones previstas en el Acuerdo- deben ser liberados totalmente de restricciones y gravámenes dentro de los plazos y modalidades establecidos para cada “nómina”. O sea que este Programa es también selectivo, en cuanto a las nóminas de los productos que cubre, además de ser diferenciado por grupo de países, y flexible, ya que puede dar lugar a la aplicación de la cláusula de salvaguardia.

Cabe observar que el Programa ha encontrado obstáculos insalvables para su cabal cumplimiento y ha sufrido, en consecuencia, sucesivas dilaciones. Según el texto inicial debía llegarse a la liberación total, esto es a la eliminación completa de restricciones y gravámenes “a más tardar el 31 de diciembre de 1980” para Colombia, Chile, Perú y Venezuela y el 31 de diciembre de 1983 para Bolivia y el Ecuador. El Protocolo de Lima de 30 de octubre de 1976 amplió estos plazos en tres años más, y contempló la posibilidad de prorrogarlos nuevamente. El Protocolo de Arequipa de 21 de abril de 1978, por su parte, procedió a ampliar varios de los plazos señalados en el Acuerdo original y en el Protocolo de Lima y, lo que para el caso reviste especial interés, delegó por primera vez en la Comisión la ampliación de otros plazos, a propuesta de la Junta.

El Protocolo de Quito, de 12 de mayo de 1987 -o sea cuando ya estaba vencido el plazo final entonces vigente- eliminó todo término ad quem disponiendo en cambio, en términos generales, que la liberación habría de producirse dentro de “los plazos y modalidades” previstos en el Acuerdo.»

La Decisión 324 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena²⁴ definió que el «proceso de formación de la zona de libre comercio para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela culminará, completando el Programa de Liberación para todos los productos del universo arancelario». Las listas de excepciones y las desgravaciones arancelarias aún pendientes fueron finalmente suprimidas, en los siguientes términos:

«Los Países Miembros eliminarán, a más tardar, el 30 de setiembre de 1992, cualquier gravamen o recargo de efecto equivalente para las importaciones provenientes del Grupo Andino. Asimismo, eliminarán en dicha fecha, las tasas correspondientes a los servicios que prestan las aduanas nacionales en el comercio subregional.»²⁵

El mismo día que los demás países andinos consolidaron la conformación de la zona de libre comercio, el Perú suspendió sus obligaciones respecto del Programa de Liberación hasta el 31 de diciembre de 1993²⁶, plazo que fue ampliado sucesivamente

²⁴ Publicada en la GOAC N°114 de 27 de agosto de 1992.

²⁵ Último párrafo del artículo 7 de la Decisión 324, publicada en la GOAC N°114 de 27 de agosto de 1992.

²⁶ Decisión 321 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC N°114 de 27 de agosto de 1992.

Al respecto, la Resolución 473, publicada en la GOAC N°635 de 2 de febrero de 2001, recuerda que:

hasta que, finalmente, mediante la Decisión 414²⁷, el 31 de diciembre de 2005 se eliminó la totalidad de los aranceles existentes entre el Perú y los demás Países Miembros²⁸. Esta suspensión y, por lo tanto, retroceso, del Programa de Liberación fue motivo de una acción de nulidad propuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena, en cuya sentencia el Tribunal Andino concluyó que, aun cuando a través de la Decisión de la Comisión se produjo «una violación del Tratado Fundacional, en cuanto que a través de ella se le introducen sustanciales modificaciones a éste, por parte de un organismo, la Comisión, que no tiene la facultad de modificar un Tratado»; el Protocolo de Sucre modificatorio al Acuerdo de Cartagena²⁹ «subsano», «saneó» o «purgó la ilegalidad», al haber habilitado a la Comisión a definir los términos del Programa de Liberación aplicable entre el Perú y los demás Países Miembros³⁰.

Desde entonces, la actual Comunidad Andina mantiene una zona de libre comercio que rige para todo el universo arancelario y que, por su carácter «irrevocable», ni los órganos de la CAN, ni sus países miembros podrían desconocerlo o retroceder en la liberación comercial existente, a menos que el propio Acuerdo de Cartagena sea reformado o denunciado.

«...desde la segunda mitad del año 1992, Perú había decidido suspender el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al Programa de Liberación, lo que se formalizó mediante la Decisión 321. Previa a la adopción de la señalada norma, Perú había completado prácticamente la totalidad del Programa de Liberación, quedando formalmente subsistente sólo el desmonte del conjunto residual de la lista de excepciones de cincuenta subpartidas, aunque en términos reales existía un remanente mayor de 600 subpartidas por desmontar (...).

Producida la suspensión, Perú sujetó las importaciones subregionales al cobro de su arancel nacional, derechos específicos y sobretasas. Los compromisos de la desgravación arancelaria suspendidos fueron luego reasumidos paulatinamente a través de los Convenios Bilaterales avalados por las Decisiones 321 a 387. Dichos Convenios (con variaciones según el caso) fueron administrando también la aplicación de los derechos específicos, tal como veremos más adelante.

Finalmente, se suscribe el Protocolo de Sucre, el cual tuvo por uno de sus objetivos “legalizar” la situación jurídica de las Decisiones que trataron la suspensión del Perú, habida cuenta que las mismas vulneraban frontalmente el artículo 75 del Acuerdo. En dicha norma se habilitó a la Comisión a acordar los términos de la nueva desgravación, lo cual se hizo efectivo con la Decisión 414. A partir de ese momento, Perú reasume plenamente sus compromisos ante el Acuerdo, salvo en lo que respecta al arancel externo común.»

²⁷ Decisión 414, *Perfeccionamiento de la Integración Andina*, publicada en la GOAC N°283 de 31 de julio de 1997.

²⁸ En su sentencia de 14 de junio de 2000, el TJCA dentro del proceso 35-AI-99, reseña la evolución de la suspensión del Programa de Liberación, a partir de la Decisión 321 y continuando con la 347, 353, 356, 377, 387 hasta culminar con la 414. Sentencia publicada en la GOAC N°588 de 2 de agosto de 2000.

²⁹ Celebrado el 25 de junio de 1997.

³⁰ Sentencia de 5 de noviembre de 1999 (proceso 1-AN-96), publicada en la GOAC N°520 de 20 de diciembre de 1999.

Para identificar los bienes que forman parte del Programa de Liberación, es preciso tener presente la definición de «mercancías» prevista en la normativa comunitaria que armoniza los regímenes aduaneros³¹, según la cual «son todos los bienes susceptibles de ser clasificados en la nomenclatura arancelaria y sujetos a control aduanero». A su vez, la Nomenclatura Común de Designación de y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA)³² identifica y clasifica la totalidad de las mercancías que se encuentra cubierta por el Programa de Liberación.

La zona de libre comercio establecida en aplicación del Programa de Liberación cubre todos los «productos originarios del territorio de cualquier País Miembro [de la Comunidad Andina]»³³. «A *contrario sensu*, las mercancías que no cumplan con las normas de origen establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino estarán sometidas a los regímenes nacionales que regulan el acceso a sus respectivos mercados y que establecen, entre otros, el pago de aranceles»³⁴. A fin de determinar qué condiciones deben cumplirse para considerar a un producto como «originario», el Acuerdo de Cartagena atribuye a la Comisión y a la Secretaría General de la CAN competencias para definir las normas especiales y los requisitos específicos de origen de las mercancías³⁵.

2.2. Excepciones generales al Programa de Liberación

La prohibición general de aplicación de gravámenes —incluyendo los aranceles y demás derechos aduaneros— y restricciones rige para todos los productos originarios, «salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo [de Cartagena]»³⁶. Entre las principales excepciones al Programa de Liberación, se encuentran las medidas de salvaguardia que los Países Miembros pueden adoptar bajo determinadas circunstancias, las medidas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia y las medidas de suspensión de liberación comercial, como medio coercitivo para la ejecución o sanción por el incumplimiento de las sentencias del TJCA.

³¹ Decisión 848, publicada en la GOAC N°3699 de 26 de julio de 2019.

³² La Nomenclatura NANDINA vigente fue aprobada por la Decisión 885 (publicada en la GOAC N°4359 de 21 de octubre de 2021), parcialmente reformada por la 906 (publicada en la GOAC N°5062 de 25 de octubre de 2022).

³³ Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

³⁴ Sentencia de 14 de junio de 2023 (proceso 01-AN-2017), publicada en la GOAC N°5202 de 16 de junio de 2023 y sentencia de 25 de septiembre de 2018 (proceso 04-AN-2016), publicada en la GOAC N°3413 de 31 de octubre de 2018.

³⁵ Capítulo XII «Origen» del Acuerdo de Cartagena (artículos 100 a 103). Para un análisis más amplio, Guzmán M., Manrique, *Las Reglas de Origen del Comercio Internacional*, editorial Legis, Colombia, 2012.

³⁶ Frase del artículo 76 del Acuerdo de Cartagena, introducida por el Protocolo de Quito, modificadorio al Acuerdo de Cartagena, de 12 de mayo de 1987.

Además de estas excepciones generales al Programa de Liberación, en el siguiente capítulo se abordarán las expresamente excluidas de los conceptos de restricciones y gravámenes, así como otras medidas justificadas por el propio Derecho comunitario derivado, como es el caso de los regímenes comunes sobre propiedad intelectual o las restricciones que surjan por la aplicación de medidas sanitarias o reglamentos técnicos que se fundamenten en «objetivos legítimos» de los Estados.

2.2.a) Las medidas de salvaguardia

El Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena regula el régimen de cláusulas de salvaguardias que los Estados miembros tienen derecho a invocar, con el fin de exceptuarse de la aplicación del Programa de Liberación de *mercancías*, de manera transitoria y por causales tasadas. Este Capítulo regula cuatro tipos de salvaguardia: medidas correctivas por desequilibrios de la *balanza de pagos global*; medidas correctivas por perjuicios económicos derivados del *cumplimiento del Programa de Liberación*; medidas correctivas por *perturbaciones en la producción nacional de productos específicos* ocasionadas por importaciones originarias de la Subregión; y medidas correctivas por alteración de las condiciones normales de competencia derivadas de una *devaluación monetaria*.

Estos mecanismos de salvaguardias tienen en común que, además de aplicarse solo al comercio de bienes, los administra la Secretaría General, mediante los procedimientos regulados en el Capítulo XI y, en ciertos casos, mediante normas reglamentarias adoptadas por la Comisión de la CAN. En todos estos procedimientos, corresponde a la Secretaría General evaluar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de la medida y resolver sobre su autorización, suspensión o modificación (cuando el País Miembro haya aplicado medidas provisionales o urgentes). En el caso de la salvaguardia por alteración de las condiciones normales de competencia derivadas de una *devaluación monetaria*, la Comisión de la Comunidad Andina actúa como una especie de segunda instancia administrativa y está facultada para enmendar el pronunciamiento de la Secretaría General, sin perjuicio del control de legalidad del Tribunal de Justicia.

La jurisprudencia del TJCA ha delineado las características comunes a los distintos tipos de salvaguardia en los siguientes términos:

«Como resultado de la investigación exhaustiva sobre los pronunciamientos del TJCA referidos a las salvaguardias contempladas en el Acuerdo de Cartagena, se advierten como características comunes a todas las modalidades de salvaguardias (por desequilibrio en la balanza de pagos, por cumplimiento del Programa de Liberación, de productos específicos y por devaluación monetaria), las siguientes:

- (i) Son medidas de naturaleza **correctiva**.
- (ii) Son medidas de carácter **transitorio**.
- (iii) Son medidas de carácter **excepcional**, por lo que están sujetas a una **interpretación restrictiva**, y solo pueden ser conferidas en estricto cumplimiento de **todos y cada uno de sus requisitos**.

- (iv) Les es exigible el requisito de la “**relación causal**”. Ello es así debido a la naturaleza correctiva de todas estas medidas. Al ser las salvaguardias medidas correctivas, lo que buscan corregir se encuentra vinculado con aquello que causa el daño o la amenaza de daño. Si las importaciones provenientes de otro país miembro no son la causa, o no coadyuvan a la causa, del desequilibrio en la balanza de pagos global (...), de los perjuicios graves a la economía del país (...), de la perturbación en la producción nacional (...) o de la alteración de las condiciones normales de competencia (...), carece de sentido afectar dichas importaciones a través de la aplicación de alguna de las cuatro modalidades de salvaguardias antes mencionadas.
- Las importaciones o el incremento de determinadas importaciones tienen que ser el hecho causal, o contribuir como hecho causal, del daño o amenaza de daño, siendo que este daño puede ser el desequilibrio en la balanza de pagos global, los perjuicios graves a la economía del país, la perturbación en la producción nacional o la alteración de las condiciones normales de competencia, según la salvaguardia de la cual se trate.
- (v) Deben ser **proporcionales** al hecho que las genera. Esto significa que se procurará que no afecten el comercio de los productos incorporados al Programa de Liberación (...), no podrán implicar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate (con respecto a los doce meses anteriores) (...), se deberá garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años (...), o no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación (...), según la salvaguardia de que se trate.»³⁷

Aparte de las cláusulas de salvaguardia previstas en el Capítulo XI, el Acuerdo de Cartagena contempla otras medidas que se pueden aplicar a las importaciones de productos agropecuarios, para limitarlas a lo necesario para cubrir el déficit nacional y nivelar los precios del producto importado a los del nacional. Este mecanismo, consagrado en los artículos 90 a 92 del Acuerdo y en la Decisión 474³⁸, es comúnmente conocido como la *salvaguardia agropecuaria*, cuya administración ha sido confiada tanto a la Secretaría General como a la Comisión de la Comunidad Andina. A la Secretaría General corresponde, de una parte, conocer y autorizar, mediante Resolución, las medidas que se pretendan aplicar a Bolivia y a Ecuador, y, de otra parte, debe analizar y proponer las medidas que juzgue convenientes para que la Comisión adopte la resolución definitiva cuando las medidas afectan a Colombia y Perú.

2.2.b) Medidas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia

Los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena³⁹ confieren a la Comisión de la Comunidad Andina la atribución para adoptar y reglamentar las «normas

³⁷ Sentencia de 23 de agosto de 2018 (proceso 01-AN-2015), publicada en la GOAC N°3369 de 13 de septiembre de 2018.

³⁸ Publicada en la GOAC N°530 de 4 de febrero de 2000.

³⁹ «**Artículo 93.-** Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones

indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia»; facultan a la Secretaría General para velar por la correcta aplicación de las normas que adopte la Comisión; y, prohíben a los Países Miembros a adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General.

De los diferentes mecanismos previstos para prevenir, corregir o sancionar las distorsiones a la competencia en el mercado transfronterizo andino hay dos que, específicamente, deben ser considerados como una excepción al objetivo central que persigue el Programa de Liberación de eliminar los gravámenes y restricciones a la importación de bienes originarios de los Países Miembros. Se trata de los «derechos *antidumping*» y de las «medidas compensatorias» por subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina⁴⁰.

Tanto la Decisión 456⁴¹, que contiene las «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina», como la Decisión 457⁴², que establece las «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina»; pueden tener por efecto la imposición de recargos —equivalentes a los derechos aduaneros— sobre las importaciones causantes de tales distorsiones a la competencia. En ambos casos, los Países Miembros, a través de sus autoridades aduaneras, pueden ser autorizados

indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien.»

⁴⁰ Al distinguir la naturaleza de las medidas de salvaguardia, respecto de las medidas *antidumping*, el TJCA ha señalado que:

«...las medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional (medidas de salvaguardia), se aplican cuando ocurran importaciones subregionales que afectan a una rama de la producción nacional de un País Miembro, debido a que dichas importaciones ingresan en cantidades o condiciones tales que producen esa afectación. Por su parte, con la aplicación de medidas *antidumping* se busca corregir una práctica desleal de comercio de un exportador de un determinado producto que afecta a la producción nacional del país importador. Las medidas de salvaguardia se aplican en general a todas las importaciones de un determinado producto que ingresan en ciertas cantidades o condiciones; en cambio, las medidas *antidumping* se aplican a las importaciones que efectúa un exportador foráneo en condiciones desleales. De donde se desprende en forma clara que las finalidades y presupuestos que cada una de ellas persigue son totalmente diferentes y por tanto constituyen mecanismos también diferentes con propia identidad, que tienen por objeto diversos cometidos...» (Sentencia de 19 de agosto de 2003, emitida en proceso 23-AN-2002, publicada en la GOAC N°991 de 2 de octubre de 2003).

⁴¹ Publicada en la GOAC N°436 de 7 de mayo de 1999.

⁴² Ídem.

por la Secretaría General de la CAN a cobrar los «recargos»⁴³ sobre el valor de las importaciones de bienes originarios de otros Países Miembros.

En el caso de las medidas cautelares, correctivas o sancionatorias por violación a las «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», reguladas por la Decisión 608⁴⁴, la Secretaría General puede disponer el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, o multas al infractor. Son medidas que no constituyen un recargo directo sobre las importaciones de origen subregional, aunque dependiendo del tipo de medidas cautelares, correctivas o sancionatorias podrían llegar a impedir, dificultar o encarecer las importaciones de los productos de las empresas que incurren en prácticas que atentan contra la libre competencia. Sin embargo, cabe considerar que la política de competencia, tanto la comunitaria, como la nacional —al igual que la propiedad intelectual—, forman parte de aquellas políticas que —armonizadas o no— complementan y contribuyen a los objetivos de la Zona Andina de Libre Comercio, al evitar que, a través de medidas adoptadas por los operadores económicos, se restrinja o distorsione el funcionamiento del mercado subregional.

2.2.c) Suspensión parcial del Programa de Liberación, como medio coercitivo para la ejecución de las sentencias de incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Las sentencias emitidas por el TJCA en acciones de incumplimiento deben ejecutarse en menos de noventa días siguientes a su notificación. La falta de ejecución de la sentencia puede dar lugar a la determinación del Tribunal Andino de la suspensión, total o parcial, de las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al Estado miembro remiso⁴⁵.

⁴³ La Decisión 848, *Actualización de la Armonización de Regímenes Aduaneros*, publicada en la GOAC N°3699 de 26 de julio de 2019, define en su artículo 2 a los «RECARGOS» en los siguientes términos: «Son aquellas medidas destinadas a corregir las distorsiones al comercio en un País Miembro de la Comunidad Andina referidas a salvaguardias, derechos antidumping y compensatorios».

⁴⁴ Publicada en la GOAC N°1180 de 4 de abril de 2005.

⁴⁵ Artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA:

«**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 cumpliera 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 benefician 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.

La suspensión de los beneficios derivados de proceso de integración es una de las consecuencias de la exigibilidad de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros, según lo ha expuesto el TJCA:

«Los compromisos, positivos o negativos, adquiridos por los Países integrantes de esta “Comunidad de Derecho” y plasmados en los Tratados Constitutivos y demás normas derivadas, imponen no sólo un deber genérico de respeto en consideración a los intereses generales de la Subregión, sino, propiamente, una “obligación” revestida de la característica de exigibilidad del efectivo cumplimiento de la conducta prevista, bajo pena de la restricción o suspensión de los beneficios derivados de la integración. En este sentido, los Países Miembros, la Secretaría General e incluso los particulares afectados en sus derechos tienen el poder de exigir, por conducto de este Tribunal y previo el agotamiento de los respectivos procedimientos, el acatamiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico.»⁴⁶

El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desarrolla los procedimientos para el ejercicio de la acción de incumplimiento prevista en el Tratado y dedica una Sección al Procedimiento Sumario por Desacato de las Sentencias en Acciones de Incumplimiento.

En agosto de 1999, el Tribunal Andino autorizó por primera vez «sanciones» por incumplimiento de una sentencia⁴⁷, las cuales, en la práctica, normalmente han consistido en la autorización por parte del Tribunal para que los demás Países Miembros apliquen «gravámenes arancelarios» a las importaciones de determinados productos originarios del Estado que no ha dado cabal ejecución a la sentencia. Esa autorización, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, incluso puede llegar a constituir un mandato judicial que los Estados miembros están obligados a cumplir, a partir de la publicación del auto en la GOAC⁴⁸.

El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.»

⁴⁶ Sentencia de 22 de marzo de 2000 (proceso 16-AI-99), publicada en la GOAC N°581 de 12 de julio de 2000.

⁴⁷ El documento de trabajo SG/dt 258 de la SGCA de 22 de octubre de 2004: *Solución de Controversias en la Comunidad Andina. Propuestas para mejorar su funcionamiento*, precisa que esa primera sanción por desacato de una sentencia consistió en la suspensión de preferencias en materia de origen. Agrega que, salvo este primer y excepcional caso, en los demás (un total de 21), el Tribunal ha autorizado la imposición de un gravamen adicional del 5% o, en casos de reiteración, del 10%, a cinco productos a elección de los Países Miembros. Cuando el Tribunal ha verificado que el incumplimiento ha sido parcialmente subsanado ha reducido la sanción a 2 o 1 producto.

⁴⁸ Ver Auto de 4 de agosto de 2004 mediante el cual se determina la imposición de sanciones a la República Bolivariana de Venezuela por el incumplimiento de la sentencia 52-AI-2002 (publicado en la GOAC N°1108 de 25 de agosto de 2004). En dicho auto, luego de establecer los límites dentro de los cuales los Países Miembros pueden aplicar el gravamen arancelario, el Tribunal decidió que:

3. El principio de no discriminación en el comercio de bienes en la Comunidad Andina

El comercio de los productos originarios de un País Miembro de la CAN puede ser afectado no solamente por gravámenes o restricciones a las importaciones. Un trato menos favorable a los bienes de otros países andinos que aquel otorgado a los productos nacionales o un trato discriminatorio más favorable concedido a productos de otros Países Miembros o terceros, también constituyen medidas que distorsionan y son incompatibles con la Zona Andina de Libre Comercio.

Según lo ha destacado el Tribunal Andino al referirse al comercio intrasubregional de productos originarios: «el principio de no discriminación se manifiesta a través de dos obligaciones: la del trato de la nación más favorecida y la del trato nacional»⁴⁹. Para la jurisprudencia comunitaria «una medida adoptada por un país puede constituir una restricción al comercio, pero también podría ser un acto discriminatorio»⁵⁰, bajo el entendido de que «la noción de **discriminación** implica tanto el manejo diferente de situaciones similares, como el manejo idéntico de situaciones diferentes»⁵¹.

3.1. El trato nacional

Tal como lo ha expuesto la jurisprudencia andina, «por el principio del Trato Nacional o de No Discriminación se entiende que, los bienes de los Países Miembros una vez internados al mercado nacional de otro País Miembro, no deben ser tratados de una manera diferente a los bienes de origen nacional»⁵².

Este principio, aplicable al comercio de bienes, es reconocido por el Tribunal Andino a partir del artículo 75 del Acuerdo Cartagena, disposición que forma parte del Capítulo VI sobre el Programa de Liberación, y que garantiza un «tratamiento no menos favorable que el que se aplica a los productos similares nacionales» a los

«Dicho gravamen deberá ser obligatoriamente cobrado por las administraciones aduaneras de los Países Miembros en el porcentaje que ellos hayan establecido y será exigible a partir de la fecha de publicación del presente auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, instruyéndose a la Secretaría General para que, de conformidad con el artículo 30 literal a) del Acuerdo de Cartagena y con el párrafo final del artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, disponga lo concerniente para que las sanciones impuestas se hagan efectivas por los Países Miembros.»

⁴⁹ Sentencia de 21 de enero de 2004 (proceso 35-AN-2001), publicada en la GOAC N°1040 de 3 de marzo de 2004.

⁵⁰ Pronunciamiento emitido en la sentencia de 24 de septiembre de 1998 (proceso 2-AI-97), publicada en la GOAC N°391 de 11 de diciembre de 1998, y reiterado en la sentencia de 8 de diciembre de 1998 (proceso 03-AI-97), publicada en la GOAC N°410 de 24 de febrero de 1999.

⁵¹ Sentencia de 16 de octubre de 1997 (proceso 4-AI-96), publicada en la GOAC N°308 de 28 de noviembre de 1997.

⁵² Sentencia de 27 de agosto de 2003 (proceso 52-AI-2002), publicada en la GOAC N°990 de 1 de octubre de 2003.

productos originarios de un País Miembro «en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos»⁵³.

Del tenor literal del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena se desprende un alcance más restringido que el equivalente artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Este último incluye la aplicación del trato nacional, no solo a los impuestos y otras «*cargas interiores de cualquier clase que sean*», sino también a «las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior».

Sin embargo, el Tribunal Andino desde sus primeras sentencias en el marco de acciones de incumplimiento consideró que los productos:

«...originarios de los Países Miembro deben disfrutar de trato nacional, y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes sino “en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior”, según el lenguaje de la OMC y del G-3...»⁵⁴.

Consecuentemente, la jurisprudencia andina ha extendido el concepto de *trato discriminatorio* a toda medida de un País Miembro que «impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales»⁵⁵.

En definitiva, en palabras del Tribunal «la aplicación del principio del Trato Nacional en la Comunidad Andina significa una prohibición expresa al trato discriminatorio a productos importados entre los Países Miembros»⁵⁶. Asimismo, la Secretaría General de la CAN ha señalado que «de acuerdo con las reglas de la zona de libre comercio andina, los productos de la subregión deben poder circular dentro del territorio integrado en igualdad de condiciones. En tal sentido, las políticas tributarias de los Países Miembros no deben generar diferencias competitivas entre tales productos»⁵⁷.

⁵³ «**Artículo 75 (Acuerdo de Cartagena)**.- En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales».

⁵⁴ Sentencia de 8 de diciembre de 1998 (proceso 03-AI-97), publicada en la GOAC N°410 de 24 de febrero de 1999.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ Sentencia de 27 de agosto de 2003 (proceso 52-AI-2002), citada.

⁵⁷ Dictamen N°05-2016 de 8 de agosto de 2016, publicado en la GOAC N°2766 de 9 de agosto de 2016.

Sobre la base de estos criterios jurisprudenciales que amplían la aplicación de la regla de trato nacional a otras materias distintas a *impuestos, tasas y otros gravámenes*, el Tribunal ha calificado como contrarias al Programa de Liberación las medidas legislativas que exigen el pago de *participaciones por la venta de licores* en determinados departamentos de Colombia, establecidas sobre bases diferentes para productos nacionales y extranjeros⁵⁸; así como la prohibición de que los *cigarrillos o tabacos importados sean ofrecidos a un precio de venta igual o menor* que aquellos de producción nacional⁵⁹.

Además, el Tribunal ha considerado violatorio al principio de trato nacional la incorporación a la base imponible del impuesto al valor agregado de los gravámenes que se hubiesen generado si no existieran los beneficios de exención arancelaria para los países andinos⁶⁰; al igual que la exigencia del pago del impuesto al valor agregado a los productos importados, salvo que no exista producción nacional, en tanto que los productos similares nacionales se les exceptuaba del pago del impuesto⁶¹. Igualmente, la SGCA ha considerado una violación al principio de trato nacional la sujeción del pago del *impuesto al valor agregado* (en adelante, **IVA**) a los importadores de determinados productos, en tanto que dicho impuesto no se aplicaba a los mismos productos de origen nacional⁶².

Por último, cabe considerar que el Tribunal de Justicia considera incumplimiento directo del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena y no como restricción o gravamen al comercio, el trato discriminatorio a los productos de origen subregional respecto a los nacionales. En la práctica, esto significa que, cuando nos encontramos frente a una violación al principio de trato nacional, no es necesario activar el procedimiento para la calificación de restricciones, conforme al artículo 74 del Acuerdo de Cartagena⁶³ y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (Decisión 425)⁶⁴, como una etapa previa al inicio de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Así se desprende de las sentencias emitidas en los procesos 52-AI-2002, 132-AI-2003 y 134-AI-2003 –antes citadas–, en ninguna de las cuales el

⁵⁸ Sentencia de 8 de diciembre de 1998 (proceso 03-AI-97), citada.

⁵⁹ Sentencia de 27 de agosto de 2003 (proceso 52-AI-2002), citada.

⁶⁰ Sentencia de 13 de enero de 2005 (proceso 132-AI-2003), publicada en la GOAC N°1171 de 3 de marzo de 2005.

⁶¹ Sentencia de 22 de septiembre de 2004 (proceso 134-AI-2003), publicada en la GOAC N°1133 de 27 de octubre de 2004.

⁶² Dictamen N°05-2016 de 8 de agosto de 2016, citado.

⁶³ «**Artículo 74.-** Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”».

⁶⁴ Título V, Capítulo I «De los Procedimientos para la Calificación de Gravámenes y Restricciones».

Tribunal Andino observó la necesidad de que las medidas cuestionadas sean previamente declaradas como una restricción o gravamen al comercio.

3.2. El trato de nación más favorecida

Si bien no forma parte del capítulo sobre el «Programa de Liberación», la «cláusula de la nación más favorecida», actualmente regulada por el artículo 139 del Acuerdo de Cartagena⁶⁵, ha constituido a lo largo del proceso de integración subregional un pilar fundamental para profundizar y consolidar la Zona Andina de Libre Comercio.

La cláusula de nación más favorecida del Acuerdo de Cartagena se diferencia de aquellas similares establecidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de la OMC y en acuerdos regionales como el Tratado de Montevideo de 1980 —Instrumento que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante, **ALADI**)—. Tanto en la OMC, como en la ALADI, existen excepciones de tal nivel que pueden limitar considerablemente la aplicación del trato de nación más favorecida. En ambos casos, los acuerdos comerciales más profundos entre los Miembros de la OMC (como las *uniones aduaneras*, las *zonas de libre comercio* y los acuerdos o concesiones otorgadas a los países en desarrollo bajo la *Cláusula de Habilitación*) o entre los Miembros de la ALADI (como los *acuerdos de alcance parcial* entre los Miembros y la suspensión de la cláusula de la nación más favorecida en la celebración de *acuerdos comerciales con países fuera de la ALADI*, en aplicación del Protocolo Interpretativo al artículo 44 del Tratado de Montevideo⁶⁶) se exceptúan de la obligación —en principio general— de extender inmediata e incondicionalmente toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedida por un Miembro a un producto originario de otro país.

En contraste, la cláusula de nación más favorecida del Acuerdo de Cartagena no tiene otra excepción que los *convenios destinados a facilitar el tráfico fronterizo*.

⁶⁵ «**Artículo 139.**- Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

Quedan exceptuados del tratamiento a que se refiere el inciso precedente, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre Países Miembros o entre Países Miembros y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo.»

⁶⁶ Para un análisis histórico de la cláusula de la nación más favorecida y el Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980, ver: Javier Zabaljauregui, *La Cláusula de la Nación Más Favorecida entre los Países de la ALADI y el Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980*, Revista del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros Nº16, 2001, disponible en: <https://www.iaea.org.ar/category/biblioteca/page/2>; Rodolfo Cruz, *El Comercio Internacional y la Integración Económica. Desarrollo histórico y reglamentación jurídica*, UNAM, México, 2021, pp. 144-157, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6433-el-comercio-internacional-y-la-integracion-economica-desarrollo-historico-y-reglamentacion-juridica>.

El TJCA considera que la «Cláusula de la Nación Más Favorecida» «consagra un principio general y típico del comercio internacional»⁶⁷ y que:

«...se trata de un mecanismo incorporado al Ordenamiento Jurídico Comunitario, que no determina otras excepciones que las taxativamente establecidas en el propio artículo 155 [actual 139] del Acuerdo de Cartagena y que, en consecuencia, tiene el carácter de disposición de respeto obligatorio y automático para todos los Países Miembros, no siendo por lo tanto oponibles a ese compromiso, argumentos o justificaciones que no se enmarquen, fehacientemente, en los dispositivos que la constituyen y consagran.»⁶⁸

El principio de la nación más favorecida tomó especial relevancia tras los acuerdos celebrados por algunos Países Miembros con terceros países, cuando aún no se había consolidado la Zona Andina de Libre Comercio con el Perú. En su momento, la SGCA demandó por incumplimiento a Ecuador y Colombia por no haber extendido al Perú las preferencias arancelarias otorgadas a terceros países. Los argumentos sobre la situación de «desigualdad», «equidad» y de «asimetría», con «desconocimiento del principio de reciprocidad», que provocaba una aceleración de los plazos del Programa de Liberación, fueron tajantemente desestimados por el TJCA⁶⁹. Por el contrario, el Tribunal ha sostenido:

«La cláusula de más favor es pues un mecanismo incorporado al Acuerdo de Cartagena desde la fecha misma de su suscripción, cuyo efecto es el de establecer un trato igualitario, automáticamente ajustable para hacerse equivalente a cualquier ventaja o privilegio que un País Miembro reconozca o conceda a un tercero, para restablecer, de esa manera, la igualdad de trato respecto de los Socios Comunitarios.

Las características fundamentales de esta figura convertida en ley para los Países Andinos, son aquellas de ser inmediatamente aplicada cuando se constituye la ventaja a favor de un tercero, también en beneficio de los demás Países Miembros; que esa extensión dispuesta como consagración del principio de equidad, debe ser incondicional y, consecuentemente, no sujeta a compensaciones de clase alguna, menos aún sometida a exigencias en materia de reciprocidad.»⁷⁰

En consecuencia, a diferencia de la cláusula de la nación más favorecida de la OMC o de ALADI, en la Comunidad Andina, sus Países Miembros se benefician automática e incondicionalmente de las concesiones, ventajas o privilegios que se concedan bilateralmente entre ellos o que se otorgan en acuerdos comerciales con terceros países. Así, las concesiones o tratos preferenciales que los Países Miembros de la

⁶⁷ Sentencia de 14 de marzo de 2001 (proceso 53-AI-99), publicada en la GOAC N°673 de 29 de mayo de 2001.

⁶⁸ Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (proceso 32-AI-2001), publicada en la GOAC N°760 de 8 de febrero de 2002.

⁶⁹ *Ídem*. En similar contexto, igualmente, ver la sentencia de 14 de marzo de 2001 (proceso 53-AI-99).

⁷⁰ *Ídem*.

CAN se otorguen en acuerdos regionales, como la Alianza del Pacífico o el Mercosur o los tratados de libre comercio que han celebrado dentro y fuera de la región latinoamericana, están sujetos a esta cláusula que, prácticamente —con la salvedad de la facilitación del comercio fronterizo—, no admite excepciones.

Por lo demás, la regla general de la nación más favorecida no se limita a la concesión de preferencias arancelarias, sino que «debe contrariamente ser entendida como incorporada a todos los instrumentos y mecanismos del proceso integrador»⁷¹. En este sentido, la jurisprudencia andina ha afirmado:

«La primera gran deducción que hace el Tribunal en torno a la forma como está redactada la cláusula transcrita [refiriéndose al artículo I del GATT “con similares características, objetivos, alcances y consecuencias que el artículo 155 139 del Acuerdo de Cartagena”] dice relación con el alcance de la misma que, al referirse a cuestiones distintas a los derechos de aduana, tales como las transferencias internacionales de fondos, reglamentos y formalidades administrativas, métodos de exacción, etc., trasciende el alcance meramente arancelario que equivocadamente se le ha querido dar a la cláusula de más favor, ampliando su campo de aplicación en forma considerable. Y la segunda, es la perentoriedad con que todos los países miembros del Acuerdo deben darle aplicación, so pena de no ser tenidos como tales...»⁷²

Este criterio jurisprudencial implicó en la práctica que las reglas de origen acordadas en el marco de la CAN puedan quedar sustituidas por aquellas negociadas con otros países, bajo la consideración de que resultan más ventajosas, favorables o laxas (por ejemplo, porque exigen un menor contenido regional) para considerar al producto como «originario», según se desprende de la sentencia emitida en el proceso 16-AN-2002, criterio que fue ratificado posteriormente en los siguientes términos:

«...el Tribunal observa que la tesis de la actora, según la cual el artículo 155 del Acuerdo de Cartagena impide que el trato de la nación más favorecida se extienda a las normas que definen si el producto es originario o no, limita indebidamente el alcance de la obligación citada, por cuanto le atribuye un efecto impeditivo que no cabe derivar del texto o del sentido de la norma que la consagra.»⁷³

En el ámbito de la reglamentación técnica, la SGCA ha considerado que el trato de nación más favorecida también resulta aplicable al «estándar de facilitación del trámite de importación más concesional que el que reconoce a los productos originarios de la subregión»⁷⁴; es decir, que si un País Miembro permite a los

⁷¹ *Ídem.*

⁷² Sentencia de 30 de julio de 2003 (proceso 16-AN-2002), publicada en la GOAC N°972 de 25 de agosto de 2003.

⁷³ Sentencia de 21 de enero de 2004 (proceso 35-AN-2001), publicada en la GOAC N°1040 de 3 de marzo de 2004.

⁷⁴ Dictamen N° 003-2014 de 7 de noviembre de 2014, publicado en la GOAC N°2414 de 10 de noviembre de 2014.

productos originarios de terceros países seguir un procedimiento más fácil o simple para demostrar el cumplimiento de un reglamento técnico, ese trato debe ser inmediata e incondicionalmente extendido a los productos de origen andino.

La aplicación del principio de la nación más favorecida también ha limitado la aplicación de las salvaguardias previstas en el Acuerdo de Cartagena, bajo el criterio de que «la aplicación de medidas de salvaguardia (...) no debe poner a los productos originarios de los Países Miembros en una situación menos ventajosa que en relación con productos de terceros países»⁷⁵. De modo que:

«...el principio de nación más favorecida consagrado en el artículo 139 del Acuerdo de Cartagena debe aplicarse a los volúmenes de importación que exceden el promedio de los tres últimos años, tanto cuando un País Miembro impone una medida de salvaguardia provisional al amparo del artículo 97 así como también cuando la Secretaría General autoriza o modifica la medida solicitada»⁷⁶.

La SGCA ha sostenido similares consideraciones sobre la aplicación del principio de la nación más favorecida, al referirse a la salvaguardia agropecuaria del Acuerdo Cartagena:

«A la luz de lo expuesto, la Secretaría General considera que, ni el mecanismo de “salvaguardia agropecuaria” ni tampoco el artículo 139 del Acuerdo de Cartagena disponen que las medidas adoptadas con base en lo dispuesto por el artículo 90 de ese mismo cuerpo normativo constituyan una excepción al principio de nación más favorecida. Asimismo, este órgano comunitario considera que el principio de la nación más favorecida no se encuentra subordinado (...) al régimen de las medidas a las que se refiere el artículo 90...»⁷⁷

Ahora bien, más recientemente, el TJCA ha matizado estos criterios sobre la inexistencia de otras excepciones al principio de nación más favorecida, distintas a

⁷⁵ Resolución 837 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1094 de 20 de julio de 2004. En esta Resolución, que fue avalada por el Tribunal en su sentencia de 17 de noviembre de 2006, publicada en la GOAC N°1498 de 16 de mayo de 2007, se dejó, adicionalmente, la siguiente constancia:

«Y para ello debe recordar que ese razonamiento ha sido sostenido en diversas resoluciones relacionadas con medidas de salvaguardias expedidas por la Junta del Acuerdo de Cartagena, y ahora por la Secretaría General de la Comunidad Andina, así es pertinente mencionar las Resoluciones 275 y 276 de 29 de febrero de 1988; 277 y 278 de 8 de abril de 1988; y 283 de 16 de diciembre de 1988, la Junta del Acuerdo de Cartagena consideró que las medidas de salvaguardia autorizadas “no podrán generar en ningún caso situaciones de discriminación en perjuicio de Países Miembros respecto de terceros países”. Asimismo, en la Resolución 690 de 14 de enero de 2003, al autorizar la medida solicitada señaló que “si los volúmenes importados superaran lo señalado en este párrafo, el Gobierno de Ecuador podrá aplicar un gravamen arancelario que no exceda el nivel del menor arancel aplicado a proveedores de terceros países”».

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Dictamen N°06-2005 de 20 de octubre de 2005, publicado en la GOAC N°1255 de 25 de octubre de 2005.

los *acuerdos para facilitar el tráfico fronterizo*. Tras señalar que «el principio de no discriminación –NMF– no es absoluto», ha declarado que «existen varias excepciones al mismo», entre las cuales se encuentra el Régimen Especial otorgado a Ecuador y Bolivia, países que, según el Tribunal, deberían ser excluidos de la aplicación de las medidas de salvaguardia por desequilibrio de balanza de pagos⁷⁸.

Al igual que el principio de trato nacional, el de trato de la nación más favorecida del Acuerdo de Cartagena constituye una obligación independiente a la prohibición de la aplicación de gravámenes y restricciones al comercio. Así:

«...el hecho de que un país de la Comunidad no extienda, entonces, a las importaciones de bienes originarios de los otros Países Miembros el mismo tratamiento más favorable que aplique a terceros países, constituye, en principio, un rompimiento del compromiso de trato igualitario y favorable establecido en el Artículo 155 del Acuerdo de Cartagena.»⁷⁹

Al tratarse de una obligación autónoma, si un País Miembro no extiende a los demás Países Miembros de manera automática e incondicional el trato preferencial otorgado a otro país, aun cuando tal conducta pueda constituir un gravamen o una restricción —justificada o no, que dificulta o encarece las importaciones entre los países andinos— no es necesario seguir el procedimiento para la calificación de restricciones o gravámenes, conforme al artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (Decisión 425), como una etapa previa al inicio de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, al igual que ocurre con la violación al principio de trato nacional.

4. La prohibición de aplicar gravámenes y restricciones de todo orden a la importación de bienes originarios de la Subregión

La eliminación de los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro de la CAN constituye el objeto del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena⁸⁰,

⁷⁸ Sentencia de 26 de abril de 2018 (proceso 04-AN-2015), publicada en la GOAC N°3293 de 29 de mayo de 2018:

«Del espíritu [del Acuerdo de Cartagena], así como de la normativa internacional que ha sido incorporada a la normativa comunitaria, se desprende que el *principio de no discriminación - NMF* – no es absoluto y que existen varias excepciones al mismo atendiendo a objetivos superiores de la norma suprema de la Comunidad Andina. Una de esas excepciones es justamente el Régimen Especial, otorgado a Ecuador y Bolivia, en base a los principios de solidaridad, equidad y de trato preferencial, pues no cabe lógica ni jurídicamente, que los países de mayor grado de desarrollo aleguen discriminación por la no imposición de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos, a Bolivia, cuando justamente en eso consiste esa ventaja o favor en beneficio de ese país de menor desarrollo relativo y que goza de trato preferencial frente a los otros Países Miembros, no hacerlo, sí sería violatorio al ordenamiento jurídico.»

⁷⁹ Sentencia de 14 de marzo de 2001 (proceso 53-AI-99), citada.

⁸⁰ Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena:

que se concreta a través de la prohibición expresa prevista en el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena:

«**Artículo 77.-** Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.»

Tanto los gravámenes como las restricciones constituyen obstáculos que inciden, dificultan o encaren las importaciones de origen de los Países Miembros. Se diferencian entre sí por la naturaleza del obstáculo. Si la medida implica una cantidad o valor que debe pagarse por el hecho de la importación, sea por razones fiscales, monetarias, cambiarias o de otro tipo, se tratará de un «gravamen»; mientras que, si la medida no es de carácter pecuniario, pero impide o dificulta las importaciones, por motivos de orden administrativo, financiero, cambiario, entre otros, estaremos ante una «restricción».

Los «gravámenes» (a excepción de los aranceles que también se encuentran prohibidos en el comercio entre los Países Miembros de la CAN) y «restricciones de todo orden» forman parte de la categoría más amplia de «medidas no arancelarias», definidas generalmente como medidas de política distintas de los aranceles aduaneros ordinarios, que pueden tener repercusiones económicas en el comercio internacional de mercancías, modificando el volumen de las transacciones, los precios o ambas cosas⁸¹.

En un esfuerzo por identificar estas medidas no arancelarias, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha estructurado y publicado la *Clasificación Internacional de las Medidas No Arancelarias*, que para el caso de las importaciones se divide en dos categorías: (1) *Medidas técnicas*: (A) Medidas sanitarias y fitosanitarias; (B) Obstáculos técnicos al comercio; (C) Inspección previa a la expedición y otras formalidades; y, (2) *Medidas no técnicas*: (D) Medidas especiales de protección del comercio; (E) Licencias no automáticas, contingentes, prohibiciones, medidas de control de la cantidad y otras restricciones establecidas por motivos distintos de las medidas sanitarias y fitosanitarias y los obstáculos técnicos al comercio; (F) Medidas de control de precios, incluidas cargas e impuestos adicionales; (G) Medidas financieras; (H) Medidas que afectan a la competencia; (I) Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio; (J) Restricciones a la distribución; (K) Restricciones a los servicios de posventa; (L)

«**Artículo 72.-** El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.»

⁸¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, UNCTAD, 2010, *Non-tariff measures: evidence from selected developing countries and future research agenda* (publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra), p. 99.

Subvenciones y otras formas de apoyo; (M) Restricciones a la contratación pública; (N) Propiedad intelectual; y, (O) Normas de origen⁸².

Ahora bien, no toda «medida no arancelaria» se considera como un «gravamen» o una «restricción de todo orden» prohibida a los efectos del Programa de Liberación. El Acuerdo de Cartagena define y establece las excepciones a estos dos conceptos.

4.1. La prohibición de aplicar gravámenes que inciden sobre las importaciones

El incumplimiento de la obligación de los Países Miembros de abstenerse de aplicar «gravámenes» a las importaciones «vulnera, de una manera objetiva, las disposiciones del Acuerdo de Cartagena que regulan el Programa de Liberación»⁸³.

El artículo 73 Acuerdo de Cartagena establece el alcance de aquellos «gravámenes» a las importaciones de la Subregión que se encuentran prohibidos:

«**Artículo 73.-** Se entenderá por “gravámenes” los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.
(...)»

Esta norma incluye dentro de los gravámenes prohibidos, en primer lugar, a los «derechos aduaneros», es decir a aquellos establecidos en los «aranceles de aduana»⁸⁴ que cada País Miembro normalmente aplica a las importaciones de bienes, los cuales quedaron suprimidos a inicios en 1992 en el comercio entre Bolivia, Colombia y Ecuador, y en el 2005 en el comercio entre el Perú y los demás Países Miembros⁸⁵.

Sin embargo, el Acuerdo de Cartagena no solo prohíbe la exigencia del pago de aranceles en el comercio interno de la Comunidad Andina, sino que también está proscrito *cualquier otro recargo de efectos equivalentes a los derechos aduaneros que incidan sobre las importaciones*. De manera que, el concepto de «gravámenes» tiene un alcance amplio como lo ha expuesto la jurisprudencia andina:

⁸² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, UNCTAD, *Clasificación Internacional de las Medidas No Arancelarias* (versión 2019), Ginebra, 2019.

⁸³ Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 19-AI-99), publicada en la GOAC N°588 de 2 de agosto de 2000.

⁸⁴ La Decisión 848, *Actualización de la Armonización de Regímenes Aduaneros*, establece la siguiente definición de los «Derechos de Aduana»: «Los derechos establecidos en los aranceles de aduana, a los cuales se encuentran sometidas las mercancías tanto a la entrada como a la salida del territorio aduanero comunitario, cuando haya lugar a ello.»

⁸⁵ Decisiones 324 de 1992 y 414 de 1997, citadas.

«Nótese cómo la definición legal no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros sino que lo amplía, de una manera bien generosa, a “cualesquier otros recargos de efectos equivalentes”, sin importar que tales recargos tengan tal o cual denominación, ni tampoco su naturaleza, que bien puede ser de carácter fiscal, de carácter monetario o de carácter cambiario y cuyo único condicionante es que incidan sobre las importaciones encareciéndolas o dificultándolas.»⁸⁶

En esta línea y, «en aplicación del principio general de la libre circulación de mercancías en el comercio subregional», no procede una interpretación restrictiva del concepto de «gravamen». «Son, por el contrario, las excepciones o limitaciones a la libertad de circulación de bienes y servicios, las que deben ser interpretadas en forma estricta [restrictiva]»⁸⁷.

Así, el TJCA ha resaltado que, en principio, en una zona de libre comercio, no deben gravarse las importaciones, por ningún motivo, a no ser el cobro de servicios prestados por actividades vinculadas a las operaciones de importación. Así, ha señalado:

«Lo primero que debe destacar El Tribunal, en cuanto a la definición del concepto de gravamen que hace la norma comunitaria, es que ella no corresponde al criterio técnico tributario que lo restringe al campo de los impuestos, sino que cubre una generalidad de situaciones y dominios que trascienden el ámbito de la tributación, para cobijar bajo su manto todas aquellas situaciones con las cuales se pretenda recargar el valor de las importaciones que, por estar realizándose dentro de una zona de libre comercio, no deben gravarse con suma alguna derivada del hecho mismo de la importación, a no ser que se trate del cobro de los servicios que, directamente relacionados con tal hecho, deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios, generalmente constituidos por operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes, trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio internacional de bienes.»⁸⁸

Podría decirse —sostiene el Tribunal— que el concepto de gravamen es de carácter residual, en el sentido de que «todos los recargos que encarezcan las importaciones y no configurables dentro del concepto de “tasas”, han de ser consideradas como “gravámenes”»⁸⁹.

Para tales efectos, debe considerarse como «recargos de efectos equivalentes [a los derechos aduaneros]», toda cantidad que debe pagarse por el hecho o como consecuencia de la importación de que un producto. Por lo tanto, un «gravamen» se caracteriza por la existencia de una obligación pecuniaria impuesta por el Estado relacionada con la importación de bienes al territorio nacional. En este sentido, el

⁸⁶ Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (proceso 12-AN-99), publicada en la GOAC N°520 del 20 de diciembre de 1999.

⁸⁷ Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 19-AI-99), citada.

⁸⁸ Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (proceso 12-AN-99), citada.

⁸⁹ Sentencia emitida en el proceso 19-AI-99, citada.

TJCA ha precisado que dentro del «amplio concepto de “gravamen” que establece el Acuerdo de Cartagena»:

«...deben considerarse todas las imposiciones de efectos equivalentes a los derechos aduaneros, es decir todos los pagos (diversos a las cargas pecuniarias que correspondan a un servicio no obligatorio) que se exijan como consecuencia del hecho de que una mercancía atraviese la frontera de un País Miembro, sin que interese que dicha exacción sea percibida por una entidad pública o privada. Por lo mismo, están incluidos dentro del concepto de gravamen, todos los recargos calculados sobre la base del valor CIF o FOB de una importación.»⁹⁰

Dentro del concepto de *gravámenes de carácter fiscal* se incluyen todos aquellos tributos que son recaudados por el Estado por el hecho de la importación, es decir, toda imposición dineraria relacionada con el ingreso de mercancías –originarias de los Países Miembros– al territorio aduanero nacional.

En esta categoría de gravámenes fiscales, aparte de los derechos aduaneros que forman parte de los aranceles nacionales, se encuentran los recargos normalmente recaudados por la administración aduanera, y que son equivalentes a los aranceles, como las *sobretasas*⁹¹; los *derechos específicos*⁹²; los *derechos correctivos*⁹³, los

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ Mediante Resolución 441, publicada en la GOAC N°609 de 11 de octubre de 2000, la Secretaría General de la CAN calificó como gravamen a los efectos del Programa de Liberación, la aplicación de una *sobretasa adicional arancelaria ad valorem* CIF a un conjunto de subpartidas. Esta calificación de gravamen fue ratificada mediante Resolución 474, publicada en la GOAC N°635 de 2 de febrero de 2001. En igual sentido, la Resolución 698, publicada en la GOAC N°898 de 24 de febrero de 2003.

⁹² La Resolución 419 de la SGCA, publicada en la GOAC N°591 de 11 de agosto de 2000, determinó que el cobro de derechos específicos por parte del Gobierno de Perú a la importación de varios productos originarios de los Países Miembros constituye un «gravamen» a los efectos del Programa de Liberación. El derecho específico aplicado a las importaciones de todos los orígenes era de carácter variable, que se calculaban con base en tablas aduaneras de los precios de referencia de varios productos agropecuarios. Esta calificación como gravamen fue confirmada mediante Resolución 473 publicada en la GOAC N°635 de 2 de febrero de 2001.

⁹³ Así, mediante Resolución 1043 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1385 de 18 de agosto de 2006, la Secretaría General de la CAN calificó como gravamen, los derechos correctivos aplicados por el Ecuador a la importación de cerdos vivos y carne porcina que pretendían justificarse como una salvaguardia agropecuaria que no fue notificada de forma inmediata a la Secretaría General.

En igual sentido, la Resolución 1039 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1374 calificó como gravamen los derechos correctivos *ad valorem* de 21% a las importaciones de azúcar, que igualmente pretendían ampararse en la salvaguardia agropecuaria del Acuerdo de Cartagena. Esta Resolución fue confirmada por la Resolución 1062, publicada en la GOAC N°1416 de 20 de octubre de 2006.

La Resolución 898 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1166 de 8 de febrero de 2005, calificó como gravamen el derecho *ad valorem* del 15% a las importaciones de guarniciones para frenos, que pretendían ampararse en una salvaguardia, cuya prórroga fue declarada inadmisibles por la

*derechos ad valorem y específicos*⁹⁴, los *gravámenes o derechos arancelarios*⁹⁵ o los *aranceles variables y específicos*⁹⁶, por concepto de salvaguardias no autorizadas. Igualmente, ha sido declarado gravamen el *aporte* de un porcentaje (1%), calculado sobre el valor FOB de las importaciones destinado a financiar las actividades de promoción de exportaciones e inversiones y otros servicios a los exportadores⁹⁷, así como el cobro de un *valor específico* (US\$ 3,00) *por kilogramo* (de prendas de vestir)⁹⁸. En definitiva, este tipo de recargos recaudados por la administración aduanera constituyen «impuestos externos o que gravan el sector externo de la economía relacionado con las importaciones», según lo ha expuesto el TJCA⁹⁹.

Los impuestos internos que inciden sobre las importaciones también pueden constituir, bajo determinadas circunstancias, gravámenes fiscales contrarios al Programa de Liberación. En esta categoría cabe distinguir los *impuestos internos* que se aplican sin discriminación entre productos nacionales e importados, de aquellos que gravan a los productos importados, pero no afectan de manera equivalente y directa a los de producción nacional. Así, la Secretaría General de la CAN ha considerado que el «*Gravamen a los Movimientos Financieros*» establecido por

Secretaría General. Esta Resolución fue confirmada por la Resolución 923, publicada en la GOAC N°1202, de 30 de mayo de 2005.

La Resolución 760 de la SGCA, publicada en la GOAC N°974 de 1 de septiembre de 2003, también calificó como gravamen, los «derechos correctivos provisionales *ad valorem*» de un 12% sobre las importaciones de aceites vegetales, aplicados por el Perú a las importaciones de origen subregional, con base en una salvaguardia que fue declarada inadmisibles por la Secretaría General.

⁹⁴ La Resolución 814 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1052 de 12 de abril de 2004, calificó como gravamen los derechos *ad valorem* y específicos exigidos por el Ecuador a las importaciones de cerámica plana, que formaban parte de una medida de salvaguardia, al amparo del artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC. Esta Resolución fue confirmada por la Resolución 838, publicada en la GOAC N°1094 de 20 de julio de 2004.

⁹⁵ Mediante Resolución 967 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1254 calificó como gravamen a los efectos del Programa de Liberación, el gravamen arancelario de 10% más un derecho arancelario variable adicional a las importaciones de azúcar de la Subregión, que pretendía fundamentarse en la salvaguardia agropecuaria del Acuerdo de Cartagena.

⁹⁶ La Resolución 134 de la SGCA, publicada en la GOAC N°376 de 12 de octubre de 1998 calificó como gravamen a los efectos del Programa de Liberación el cobro de un arancel variable y otro específico aplicado por el Ecuador a las importaciones de combustibles y otros derivados de petróleo. Esta Resolución dio lugar a la sentencia 29 de noviembre de 2000 (proceso 27-AI-2000), publicada en la GOAC N°644 de 20 de febrero de 2001, que declaró el incumplimiento de la República del Ecuador y, en consecuencia, dispuso la adopción de las medidas necesarias para *cesar de inmediato en la conducta contraventora, absteniéndose de aplicar y derogando la norma que exige el cobro de un arancel variable y otro específico*.

⁹⁷ Resolución 614 de la SGCA, publicada en la GOAC N°780 de 9 de abril de 2002.

⁹⁸ Resolución 613 de la SGCA, publicada en la GOAC N°780 de 9 de abril de 2002.

⁹⁹ Sentencia 29 de noviembre de 2000 (proceso 27-AI-2000).

Colombia mediante una ley del año 2000, con una tarifa de tres por mil, no constituía un «gravamen» a los efectos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, debido a que se trataba de un impuesto interno que se cobraba sin distinción alguna a todo usuario del sistema financiero¹⁰⁰.

Sin embargo, la SGCA sí determinó que el cobro del *IVA implícito* (con tarifas que fluctuaban entre el 0,56% y el 9,6%, con promedio del 2,28%) era un «gravamen» de aquellos prohibidos por el Acuerdo de Cartagena, por cuanto «sólo se aplica a las importaciones y en consecuencia no se puede entender como un impuesto nacional, aunque en efecto toma como parámetro para su construcción uno de estos últimos»¹⁰¹, por lo que se trataría de un «gravamen de naturaleza fiscal que incide sobre las importaciones»¹⁰². En este último pronunciamiento, la Secretaría General de la CAN recordó que:

«Para los efectos de la calificación de una medida como gravamen al comercio, no interesa que la misma tenga o no carácter discriminatorio, dado que la aplicación del artículo 72 del Acuerdo opera sobre bases objetivas, esto es, basta que se verifique la existencia de un derecho aduanero o medida de efectos equivalentes de carácter fiscal, monetario o cambiario que incida sobre las importaciones para que la misma sea considerada como contraria al citado artículo 72. (...) Es claro, sin embargo, que si determinada la existencia de un gravamen, éste fuera discriminatorio, la vulneración del orden jurídico andino sería aún más grave.

Ahora bien, la situación de inequidad que a juicio del Gobierno de Colombia se presenta entre los productores nacionales y los importadores y que, según lo afirmado por el propio Gobierno de Colombia, obedece a una distorsión que se genera de la estructura misma del IVA General, la cual se busca corregir mediante la aplicación a las importaciones de una tarifa implícita, configura un caso que la doctrina jurídica comparada denomina de “discriminación inversa”, esto es, una situación en la que los nacionales se encuentran en situación menos favorable que la de los extranjeros. A este respecto, la Secretaría General anota que si bien ello podría considerarse como una condición no deseable, esta es una situación que corresponde ser corregida al interior del país en el que se produzca, pero sin recurrir a una vulneración de los principios rectores del ordenamiento jurídico andino. En este sentido, no puede pretenderse corregir tal situación afectando las importaciones procedentes de la Subregión, creando para ello un gravamen que las afecte o dificulte su realización.»

Otro impuesto que ha sido denunciado como un «recargo de naturaleza fiscal» y, por lo tanto, un gravamen a las importaciones es el *impuesto a la salida de divisas* (ISD) aplicado por el Ecuador, a partir de diciembre de 2008, que consiste en un porcentaje (inicialmente del 1% y que actualmente puede alcanzar el 5%) a los pagos al exterior por concepto de bienes importados. No obstante, la Secretaría General de la CAN no

¹⁰⁰ Resolución 517 de la SGCA, publicada en la GOAC N°678 de 14 de junio de 2001.

¹⁰¹ Resolución 311 de la SGCA, publicada en la GOAC N°503 de 5 de noviembre de 1999.

¹⁰² Resolución 362 de la SGCA, publicada en la GOAC N°540 de 29 de febrero de 2000, mediante la cual se desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por Colombia contra la Resolución 311.

llegó a emitir un pronunciamiento de fondo debido a que el reclamo formulado por el gobierno de Colombia —y que contó con una opinión coincidente del gobierno del Perú— no habría cumplido con los requisitos de fundamentación exigidos por la normativa comunitaria¹⁰³.

Además, constituyen gravámenes fiscales, recaudados o no por la administración aduanera, aquellas cargas, así se conciban como «redimibles» o «retributivas». El caso más emblemático —por la jurisprudencia que sentó en relación con el concepto de gravámenes— en este tipo de medidas, fue la cuota redimible del 1.5 por mil por sobre el valor FOB de las exportaciones del petróleo y sus derivados; y, del 1.25 por mil del valor FOB de toda importación, destinada al financiamiento de la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI), establecida por la entonces Ley de Comercio Exterior e Inversiones del Ecuador¹⁰⁴. En su pronunciamiento, el TJCA fue categórico:

«[E]ntiende El Tribunal, en términos generales, que cualquier suma que cobre unilateralmente un País Miembro, por el hecho de importaciones que se efectúen a su territorio, provenientes y originarias de otro País Miembro, sin que se pueda amparar bajo el concepto de “tasas” o de “recargos análogos”, que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados, muy probablemente sería calificado como gravamen en los términos del artículo 72.

Es perfectamente entendible para El Tribunal el empeño del legislador andino en prevenir cualquier intento de desviación, que utilizando la vía de los recargos monetarios, cualquiera fuere su naturaleza, su propósito y su destinación, pudieran realizar los Países Miembros, desnaturalizando con ello el programa de liberación que es, por cierto, la esencia del mercado común y uno de los fines propios del Acuerdo de Integración Subregional.»

Consecuentemente, también deben considerarse como gravámenes, los recargos aplicados a las importaciones que, pese a tener la denominación de «tasas», no correspondan a un servicio efectivamente prestado o no sean proporcionales a tal servicio.

¹⁰³ La Resolución 1477 de la SGCA, publicada en la GOAC N°2059 de 8 de junio de 2012 declaró la nulidad del inicio de investigación y de todas las actuaciones posteriores, por cuanto «la inobservancia del requisito de fundamentación del reclamo exigido por el artículo 47 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General ha originado una afectación al debido procedimiento». Este pronunciamiento fue ratificado por la Resolución 1492, publicada en la GOAC N°2087 de 28 de agosto de 2012, con la corrección de que en lugar de la nulidad correspondía declarar la revocatoria de todas las actuaciones del procedimiento.

¹⁰⁴ Mediante Resolución 139 de la SGCA, publicada en la GOAC N°377 de 19 de octubre de 1998, la Secretaría General calificó a la cuota redimible destinada al financiamiento de la CORPEI como «gravamen». Esta determinación fue confirmada por la Resolución 179, publicada en la GOAC N°401 de 19 de enero de 1999 y, posteriormente, por la sentencia del TJCA de 24 de septiembre de 1999 (proceso 12-AN-99), que denegó la acción de nulidad interpuesta por la CORPEI contra las Resoluciones 139 y 179 de la SGCA.

Del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena se desprende que, únicamente, no son consideradas «gravámenes» las «tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados». Señala el TJCA que «se trata, de que los Países Miembros puedan razonablemente recuperar a través de este mecanismo los costos que asumen al facilitar las operaciones de importación mediante el concurso de su infraestructura física y administrativa»¹⁰⁵.

Si bien la legislación comunitaria que armoniza los regímenes aduaneros¹⁰⁶ define a las «tasas», como aquella «contraprestación exigible por el servicio efectivamente prestado por las autoridades aduaneras y que corresponde al costo aproximado por dichos servicios»; cabe tener en cuenta que no solo las autoridades aduaneras pueden prestar servicios vinculados a la importación. El concepto de «tasas» al que se refiere el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena es más amplio que aquella definición las tasas previstas en el artículo 2 de la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina. En términos generales, el TJCA ha considerado que forman parte de los «servicios directamente relacionados con la importación», entre otros, los «trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio internacional de bienes»¹⁰⁷. En efecto, las legislaciones comunitaria y nacional establecen una serie de requisitos y procedimientos, que deben verificarse manera previa o concurrente al proceso de importación.

El TJCA y la SGCA en forma consistente han calificado como «gravámenes» las siguientes «tasas por servicios aduaneros», que los Países Miembros han establecido a lo largo del tiempo:

- la «tasa que deben pagar los usuarios del servicio que prestan las Aduanas del País» correspondiente al 2% sobre el valor de las mercancías, aplicada por el gobierno de Venezuela¹⁰⁸;
- la «tasa retributiva por servicios prestados» equivalente al 2% sobre el valor de las importaciones aplicada por el gobierno de Bolivia¹⁰⁹;

¹⁰⁵ Sentencia emitida en el proceso 12-AN-99, citada.

¹⁰⁶ Decisión 848: *Actualización de la Armonización de Regímenes Aduaneros*, publicada en la GOAC N°3699 de 26 de julio de 2019.

¹⁰⁷ Sentencia emitida en el proceso 12-AN-99, citada.

¹⁰⁸ La Resolución 107 de la SGCA, publicada en la GOAC N°360 de 6 de agosto de 1998, calificó la Tasa por Servicios Aduaneros como gravamen conforme a lo dispuesto por el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena. A su vez, las Resoluciones 131, publicada en la GOAC N°374 de 2 de octubre de 1998, y 143 de la SGCA, publicada en la GOAC N°380 de 28 de octubre de 1998 dictaminaron que la falta de aplicación de la Resolución 107 constituye un incumplimiento de Venezuela de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la CAN. Finalmente, mediante sentencia de 1 de marzo de 2000 (proceso 25-AI-99), publicada en la GOAC N°553 de 7 de abril de 2000, el TJCA declaró el incumplimiento de la República Bolivariana de Venezuela de sus obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico andino.

¹⁰⁹ Mediante Resolución 132, publicada en la GOAC N°374 de 2 de octubre de 1998, la SGCA calificó como gravamen la tasa establecida por Bolivia en julio de 1998.

- la «tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros», equivalente al 1,2% del valor FOB de los bienes objeto de importación aplicada por el gobierno de Colombia¹¹⁰; y,
- la «tasa de servicio de control aduanero» establecida por el Ecuador a todas las importaciones, correspondiente a US\$ 0.10 por peso, según subpartida arancelaria¹¹¹.

De los diversos pronunciamientos del TJCA y de la SGCA se desprenden algunos criterios que han sido valorados al momento de determinar si una «tasa» constituye o no un «gravamen» a los efectos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena:

- (i) El País Miembro que aplica la medida debe demostrar que es una tasa no comprendida dentro del concepto de «gravámenes». Sobre la *carga de la prueba*, ha señalado la jurisprudencia comunitaria andina:

«Para el Tribunal no basta que se afirme que se trata de una Tasa y que el monto que se cobra equivale o corresponde al valor de los servicios prestados. Ello debe probarse.»¹¹²

Con base en este criterio, sendas «tasas» han sido calificadas inicialmente como gravámenes a la importación, aunque algunas de tales declaratorias fueron revocadas, tras la presentación de la información sobre la proporcionalidad del valor cobrado en relación con el servicio prestado. Así ocurrió con la «tasa por concepto de inspección sanitaria a los huevos para consumo»¹¹³ y la «tasa por concepto de permisos y certificados sanitarios»¹¹⁴ aplicadas por el Perú; las

¹¹⁰ La Resolución 516 de la SGCA, publicada en la GOAC N°678 de 14 de junio de 2001, calificó como gravamen la tasa especial por servicios aduaneros establecida mediante ley de diciembre de 2000. Dicha Resolución fue confirmada por la N°551, publicada en la GOAC N°717 de 21 de septiembre de 2001.

¹¹¹ Mediante Resolución 1999, publicada en la GOAC N°3276 de 20 de abril de 2018, la Secretaría General de la CAN declaró que la tasa de servicio de control aduanero establecida mediante resolución de la Aduana ecuatoriana en el año 2017 constituye un gravamen. Esta determinación fue confirmada mediante Resolución 2007, publicada en la GOAC N°3307 de 6 de junio de 2018.

¹¹² Sentencia de 1 de marzo de 2000 (proceso 25-AI-99), citada.

¹¹³ Medida calificada como gravamen mediante Resolución 268 de la SGCA, publicada en la GOAC N°471 de 19 de agosto de 1999, posteriormente revocada por la Resolución 312, publicada en la GOAC N°505 de 9 de noviembre de 1999, tras considerar que la proporcionalidad entre el costo y la actividad del servicio prestado había quedado acreditada mediante la documentación presentada.

¹¹⁴ Medida calificada como gravamen mediante Resolución 438, publicada en la GOAC N°608 de 10 de octubre de 2000 y confirmada por la Resolución 483, publicada en la GOAC N°643 de 19 de febrero de 2001. Estas resoluciones fueron revocadas, mediante Resolución 512, publicada en

«tasas por permisos fitosanitarios y zoonosanitarios» de Venezuela¹¹⁵; la «tasa por la prestación del servicio de inspección fitosanitaria a la importación de frutas»¹¹⁶ y la «tasa de cinco dólares por la importación de cada cerdo vivo»¹¹⁷ establecidas por el gobierno del Ecuador.

- (ii) Los *recargos calculados sobre el valor de las mercancías* no cumplen con el requisito de proporcionalidad o correspondencia con el costo del servicio prestado y, por lo tanto, deben ser considerados como gravámenes a las importaciones. En este sentido, ha declarado el TJCA:

«[E]stán incluidos dentro del concepto de gravamen, todos los recargos calculados sobre la base del valor CIF o FOB de una importación»¹¹⁸.

Este criterio fue desarrollado por la SGCA, en los siguientes términos:

«[L]a jurisprudencia del Tribunal Andino por la cual se cuestiona la validez del método de cálculo del “costo aproximado de los servicios prestados” en función del valor de las mercancías se encuentra acorde con la doctrina de comercio exterior y los usos de otros acuerdos como el GATT. A este respecto, el Grupo Especial que se ocupó del asunto “Estados Unidos - Derecho de usuario de la aduana por la tramitación de mercancías” aplicado por el Servicio Aduanero de los Estados Unidos, en su Informe L/6264 (adoptado el 2 de febrero de 1988) expresó:

“El Grupo Especial llegó a la conclusión de que la expresión “costo de los servicios prestados” incluida en los artículos II.2 c) y VIII.1 a) debía interpretarse en el sentido de que se refería al costo de la tramitación de aduanas del cargamento particular de que se trata y que, en consecuencia, la estructura *ad valorem* de los derechos de tramitación de mercancías establecidos por los Estados Unidos era incompatible con las obligaciones dimanantes de los artículos II.2 c) y VIII.1 a) en la medida en que daba lugar a que se percibieran derechos superiores a ese costo”;

la GOAC N°675 de 5 de junio de 2001, luego de analizar la información proporcionada y concluir que las tasas no superan o corresponden al costo aproximado de los servicios prestados.

¹¹⁵ Mediante Resolución 513, publicada en la GOAC N°675 de 5 de junio de 2001, la SGCA calificó como gravamen las tasas fitosanitarias y zoonosanitarias debido a que Venezuela, no obstante habersele requerido, no demostró que el cobro corresponda al costo aproximado a los servicios prestados. Este pronunciamiento fue confirmado por la Resolución 556, publicada en la GOAC N°723 de 15 de octubre de 2001, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Venezuela.

¹¹⁶ Mediante Resolución 895, publicada en la GOAC N°1162 de 31 de enero de 2005, la SGCA determinó que la tasa por la prestación del servicio de inspección sanitaria a la importación de frutas establecida por el gobierno del Ecuador constituye un gravamen. Dicha Resolución fue confirmada mediante Resolución 917, publicada en la GOAC N°1200 de 24 de mayo de 2005.

¹¹⁷ Mediante Resolución 1254, publicada en la GOAC N°1740, la SGCA calificó como gravamen la tasa de cinco dólares por cada cerdo importado establecida por el Ecuador.

¹¹⁸ Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 19-AI-99), citada.

[E]n efecto, al utilizar como parámetro del cobro de los “servicios prestados” el valor CIF o FOB de las mercancías, no podría justificarse que el mismo resulta proporcional o que corresponde al costo aproximado del servicio, en razón de que por una misma prestación, que posiblemente involucre igual o similar tiempo de trabajo y gestión operativa, se estaría imponiendo una suma de dinero diferente, debido precisamente al distinto valor de las mercancías.»¹¹⁹

- (iii) Las *tasas por trámites que constituyen restricciones a la importación* también deben ser consideradas como gravámenes a los efectos del Programa de Liberación. Evidentemente, si una medida aplicada por un País Miembro es calificada como restricción, la tasa exigida por el trámite correspondiente también resulta incompatible con el Programa de Liberación. Así, la SGCA ha considerado el recargo por concepto de legalización consular de los certificados de inspección sanitaria, como requisito para la importación de determinados productos alimenticios, constituye un gravamen a las importaciones¹²⁰.
- (iv) ¿Los Países Miembros solo pueden establecer tasas que incidan sobre las importaciones por «*servicios de carácter optativo*»? A partir de la consideración del TJCA de que «En principio, puede afirmarse, también, que la tasa no es una imposición obligatoria, toda vez que el particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio»¹²¹, la SGCA ha sostenido que:

«...los servicios prestados a los que hace referencia el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, que no contraviene el principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina, deben corresponder a actividades directamente vinculadas a las operaciones de importación que se hayan implementado para facilitar las mismas, y que deben ser de carácter optativo y no obligatorio, por parte del sujeto que decide acceder a dicho servicio (en este caso, el importador).»¹²²

Limitar el concepto de servicios únicamente a aquellos en los que el particular tiene la opción de adquirirlos contradice el pronunciamiento del TJCA que incluye a los «servicios directamente relacionados con la importación» que «deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios (...) generalmente constituidos por (...) trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio internacional de bienes»¹²³.

¹¹⁹ Resolución 551 de la SGCA, publicada en la GOAC N°717 de 21 de septiembre de 2001, mediante la cual se confirmó la Resolución 516 que calificó como gravamen a las importaciones intracomunitarias la tasa especial por servicios aduaneros del 1.2% del valor FOB de los bienes objeto de importación.

¹²⁰ Resolución 958, publicada en la GOAC N°1245 de 26 de septiembre de 2005.

¹²¹ Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (proceso 12-AN-99), citada.

¹²² Resolución 1999, publicada en la GOAC N°3276 de 20 de abril de 2018.

¹²³ Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (proceso 12-AN-99), citada.

Además, tal criterio restrictivo es contrario a las resoluciones y dictámenes de la propia Secretaría General¹²⁴ que han aceptado la legitimidad y proporcionalidad de los cobros realizados por los Países Miembros por concepto de trámites y obtención de documentos habilitantes que son obligatorios para la importación de determinados tipos de productos, como es el caso de los permisos sanitarios de importación.

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina reconoce la legitimidad de las tasas por concepto de tramitación y obtención de los documentos requeridos para la comercialización de productos. Es el caso de la Decisiones 833¹²⁵ y 706¹²⁶, que establecen la obligatoriedad de la obtención de la notificación sanitaria obligatoria para la comercialización de cosméticos y productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal, previo el pago de la tasa establecida por la autoridad nacional competente¹²⁷.

Por lo tanto, todos los procesos previos o concurrentes a la importación que se ejecutan ante las autoridades nacionales de control, como parte de las potestades del Estado, podrían ser considerados servicios sujetos al pago de una tasa compatible con el ordenamiento jurídico de la CAN, en la medida en que se demuestre «que dicho cobro responde a un servicio efectivamente prestado y, en segundo término, que la tasa a ser cobrada guarde proporcionalidad con el costo de dicho servicio»¹²⁸.

4.2. La prohibición de introducir restricciones de todo orden a las importaciones

Al igual que los gravámenes, el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena obliga a los Países Miembros a abstenerse de introducir «restricciones de todo orden» a las importaciones de bienes originarios de la Subregión. Para el efecto, el artículo 73 determina lo que debe entenderse por «restricciones de todo orden» y aquellas medidas que no deben considerarse comprendidas dentro de ese concepto.

¹²⁴ Por ejemplo, las Resoluciones 312 y 512 de la SGCA, citadas.

¹²⁵ Decisión 833, *Armonización de Legislaciones en materia de Productos Cosméticos*, publicada en la GOAC N°3450 de 26 de noviembre de 2018.

¹²⁶ Decisión 706, *Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal*, publicada en la GOAC N°1680 de 10 de diciembre de 2008.

¹²⁷ Artículos 9, 11, 13, 18, 19 y 23 de la Decisión 833; artículos 6, 12 y 24 de la Decisión 706.

¹²⁸ En este sentido, la Resolución 895 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1162 de 31 de enero de 2005, que ratifica el criterio sostenido por la Secretaría General entre otras en las Resoluciones 107 de julio de 1998, 438 de 6 octubre de 2000, 513 de 4 de junio de 2001, y, 516 de 12 de junio de 2001.

Con una *conceptualización amplia* de las medidas que pueden tener por objeto o efecto impedir o dificultar las importaciones y una *interpretación restrictiva* de las excepciones que los Países Miembros pueden invocar para adoptar medidas unilaterales, la jurisprudencia del TJCA ha jugado un rol fundamental en la consecución de los objetivos del Programa de Liberación orientados a eliminar las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de los productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.

La expresión «restricciones de todo orden» del Acuerdo de Cartagena fue recogida del Tratado de Montevideo de 1960, constitutivo de la ALALC¹²⁹. Aunque el Acuerdo de Cartagena de 1969 mantuvo dicha expresión e hizo una remisión a las excepciones previstas en el Tratado constitutivo de la ALALC¹³⁰, incorporó la siguiente definición que se mantiene en el artículo 73 de la codificación vigente:

«Se entenderá por “restricciones de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral».

La supresión de las restricciones al comercio ha sido concebida como parte de una corriente de apertura y liberalización del comercio mundial, así como de la estrategia de desarrollo y reconstrucción económica posterior a la Segunda Guerra Mundial reconstrucción, tal como lo ha expuesto el TJCA¹³¹.

¹²⁹ Artículo 3 del Tratado de Montevideo de 1960:

«...las Partes Contratantes eliminarán gradualmente, para lo esencial de su comercio recíproco, los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier Parte Contratante».

¹³⁰ El artículo 42 del Acuerdo de Cartagena de 1969, después de precisar lo que se entiende por «restricciones de todo orden» acotó: «No quedarán comprendidas en este concepto las situaciones previstas por el Artículo 53 del Tratado de Montevideo». A su vez, el artículo 53 del Tratado de Montevideo de 1960 establecía: «*Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: (...)*». Las medidas que el Tratado de Montevideo de 1960 preservaba a los Estados son las mismas excepciones al concepto de restricciones que actualmente figuran en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

¹³¹ «Un recuento histórico sobre la evolución del comercio mundial, destaca cómo con anterioridad al año de 1914 el panorama internacional se caracterizaba por la presencia de tres libertades: la libertad en el movimiento de las personas, la libertad en el movimiento de mercancías y la libertad en el movimiento de capitales, también protegidas hoy en la Unión Europea. Esas libertades, deterioradas por las consecuencias económicas de la primera conflagración mundial y por los estragos de la depresión de los años 30, terminan destruyéndose en vísperas de la segunda guerra mundial con la aparición de progresivas limitaciones al comercio, la presencia cada vez más marcada de prácticas proteccionistas, la formación de tendencias autárquicas y la implantación de áreas económicas cerradas que desembocaron en un franco proceso de “desintegración de la economía mundial”.

Resulta importante mencionar estos acontecimientos para entender el movimiento hacia la liberación del comercio, que surge en el período de la pos-guerra como fórmula para contrarrestar las tendencias predominantes y proceder a la reconstrucción de las economías devastadas por las conflagraciones mundiales. Se trata de un movimiento basado en la expansión comercial de los

En este contexto, y por lo que corresponde a las reglas aplicables al comercio entre los 164 Estados Miembros de la OMC, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) de 1947 en su artículo XI, bajo el título «Eliminación general de las restricciones cuantitativas» establece la siguiente prohibición:

«Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas».

Tanto en la OMC («otras medidas») como en la CAN («cualquier medida»), el concepto de restricciones a la importación es amplio, evolutivo y residual, en el sentido de que *cualquier medida* que impida o dificulte las importaciones —distinta a los derechos aduaneros y demás gravámenes y que no se encuentren dentro de las excepciones al concepto de restricciones— se encuentra prohibida.

4.2.a) Medidas consideradas como «restricciones de todo orden»

La prohibición de mantener o «introducir» y la correlativa obligación de «eliminar» «restricciones de todo orden» establecidas por el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena están dirigidas a conductas —por acción o por omisión— de los Estados. Así, tal como lo ha señalado el TJCA: «Por **medida** restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones...»¹³² (subrayado agregado).

Si bien en el TJCA en sus primeros pronunciamientos sobre el alcance de las «restricciones de todo orden» enfatizó que entre medidas que podrían ser calificadas como restricción —por supuesto, las más comunes y evidentes— se encuentran las «disposiciones legales, reglamentarias o administrativas dictadas unilateralmente por un País Miembro»¹³³, posteriormente ha aclarado que una medida de restricción al

países industrializados como fórmula para asegurar el desarrollo equilibrado del mundo contemporáneo. Surgen así organizaciones financieras, monetarias y comerciales moldeadas dentro de esquemas de libre cambio y de apertura del comercio, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, que sobre bases de libertad comercial establecen instrumentos de cooperación internacional para la liberación del intercambio mundial. A este proceso se involucra el mundo en desarrollo a través de su adhesión a los acuerdos internacionales respectivos y más recientemente por conducto de su incorporación a los procesos de integración económica que, como el área andina, se inspiran en la liberación comercial».

Sentencia de 24 de marzo de 1997 (proceso 3-AI-96), publicada en la GOAC N°261 de 29 de abril de 1997.

¹³² Sentencia de 24 de marzo de 1997 (proceso 3-AI-96), citada. Criterio ratificado en la sentencia de 20 de junio de 1997 (proceso 2-AI-96), publicada en la GOAC N°289 de 27 de agosto de 1997.

¹³³ *Ídem.*

comercio no solo puede ser impuesta por las autoridades legislativas o administrativas, sino también por otras funciones del Estado: «Para catalogar una medida como restricción al comercio debe provenir de un órgano en ejercicio de funciones públicas, sean gubernativas, legislativas, administrativas, de control, o judiciales»¹³⁴.

Como se observa, toda acción de un órgano del Estado, independientemente del tipo de función pública que ejerza, pueda dar lugar a una restricción al comercio. Incluso una decisión de un juez nacional que impida o dificulte las importaciones de origen subregional podría ser considerada como restricción.

Esta concepción amplia del Estado, como responsable de medidas restrictivas al comercio también se aplica a los «entes constitucionalmente autónomos»¹³⁵, los cuales tampoco pueden «establecer restricciones de mercado, sin comprometer al País Miembro por contrariar el principio de libre circulación de mercancías, pues (...) las actuaciones de las entidades descentralizadas involucran la responsabilidad general del Estado»¹³⁶.

Ahora bien, tanto las acciones, como las omisiones, sean de efectos generales o particulares —«incluso [cuando] esté dirigida a un único destinatario»¹³⁷, sin que interese que:

«la medida sea o no una práctica consolidada, un acto administrativo definitivo o de trámite, o que se hayan o no agotado u opuesto los recursos administrativos o judiciales previstos en el ordenamiento interno de los Países Miembros, siendo suficiente que tenga como efecto directo o indirecto el de dificultar la libre circulación de mercancías [importaciones].»¹³⁸

En definitiva, teniendo en cuenta que «el principio de la libre circulación de mercancías, pilar de la integración, y la aplicación de restricciones al comercio se encuentran conectados con el interés general de la Comunidad», el cual puede quedar comprometido «por una acción u omisión ilegítima de un País Miembro», «cualquier vulneración al ordenamiento jurídico andino afecta en mayor o menor grado los

¹³⁴ Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 2-AN-98), publicada en la GOAC N°588 de 2 de agosto de 2000.

¹³⁵ Como es el caso de los «departamentos colombianos».

¹³⁶ Sentencia de 8 de diciembre de 1998 (proceso 03-AI-97), citada.

¹³⁷ «Este tipo de medidas puede revestir la forma de una norma jurídica de efectos generales -aunque pudieren afectar, particularmente a un solo sector-, de una decisión o resolución con eficacia *inter partes* o *erga omnes*, de operaciones materiales o físicas, de omisiones o, en fin, cualquier actitud positiva o negativa, incluidas las prácticas administrativas al margen de la ley o incluso derivadas de ésta». (Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 2-AN-98), citada).

¹³⁸ *Ídem*.

intereses de la integración»¹³⁹. Por tanto, son aplicables al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena los criterios jurisprudenciales del TJCA sobre las dos obligaciones básicas de «hacer» y de «no hacer» impuestas por el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA¹⁴⁰.

El caso más destacado catalogado como una «omisión» atribuible a dos Estados Miembros de la CAN, que dio lugar a restricciones a la importación de bienes y a la prestación de servicios intracomunitarios, en las que además los particulares tuvieron un importante grado de responsabilidad, fue aquella:

«...situación de hecho presentada en el sitio de frontera [entre Ecuador y Colombia] (Tulcán e Ipiales) consistente en que grupos de interés [en la actividad del transporte] (camioneros, empresarios de transporte, almacenadores, estibadores, autoridades locales, entre otros) mantienen una conducta de oposición frontal al libre tránsito y obligan, con medidas de fuerza a que las mercancías se tengan que bajar a tierra de los camiones que las transportan para poder ser trasladadas hacia el interior del país en vehículos de matrícula ecuatoriana, ante la impasible mirada de las autoridades encargadas de hacer respetar las normas comunitarias, las cuales parecen haberse acomodado a esta sui generis situación que contradice abiertamente todos los postulados y las finalidades de un proceso de integración.»

Esta «situación de hecho» recibió la condena del TJCA tanto de los dos Países Miembros fronterizos (Colombia y Ecuador), «al haberse abstenido de garantizar el libre tránsito de los vehículos de transporte de carga internacional y, por ende, el libre flujo de las mercancías»¹⁴¹.

Teniendo en cuenta que el tipo de conductas imputables a los órganos del Estado puede ser de cualquier índole, el criterio fundamental para calificar una medida como restrictiva es que «impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral», según lo establece el Acuerdo de Cartagena y tal como lo ha interpretado el TJCA. «Así el carácter definitivo o preparatorio de un acto interno no es decisivo para calificar una medida como restricción al comercio, sino más bien el efecto restrictivo que

¹³⁹ *Ídem*.

¹⁴⁰ «Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas –sean de tipo legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden– que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del estado y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.» (Sentencia de 24 de noviembre de 2000 (proceso 16-AI-2000), publicada en la GOAC N°639 de 9 de febrero de 2001).

¹⁴¹ Sentencias de 24 de noviembre de 2000 (procesos 15-AI-2000 y 16-AI-2000), publicadas en la GOAC N°639 de 9 de febrero de 2001.

eventualmente pudiere producir, en las importaciones presentes o futuras»¹⁴². «Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional (...) sin que interese que esa haya sido la intención o el propósito de la medida»¹⁴³.

Sobre la base de estos criterios, el TJCA y la SGCA han declarado como restricción al comercio a una variedad de medidas adoptadas unilateralmente por los Países Miembros, algunas de las cuales fueron formuladas como declaraciones *obiter dicta*:

- (i) «Las medidas administrativas pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones.»¹⁴⁴
- (ii) La «prohibición o suspensión de importación»; la «negativa a otorgar permisos fitosanitarios»¹⁴⁵; la «restricción al ingreso con fundamento en normas nacionales no inscritas en el Registro Subregional de Normas Sanitarias y Fitosanitarias»; la «concesión extemporánea y en condiciones distintas a las legalmente previstas de permisos fitosanitarios»; «la no tramitación de las solicitudes importación»; o la «denegación de permisos fitosanitarios» de *café*¹⁴⁶, *ajos*¹⁴⁷, *cebollas*¹⁴⁸, *banano*¹⁴⁹, *papa*¹⁵⁰, *huevos*¹⁵¹,

¹⁴² Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 2-AN-98), citada.

¹⁴³ *Ídem*.

¹⁴⁴ Sentencia de 24 de marzo de 1997 (proceso 3-AI-96), citada.

¹⁴⁵ «La negativa de conferir “permiso fitosanitario”, se asemeja prácticamente a una prohibición o una negativa de importación, porque si el País no confiere ese consentimiento no podría importarse. Una actitud de esa naturaleza estaría violando el principio de la libre circulación de mercancías». Sentencia de 11 de febrero de 1998 (proceso 3-AI-98), publicada en la GOAC N°423 de 31 de marzo de 1999.

¹⁴⁶ *Ídem*.

¹⁴⁷ Sentencia de 11 de diciembre de 1997 (proceso 1-AI-97), publicada en la GOAC N°329 de 9 de marzo de 1998. Asimismo, la sentencia de 8 de junio de 1998 (proceso 5-AN-97), publicada en la GOAC N°361 de 7 de agosto de 1998.

¹⁴⁸ Sentencia de 11 de febrero de 1998 (proceso 3-AI-98), citada.

¹⁴⁹ Sentencia de 27 de octubre de 1999 (proceso 4-AI-98), publicada en la GOAC N°520 de 20 de diciembre de 1999.

¹⁵⁰ Sentencia de 16 de noviembre de 2001 (proceso 51-AI-2000), publicada en la GOAC N°750 de 15 de enero de 2002. Ver, asimismo, la sentencia de 11 de octubre de 2006 (proceso 01-AI-2006), publicada en la GOAC N°1436 de 1 de diciembre de 2006.

¹⁵¹ Sentencia de 22 de agosto de 2001 (proceso 72-AI-2000), publicada en la GOAC N°714 de 17 de septiembre de 2001.

*champiñones*¹⁵², *algodón*¹⁵³, *sal*¹⁵⁴, sin que tales medidas se encuentren debidamente justificadas por razones sanitarias o fitosanitarias.

- (iii) El requisito para la introducción y venta de *licores destilados*, sobre los cuales determinados Departamentos de Colombia ejercen el monopolio, que exige obtener previamente su «permiso, que sólo se otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del Departamento en el precio de venta del producto»¹⁵⁵.
- (iv) «Las formalidades y procedimientos excesivos y desproporcionados que deben cumplirse tanto al momento en que una mercancía procedente de la Subregión atraviesa las fronteras de otro País Miembro, a lo largo del ciclo de importación, así como con posterioridad a la introducción de las mercancías»; la orden de «aprehensión de las mercancías importadas, bajo la prevención de imponerle a la empresa una multa del 200% sobre el valor de las mercancías»; y, la «imposición de una multa fijada no en función de la gravedad o trascendencia de la falta, sino del valor de las mercancías importadas»¹⁵⁶.
- (v) La «aplicación de precios mínimos oficiales FOB a la importación de, entre otros productos, calzado de plástico, de cuero y lona», con el fin de evitar la subfacturación en productos especialmente sensibles¹⁵⁷. Igualmente, fue declarado restricción al comercio el régimen de «precios estimados como mecanismo de control de los valores declarados en la importación de *calzado*»¹⁵⁸; así como un «sistema de bandas de precios de referencia para las importaciones de fibras, hilados, tejidos, textiles y confecciones (...) y su utilización como método de valoración aduanera»¹⁵⁹.
- (vi) La «suspensión de importaciones productos usados y reconstruidos de *la línea blanca* originarias de los Países Miembros», así como la «suspensión de

¹⁵² Sentencia de 13 de enero de 2005 (proceso 120-AI-2003), publicada en la GOAC N°1171 de 3 de marzo de 2005.

¹⁵³ Sentencia de 6 de julio de 2005 (proceso 131-AI-2004), publicada en la GOAC N°1247 de 30 de septiembre de 2005.

¹⁵⁴ Sentencia de 15 de julio de 2009 (proceso 05-AI-2009), publicada en la GOAC N°1777 de 18 de noviembre de 2009.

¹⁵⁵ Sentencia de 8 de diciembre de 1998 (proceso 03-AI-97), citada.

¹⁵⁶ Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 2-AN-98), citada.

¹⁵⁷ Resolución 244 de la SGCA, publicada en la GOAC N°453 de 25 de junio de 1999.

¹⁵⁸ Resolución 710 de la SGCA, publicada en la GOAC N°911 de 24 de marzo de 2003.

¹⁵⁹ Resolución 1001, publicada en la GOAC N°1303 de 7 de marzo de 2006.

- importaciones de subensambles de cualquier tipo, originarias de los Países Miembros»¹⁶⁰.
- (vii) El régimen de control de cambios («medidas cambiarias»), administrado por una comisión de administración de divisas, que establecía la obligación de los importadores de solicitar la autorización para la adquisición de divisas únicamente para la importación de bienes y servicios y servicios declarados «de primera necesidad»¹⁶¹.
- (viii) «La incertidumbre real (...) sobre el comercio de los cítricos dentro de la subregión andina, por el hecho de que la legislación nacional adicionen o modifiquen intempestivamente, los requisitos fitosanitarios plasmados en las normas comunitarias. Tal hecho, más bien, constituye una medida que obstaculiza y genera restricciones al comercio»¹⁶².
- (ix) En términos generales, «las solicitudes y aprobación de licencias previas por una autoridad gubernamental, caen bajo el contenido de restricciones»¹⁶³. En particular se ha considerado como restricción, el sometimiento a las importaciones de *licores* originarios de la Subregión al «requisito de autorización previa»¹⁶⁴; «la existencia, la no tramitación de solicitudes, la falta de difusión y transparencia de los requisitos para acceder a autorizaciones previas» de importación de *azúcar*, así como su cancelación sin expresión de causa¹⁶⁵; la «exigencia de licencias previas de carácter no automático» para importar *harina de soya* «por razones de demanda interna»¹⁶⁶; la «obtención de vistos buenos y licencias» para la importación de *máquinas tragamonedas*¹⁶⁷; «la exigencia de licencias previas para la importación de

¹⁶⁰ Resolución 440, publicada en la GOAC N°608 de 10 de octubre de 2000.

¹⁶¹ Resolución 715 de la SGCA, publicada en la GOAC N°920 de 23 de abril de 2003, confirmada por la Resolución 741, publicada en la GOAC N°948 de 17 de julio de 2003.

¹⁶² Sentencia de 14 de mayo de 2003 (proceso 50-AI-2002), publicada en la GOAC N°935 de 12 de junio de 2003.

¹⁶³ Sentencia de 24 de septiembre de 1998 (proceso 2-AI-97), publicada en la GOAC N°391 de 11 de diciembre de 1998.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Sentencia de 13 de octubre de 2000 (proceso 43-AI-99), publicada en la GOAC N°620 de 23 de noviembre de 2000.

¹⁶⁶ Sentencia de 24 de abril de 2002 (proceso 28-AI-2001), publicada en la GOAC N°798 de 28 de mayo de 2002.

¹⁶⁷ Resolución 966 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1253 de 21 de octubre de 2005.

determinados productos de la cadena de las *oleaginosas*»¹⁶⁸; «la exigencia de una “autorización previa” o “licencia de importación”, adicional a los procedimientos de control permitidos por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena»¹⁶⁹.

- (x) La «aplicación de salvaguardias no autorizadas, la falta o retraso en la notificación de las medidas, la imposición de contingentes y cuotas, la imposición de medidas fitosanitarias diferentes a las establecidas por las normas comunitarias», así como los «vistos buenos y cuotas de importación relativas a porcentajes de absorción de cosecha local» a las importaciones de *arroz* de origen subregional¹⁷⁰.
- (xi) En cuanto a obstáculos técnicos al comercio, se calificó como restricción, la exigencia de que el etiquetado de *calzado y prendas de vestir (textil)*: «se realice en el proceso de fabricación o producción»; «sólo se pueda realizar mediante impresión directa o la colocación de etiquetas impresas, pegadas, estampadas o cosidas»; y la exigencia de una «autorización previa, en los casos en que resulta evidente la imposibilidad de que la etiqueta se imprima o adhiera en forma permanente». Además, se ha calificado como restricción «la prohibición de importar calzado y prendas de vestir (textil), originarios de la Subregión, que no cumplan con las disposiciones relativas al etiquetado»¹⁷¹. Asimismo, la SGCA determinó que los requisitos técnicos injustificados exigidos para el comercio de *pilas y baterías de zinc-carbón* constituyen una restricción al comercio¹⁷².
- (xii) La «prohibición de descargar y realizar transacciones comerciales, incluidas las importaciones de atún originarias de la Subregión»¹⁷³.
- (xiii) La exigencia de un certificado de reconocimiento que debe presentarse como un documento de soporte a la declaración aduanera, para todas las mercancías sujetas a un reglamento técnico. Tal exigencia es un requisito adicional a la

¹⁶⁸ Sentencia de 5 de noviembre de 2004 (proceso 117-AI-2003), publicada en la GOAC N°1156 de 10 de enero de 2005. Igualmente, la sentencia de 19 de abril de 2006 (proceso 117-AI-2004), publicada en la GOAC N°1347 de 25 de mayo de 2006.

¹⁶⁹ Sentencia de 25 de enero de 2007 (proceso 136-AI-2004), publicada en la GOAC N°1481 de 26 de marzo de 2007.

¹⁷⁰ Sentencia de 14 de abril de 2005 (proceso 118-AI-2003) publicada en la GOAC N°1206 de 13 de junio de 2005.

¹⁷¹ Sentencia de 15 de junio de 2005 (proceso 125-AI-2004) publicada en la GOAC N°1244 de 14 de setiembre de 2005.

¹⁷² Resolución 1289 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1773 de 12 de noviembre de 2009.

¹⁷³ Resolución 986, publicada en la GOAC N°1279 de 3 de enero de 2006.

normativa andina al reconocimiento y aceptación de los certificados de evaluación de la conformidad de reglamentos técnicos¹⁷⁴.

- (xiv) La disminución del arancel a pagar por la importación del CKD de vehículos condicionada a que el porcentaje de producto nacional incorporado al vehículo ensamblado sea mayor, al tratarse de una medida discriminatoria y no idónea para alcanzar el objetivo de mitigar la emisión de gases de efecto invernadero¹⁷⁵.
- (xv) La medida que permite el ingreso de productos de origen subregional únicamente por determinadas aduanas también fue calificada como restricción al comercio por el TJCA¹⁷⁶. Este pronunciamiento se emitió recientemente en relación con el *cemento*, aunque una medida similar a las importaciones de *arroz* fue previamente fue calificada restricción¹⁷⁷.

4.2.b) Excepciones al concepto de «restricciones de todo orden»

El artículo 73 del Acuerdo de Cartagena precisa que:

«...no quedarán comprendidas en este concepto [de “restricciones de todo orden”] la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
 - b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
 - c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;
 - d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
 - e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
 - f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico;
- y

¹⁷⁴ Resolución 1695 de la SGCA, publicada en la GOAC N°2344 de 9 de junio de 2014, confirmada por la Resolución N°1716, publicada en la GOAC N°2377 de 18 de agosto de 2014, así como por la Sentencia de 19 de enero de 2017 (proceso 01-AN-2014), publicada en la GOAC N°2922 de 8 de febrero de 2017.

¹⁷⁵ Sentencia de 26 de agosto de 2016 (proceso 02-AN-2015), publicada en la GOAC N°2810 de 15 de septiembre de 2015. Esta sentencia, sin embargo, indica que las «restricciones cuantitativas para la importación, en general, de vehículos y de CKD de vehículos», al no ser discriminatorias, «son idóneas para mitigar la emisión de gases de efecto invernadero provenientes del parque automotor y respecto de ellas no se han identificado medidas alternativas vinculadas al uso de vehículos automotores que signifiquen una mayor reducción de dichos gases», motivo por el cual la SGCA habría calificado incorrectamente tales medidas como restricción al comercio.

¹⁷⁶ Sentencia de 14 de octubre de 2022 (proceso 02-AN-2020), publicada en la GOAC N°5056 de 18 de octubre de 2022.

¹⁷⁷ Sentencia de 14 de abril de 2005 (proceso 118-AI-2003), citada.

- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear».

Estas excepciones al concepto de «restricciones de todo orden», como señalamos *ut supra*, son las mismas establecidas en el Tratado de Montevideo de 1960 constitutivo de la ALALC y que se mantuvieron sin modificación en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de la ALADI. La jurisprudencia comunitaria andina se ha encargado de delimitar la invocación de estas causales por parte de los Países Miembros para justificar la aplicación de medidas que dificultan o impiden las importaciones de origen subregional. Por una parte, ha definido las condiciones que deben cumplir tales medidas y, por otra, ha señalado que, al ser excepciones al principio general de prohibición de aplicación de restricciones, deben interpretarse restrictivamente.

En el estado actual de la jurisprudencia comunitaria, que se ha consolidado progresivamente a lo largo del tiempo¹⁷⁸, para que una medida adoptada por un País Miembro se justifique como una excepción de las previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, debe cumplir, «de manera concurrente», con los siguientes requisitos, que forman parte del «test de proporcionalidad»:

- «a) La finalidad de la medida debe fundamentarse en alguna de las excepciones (taxativamente) previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, las que deben ser interpretadas de manera restrictiva.
- b) La medida debe ser idónea para cumplir la mencionada finalidad.
- c) La medida debe ser necesaria (o insustituible); es decir, no debería haber otra medida menos lesiva o gravosa al comercio subregional andino que podría cumplir con la mencionada finalidad.
- d) La medida debe ser proporcional; esto es, que sus beneficios son superiores a sus costos, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.
- e) La medida no debe ser discriminatoria.»¹⁷⁹

Desde sus pronunciamientos iniciales, el TJCA ha sostenido que las excepciones a la prohibición de restricciones están supeditadas a una interpretación restrictiva:

«No debe olvidarse, finalmente, que las normas que limitan la libertad deben ser interpretadas restrictivamente, como excepción que son a la regla general, según un principio de interpretación universalmente aceptado. [...] Tales limitaciones, que

¹⁷⁸ Entre otras, ver sentencias de 24 de marzo de 1997 (proceso 3-AI-96), publicada en la GOAC N°261 de 29 de abril de 1997; de 8 de junio de 1998 (proceso 5-AN-97), publicada en la GOAC N°361 de 7 de agosto de 1998; de 8 de diciembre de 1998 (proceso 03-AI-97), publicada en la GOAC N°410 de 24 de febrero de 1999; de 22 de septiembre de 2004 (proceso 134-AI-2003) publicada en la GOAC N°1133 del 27 de octubre de 2004; de 19 de enero de 2017 (proceso 01-AN-2014), publicada en la GOAC N°2922 del 8 de febrero de 2017.

¹⁷⁹ Sentencia de 14 de octubre de 2022 (proceso 02-AN-2020), publicada en la GOAC N°5056 de 18 de octubre de 2022, que recoge y cita los criterios señalados en la sentencia de 19 de enero de 2017 (proceso 01-AN-2014), citada.

obviamente requieren de consagración expresa, han de ser interpretadas restrictivamente, como en este caso lo ha hecho el Tribunal.»¹⁸⁰

Este criterio sobre la interpretación restrictiva ha sido ratificado a lo largo del tiempo hasta uno de sus últimos pronunciamientos en materia de restricciones al comercio, en el que se revalida la postura de que solo son admisibles las excepciones taxativamente previstas en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena:

«...el TJCA ratifica el carácter irrevocable del Programa de Liberación y su relevancia como mecanismo fundamental para la consolidación del proceso de integración entre los países miembros de la Comunidad Andina, reiterando que, tratándose de restricciones, este solo admite las excepciones taxativamente estipuladas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena cuando dicha circunstancia sea adecuadamente demostrada. Así las cosas, este órgano jurisdiccional revalida la postura que ha venido sosteniendo en su jurisprudencia sobre el carácter taxativo (y restrictivo) de las excepciones previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.»¹⁸¹

Sin embargo, del Acuerdo de Cartagena y otras normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como de la jurisprudencia comunitaria y los pronunciamientos de la SGCA pueden advertirse que existen otras causales que permitirían a los Países Miembros, unilateral o conjuntamente, aplicar medidas que limitan, dificultan o encarecen las importaciones, como pasamos a identificar a continuación:

(i) Las excepciones generales al Programa de Liberación

Aparte de las excepciones de carácter no económico al concepto de restricciones de todo orden previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, entre las que destaca «la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales», también forman parte de las excepciones aquellas a las que nos hemos referido *ut supra*, que tienen su base en el artículo 76 del Acuerdo de Cartagena cuando señala las características de automaticidad, irrevocabilidad y universalidad del Programa de Liberación «salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo [de Cartagena]», entre las cuales se encuentran las medidas de salvaguardia, las medidas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia y las medidas de suspensión de liberación comercial como medio coercitivo para la ejecución o sanción por el incumplimiento de las sentencias del TJCA, que si bien no están en el Acuerdo de Cartagena, sí figuran en el Tratado de Creación del TJCA.

¹⁸⁰ Sentencia de 18 de septiembre de 1990 (proceso 1-IP-90), publicada en la GOAC N°69 de 11 de octubre de 1990.

¹⁸¹ La sentencia de 14 de octubre de 2022 (proceso 02-AN-2020) recoge el pronunciamiento de la sentencia e 19 de enero de 2018 (proceso 01-AN-2014).

(ii) Las medidas restrictivas al comercio establecidas por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

El artículo 73 del Acuerdo de Cartagena califica como restricción a la medida que «impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral», lo que implica que existen medidas que podrían restringir las importaciones, pero que no son el resultado de una decisión absolutamente unilateral. Este es el caso, en primer lugar, de las medidas de salvaguardia o las medidas de competencia comercial, que solo pueden aplicarse si son autorizadas por la SGCA o por la Comisión de la Comunidad Andina (como es el caso de la «salvaguardia agropecuaria»). En segundo lugar, están las medidas que pueden tener efecto restrictivo sobre las importaciones, pero que forman parte del proceso de «armonización de las políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo»; de los «programas de desarrollo industrial»; o de los «programas de desarrollo agropecuario» al amparo de los Capítulos IV, V y IX del Acuerdo de Cartagena.

Como parte de la armonización de las políticas económicas, el Acuerdo de Cartagena incluye, entre otros, a la «armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal» (artículo 54, literal e); el «régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías» (artículo 55); y, las «normas (...) para la armonización gradual de las legislaciones económicas y los instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del comercio exterior de los Países Miembros (...) para la formación del mercado subregional» (artículo 58).

En desarrollo de estas competencias, normalmente atribuidas a la Comisión de la Comunidad Andina, se encuentran vigentes una serie de normas comunitarias que inciden en el comercio entre los Países Miembros y, por lo tanto, pueden tener efecto sobre las importaciones de productos originarios de la Subregión. Entre las normas más relevantes relacionadas con el comercio de bienes cabe tener presente las siguientes:

- El «Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria» se encuentra regido por la Decisión 515¹⁸², que regula la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias de aplicación al comercio intrasubregional y con terceros países de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos. Con arreglo a esta Decisión, se han establecido una serie de *instrumentos* —como el «Registro Subregional de normas sanitarias y fitosanitarias» o los «Permisos o Documentos Fito y Zoonosanitarios para la Importación»— y *normas comunitarias* sanitarias y fitosanitarias —como las «Categorías de Riesgo Fitosanitario (...) de plantas, productos vegetales y artículos reglamentados»¹⁸³; los «Requisitos Fitosanitarios de aplicación al comercio de productos

¹⁸² Publicada en la GOAC N°771 de 14 de febrero de 2002.

¹⁸³ Resolución 1475 de la SGCA, publicada en la GOAC N°2057 de 1 de junio de 2012.

agrícolas»¹⁸⁴; el «Reglamento Andino de Cuarentena Animal»¹⁸⁵; la «Norma sobre Categorías de Riesgo Sanitario, para el Comercio Intrasubregional y con Terceros Países de Mercancías Pecuarias»¹⁸⁶; la «Norma sobre categorías de riesgo sanitario, para el comercio intrasubregional y con terceros países de animales acuáticos y sus productos»¹⁸⁷, entre muchas otras—.

- El «Sistema Andino de la Calidad», conformado por la normalización técnica, la acreditación, la evaluación de la conformidad, la reglamentación técnica y la metrología, y que tiene por objeto «facilitar el comercio intrasubregional, a través de la mejora en la calidad de los productos, y la eliminación de obstáculos técnicos innecesarios al comercio»¹⁸⁸. En este ámbito, especial mención merecen los «Lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel Comunitario»¹⁸⁹, norma comunitaria que tiene por finalidad «evitar que [los reglamentos técnicos] se constituyan en obstáculos técnicos innecesarios al comercio». Entre los requisitos generales y criterios, el artículo 6 de la Decisión 827 establece:

«Los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, eligiendo entre las opciones posibles aquellas que generen menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y para el comercio».

Para el efecto, la norma comunitaria define a los «objetivos legítimos», en los siguientes términos: «Los objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humana, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente».

- Los «régimenes comunes» en materia de propiedad intelectual aprobados al amparo del artículo 55 del Acuerdo de Cartagena¹⁹⁰, los cuales autorizan a las autoridades administrativas y judiciales nacionales competentes a *prohibir la importación de productos* originarios de la Subregión o de fuera de ella, cuando

¹⁸⁴ Resoluciones 431 y 451 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

¹⁸⁵ Decisión 737, publicada en la GOAC N°1841 de 8 de junio de 2010.

¹⁸⁶ Resolución 1153 de la SGCA, publicada en la GOAC N°1598 de 14 de marzo de 2008.

¹⁸⁷ Resolución 2267 de la SGCA, publicada en la GOAC N°4464 de 11 de mayo de 2022.

¹⁸⁸ Decisión 850, publicada en la GOAC N°3822 de 25 de noviembre de 2019.

¹⁸⁹ Decisión 827, publicada en la GOAC N°3345 de 18 de julio de 2018.

¹⁹⁰ «**Artículo 55.-** La Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.»

los bienes objeto de la importación constituyan una infracción a los derechos reconocidos por el «Régimen Común sobre Propiedad Industrial»¹⁹¹; el «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos»¹⁹²; el «Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales»¹⁹³; «Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos»¹⁹⁴; por el «Régimen Común sobre Marca País»¹⁹⁵; o por el «Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías»¹⁹⁶.

El TJCA ha advertido la necesidad de:

«...entrar en un proceso de conciliación entre la protección del ejercicio legítimo de los derechos sobre propiedad industrial, y la necesidad de impedir el ejercicio abusivo de tales derechos que pueda limitar artificialmente el comercio en la subregión...

En otras palabras, es indispensable determinar en qué medida el ejercicio del derecho sobre la propiedad industrial está legitimado, para que pueda ser incluido dentro de las excepciones a la libre circulación de mercancías. Porque cuando el derecho sobre la marca se ejercita para prohibir las importaciones, amparado en consideraciones ajenas a la función esencial de la marca, no está revestido de la legitimidad o autoridad suficiente para afectar el comercio de importación de manera justificada»¹⁹⁷.

¹⁹¹ Decisión 486 de la Comisión de la CAN, publicada en la GOAC N°600 de 19 de septiembre de 2000, modificada por la Decisión 689, publicada en la GOAC N°1646 de 15 de agosto de 2008.

¹⁹² Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC N°145 de 21 de diciembre de 1993.

¹⁹³ Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC N°142 de 29 de octubre de 1993.

¹⁹⁴ Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC N°213 de 17 de julio de 1996.

¹⁹⁵ Decisión 876 de la Comisión de la CAN, publicada en la GOAC N°4216 de 23 de abril de 2021.

¹⁹⁶ Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC N°80 de 4 de abril de 1991.

¹⁹⁷ Sentencia de 20 de junio de 1997 (proceso 2-AI-96), publicada en la GOAC N°289 de 27 de agosto de 1997. Continúa el TJCA en la sentencia citada:

«Para que el ejercicio del derecho sobre la marca adquiera entidad propia como excepción a la libre circulación de mercancías, deberá estar basado en el objetivo específico consagrado en el derecho marcario, cual es el de proteger el derecho a la exclusividad en el uso de la marca, determinado a su vez por razones de orden público económico. Sólo así pueden conciliarse, legítimamente, la protección del interés público comunitario en el mantenimiento de la libre circulación de mercancías, con el interés del propietario de una marca y con el interés de los consumidores, consistentes en la posibilidad de identificar la marca con el origen del producto, para evitar la confusión en su proceso selectivo. Sobre el tema del **orden público económico** se había pronunciado también este Tribunal en el Proceso 7-IP-95 (Gaceta Oficial N° 189 de 15 de septiembre de 1995), cuando estableció que las normas de este tipo van dirigidas tanto al

- También forman parte del proceso de «armonización de las políticas económicas», los «instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del comercio exterior de los Países Miembros (...) para la formación del mercado subregional»¹⁹⁸, los cuales tienen incidencia directa sobre las importaciones, como son las normas relativas a: la identificación y clasificación arancelaria, «Nomenclatura Arancelaria Común de la Comunidad Andina NANDINA»¹⁹⁹; al «Valor en Aduana de las Mercancías Importadas»²⁰⁰; la «Armonización de Regímenes Aduaneros»²⁰¹; al «Tránsito Aduanero Comunitario»²⁰²; o al «Transporte Internacional de Mercancías por Carretera»²⁰³.

- Los «Programas de Desarrollo Industrial» y los «Programas de Desarrollo Agropecuario», previstos en el Acuerdo de Cartagena también pueden dar lugar a la aplicación de restricciones en el comercio subregional. Entre ellas, la más destacada es la conocida como «salvaguardia agropecuaria», que faculta a los Países Miembros a aplicar medidas destinadas a: «a) *Limitar las importaciones* a lo necesario para cubrir los déficit de producción interna; y b) *Nivelar los precios del producto importado* a los del producto nacional» (artículo 90 del Acuerdo de Cartagena). En el ámbito de la programación industrial, el único mecanismo vigente es el «Convenio de Complementación en el Sector Automotor»²⁰⁴, que limita las importaciones a los vehículos y autopartes nuevas, «con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de

consumidor como al productor en interés general de la comunidad: “del primero, el consumidor, a fin de defender su autonomía y evitar que pueda caer en error de hecho en el proceso de selección y adquisición de los bienes y servicios que consume ... Del segundo, el productor, con el fin de protegerlo de las prácticas desleales de comercio que puedan menoscabar la legítima posición que hayan logrado los productores y distribuidores de un determinado bien en el mercado”».

¹⁹⁸ Artículo 58 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁹⁹ Decisión 885, publicada en la GOAC N°4359 de 21 de octubre de 2021, parcialmente modificada por la Decisión 906, publicada en la GOAC N°5062 de 25 de octubre de 2022.

²⁰⁰ Decisión 571, publicada en la GOAC N°1023 de 15 de diciembre de 2003, así como las Resoluciones que la reglamentan, tales como «Reglamento Comunitario sobre la aplicación del valor en aduana de las mercancías importadas al Territorio Aduanero Comunitario» (Resolución 1684, modificada por la 1828) o la norma que regula los «Casos Especiales de Valoración Aduanera» (Resolución 1456 de la SGCA).

²⁰¹ Decisión 848, publicada en la GOAC N°3699 de 26 de julio de 2019.

²⁰² Decisión 778, publicada en la GOAC N°2113 de 7 de noviembre de 2012.

²⁰³ Decisión 837, publicada en la GOAC N°3601 de 29 de abril de 2019.

²⁰⁴ Publicado en la GOAC N°483 de 17 de septiembre de 1999.

protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial». ²⁰⁵

Las competencias de la Comisión y, por delegación, de la SGCA para armonizar las políticas económicas y, a través de ellas, contribuir a la «formación del mercado subregional» (artículo 58 del Acuerdo de Cartagena), no significa que esos órganos cuenten con carta blanca para que, puedan regular el comercio subregional, mediante normas comunitarias. Las normas de Derecho comunitario derivado, en todo caso, se encuentran sometidas al Acuerdo de Cartagena y a los principios que de él se desprenden. Así una Decisión de la Comisión no podría violar el principio de trato nacional, el de nación más favorecida, así como tampoco podría introducir restricciones o gravámenes injustificados al comercio subregional de productos originarios de la Subregión, aun cuando la norma comunitaria fuera el resultado del consenso de los Países Miembros y no haya sido adoptada de manera «unilateral». Una norma comunitaria que atente contra estos postulados de la Zona Andina de Libre Comercio estaría viciada de nulidad y así podría declararlo el TJCA.

(iii) Las medidas indistintamente aplicables que persiguen objetivos legítimos de los Estados

Las medidas que los Países Miembros pueden adoptar al amparo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena constituyen una excepción al concepto de restricción, incluso si tales medidas se aplican *exclusivamente* a las importaciones y no a los productos nacionales en el comercio interno. Los permisos fitosanitarios, por ejemplo, son exigidos a los productos importados, pero no necesariamente a los productos nacionales en las ventas internas. Consecuentemente, en la medida en que no se trate de una «discriminación arbitraria», los Países Miembros pueden regular e incluso prohibir las importaciones (por ejemplo, la prohibición de importación de determinado producto vegetal con riesgo de propagación de plagas), siempre que las medidas adoptadas estén justificadas por las excepciones del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

No obstante, existen «objetivos legítimos»²⁰⁶, «razones de orden público»²⁰⁷,

²⁰⁵ «**Artículo 6.-** Con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar».

²⁰⁶ Expresión prevista y definida por la Decisión 827, «Lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel Comunitario», que, a su vez fue recogida del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC: «Los objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humana, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.»

²⁰⁷ Concepto utilizado por el TJCA en la Sentencia de 20 de junio de 1997 (proceso 2-AI-96), para justificar que la protección de los derechos de propiedad industrial puede justificar, bajo ciertas

«objetivos de interés general dignos de protección a la luz del Derecho comunitario»²⁰⁸ o «exigencias imperativas»²⁰⁹ que los Estados deben preservar y que no necesariamente se encuentran previstos —al menos de manera expresa— en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Ya hemos visto que el TJCA ha considerado que pueden existir «razones de orden público económico» que pueden justificar la aplicación de restricciones al comercio²¹⁰.

Por su parte, la SGCA, siguiendo los lineamientos de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha considerado que:

«...siempre que no exista norma comunitaria en la materia, los Países Miembros mantienen su competencia para expedir reglamentaciones que afecten sin distinción a productos importados y nacionales, en la medida que tales reglamentaciones internas

condiciones, la adopción medidas restrictivas al comercio. Previamente, el TJCA ya había advertido que:

«No todas las restricciones a la libertad de comercio necesariamente son ilícitas “*per-se*” frente a las disposiciones del Tratado. Como lo señala el artículo 42 [actual 73] literales a) a la g) del Acuerdo de Cartagena, hay causales de excepción que justifican la limitación o prohibición de importar por razones válidamente consideradas en la ley. Es el caso de las medidas de protección del orden público que llevan a restringir la introducción de mercancías...»

(Interpretación prejudicial de 22 de julio de 1994 (proceso 5-IP-90), publicada en la GOAC N°162 de 9 de septiembre de 1994).

²⁰⁸ Concepto que figura en la Resolución 759, publicada en la GOAC N°974 de 1 de septiembre de 2003.

²⁰⁹ Término acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a partir de la sentencia de 20 de febrero de 1979 (asunto 120/78), en el conocido caso *Cassis de Dijon*:

«...que los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores.»

²¹⁰ Como el ejercicio del derecho del titular de una marca a solicitar la *prohibición de importaciones* de productos que vulneren sus derechos de propiedad industrial. En este caso, el TJCA consideró que las restricciones a la importación pueden justificarse al tratarse de medidas:

«...dirigidas tanto al consumidor como al productor en interés general de la comunidad: “del primero, el consumidor, a fin de defender su autonomía y evitar que pueda caer en error de hecho en el proceso de selección y adquisición de los bienes y servicios que consume ... Del segundo, el *productor*, con el fin de protegerlo de las *prácticas desleales de comercio* que puedan menoscabar la legítima posición que hayan logrado los productores y distribuidores de un determinado bien en el mercado» (subrayado agregado). (Sentencia de 20 de junio de 1997 (proceso 2-AI-96), citada)

tengan por finalidad garantizar objetivos de interés general dignos de protección a la luz del Derecho comunitario, como lo es la protección del consumidor, la cual, además de ser reconocida por las tradiciones constitucionales de los países de la Comunidad, también resulta congruente con la finalidad de “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión” que persigue el Acuerdo de Cartagena...»²¹¹

El señalado pronunciamiento fue materia de una posterior acción de incumplimiento, en cuya sentencia el TJCA confirmó que:

«...la protección de los derechos del consumidor (...), ha sido reconocida expresamente por diversas disposiciones comunitarias, sin embargo, las mismas “no deberán tener por objeto o efecto crear obstáculos al comercio intrasubregional”, “tal como prescribe la normativa andina, por lo que los medios utilizados por los Países Miembros para alcanzar un objetivo digno de protección deberán cumplir con los criterios de proporcionalidad, causalidad e insustituibilidad”...»²¹²

Cabe destacar que estas consideraciones de la SGCA abren la puerta a otras excepciones al concepto de restricción previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, bajo la condición de que las reglamentaciones que unilateralmente adopten los Países Miembros persigan «objetivos de interés general dignos de protección a la luz del Derecho comunitario», «afecten sin distinción a productos importados y nacionales» y, además, cumplan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia comunitaria andina.

Como se observa, uno de estos *objetivos dignos de protección* reconocidos en el marco de un procedimiento de calificación de restricciones al comercio fue la protección de los derechos de los consumidores, que, por cierto, tuvo como antecedente el concepto jurídico desarrollado por el TJCA de «razones de orden público económico», dentro de los cuales incluyó la *defensa de los intereses del consumidor* y la protección del productor frente a *prácticas desleales de comercio*²¹³.

La SGCA reafirmó y amplió su postura sobre la legitimidad de las medidas que unilateralmente adopten los Países Miembros —más allá de las excepciones del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena—. Tras recordar que el proceso de integración tiene por *finalidad* «procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión» y que el Programa de Liberación tiene una «naturaleza instrumental», la SGCA ha sostenido que:

«...no sería posible lograr un mejoramiento persistente en el nivel de vida del ciudadano comunitario si es que los Países Miembros no se encontraran habilitados a adoptar medidas que, aun cuando pudieran generar una dificultad, provocar un

²¹¹ Resolución 759, publicada en la GOAC N°974 de 1 de septiembre de 2003.

²¹² Sentencia de 15 de junio de 2005 (proceso 125-AI-2004), ya citada.

²¹³ Sentencia de 20 de junio de 1997 (proceso 2-AI-96), ya citada.

encarecimiento o constituir una barrera sobre el comercio subregional, se encuentren destinadas, de modo justificado y legítimo, a salvaguardar la vida y la salud de las personas, lo que incluye las medidas destinadas a la protección del medio ambiente.»²¹⁴

En este pronunciamiento la SGCA, ingeniosamente, subsumió a la protección del medio ambiente como parte de las medidas para salvaguardar la *vida y la salud de las personas* y reiteró que:

«...siempre que no exista norma comunitaria en la materia, los Países Miembros mantienen su plena competencia para expedir reglamentaciones internas que recaigan, sin distinción, sobre productos importados y nacionales, en la medida que tales reglamentaciones tengan por finalidad garantizar objetivos legítimos reconocidos por el ordenamiento jurídico andino».

Aún más, agregó:

«...se debe entender que una medida que se encuentre destinada a salvaguardar la vida y la salud de las personas, así como a proteger el medio ambiente, aun cuando sea capaz de generar una dificultad, provocar un encarecimiento o constituir una barrera sobre el comercio subregional mediante la imposición de un Reglamento Técnico, se encontrará justificada y, en consecuencia, legitimada siempre que se verifique:

- i) **causalidad directa e inmediata**, en la constatación de que resulte una medida idónea para evitar el daño sobre la salud o la vida de las personas;
- ii) **proporcionalidad**, en la consideración de que no resulte una medida excesiva respecto de la finalidad que persigue; e,
- iii) **insustituibilidad**, en el entendimiento de que, entre todas las medidas idóneas posibles para evitar el daño, solamente se encuentra justificada aquella medida que imponga los menores costos al consumidor y al comercio subregional;

Que, debe considerarse que, incluso en los casos en que se alegue que un Reglamento Técnico se adopta en aplicación del reconocido *principio de precaución o precautorio* -lo que permite que, aun cuando no exista certeza científica sobre el nivel y alcance de los riesgos sobre la vida y la salud de las personas o sobre el medio ambiente, se apliquen medidas destinadas a lograr su protección- resultan de plena aplicación los criterios antes señalados en relación con los riesgos estimados de daño, pues, caso contrario, las medidas podrían exceder su finalidad y tornarse en restricciones injustificadas del comercio subregional»²¹⁵.

²¹⁴ Resolución 1289, publicada en la GOAC N°1773 de 12 de noviembre de 2009.

²¹⁵ *Ídem*.

(iv) ¿Las compras públicas de bienes originarios de la Subregión están exceptuadas del Programa de Liberación?

Las legislaciones internas de los Países Miembros pueden establecer rigurosas condiciones para el acceso a las compras que realizan las entidades públicas. Algunas de esas condiciones pueden ser excesivas, onerosas e incluso injustificadas, mientras que otras pueden excluir o brindar un trato menos favorable a los bienes importados respecto de los bienes de producción nacional en los procesos de contratación pública. Los procesos de contratación pública, en la práctica, también pueden adolecer de falta de transparencia, estar direccionados o conceder ventajas a un proveedor en detrimento de la competencia o, en todo caso, tener elementos discriminatorios en las etapas de licitación, adjudicación o contratación.

Si la legislación o la práctica de un País Miembro excluye o concede un trato menos favorable en un proceso de contratación pública a un bien importado originario de la Comunidad Andina, nos encontraríamos ante un obstáculo que incide sobre las importaciones y, por lo tanto, podría calificarse *a priori* a dicha medida como violatoria del principio de trato nacional o como una restricción al comercio. ¿Estas medidas que inciden sobre los bienes importados de la Subregión se encuentran exceptuadas del principio de trato nacional y de la prohibición de mantener e introducir restricciones previstas en el Acuerdo de Cartagena?

A diferencia del GATT que expresamente excluye de la obligación de trato nacional a las adquisiciones de bienes por parte de organismos gubernamentales²¹⁶, ni las obligaciones del Programa de Liberación ni otras normas del Acuerdo de Cartagena excluyen a las compras públicas de la prohibición de mantener e introducir restricciones a las importaciones ni de los principios de trato nacional y nación más favorecida aplicable al comercio de bienes.

Regularmente, los tratados de libre comercio incorporan por referencia los derechos y obligaciones del artículo III del GATT de la OMC y, consecuentemente, excluyen del principio de trato nacional a la contratación pública; mientras que algunos de esos tratados establecen capítulos específicos sobre compras públicas, en los que se establecen obligaciones parciales, sectores excluidos, umbrales o, en general, excepciones al trato nacional y demás principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y libre competencia.

Al igual que el Acuerdo de Cartagena, los tratados constitutivos de la entonces Comunidad Económica Europea y de la actual Unión Europea no establecieron un tratamiento específico a las compras públicas de los Estados²¹⁷. Sin embargo, el

²¹⁶ Artículo III.8.a): «Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial».

²¹⁷ «A pesar de esta trascendencia económica de los contratos públicos y de la importancia que su apertura a la libre competencia tiene para la consecución del mercado interior en la Comunidad, el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no contenía referencias explícitas

Tribunal de Justicia europeo desde los primeros casos que conoció sobre la materia no vaciló en la aplicación del principio de libre circulación de mercancías y de no discriminación por razón de la nacionalidad a los contratos públicos²¹⁸.

El TJCA no ha tenido ocasión para emitir su criterio sobre la aplicación de las obligaciones de trato nacional y supresión de restricciones a las importaciones en los procesos de compras públicas. No obstante, en un aislado pronunciamiento, la SGCA dijo que:

«...la Secretaría General entiende que la obligación de trato nacional prevista en el Artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, y sin perjuicio de las Decisiones específicas, no se extiende al campo de las compras de mercancías por parte de entes del sector público en cada uno de los Países Miembros»²¹⁹.

sobre los mismos (...) Ni siquiera en las reformas posteriores del Tratado de la Comunidad Europea se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública (...)

José Antonio Moreno Molina, *La Contratación Pública en los Países de la Comunidad Andina: Un Estudio Comparado con el Derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina, julio 2007, p. 76.

²¹⁸ Por ejemplo, en la sentencia de 20 de marzo de 1990, asunto C-21/88, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tras recordar que «el artículo 30, al prohibir las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros, abarca toda normativa comercial que pueda obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario», observó que un «régimen, que favorece a las mercancías transformadas en una determinada región de un Estado miembro, impide que las administraciones y organismos públicos afectados se abastezcan, para satisfacer una parte de sus necesidades, de empresas situadas en otros Estados miembros. En estas circunstancias, debe reconocerse que los productos originarios de otros Estados miembros son discriminados con relación a los productos fabricados en el Estado miembro de que se trata, y de este modo se obstaculiza el normal curso de los intercambios intracomunitarios». Con estos elementos, el Tribunal de Justicia respondió la consulta prejudicial: «el artículo 30 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserve a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro».

Para una ampliación de la jurisprudencia comunitaria europea en materia de compras del Estado, ver: José Antonio Moreno Molina, *El Nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge, Oxford, 2015.

²¹⁹ Resolución 633 de la SGCA, publicada en la GOAC N°815 de 11 de julio de 2002. En su Resolución, la SGCA ligera y sorprendentemente señaló que:

«...queda claro que la situación denunciada no corresponde a medidas aplicadas en la frontera, ni de medidas unilateralmente impuestas por un País Miembro que se exijan como consecuencia del hecho de que una mercancía atravesase su frontera de un País Miembro, con lo cual queda desvirtuada la supuesta existencia de una restricción a las importaciones.»

Además, argumentó que la obligación de trato nacional no se extiende al campo de las compras públicas y «como evidencia» citó el artículo 9 de la Decisión 292 de la Comisión, que contiene el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas, el cual confiere un «tratamiento especial» de un trato no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público. También

No cabe duda de que el criterio de la SGCA señalado no tiene asidero en el Acuerdo de Cartagena y que, en el ámbito de la contratación pública, la jurisprudencia andina todavía tiene el desafío de brindar la seguridad jurídica necesaria para garantizar el trato no discriminatorio y eliminar las restricciones injustificadas que los bienes de origen subregional puedan enfrentar en la adquisición por parte de los Estados.

4.3. El procedimiento y los efectos de la calificación de gravámenes o restricciones

De acuerdo con el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, corresponde a la SGCA, de oficio o a petición de parte, determinar, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye «gravamen» o «restricción».

El procedimiento para la calificación de restricciones o gravámenes se encuentra regulado en el Capítulo I del Título V del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA (Decisión 425)²²⁰. Se trata de una de las competencias más relevantes de la Secretaría General en materia de solución de controversias derivadas de posibles infracciones al Acuerdo de Cartagena por parte de los Estados miembros. A través de este procedimiento, la SGCA decide con efectos vinculantes si una medida adoptada por un País Miembro constituye o no un gravamen o una restricción al comercio de mercancías.

Esta función atribuida a la SGCA resulta, sin embargo, extraña al sistema general de solución de controversias de la Comunidad Andina. En efecto, las restricciones al comercio de servicios y a la libre movilización de personas, se consideran como infracciones al ordenamiento jurídico andino, que se juzgan de acuerdo con los procedimientos generales nacionales o comunitarios previstos para el caso de incumplimientos, es decir: en el nivel nacional, mediante los recursos administrativos o judiciales para la impugnación de los actos del Estado; y, en el nivel comunitario, mediante la acción de incumplimiento ante el TJCA, previo el agotamiento de la fase prejudicial ante la SGCA.

La existencia de este procedimiento de «calificación de restricciones y gravámenes» tiene su explicación en el contexto en el que ha evolucionado el sistema andino de solución de controversias. A este respecto, cabe recordar que uno de los principales instrumentos del Acuerdo de Cartagena para la consecución de sus objetivos era —y continúa siendo— el Programa de Liberación, a través del cual, además de definir la

se refirió al artículo 4 de la Decisión 439, que contiene el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

Sin embargo, la SGCA no señaló cuál sería la excepción supuestamente aplicable a la prohibición de aplicar restricciones al comercio y a la obligación de trato nacional del Acuerdo de Cartagena para el caso de las compras públicas que colocaran en una situación de desventaja a los productos de origen subregional.

²²⁰ Publicada en la GOAC N°314 de 18 de diciembre de 1997.

forma y tiempo de la desgravación arancelaria intrasubregional, se prohíbe a los Países Miembros la introducción de gravámenes y restricciones. Por el impacto que tales medidas unilaterales podían tener en los objetivos de la integración andina, se consideró la necesidad de que un órgano técnico —como era la Junta del Acuerdo de Cartagena, que pasó a ser la Secretaría General— se pronunciara de una manera objetiva e imparcial en estos casos. Debe tenerse presente, en este contexto, que el Tratado de Creación del TJCA se celebró diez años después del Acuerdo de Cartagena y este órgano judicial comunitario no inició sus funciones hasta 1984, aunque no fue sino hasta 1996 que conoció y resolvió sobre la primera acción de incumplimiento contra un País Miembro.

Si bien el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena confiere la competencia para que la Secretaría General «determine» si una medida constituye un gravamen o restricción, no se precisa si dicha «determinación» debe hacerse a través de un Dictamen, en el marco de una acción de incumplimiento, o de una Resolución, a través de un procedimiento independiente. Sin embargo, al reglamentar esta disposición, la Decisión 425 codificó la práctica anterior de la Junta del Acuerdo de Cartagena y estableció un procedimiento similar al de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, pero con la peculiaridad de que concluye con una Resolución, mas no con un Dictamen.

El Tribunal de Justicia ha justificado la distinción entre los procedimientos y actos de calificación de gravámenes o restricciones y los de incumplimiento, en los siguientes términos:

«Los procedimientos de incumplimiento y de calificación de restricciones o gravámenes, debido a que están encaminados a fines distintos, culminan con actos de diversa naturaleza. Así, la fase administrativa previa a la acción de incumplimiento concluye con un “dictamen... el cual deberá ser motivado” (art. 23 del Tratado de Creación del Tribunal), en el que se expresarán las razones que hayan llevado a la Secretaría General a la convicción de que un País Miembro ha quebrantado las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino; se fijará un plazo para poner fin a la contravención; y cuando sea procedente, se indicarán los medios adecuados para restablecer la normativa comunitaria. El dictamen de incumplimiento, aunque se asemeja a una decisión motivada, no es materialmente Resolución, y, por tanto, no forma parte de las consagradas como tales en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir de las solas susceptibles de impugnación a través de la acción de nulidad.

En cambio, y a diferencia del dictamen de incumplimiento, la determinación de una medida adoptada por un País Miembro como restricción al comercio se materializa en una Resolución impugnante mediante el recurso de anulación.»²²¹

²²¹ Sentencia de 2 de junio de 2000 (2-AN-98), publicada en la GOAC N°588 de 2 de agosto de 2000.

Una primera consecuencia de que el procedimiento de restricciones y gravámenes culmine con una Resolución²²² es el efecto declarativo y obligatorio que reviste tal pronunciamiento, que solo podría ser revisado, ante la Secretaría General, a través de una revisión de oficio o mediante un recurso de reconsideración, o ante el Tribunal Andino, en el marco de una acción de nulidad²²³.

También como resultado del carácter declarativo y vinculante de las Resoluciones de restricciones o gravámenes, el Tribunal de Justicia no podría revisar la legalidad del pronunciamiento de la Secretaría General dentro de una acción de incumplimiento contra el País Miembro que aplica la medida, debiendo en tal caso limitarse a constatar si el Estado demandado acató o no la Resolución dentro del plazo por ella establecido²²⁴.

De lo anterior aparece que, previo a la interposición de una acción de incumplimiento contra un País Miembro, por la adopción de una medida considerada como gravamen

²²² El TJCA, al distinguir entre las Resoluciones de efectos jurídicos generales, de aquellas que tienen efectos particulares, ha considerado que:

«[U]na Resolución (...) que califica la medida adoptada por un país como restricción al comercio intrasubregional, y en ese sentido concede al mencionado país un plazo para que informe acerca del levantamiento de la referida medida, tiene efectos jurídicos particulares, similar al que tiene un acto jurídico emitido por autoridad competente, como es el caso del acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública...». (Sentencia de 26 de agosto de 2016 (proceso 02-AN-2015), publicada en la GOAC N°2810 de 15 de septiembre de 2016).

²²³ En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha señalado:

«Las Resoluciones que califican una medida interna como restricción al comercio, a los efectos del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, como se ha visto, constituyen actos decisivos que crean en el País Miembro destinatario una obligación de cumplimiento inmediato, independientemente de que su validez pueda ser cuestionada por la vía de la acción de nulidad. Por ello, la interposición del recurso administrativo comunitario de reconsideración, así como el judicial de anulación, en principio, no afecta su ejecución, eficacia o vigencia, conforme lo establecen los artículos 21 del Tratado de Creación del Tribunal y 41 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (Decisión 425) [publicada en la GOAC No. 314 de 18 de diciembre de 1997]. Excepcionalmente, la Secretaría General y el Tribunal disponen de la facultad de suspender provisionalmente los efectos del acto impugnado, mientras se tramitan el recurso de reconsideración y la acción de nulidad, respectivamente. Pero salvo que se produzca dicha orden de suspensión provisional, subsiste el obligatorio cumplimiento de las Resoluciones de la Secretaría General hasta tanto se produzca un pronunciamiento en firme que revoque o anule el acto viciado de ilegalidad». (Sentencia de 13 de octubre de 2000 (proceso 43-AI-99, publicada en la GOAC N°620 de 23 de noviembre de 2000).

²²⁴ En la citada sentencia (proceso 43-AI-99), el Tribunal precisó:

«Dentro de un proceso de incumplimiento por inobservancia de una Resolución que califique una medida interna como "restricción" a las importaciones intracomunitarias, no resulta admisible que el País Miembro demandado pretenda desvirtuar los argumentos o la parte decisoria de tal Resolución, pues la vía apropiada para dicho efecto es la correspondiente acción de nulidad, debiendo entenderse que si el País afectado no ejerció su derecho de impugnación, de manera oportuna y a través de la acción pertinente, implícitamente habrá consentido el acto que no recurrió en tiempo y forma debidos.»

o restricción, es necesario iniciar el procedimiento reglamentado en la Decisión 425. En caso de que los interesados no estuvieren de acuerdo con el pronunciamiento de la SGCA o esta no emitiera la correspondiente Resolución dentro de los plazos previstos, podrá solicitarse la reconsideración ante la propia SGCA o interponer una acción de nulidad o, en su caso, un recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia.

No obstante, si bien es necesario el agotamiento del procedimiento de calificación de restricciones o gravámenes, para iniciar una acción de incumplimiento, debe tenerse presente que, de acuerdo con la jurisprudencia andina, dicho agotamiento no sería necesario para obtener por la vía judicial nacional un pronunciamiento de anulación de una medida considerada como gravamen o restricción²²⁵.

En cuanto a la legitimación para activar el procedimiento de restricciones y gravámenes, se prevé que puede iniciarse de oficio, por la Secretaría General, por solicitud de un País Miembro o a instancia de un particular interesado, es decir de toda persona natural o jurídica que acredite que la medida considerada como gravamen o restricción lesiona sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Las solicitudes de inicio del procedimiento deben cumplir los requisitos del artículo 47 de la Decisión 425. Una vez verificado el cumplimiento de tales requisitos, la SGCA debe dirigir una nota al País Miembro señalado, concediéndole un plazo, que no excederá de un mes, para que presente su respuesta y ejerza su derecho a la defensa. Vencido el plazo para la contestación, y después de haber informado a los demás Países Miembros, la SGCA, dentro de los 10 días hábiles siguientes, debe emitir una Resolución debidamente motivada, mediante la cual se decide si la medida constituye o no gravamen o restricción y se concede un plazo máximo de un mes para que el País Miembro la deje sin efecto.

En caso de que la SGCA llegue a la conclusión de que la medida es un gravamen o una restricción²²⁶, la propia Resolución debe establecer un plazo (que no excederá de

²²⁵ En este sentido, se ha señalado:

«Para determinar cuándo una restricción a la libertad de comercio es contraria al Acuerdo de Cartagena, es necesario acudir también a elementos probatorios que ilustren el criterio del juez nacional para establecer en casos concretos si una restricción ha producido el efecto -que el tratado subregional andino pretende evitar- de afectación del comercio entre los países de la región. En otras palabras, la relación directa entre la medida restrictiva y su efecto sobre la disminución en las importaciones o en la amenaza eminente de reducirlas, serán elementos de juicio que corresponde evaluar en cada caso al juez nacional, para determinar si la restricción se opone a las disposiciones y fines del Tratado o no». (Sentencia de 22 de julio de 1994 (proceso 5-IP-90), publicada en la GOAC N°162 de 9 de septiembre de 1994).

²²⁶ Cabe tener en cuenta que: «Las Resoluciones que determinen que una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye restricción al comercio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73 [actual 74] del Acuerdo de Cartagena, deben limitarse a tal declaratoria, expresando los motivos que la justifiquen, sin que sea admisible utilizar el procedimiento de calificación de restricciones para fines distintos a los previstos en la norma invocada». (Sentencia de 2 de junio de 2000 (proceso 2-AN-98), citada).

un mes) para que el País Miembro deje sin efecto tal medida. Por su parte, el País Miembro tiene la obligación de cumplir lo resuelto por la SGCA, sin perjuicio del derecho a solicitar la reconsideración o a demandar la nulidad de la Resolución y, en su caso, a pedir, como medida cautelar, la suspensión provisional, siempre que se acredite que la ejecución pudiera causar daños de difícil o imposible reparación.

En el marco de una acción de nulidad contra una Resolución que desestima un reclamo de restricciones o gravámenes, el TJCA ha considerado 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 (...) 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” (...), no incluye en la legislación y jurisprudencia comunitaria condenas indemnizatorias ni el pago de daños y perjuicios por vía de restablecimiento de derechos».

Con estas consideraciones, el TJCA declaró que la medida en cuestión era contraria al artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituía, a la fecha de emisión de la sentencia, una restricción al comercio²²⁷.

Por último, la adopción de medidas unilaterales de los Países Miembros contrarias al Programa de Liberación constituye una conducta contraria al Acuerdo de Cartagena y al artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA que consagra el principio de *cooperación leal*, en virtud del cual los Países Miembros, a través de todos sus órganos que ejercen poder público, deben asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En aplicación de este principio, los Países Miembros, por una parte, se encuentran obligados a dejar sin efecto las medidas contrarias al Programa de Liberación y, por otro lado, deben abstenerse de introducir nuevas restricciones o gravámenes al comercio. Cuando la SGCA haya determinado que una medida constituye un gravamen o restricción, el País Miembro está obligado a dejarla sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por los efectos ilícitos y los daños causados.

La jurisprudencia comunitaria andina ha reconocido el derecho de los particulares a obtener una reparación como consecuencia de las violaciones al Derecho Comunitario Andino, incluso más allá del derecho a la indemnización de daños y perjuicios que consagra el artículo 30 del Tratado de Creación del TJCA²²⁸.

²²⁷ Sentencia de 14 de octubre de 2020 (proceso 02-AN-2020), publicada en la GOAC N°5056 de 18 de octubre de 2022.

²²⁸ «**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.»

En su sentencia de 24 de septiembre de 1998, en la acción de incumplimiento interpuesta por la SGCA contra la República del Ecuador, por aplicar unilateralmente medidas restrictivas a los licores originarios y procedentes de la República de Colombia (proceso 2-AI-97, ya citada), el Tribunal ya advirtió sobre las consecuencias derivadas de un incumplimiento al ordenamiento jurídico comunitario. Al respecto, señaló el TJCA:

«Es el Estado el obligado a anular los actos que constituyan el incumplimiento declarado por el Tribunal y a reparar los efectos ilícitos que hubieran producido. Corresponde pues a los organismos estatales sacar las consecuencias que se derivan de las sentencias de incumplimiento; es decir, tanto en cuanto a la adopción de medidas necesarias para borrar el incumplimiento como en cuanto a la reparación de los daños eventuales causados.»

En esta línea jurisprudencial, el Tribunal Andino —sin duda inspirado en la jurisprudencia europea²²⁹— ha incorporado al acervo comunitario el *principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento al ordenamiento jurídico andino*. En la sentencia de 14 de abril de 2005 contra la República de Colombia, por la aplicación de restricciones a la importación de arroz (proceso 118-AI-2003, ya citada), al referirse a la responsabilidad y consecuente obligación que recae sobre los Países Miembros de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación al ordenamiento jurídico comunitario y de reparar los perjuicios que sobrevengan del mismo, el TJCA declaró:

«Finalmente, en cuanto a la responsabilidad de los Países Miembros respecto del cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, según lo establecido por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, los Países Miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y por consiguiente, tienen la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los Países Miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un País Miembro, la plena eficacia de las normas

²²⁹ Tras sintetizar el efecto que generan las normas comunitarias en la esfera jurídica de los particulares, a partir de la sentencia *Franovich y Bonifaci*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea— ha proclamado a la responsabilidad de los Estados miembros como un principio general de Derecho Comunitario. La jurisprudencia europea ha fundamentado el derecho a la reparación por la violación del Derecho comunitario con la siguiente argumentación:

«Hay que señalar que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.»

Sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991 - asuntos C-6/90 y C-9/90, *Franovich-Bonifaci*.

comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran.

El principio de cooperación leal, impone a los Países Miembros la adopción de todas las medidas necesarias a fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino, entre las cuales se incluye la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del ordenamiento jurídico comunitario.»²³⁰

La exigencia de pago de valores por medidas nacionales calificadas como gravamen a las importaciones confiere a los particulares el derecho a obtener la devolución de tales valores cobrados en violación al Programa de Liberación²³¹. Análogamente, en reciente sentencia, el TJCA ha reafirmado que los cobros realizados con sustento en una salvaguardia no autorizada por la SGCA deben considerarse violatorios al Programa de Liberación y, por lo tanto, corresponde que el País Miembro que los haya exigido indebidamente ordene su devolución:

«[R]esulta evidente que si la SGCA concluye que no correspondía aplicar una medida correctiva de salvaguardia, sea porque no existió ninguna situación que corregir o porque no se cumplieron los requisitos y condiciones antes señalados, dicha medida, en rigor, nunca debió haber entrado en vigencia y mucho menos debió haber sido aplicada en el territorio de uno de los Países Miembros, pues es fácil colegir que, desde su génesis, era una medida contraria a las disposiciones del Acuerdo de Cartagena, al Programa de Liberación y al principio de libre circulación de mercancías. En ese sentido, se trata de una medida correctiva que fue aplicada indebidamente y los eventuales cobros que se hubiesen realizado constituyen, del mismo modo, cobros indebidos.

En ese supuesto, es natural que la Resolución de la SGCA tenga efectos retroactivos, toda vez que frente a la denegatoria de una solicitud de aplicación de salvaguardia y la consecuente suspensión de su aplicación, corresponde también que la SGCA ordene la devolución de aquellos montos que hubieren sido cobrados indebidamente durante la aplicación provisional de la medida y antes del pronunciamiento de la SGCA. Lo contrario significaría convalidar actos nacionales contrarios a los compromisos y obligaciones de los Países Miembros, establecidos en el Acuerdo de Cartagena»²³².

²³⁰ Sentencia de 14 de abril de 2005 (proceso 118-AI-2003), citada.

²³¹ En el Derecho Comunitario Europeo, y específicamente en lo relativo a los derechos de los particulares respecto del cobro indebido de tributos u otro tipo de recargos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, reconoció la responsabilidad de los Estados miembros en los siguientes términos:

«...el derecho a obtener la devolución de las cantidades percibidas por un Estado miembro en infracción de las normas de Derecho comunitario es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia.»

Sentencia del TJCE del 2 de febrero de 1988. Asunto 309/85. Bruno Barra y otros c. État Belge.

²³² Sentencia de 18 de julio de 2023 (proceso 02-AI-2019), publicada en la GOAC N°5252 de 19 de julio de 2023.

En definitiva, para los particulares, la tutela judicial efectiva no queda garantizada mediante la sola calificación de restricciones o gravámenes o de un incumplimiento al Programa de Liberación; es principio básico y general del Derecho que todo incumplimiento o toda violación a una norma jurídica genera responsabilidad a quien la haya cometido.

5. Conclusiones y consideraciones finales

(i) La Zona Andina de Libre Comercio, conformada por los territorios aduaneros de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y constituida a partir del Acuerdo de Cartagena, está regida por un conjunto de políticas orientadas a suprimir las barreras arancelarias y no arancelarias, así como los tratamientos discriminatorios a los bienes originarios de la Subregión.

(ii) La integración comercial de la Comunidad Andina tiene por objetivo promover el desarrollo armónico y equilibrado de los Países Miembros, con la finalidad de mejorar el nivel de vida de sus habitantes. En este sentido, la supresión de las barreras al comercio contribuye a generar significativas eficiencias económicas, entre las cuales destacan:

- mayores facilidades y reducción de costos para la exportación e importación estimulan la creación de más oportunidades de producción, más competencia y mejora continua de la calidad de los productos;
- estas oportunidades impulsan la constitución de nuevas empresas o ampliación de las existentes, con la consecuente generación de más plazas de empleo directo y del aumento de la demanda de insumos (materias primas, bienes intermedios, empaques, etc.) y servicios técnicos, tecnológicos, comerciales, logísticos, administrativos, jurídicos, entre otros, asociados a la actividad empresarial;
- el incremento del comercio exterior también requiere nuevas inversiones públicas y privadas para el desarrollo de infraestructura para el transporte terrestre, puertos para la conectividad con el transporte marítimo y la modernización de aeropuertos para el transporte aéreo de carga;
- los consumidores aumentan sus posibilidades de acceder a productos, en condiciones de mayor variedad de oferta (más opciones para elegir productos que se adapten a sus necesidades) y mejores condiciones precio, el cual también puede reducirse gracias a la eliminación de aranceles y los costos que generan las restricciones injustificadas;
- un mayor intercambio de bienes promueve la apertura de sucursales y otras formas de establecimiento empresarial, más viajes de negocios, el fortalecimiento de los servicios transnacionales de telecomunicaciones y de

transporte, la ampliación del mercado laboral y el impulso al turismo de negocios y recreativo;

- los ingresos fiscales destinados a cumplir la función social de los Estados, si bien pueden afectarse por la no recaudación de aranceles, no solo quedan compensados, sino que son potenciados continuamente —por medio de la recaudación de los tributos directos e indirectos internos— como consecuencia de una mayor actividad económica de las empresas y los consumidores.

(iii) El Programa de Liberación y la armonización de las políticas económicas —y especialmente comerciales— constituyen los pilares fundamentales la Zona Andina de Libre Comercio. Estos mecanismos se han implementado a lo largo del tiempo y continúan en constante evolución y profundización gracias a la existencia de una institucionalidad comunitaria encargada de velar por la liberalización del comercio subregional y de aproximar o armonizar las legislaciones nacionales con la finalidad de establecer estándares comunes, equivalentes o reconocidos, de manera que se faciliten los intercambios comerciales.

(iv) La construcción de la Zona Andina de Libre Comercio ha sido el resultado, en primer lugar, de la voluntad de los gobiernos de los Países Miembros para obligarse, a través de *tratados internacionales*, como el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCA, a liberalizar y regular comunitariamente sus mercados, y para establecer un sistema institucional con competencias para profundizar esos compromisos. Por su parte, bajo las directrices del Consejo Presidencial Andino y el soporte diplomático en el seno del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina ha sido el espacio para negociar y acordar —a través de *Decisiones* de obligatorio cumplimiento— los plazos y las modalidades de la eliminación de los aranceles a la importación, al igual que las normas comunitarias de regulación del comercio. A la Secretaría General de la Comunidad Andina le ha correspondido—por medio de *Resoluciones* y *Dictámenes*— velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, mediante la autorización o suspensión de salvaguardias al Programa de Liberación; la fiscalización de medidas que puedan constituir gravámenes o restricciones al comercio; y el impulso de procedimientos de prejudiciales y acciones de incumplimiento por la aplicación de medidas contrarias al Programa de Liberación. Finalmente, el TJCA ha salvaguardado el respeto y exigibilidad de los acuerdos y, en general, las obligaciones comunitarias inherentes a la Zona Andina de Libre Comercio.

(v) La integración andina logró suprimir los aranceles a la importación para el universo de productos hace más de 30 años. Si bien se han mantenido vigentes los mecanismos de salvaguardia al Programa de Liberación, las medidas unilaterales se han reducido considerablemente los últimos años. Los criterios administrativos de la SGCA y jurisprudenciales del TJCA han brindado parámetros cada vez más rigurosos para la aplicación de estas medidas de excepción. Además, las acciones directas interpuestas por los particulares —y su acogida por el TJCA— han contribuido a los objetivos de liberalización del comercio, no solo a través de la suspensión de medidas

irregularmente adoptadas, sino también mediante el reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad de los Estados por la violación del Derecho comunitario.

(vi) El Programa de Liberación, como principal mecanismo de la Zona Andina de Libre Comercio, está conformado por la prohibición de la aplicación de aranceles, demás gravámenes, restricciones y discriminación o trato menos favorable a los productos importados de origen de los Países Miembros.

(vii) Además de las medidas salvaguardias, los Países Miembros también pueden aplicar otro tipo de medidas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia, especialmente los «derechos *antidumping*» y las «medidas compensatorias por subvenciones», las cuales —al igual que las salvaguardias— también se encuentran supeditadas a la autorización de la Secretaría General de la CAN, que, en algún momento, debieran quedar sustituidas por una actualizada política común sobre libre competencia. Asimismo, es un asunto pendiente la eliminación de gravámenes o restricciones a las importaciones originarias de la Subregión, como sanción por el desacato de sentencias del TJCA. Varias propuestas se han formulado para que se apliquen otro tipo de sanciones —incluyendo las multas coercitivas o a tanto alzado como las existentes en la Unión Europea— que no impliquen cargas o restricciones al comercio Subregional.

(viii) La obligación de trato nacional, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria andina, hoy tiene un alcance más amplio que el tenor literal del Acuerdo de Cartagena. La prohibición de discriminación incluye a toda medida de un País Miembro que imponga condiciones de cualquier orden menos favorables a los productos importados de origen subregional respecto de los productos nacionales. Cuando el trato es menos favorable respecto de productos originarios de *terceros países*, en virtud de la cláusula de nación más favorecida existe la obligación de extender ese tratamiento a los productos de origen subregional. Se trata de una cláusula incorporada a todos los instrumentos y mecanismos del proceso integrador, según sostiene el TJCA, de manera que toda ventaja, facilidad o beneficio que un País Miembro conceda a terceros en el marco de acuerdos comerciales debe aplicarse incondicional y automáticamente a los demás Países Miembros.

(ix) Tanto los gravámenes como las restricciones —que forman parte del concepto más amplio de «medidas no arancelarias»—, constituyen obstáculos que inciden, dificultan o encaren las importaciones de origen de los Países Miembros. Se diferencian entre sí por la naturaleza del obstáculo. Si la medida implica una cantidad o valor que debe pagarse por el hecho de la importación se tratará de un «gravamen»; mientras que, si la medida no es de carácter pecuniario, pero impide o dificulta las importaciones, estaremos ante una «restricción».

(x) Constituyen gravámenes tanto los derechos aduaneros —que fueron eliminados en el comercio entre los Países Miembros en 1992— como aquellos recargos normalmente recaudados por la administración aduanera, ya sea que se denominen *sobretasas*, los *derechos específicos*, *derechos correctivos*, *derechos*

arancelarios, derechos variables, aranceles variables y específicos, aportes contribuciones, cuotas redimibles, así como los *impuestos* que se aplican únicamente a las importaciones. También deben considerarse como gravámenes, los recargos aplicados a las importaciones que, a pesar de tener la denominación de «tasas», no correspondan a un servicio efectivamente prestado o no sean proporcionales a tal servicio.

(xi) La jurisprudencia del TJCA y los precedentes de la Secretaría General han calificado como gravámenes, en general, a las «tasas por servicios aduaneros», a los «recargos calculados sobre el valor de las mercancías» y a las tasas por trámites que constituyen restricciones a la importación. Sin embargo, varios pronunciamientos de la SGCA no han sido consistentes con el ordenamiento jurídico comunitario cuando han señalado que solo están justificadas las tasas por «servicios de carácter optativo y no obligatorio». El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina reconoce la legitimidad de las tasas por concepto de tramitación y obtención de los documentos requeridos para la comercialización de productos; de manera que los procesos previos o concurrentes a la importación que se ejecutan ante las autoridades nacionales de control, como parte de las potestades del Estado (autorizaciones, permisos, certificados, licencias, registros, notificaciones obligatorias, etc.), podrían ser considerados servicios sujetos al pago de una tasa compatible con el ordenamiento jurídico de la CAN, siempre que sean proporcionales al costo del servicio.

(xii) El concepto de restricciones a la importación es amplio, evolutivo y residual, en el sentido de que *cualquier medida* que impida o dificulte las importaciones — distinta a los derechos aduaneros y demás gravámenes y que no se encuentre dentro de las excepciones al concepto de restricciones— se encuentra prohibida. Toda medida de un órgano del Estado, independientemente del tipo de función pública que ejerza, puede dar lugar a una restricción al comercio. Incluso la decisión de un juez nacional que impida o dificulte las importaciones de origen subregional podría ser considerada como restricción. Las medidas restrictivas pueden consistir en acciones u omisiones, generales o particulares, sin que interese que se trate de un acto definitivo, de trámite o preparatorio, que se hayan o no agotado los recursos administrativos o judiciales internos, o que haya existido o no la intención o propósito, siendo suficiente que la medida tenga como efecto directo o indirecto el de dificultar las importaciones.

(xiii) Para que una medida adoptada por un País Miembro se justifique como una excepción al concepto de «restricción» es necesario que pase por el «*test* de proporcionalidad», que ha sido rigurosamente delimitado por la jurisprudencia andina. Aun cuando la jurisprudencia ha interpretado que las excepciones al concepto están taxativamente determinadas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, lo cierto es que existen otras causales que permitirían a los Países Miembros, unilateral o conjuntamente, aplicar medidas que limitan, dificultan o encarecen las importaciones, como las medidas restrictivas establecidas por el ordenamiento jurídico de la CAN (salvaguardias, *derechos antidumping, medidas compensatorias, sanciones por desacato de sentencias*, o las que son el resultado de la *armonización de las políticas económicas* o los programas de desarrollo industrial o agropecuario); así como las

medidas indistintamente aplicables que persiguen objetivos legítimos de los Estados (como la protección de los *derechos del consumidor*, la protección del productor frente a *prácticas desleales de comercio* o la protección del *medioambiente*, incluyendo las medidas adoptadas conforme al *principio de precaución*).

(xiv) Si bien los avances de la Zona Andina de Libre Comercio son extraordinarios, todavía hay un amplio margen de acción para lograr una mayor integración del mercado de bienes de la Comunidad Andina. Entre tales acciones, se pueden enunciar las siguientes:

- La eliminación definitiva de las cláusulas de salvaguardia, los derechos *antidumping*, las medidas compensatorias y las sanciones por desacato de las sentencias que impliquen la imposición de gravámenes o restricciones al comercio subregional. Esta propuesta, por supuesto, requiere una reforma al Acuerdo de Cartagena, asunto que seguramente está distante de la *realpolitik* de los gobiernos de los Países Miembros de la Comunidad Andina.
- Las medidas que limitan el comercio subregional por razones económicas deben quedar sustituidas por una política de competencia común más robusta, así como por un régimen común de protección de los derechos de los consumidores.
- El mercado de compras públicas de los Países Miembros de la Comunidad Andina no está exceptuado del principio de trato nacional. La jurisprudencia comunitaria andina aún no ha tenido la oportunidad de reafirmar la vigencia de este principio en el ámbito de la contratación pública. Paralelamente, la Comisión de la Comunidad Andina podría iniciar un proceso de aproximación de las legislaciones nacionales sobre esta materia, a fin de garantizar los principios de transparencia y no discriminación a los bienes y sus proveedores en la Subregión.
- La armonización de las legislaciones nacionales —en aquellos aspectos que regulan el comercio de bienes, ya sea por razones de salud y vida de las personas, sanidad agropecuaria, medio ambiente, seguridad, orden público, derechos del consumidor, entre otros objetivos legítimos— es uno de los mecanismos que mayor impacto podría tener en el funcionamiento del mercado subregional de bienes, como ya ha ocurrido en algunos sectores (por ejemplo: la regulación del comercio de los cosméticos, los productos de higiene personal y limpieza del hogar, el etiquetado de prioritarios —por su magnitud y encadenamiento productivo en el comercio subregional— es el de los alimentos, que debiera estar regulado a través de una norma comunitaria sobre inocuidad alimentaria).
- La interconexión y armonización de los sistemas tecnológicos aduaneros (declaraciones anticipadas, operadores económicos autorizados, perfiles de riesgo, valoración aduanera) y de control previo a la importación (iniciando por los controles relacionados con la certificación de origen, la sanidad

agropecuaria, la reglamentación técnica, registros y notificaciones sanitarias de alimentos, medicamentos, cosméticos y demás productos regulados).

(xv) La responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario es una pieza clave en la consolidación de la integración comercial andina. Si bien ya existen los primeros pasos para la aplicación de este principio en la Comunidad Andina, está en manos de la jurisprudencia comunitaria nutrir de contenido y efectividad al derecho de los particulares a la reparación por los daños causados por las acciones y omisiones de los Países Miembros violatorias a las normas y objetivos de la Zona Andina de Libre Comercio.

Quito, enero de 2024.

SUBCAPÍTULO VI

DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

APARTADO I

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DEL DERECHO DE AUTOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Yecid Ríos Pinzón

Yecid Ríos Pinzón

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Comercial e Instituciones Jurídico-Procesales. Expresidente del Centro Colombiano de Derecho de Autor (CECOLDA), socio fundador de Zapata & Ríos - Abogados Asociados. Hace parte de la lista de secretarios de tribunales de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Consultor y litigante en Propiedad Intelectual y Derecho Comercial. Ha sido subdirector de Derecho de Autor del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), jefe de la Oficina Jurídica de Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC), jefe de la Oficina Jurídica y de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), entre otros. Tutor de la Academia de la OMPI. Profesor de cátedra de la especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad Sergio Arboleda, así como en la Maestría de Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes. Autor de diferentes artículos académicos y del blog: autoresalderecho.wordpress.com.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DEL DERECHO DE AUTOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Yecid Ríos Pinzón¹

Palabras clave

Principios generales del derecho. Principios generales del derecho de autor. Derecho de autor y derechos conexos. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Jurisprudencia. Decisión Andina 351 de 1993.

Keywords

Principles of law. Principles of Copyright. Copyrights and Neighboring Rights. Court of Justice of the Andean Community. Jurisprudence. Andean Decision 351 of 1993.

Resumen

En este documento, el autor identifica algunos de los principios generales del derecho, y en especial, de los principios generales del derecho de autor presentes en la Decisión Andina 351 de 1993, así como el tratamiento que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dado a tales principios en su jurisprudencia durante los últimos seis años.

Abstract

In this paper the author identifies some of the principles of law, in particular the principles Copyright included in the Andean Decision 351 of 1993. In addition, this paper analyses the use of these principles in the jurisprudence of the Andean Court of Justice during the last six years.

«El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente en el Código Civil, pero de los cuales,

¹ El autor quiere hacer un reconocimiento especial de agradecimiento a la secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, licenciada Karla Rodríguez, por facilitarle de manera organizada y sistematizada algunos de los principales pronunciamientos del TJCA en materia de derecho de autor y derechos conexos de los últimos años.

sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.»²

1. Introducción

Hace treinta años, exactamente el 17 de diciembre de 1993, fue aprobada la Decisión Andina 351 de 1993³, la cual condensa el «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» de la Comunidad Andina. Quince años antes, el 28 de mayo de 1979 se creaba el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o **TJCA**) y, en este 2024, conmemoramos cuarenta años del inicio de funcionamiento de este importante órgano jurisdiccional.

Aprovechando estas tres efemérides, queremos hacer un homenaje al principal instrumento normativo del derecho de autor en la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **CAN**), la Decisión Andina 351 de 1993, y, sobre todo, el órgano judicial llamado a interpretarlo con autoridad, a dinamizarlo y a contemporizarlo a los nuevos retos y demandas de un mundo digital y globalizado: el TJCA.

Para lo anterior, nos proponemos utilizar un hilo conductor: los principios generales del derecho que informan a la Decisión 351 de 1993 y la forma como el TJCA, en su jurisprudencia de los últimos años, ha utilizado estos principios para interpretar e integrar a la mencionada decisión y por qué no, para crear derecho. Esser señalaba que «...un texto legal puede ser tan antiguo como se quiera, [pero] si la necesidad se presenta, la jurisprudencia lo convertirá siempre en una mina de aquellos principios que le interesa proclamar»⁴. La Decisión Andina 351 de 1993 es un texto normativo poco casuístico, más dada a incorporar disposiciones normativas del tipo principio o, en otros casos aplicaciones concretas de estos. Esa ha sido una de las claves por las cuales esta Decisión ha trascendido en tres décadas marcadas por sustanciales cambios culturales, económicos y tecnológicos nunca antes vistos en la historia de la humanidad en tan corto tiempo. Esa veta de principios, para parafrasear al autor antes citado, constituye un importante patrimonio jurídico de los países andinos, y un instrumento sin igual para el Tribunal llamado a interpretar tal ordenamiento.

Así las cosas, nuestro objetivo fundamental es identificar algunos de los principales principios generales del derecho —y del derecho de autor en particular— que

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 1958. Magistrado Ponente: Arturo Valencia Zea. Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 232. Disponible en:
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/12/SC-23-06-1958.pdf>

³ Decisión 351 — «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 145 del 21 de diciembre de 1993. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace145.pdf>

⁴ Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 333.

subyacen a las reglas enunciadas en la Decisión Andina 351 de 1993 y cómo la jurisprudencia del TJCA ha desarrollado esos principios.

Antes de abordar este propósito, conviene hacer una breve referencia al concepto mismo de principio general del derecho, sus funciones y los métodos para identificarlos, para, posteriormente descender a su análisis en la jurisprudencia autoral comunitaria.

2. Los principios generales del derecho

Como bien lo plantea el epígrafe de este documento⁵, más allá de las reglas jurídicas existe un derecho más profundo; constituido por unas categorías axiológicas y normativas, más abstractas que las meras reglas: los principios generales. Principios que condensan un cúmulo de conocimiento y tradición jurídica, pero ante todo una aspiración de justicia.

Los principios generales incluso preceden a la existencia de las reglas jurídicas. Como lo anota De Castro, ellos son «los inspiradores de todo el ordenamiento jurídico»⁶. Ocupan, según este mismo autor, un lugar especial en la jerarquía de las fuentes del derecho «ya que han de ser tenidos en cuenta antes, en y después de la ley y la costumbre»⁷. Sin duda alguna, los legisladores comunitarios del año noventa y tres estaban influidos por principios generales del derecho, que sirvieron de base para estructurar el contenido de la Decisión 351 y que se expresaron en una serie de reglas que conforman dicho estatuto.

Así pues, los principios no solo sirven para llenar los vacíos normativos (integración del derecho), o para guiar la interpretación de la norma y su aplicación a un caso concreto (función hermenéutica). Los principios generales también son fundamentales en el momento de creación de la norma, pues le otorgan a los estatutos normativos —como es la Decisión 351 de 1993— su estructura sistemática, sus contornos ontológicos y teleológicos. En suma, los principios generales encarnan el espíritu de la ley. La dota de personalidad, de unicidad sistémica.

La cuestión de cómo identificarlos no es del todo pacífica. Algunas veces el legislador facilita esa labor, cuando expresamente incorpora y desarrolla un principio general del derecho. La Decisión Andina 351 en algunos casos así lo hace⁸. Pero la más de

⁵ El cual que fue tomado de una de las sentencias más trascendentales en materia de principios generales en territorio colombiano; sentencia fruto de la pluma de uno de los más insignes juristas del derecho civil en Latinoamérica: el Maestro Arturo Valencia Zea.

⁶ Federico de Castro y Bravo, citado por Hernán Valencia Restrepo, *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1999, p. 67.

⁷ *Ídem*.

⁸ Por ejemplo, con principios como el de no protección a las ideas (art. 7), irrelevancia del género, de la forma de expresión, del mérito o del destino de la obra (arts. 1 y 4) o los principios del derecho procesal aplicables a las controversias en materia de derecho de autor (art. 55).

las veces, los principios no se evidencian a primera vista, la mayoría subyacen o se agazapan en reglas jurídicas que no son otra cosa que la expresión de aquellos⁹. Por lo tanto, para identificarlos ha de acudirse a la analogía *iuris* que «arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas singulares y extrae de ellas, por vía de inducción, principios más generales»¹⁰.

En la construcción de este documento nos dimos a la tarea de identificar algunos de los principios generales que subyacen a la Decisión Andina 351 de 1993, bien porque se encuentran expresa o implícitamente retratados en su articulado. Esa labor la hemos condensado en la tabla uno, la cual anexamos para inmediata referencia del lector. Se trata de veinticuatro principios que hemos identificado sin la pretensión de exhaustividad. Listado al que se han adicionado otros principios, ya no propios del derecho autoral, sino del derecho en general. Estos últimos, han sido reconocidos y aplicados por el TJCA en su jurisprudencia, de allí que hemos dividido nuestra exposición en dos partes: En el apartado 2 expondremos cómo el TJCA ha utilizado principios generales del derecho como herramienta para la interpretación de normas relativas al derecho de autor y los derechos conexos; por su parte, en el apartado 3, nos centraremos en el tratamiento jurisprudencial de lo que llamamos «los principios generales propios del derecho de autor y de los derechos conexos».

3. Algunos principios generales del derecho aplicados al derecho de autor

Iniciaremos con algunos principios que no son específicos del derecho de autor, sino del derecho en general, pero que encuentran un espacio en esta área del derecho.

3.1. Principio de equidad

«Dar a cada uno lo que le corresponde» —la clásica definición de la equidad— se expresa en el derecho de autor en la máxima según la cual “*el autor sigue la suerte de su obra*”. Sobre esta base se estructura el derecho de autor y los derechos conexos; y encuentra su positivización en el artículo 45 [e] de la Decisión Andina 351 de 1993 que obliga a las sociedades de gestión colectiva a que «garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso».

Sobre el particular el TJCA ha dicho:

«Adicionalmente, cabe indicar que el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión

⁹ Por ejemplo, las reglas de la Decisión Andina 351 (art. 11) según las cuales los derechos morales son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, responden a un solo principio el cuál hemos denominado la inmanencia del derecho moral de autor.

¹⁰ Enneccerus, citado por Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil, Parte General y Personas*, Décimo Cuarta Edición, Temis, Bogotá, 1997, pág., 167.

colectiva (...). De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a «distribución equitativa», significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser «proporcional» a la utilización de sus obras...»¹¹

El principio de equidad también subyace en el reconocimiento del derecho de participación a los autores de obras artísticas (y a sus herederos) que hace el artículo 16 de la Decisión 351. El TJCA explica, sobre la base del criterio de equidad, por qué este derecho solo se reconoce a los autores de este tipo de obras:

«A diferencia de los escritores y de los músicos, los artistas visuales (de obras de bellas artes), como los pintores y los escultores, no obtienen beneficios directos de las transacciones económicas vinculadas con la comercialización de sus obras en los mercados mundiales, por lo que el derecho de participación constituye un intento de corregir ese desequilibrio y velar por que los artistas reciban un pequeño porcentaje del precio alcanzado por su obra en las reventas (...). En tal sentido, el *droit de suite* es la prerrogativa establecida en beneficio de los autores consistente en recibir un porcentaje del importe de las ventas sucesivas de sus obras de arte (plástica o figurativa), como pintura, escultura o dibujo...»¹²

La equidad también fue reconocida como la razón fundamental por la cual se reconoce a los autores un derecho respecto de la radiodifusión de sus obras:

«La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra...».¹³

3.2. Principio de equivalencia funcional

Este principio ha sido utilizado para contemporizar a las realidades tecnológicas actuales, un requisito que el art. 45 [h] exige a las sociedades de gestión colectiva: La publicación de sus tarifas en un diario de amplia circulación. El TJCA ha manifestado:

¹¹ Sentencia 52-IP-2022, 6 de mayo de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4472 del 20 de mayo de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204472.pdf>

¹² Sentencia 01-IP-2021 del 6 de mayo de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4230 del mismo día, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204230.pdf>

¹³ Sentencias 257-IP-2021 y 144-IP-2020, ambas del 21 de septiembre de 2022, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5049 del 4 de octubre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205049.pdf>

En similares términos: Sentencia 383-IP-2021, 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

«La obligación prevista en el Literal h) del Artículo 45 de la Decisión 351, en el sentido de que la sociedad de gestión colectiva debe publicar en un medio de amplia circulación nacional y cuando menos anualmente las tarifas generales por el uso de los derechos que representa, tiene por objeto garantizar que los usuarios conozcan de antemano el monto (y los criterios o parámetros para su cálculo) de las remuneraciones (o regalías) que deberán pagar en caso decidan utilizar obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas u otros derechos conexos.

29 años después de la vigencia de la Decisión 351, el internet permite que los usuarios puedan acceder a dicho conocimiento de una manera mucho más rápida y gratuita, como sería el hecho de que la sociedad de gestión colectiva publique su tarifario en su página web, a la cual pueden acceder los usuarios todos los días y en cualquier momento.

En tal sentido, y en ejercicio de los métodos de interpretación teleológico y evolutivo, el Tribunal considera que, si una sociedad de gestión colectiva publica íntegramente su tarifario en su página web, de modo que su acceso es asequible (...) y sencillo (...) para los usuarios, y lo hace sin interrupción alguna todos los días del año y a cualquier hora, se cumple el mandato establecido en el Literal h) del Artículo 45 de la Decisión 351, con relación a la publicidad del tarifario.»¹⁴

3.3. No hay derechos absolutos

Ningún derecho es absoluto, todos admiten límites. En otras palabras, todos los derechos son relativos. Este principio influye en instituciones tan fundamentales para el derecho de autor como lo es el plazo de protección o las limitaciones y excepciones. Sobre el particular ha dicho el TJCA:

«Por lo anterior, se advierte que los derechos patrimoniales no son absolutos y, por lo tanto, se encuentran restringidos por una serie de limitaciones y excepciones, las cuales para ser consideradas como tales, no deberán causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (usos honrados) y no deberán afectar la normal explotación de la obra...»¹⁵

Incluso este principio aplica a los derechos morales. Sin bien estos no están sujetos a límites y plazos como los derechos patrimoniales, sí pueden ser objeto de ponderación, en especial cuando entran en conflicto con otro tipo de derechos:

«En principio nadie puede modificar una obra (obras plásticas, canciones, libros, películas, etc.) sin autorización del autor. Sin embargo, conforme a lo señalado en el

¹⁴ Sentencia 205-IP-2022, 19 de octubre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5063 del 25 de octubre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205063.pdf>

¹⁵ Sentencia 353-IP-2021, 19 de octubre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5107 del 25 de enero de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205107.pdf>

acápite precedente, este derecho moral a la integridad de la obra no es absoluto, por lo que en caso de conflicto con otros derechos como el de propiedad corresponde evaluar las circunstancias de cada caso a efectos de ponderar los derechos en conflicto. En efecto, no es que un derecho prime sobre el otro, sino que deben ponderarse los intereses en conflicto y buscar una solución equilibrada que permita la máxima protección de ambos derechos.»¹⁶

3.4. Complemento indispensable

Este no es un principio general del derecho, pero sí del derecho comunitario, por ello lo referenciamos en este punto. El mismo tiene importantes aplicaciones en todas las áreas reguladas por el ordenamiento de la Comunidad Andina, de allí que el TJCA ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre él, en materias de derecho de autor y conexos. Así:

«El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria andina consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura” (...), según la cual se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.
(...)

E[s] así que el TJCA ha establecido que no son aplicables las normas de derecho interno que sean contrarias al ordenamiento jurídico comunitario andino. Asimismo, deben quedar abstraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria andina. El Tribunal ha expresado que “no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas”...

De modo que los países miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias andinas, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.

No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los países miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, le corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario andino o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria andina...

La Decisión 351 establece en el Capítulo XIII “De los Aspectos Procesales” algunos parámetros generales en cuanto a los procesos o procedimientos que se sigan ante la

¹⁶ Sentencia 47-IP-2017, 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3118 del 20 de octubre de 2017, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3118.pdf>

autoridad nacional competente en relación con la protección del derecho de autor. Asimismo, establece algunas medidas cautelares, resarcitorias y sancionatorias de carácter penal que la referida autoridad puede tomar en cuenta en el transcurso del proceso o procedimiento o en el acto que resuelve el fondo del asunto...

Se advierte que las anteriores previsiones consagradas en la norma comunitaria, al ser tan generales en materia de procedimiento, dejan abierto un gran margen para que el ordenamiento interno de los países miembros regule los procedimientos y procesos teniendo como base o soporte la norma comunitaria, de conformidad con el principio de complemento indispensable...

En atención a lo expuesto, lo relacionado con los requisitos, validez, eficacia y características de las licencias de uso en materia de derecho de autor deberá ser regulado por la normativa interna de cada país.»¹⁷

El complemento indispensable cobra especial relevancia en aquellas áreas donde el legislador andino ha delegado, en las legislaciones internas, la regulación de determinados institutos, como es el caso de las obras por encargo realizadas en el marco de una relación laboral:

«Finalmente, en las obras creadas en virtud de una relación laboral, la Decisión 351 determina que la titularidad de los derechos patrimoniales y su ejercicio se regirán por la legislación nacional. De manera general, algunas legislaciones han determinado que estos se regirán por lo pactado en el contrato, si este se lo hizo por escrito; y a falta de contrato escrito, se adhieren a presumir que los derechos patrimoniales han sido cedidos en forma no exclusiva al empleador, en lo necesario para su actividad habitual y que este cuenta con autorización para divulgarla. Sea cual fuere la modalidad adoptada, en ningún caso la cesión de derechos puede alcanzar los de orden moral, que gozan de las características de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad.»¹⁸

En similares términos, el TJCA se ha pronunciado sobre el alcance del principio de complemento indispensable en la regulación de la cesión de derechos de autor:

«En atención a dicho dispositivo legal comunitario, todo lo relacionado a cesión o concesión de derechos patrimoniales y licencias de uso, se encontrará regulado por la legislación nacional, en aplicación del principio de complemento indispensable, siempre y cuando no sea contrario a la norma andina.»¹⁹

¹⁷ Sentencia 371-IP-2017, 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3188 del 13 de febrero de 2018, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3188.pdf>

¹⁸ Sentencias 215-IP-2018, 29 de marzo de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3637 del 16 de mayo de 2019 y 108-IP-2020, 7 de octubre de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4118 del 19 de noviembre de 2020; disponibles en:
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203637.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

¹⁹ Sentencia 248-IP-2021, 15 de diciembre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5130 del 15 de febrero de 2023, disponible en:

3.5. Responsabilidad objetiva

El TJCA ha determinado que en materia de infracciones al derecho de autor y los derechos conexos, la responsabilidad civil es objetiva; de suerte que el dolo o la culpa no es un elemento estructural de tal responsabilidad. Así:

«Dado que la responsabilidad objetiva por la infracción del derecho de autor es objetiva, la autoridad administrativa o jurisdiccional que está conociendo la denuncia o demanda, no necesita demostrar que el investigado ha actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que bastaría con verificar de la conducta del investigado encaja en uno o más de los supuestos de hecho, de los tipos infractores previstos en la norma antes citada.

En consecuencia, las únicas eximentes en la determinación de la responsabilidad por infracción de derechos de autor son: las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero (...), los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles. La autoridad nacional competente no tiene la obligación de entrar a analizar si el investigado actuó con dolo o culpa en la realización de la conducta señalada en la norma referenciada para la existencia de la imputación, limitándose a la verificación del nexo causal.»²⁰

4. Principios generales propios del derecho de autor y de los derechos conexos en la jurisprudencia del TJCA

Existen algunos principios que son propios de la disciplina autoral. Su existencia y contornos los determinan las particularidades propias de esta área del derecho. En este aparte, referenciaremos cómo la jurisprudencia del TJCA se ha referido a algunos de ellos.

4.1. Irrelevancia del género, de la forma de expresión, del mérito y del destino de la obra

Recuérdese que para el derecho de autor es intrascendente si la obra es buena, bonita, estética, funcional, útil, si está destinada a servir al comercio, a la industria o para el simple deleite del público. Este principio lo ha tratado el TJCA de la siguiente forma:

«De acuerdo con lo anterior, la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205130.pdf>

²⁰ Sentencias 418-IP-2017, 3 de octubre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3418 del 5 de noviembre de 2018, y 191-IP-2021, 21 de septiembre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5047 del 30 de septiembre de 2022, disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203418.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205047.pdf>

para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.»²¹

Una consecuencia del principio en cuestión es que el derecho de autor está abierto a reconocer la protección de obras, sin importar la expresión o disciplina artística en que se manifiesten. Es lo que le ha permitido al derecho de autor acoger, dentro de su objeto de protección, expresiones artísticas en la medida que la tecnología y la cultura desarrollan nuevas formas de expresión; como aconteció con la fotografía, con la cinematografía, con la multimedia, con el *software* y, seguramente, como se incorporarán las expresiones artísticas que nos deparen las nuevas tecnologías digitales. Por ello, la lista de obras protegidas en la Decisión Andina 351 no es una lista cerrada, sino abierta, tal como lo dijo el TJCA cuando habló de la obra multimedia:

«El Artículo 4 de la Decisión 351 enumera una lista de creaciones que se encuentran protegidas por el derecho de autor en donde no se hace referencia directa a la obra multimedia; sin embargo, tal como se dijo en párrafos anteriores, no se trataría de una lista taxativa o restrictiva sino ejemplificativa...»²²

4.2. La autoría es propia del ser humano

El derecho de autor está llamado a proteger la creatividad, la sensibilidad, el raciocinio, expresado en obras artísticas o literarias, de allí, que la cualidad jurídica de “autor” es exclusiva de los seres humanos (de ella están excluidas las máquinas y animales). Cosa diferente es que una persona diferente al autor, sea natural o jurídica, pueda ser titular de derechos patrimoniales, pero, se repite: autor solamente lo es la persona natural. Finalmente el derecho de autor se enmarca dentro de la libertad de expresión. Si bien es una expresión particular de los autores (la expresión artística o literaria) está íntimamente ligada con los derechos humanos. Sobre este particular ha dicho el TJCA:

«El autor de una obra es el ser humano —persona natural— que realiza la creación intelectual, mientras que el titular de una obra es aquella persona natural o jurídica que cuenta con las facultades para ejercer los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.»²³

²¹ Sentencia 248-IP-2018, 28 de febrero de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3946 del 06 de mayo de 2020, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203946.pdf>

²² Sentencia 464-IP-2017, 3 de octubre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3438 del 12 de noviembre de 2018, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203438.pdf>

En el mismo sentido: 142-IP-2020, 25 de agosto de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4314 de la misma fecha, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>

²³ Sentencia 383-IP-2021, *op. cit.* En similares términos: 248-IP-2021, *op. cit.*

4.3. Sin originalidad no hay obra

La condición fundamental que exige el derecho de autor para que exista obra, y que esta esté protegida, es que sea original. Este principio le ha servido al TJCA para determinar cuándo una “fijación audiovisual” podría o no estar protegida:

«De acuerdo con lo anterior, una creación intelectual será protegida por el derecho de autor siempre que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor (...) en relación a otras obras de su mismo género, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.

En el caso de una obra audiovisual, su originalidad deberá reflejar cierta singularidad o particularidades del autor o autores en las propuestas literarias o artísticas contenidas en la grabación audiovisual a través de los diversos elementos creativos que la conforman, como pudiera ser el caso del guión y los diálogos, la obra musical creada o no exclusivamente para la obra audiovisual, los diseños animados, en caso se trate de una película animada o infantil, el maquillaje artístico de algunos personajes que participen en la obra, el vestuario artístico, entre otros elementos que por su originalidad podrían constituir obras, y al unirse conforman una secuencia de imágenes producto de la creatividad de un director o productor dando como resultado una única unidad creativa conocida como obra audiovisual.
(...)

Por otro lado, no toda fijación audiovisual podrá ser considerada obra audiovisual protegida por el derecho de autor. Por ejemplo, en el caso de las grabaciones de un evento deportivo que se transmiten en vivo o en diferido, resulta difícil que el director o el camarógrafo por más profesional o experimentado que sea en su oficio pueda plasmar su individualidad o singularidad en las grabaciones efectuadas, pues lo único que está haciendo es transmitir o grabar un hecho que está sucediendo en ese momento; en consecuencia, dicha grabación no podrá ser considerada como una obra audiovisual pues carecería del requisito de originalidad —sin perjuicio de la protección que por derechos conexos le otorga la normativa andina a este tipo de grabaciones, en calidad de producciones audiovisuales—.»²⁴

El TJCA ha señalado las características necesarias que definen la originalidad en la fotografía:

«En el caso de una obra fotográfica, su originalidad deberá reflejar cierta singularidad o particularidades del autor en la propuesta artística contenida en la imagen capturada sea a través del encuadre o el ángulo de la fotografía, la iluminación al capturar la imagen, el contraste de luces, colores, retoques, efectos o trucos utilizados para acentuar la imagen capturada y de esta manera lograr el producto final esperado por el autor.»²⁵

²⁴ Sentencia 464-IP-2017, *op. cit.*

²⁵ Sentencia 117-IP-2020, 7 de octubre de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%204118.pdf>

Incluso, en materia de plagio, el principio de originalidad ha sido útil; pues no habrá plagio respecto de aquello que no es original:

«No hay originalidad, y por tanto tampoco plagio, cuando se mencionan oraciones, frases, definiciones o ideas genéricas o comúnmente utilizadas. Por ejemplo, si al interior de un párrafo un autor dice que “Lima es la capital del Perú”, no puede acusársele de plagio simplemente por el hecho de que otros autores, también al interior de determinados párrafos, han escrito previamente que “Lima es la capital del Perú”. No hay nada de original en esta oración. Cualquier persona podría escribirlo a partir de su propio pensamiento.»²⁶

4.4. Mínimo de protección comunitaria

La Decisión Andina 351 es un mínimo de protección. Por lo tanto los países miembros pueden reconocer más derechos, o una protección más vigorosa de la que trae dicho estatuto normativo. Así lo ha dicho el TJCA, respecto del derecho de los autores:

«El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir...
(...)

De conformidad con el artículo 17 de la Decisión 351, los países miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.»²⁷

Este principio de mínimo de protección comunitaria, se aplica a los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes:

«Sin perjuicio de lo expuesto en el presente acápite, corresponde señalar que las disposiciones consagradas en la norma comunitaria establecen, de modo general, un estándar mínimo de protección de los derechos de autor y de los derechos conexos. Así, de conformidad con el principio de complemento indispensable, las legislaciones internas de los países miembros pueden consagrar el reconocimiento de otros derechos a los autores, así como a los artistas intérpretes o ejecutantes; y, del mismo modo,

²⁶ Sentencia 295-IP-2019, 13 de diciembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3886 del 30 de enero de 2020, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203886.pdf>

²⁷ Sentencia 215-IP-2018, y en los mismos términos 418-IP-2017 y 248-IP-2021, *op. cit.* Asimismo, en los mismos términos: 32-IP-2022, 19 de octubre de 2022; 120-IP-2020, 7 de octubre de 2020; y 248-IP-2021, 15 de diciembre de 2022; publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 5076 del 4 de noviembre de 2022, 4119 del 19 de noviembre de 2020 y 5130 del 15 de febrero de 2023, respectivamente. Disponibles en:
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205076.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204119.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205130.pdf>

pueden ampliar su contenido y alcance, así como establecer diferentes mecanismos de tutela.»²⁸

Incluso, en materia de derechos conexos de los productores fonográficos se predica el principio de protección mínima andina. Así tuvo la oportunidad de referirse el TJCA respecto de los derechos de estos titulares:

«Resulta necesario precisar que la protección analizada podrá ser ampliada —mas no reducida— por las legislaciones nacionales. No obstante, en aplicación al principio del complemento indispensable la legislación de los Países Miembros podrá determinar las condiciones o montos en lo que se efectuará la distribución de la referida remuneración.»²⁹

4.5. Los derechos patrimoniales y sus modalidades de explotación son abiertas o indeterminadas.

Los legisladores, y en esto el legislador comunitario no es la excepción, describen las diferentes modalidades de explotación en que se manifiesta el uso de las obras literarias y artísticas y, de paso, el objeto de los derechos patrimoniales. Normalmente lo hacen a través de listas, donde se describen las diferentes modalidades de uso o explotación. Sin embargo esas listas no son cerradas, sino abiertas o ejemplificativas, tal como lo deja claro el TJCA, al referirse al derecho de comunicación al público a través de señales de televisión por cable:

«Como corolario del análisis realizado hasta aquí, este Tribunal considera que, con independencia de los verbos de referencia que sean utilizados —emitir, difundir, transmitir o retransmitir—, los cuales están previstos en los Literales c), d), e), f) e i) del Artículo 15 de la Decisión 351, una empresa de televisión por suscripción efectúa una comunicación al público de obras audiovisuales cuando las emite, difunde, transmite o retransmite por cualquier medio, procedimiento o tecnología, conocido o por conocerse, lo que incluye, enunciativamente, el cable coaxial, la fibra óptica, el uso del espectro radioeléctrico o la señal satelital.»³⁰

Lo anterior, también se predica del derecho de transformación:

«La obra derivada se encuentra prevista en el Artículo 5 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (...). Si bien habla de “traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras”, lo cierto es que dentro del verbo transformar se incluyen todas las demás acciones. Para esto se debe entender dicho término en su sentido amplio; es decir, como el cambio de forma sin afectar la esencia. En consecuencia, una transformación en dicha vía incluye las traducciones,

²⁸ Sentencia 142-IP-2020, *op. cit.*

²⁹ Sentencia 32-IP-2022, *op. cit.*

³⁰ Sentencia 257-IP-2021, *op. cit.*

adaptaciones o arreglos, así también otras figuras como las actualizaciones, los resúmenes, etc.»³¹

4.6. Interpretación restrictiva

Respecto de la interpretación de los negocios jurídicos en materia de derecho de autor, impera el principio de interpretación restrictiva. Sobre esto ha dicho el TJCA:

«La cesión de derechos, así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros, deben ser interpretadas en forma restrictiva; es decir, solo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como transmisibles sin considerar los derechos que constituyen para el titular una reserva propia y particular para su uso.»³²

4.7. Protección automática no sujeta a formalidades

Los artículos 52 y 53 de la Decisión Andina 351 incorporan el principio de protección automática, no sujeta a formalidades. Al respecto ha dicho la jurisprudencia del TJCA:

«De la normativa antes citada, se puede establecer que el ejercicio del derecho de autor no se encuentra sujeto a ningún tipo de formalidad, como, por ejemplo, un registro o un depósito ante alguna autoridad o por parte de un Estado en particular.

La inscripción o registro de una obra no tiene otra finalidad ni alcance diferente que el de servir como instrumento declarativo del derecho y eventualmente como medio de prueba de su existencia.

(...)

Una obra es protegida por el derecho de autor desde el momento de su creación; por tanto, el registro de una obra no es obligatorio. El registro contemplado en la Decisión 351 no funciona como elemento constitutivo de derechos y el que se realice o no carece de relevancia en cuanto al goce o al ejercicio de los derechos reconocidos por la normativa al autor de la obra...

(...)

En consecuencia, la normativa andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la protección de los derechos autorales nace con la creación o materialización de la obra; es decir, se realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro por ejemplo.»³³

³¹ Sentencia 108-IP-2020, *op. cit.*

³² Sentencia 248-IP-2021, *op. cit.*

³³ Sentencia 317-IP-2019, 21 de junio de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4260 del 23 de junio de 2021, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204260.pdf>

4.8. Principio de no concurrencia

En materia de gestión de derechos, y de manera especial en la gestión colectiva, impera el principio de no concurrencia:

«El principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva se sustenta en lo establecido en el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351(...). En virtud de dicho principio no se puede confiar la administración de los derechos de autor o derechos conexos a dos sociedades de gestión colectiva de manera simultánea. En otras palabras, si un titular pretende que otra sociedad de manera colectiva gestione sus derechos intelectuales, debe terminar en el contrato y desafilarse de la entidad a la cual se encuentre vinculada para hacerlo con otra, esto es de conformidad con las previsiones contractuales estipuladas para el efecto. Este principio es fundamental para lograr transparencia y competencia leal entre las entidades de gestión colectiva, así como para generar seguridad en los usuarios en cuanto a las condiciones de administración de los derechos de autor o derechos conexos...

Este mismo principio irradia otros supuestos de hecho como la gestión individual o la del otorgamiento de dicha administración a una entidad que no sea de gestión colectiva. En este último supuesto y de conformidad con el principio estudiado, no se encuentra lógico que mientras se plantea la exclusividad en relación con las entidades de gestión colectiva, se permita la administración individual por otro tipo de entidades. Si el titular escogió la protección colectiva de sus derechos, y si la entidad a la que se afilió se encuentra contractualmente prestando todo su contingente para la protección y ejercicio de sus derechos, no resulta lógico que el titular, mientras existan dichas condiciones contractuales, otorgue la administración de ciertos derechos a otro tipo de entidades...

Lo mismo sucede en el caso en que el titular pretenda gestionar sus derechos de manera individual. Si escogió de manera voluntaria la vía colectiva de administración, mientras subsistan las condiciones contractuales, por transparencia, seguridad y orden en el mercado, no se pueden otorgar licencias, autorizaciones u otro tipo de actos de manera individual. Si esto se diera, se podrían generar situaciones que claramente estarían en contra de la realización de la figura de la gestión colectiva. Se plantean un conjunto de sociedades vigiladas por el Estado, con reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor de sus afiliados, de conformidad con ciertas cláusulas contractuales acordadas con los mismos, con el objetivo claro de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos...»³⁴

5. Conclusiones

En 1993, cuando se promulgó la Decisión Andina 351, el mundo —y particularmente el mundo del derecho de autor— era muy diferente al de hoy. En alguna medida el derecho de autor era una disciplina jurídica recluida en su propio mundo (a la especie de un monje en su monasterio), casi que reservada a unos sujetos muy particulares (los autores, los artistas, los productores y las clásicas industrias culturales —

³⁴ Sentencias 383-IP-2021, 17 de mayo de 2023, *op. cit.* y en sentido similar 387-IP-2016, 11 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3050 del 26 de junio de 2017, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3050.pdf>

principalmente la editorial, la musical y la audiovisual—). Para aquella época internet era una promesa que empezaba a despuntar; la producción, circulación y consumo de las obras estaba, en buena medida, aprisionada por los límites que imponía el mundo analógico: los contenidos necesariamente circulaban incorporados en soportes como los CD, los *cassettes*, los libros físicos, las cintas de video en formato VHS, entre otros. Las principales amenazas al derecho de autor provenían de la piratería analógica, y las autoridades de la región ocupaban buena parte de sus esfuerzos en el desarrollo de políticas públicas para combatirla.

Por su parte, en 2024, el derecho de autor —casi que sin proponérselo— se ha convertido en un derecho más omnipresente en la vida de los particulares y en las agendas políticas de los gobiernos. La relación entre el derecho de autor y esferas como el derecho de acceso a la información, la cultura, el derecho de consumo o el de la libre competencia hoy se hace más patente que hace tres décadas. De un derecho con una vocación limitada a los ámbitos nacionales, hoy es actor principal en las discusiones y reglamentaciones en materia de comercio internacional³⁵. Donde las obras, de por sí intangibles, hoy circulan por el mundo en la forma de datos y se consumen masivamente a través de ventanas como el *streaming*, donde ya no interesa la *propiedad* sobre el soporte de la obra, sino el *acceso* a un vasto catálogo de contenidos. Internet se ha transformado y evolucionado en diferentes etapas, y hoy nos abocamos a un mundo donde la promesa de valor es el consumo de contenidos no solo en el mundo físico sino en el *metaverso*, y donde se anticipa que las máquinas, a través de la inteligencia artificial generativa, se constituirán en una importante fuente de contenidos artísticos y literarios. Seguramente nos enfrentaremos a un escenario donde a la par de las creaciones artísticas de nuestros autores —escritores, músicos, directores, fotógrafos etc.— competirán con contenidos muy similares construidos sin la participación humana.

La cuestión es si el instrumento comunitario en materia de derecho de autor (la Decisión Andina 351 de 1993) es adecuado para afrontar esos nuevos retos. Algunas voces son insistentes en la necesidad de su “actualización”, aduciendo principalmente el factor tiempo; pero en su mayoría son voces que apuntan a limitar más los derechos de los autores y de los artistas, perdiendo de vista el importante aporte que para la cultura y la convivencia realizan nuestros creadores y las industrias culturales.

A nuestro modo de ver la Decisión Andina 351 de 1993 es un instrumento lo suficientemente flexible. Esa flexibilidad se sustenta en su vocación *principalística*, no casuística. Naturaleza que hemos resaltado en este documento. Pero no basta ello, es fundamental que el intérprete autorizado de dicho estatuto normativo —el TJCA— acuda a los principios generales en *pos* de dinamizar y contemporizar el derecho positivo a las nuevas circunstancias. De allí que también hemos querido resaltar el

³⁵ Un ejemplo de esto fue la adopción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC) en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así como la inclusión de capítulos de propiedad intelectual (incluido el derecho de autor) en los principales acuerdos e instrumentos bilaterales o multilaterales de comercio internacional.

papel que juega el TJCA en ese propósito y cómo la *nomoárquica*³⁶ es un instrumento indispensable que el juez comunitario utiliza a fin de dicha actualización del derecho comunitario.

Bogotá, enero de 2024.

³⁶ Ciencia de los principios jurídicos. Expresión compuesta de las voces helénicas *nómos* (Ley o derecho), y *archaí* (principios). Valencia Restrepo, *op. cit.*, pág. 2.

ANEXO

Tabla 1: Principios de derecho en la Decisión 351

Nº	Principio	Artículos	
1	Irrelevancia del género, de la forma de expresión, del mérito o del destino de la obra	1, 4	
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Protección no sujeta a <i>numerus clausus</i>	4
		Protección independiente de las obras derivadas	5
2	Trato Nacional	2	
3	Autoría como condición propia de los seres humanos	3 (definición de autor)	
4	Originalidad: no hay obra sin originalidad	3 (originalidad como elemento de la definición de obra), 28 (originalidad como condición para la protección de las bases de datos)	
5	Buena fe (como elemento del uso honrado)	3 (definición de uso honrado y uso personal), 21	
6	Intangibilidad de las obras		6, 22 (a), (b)
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Independencia de los derechos de autor o conexos sobre la propiedad del objeto material	6
		Protección a la forma	7
7	No protección a las ideas		7
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	No protección al contenido ideológico	7
		No protección del aprovechamiento industrial o comercial	7
8	Libre disposición de los derechos patrimoniales		9, 10, 29
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Facultad de otras personas (naturales o jurídicas) de ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales	9, 10, 13 (inciso inicial), 16 (<i>droit de suite</i> , solo respecto de derecho habientes)
		Transmisión <i>mortis causa</i>	29

9	Inmanencia del derecho moral al autor		11
10	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Inalienabilidad del derecho moral	11
		Inembargabilidad del derecho moral	11
		Imprescriptibilidad del derecho moral	11
		Irrenunciabilidad del derecho moral	11
11	Mínimo de protección andina		12, 17, 36, 38, 40, 59
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Mínimo en derechos morales	12
		Mínimo en derechos patrimoniales	17
		Duración del derecho de autor	18
		Duración del derecho de los artistas	36
		Duración del derecho de los productores fonográficos	38
		Duración de los derechos de los organismos de radiodifusión	40
		En general en la duración	59
12	Derechos patrimoniales sujetos a <i>numerus apertus</i>		13 (a, b), 14, 15 (a,c,d,e,f,i), 18, 22, 36, 37 (a, c), 38, 39, 40
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	<i>Numerus apertus</i> en modalidades de reproducción	13(a), 14, 37 (a)
		<i>Numerus apertus</i> en modalidades de comunicación	13(b), 15 (inciso inicial) (a), (c), (d), (e), (f), (i)
		<i>Numerus apertus</i> en modalidades de transformación	13 (e)
		<i>Numerus apertus</i> en modalidades de distribución	37 (c)

		<i>Numerus apertus</i> en modalidades de retransmisión	39 (a), 40
13	Relatividad del derecho de autor (límites)		18, 21, 22, 36, 38, 40
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Límites temporales	18, 36, 38, 40
		Límites materiales	21, 22
14	Proporcionalidad (En el uso de la obra bajo el amparo de un límite)		21, 22 (a, b, c, d, f, g), 24 (a, una copia)
15	Complemento indispensable		29, 30, 37 (d), 44, 45 (a,i), 47 (d), 51 (c, d, f, g), 55, 59
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Transmisión por mortis causa	29
		Transmisión por acto entre vivos	30
16	Interpretación restrictiva de los negocios jurídicos en derecho de autor		31
17	Sujeción a los mínimos convencionales		32, 42
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Licencias obligatorias	32
		Límites a los derechos conexos	42
18	Salvaguarda del derecho de autor frente a los derechos conexos		33
19	Voluntariedad de la gestión colectiva		44
20	Principio de equidad (El autor sigue la suerte de su obra)		45 (e)
21	Principio de no concurrencia en la gestión colectiva		45 (k)
22	Protección automática no sujeta a formalidades		52, 53
23	Principios procesales		55
	Subprincipios o casos de aplicación del principio	Debido proceso	55
		Economía procesal	55
		Celeridad	55
		Igualdad entre las partes, imparcialidad	55
		Eficacia	55

24	Compensación resarcitoria	57 (a)
----	----------------------------------	--------

APARTADO II

**REQUISITOS DE PATENTABILIDAD Y
MATERIA PATENTABLE EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
ANDINA**

Íñigo Salvador Crespo

Íñigo Salvador Crespo

Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2024). Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (enero de 2023 a la fecha). Procurador General del Estado de la República del Ecuador (2018-2022). Exdecano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2016-2018). Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) (2018-2020). Abogado en libre ejercicio (1997-2017). Director del Centro de Investigaciones sobre Derecho Internacional (CIDI) (2008-2017). Funcionario internacional en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Comisión de Indemnización) (1992-1996). Funcionario de carrera del Servicio Exterior ecuatoriano (1982-1996). Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Miembro de la Academia Nacional de Historia Militar del Ecuador. Autor de numerosas publicaciones jurídicas, históricas y literarias.

REQUISITOS DE PATENTABILIDAD Y MATERIA PATENTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA¹

Íñigo Salvador Crespo

Palabras clave

Patente. Régimen común. Complemento indispensable.
Descubrimiento. Polimorfo. Novedad. Nivel inventivo.
Aplicación industrial. Patente de segundo uso

Keywords

Patent. Common Regime. Essential Supplement.
Discovery. Polymorphism. Novelty. Inventive Step.
Industrial Application. Second Use Patent

Resumen

Las patentes de invención han sido objeto de regulación desde el inicio del proceso de integración en el seno de la Comunidad Andina, y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), sea por la vía contenciosa, sea por la consultiva, ha interpretado en su jurisprudencia las normas recogidas en el «Régimen común sobre propiedad industrial» (Decisiones 311, 344 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina). Este artículo pasa revista a los principales casos resueltos por el TJCA en el ámbito de las patentes de invención, más concretamente los referentes a los requisitos de patentabilidad y aquello que es materia susceptible de protección por patente, abordándolos conjuntamente con la normativa comunitaria, la jurisprudencia de otros tribunales y la doctrina más calificada en derecho comunitario.

Abstract

Patents have been the object of legislation in the Andean Community since the very first years of this integration process, and the Court of Justice of the Andean Community (TJCA) has interpreted in its jurisprudence, both through judgments and preliminary rulings (interpretaciones prejudiciales) the provisions of Andean Community

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 recopilación de la jurisprudencia del tribunal pertinente a este trabajo.

Commission Decisions 311, 344 and 486, containing the Common Régime on Industrial Property. This article reviews the main cases adjudicated by the TJCA pertaining to patents, and more precisely those referring to conditions for patenting and what is the subject matter of patent protection, looking into them jointly with Andean Community legal provisions, the jurisprudence of other tribunals and community law doctrine.

1. Introducción

La protección de los inventos por medio de patentes ha sido una constante en el proceso de integración andina a partir de la misma suscripción del Acuerdo de Integración Subregional en Cartagena en 1969, y el tema ha ocupado continuamente los trabajos de los órganos del entonces denominado Pacto Andino y la actual Comunidad Andina, durante los últimos cincuenta y cinco años. Este curso es natural, pues las patentes se han constituido en importantes activos en el patrimonio de las personas y las empresas, dinámicas protagonistas del comercio intra-sub-regional.

En efecto, ya el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena encomendó a la Comisión del Acuerdo la adopción de un régimen común que, con ocasión de establecer un tratamiento a los capitales extranjeros, se ocupara también de la protección de ciertos derechos de propiedad industrial². Es así como el 31 de diciembre de 1970 nace la Decisión 24, intitulada precisamente *Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*³.

Desde entonces, la normativa comunitaria sobre propiedad industrial, que incluye la regulación de todo lo relativo a las patentes de invención, ha sido el contenido de las Decisiones 85 — *Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial* (5 de junio de 1974)⁴; 311 — *Régimen común sobre propiedad industrial* (8 de noviembre de 1991)⁵; 344 — *Régimen común sobre propiedad industrial* (21 de

² Gustavo García Brito, *Convergencia del sistema de patentes: armonización normativa y asimetría de resultado en la Comunidad Andina (2006-2017)*, en Hugo Gómez Apac et al. (directores), *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina. A propósito de los 50 años de la creación de la Comunidad Andina*, AEPI, Quito, 2019, pág. 437. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/Desafios_PL.pdf

³ Decisión 24 de 31 de diciembre de 1970, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su Tercer Período de Sesiones Extraordinarias. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/decisiones/DEC024.doc>

⁴ Decisión 85 de 5 de junio de 1974, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su Decimotercer Período de Sesiones Extraordinarias. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/decisiones/DEC085.doc>

⁵ Decisión 311 de 8 de noviembre de 1991, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 96 de 12 de diciembre de 1991. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace096.pdf>

octubre de 1993)⁶; y, posteriormente, la Decisión 486 — *Régimen común sobre propiedad industrial* (14 de septiembre de 2000)⁷, sobre la base de las disposiciones del artículo 55 del Acuerdo de Cartagena modificado por el Protocolo de Trujillo (antiguo artículo 52)⁸.

De la misma manera, y como consecuencia lógica de las funciones contenciosa (acciones de nulidad, incumplimiento, recurso por omisión y laboral) y consultiva (interpretación prejudicial) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante el “TJCA” o el “tribunal”), y como manifestación de su calidad de intérprete supremo del *corpus iuris* comunitario, numerosas sentencias de esa corte internacional han versado sobre las patentes de invención.

Con ello en mente, este artículo presentará una visión general de lo que constituye el objeto de protección de las patentes de invención a la luz de la normativa comunitaria vigente, de la jurisprudencia constante del TJCA y de la doctrina más calificada.

2. El régimen común y el principio del complemento indispensable: dos caras de una misma moneda

La normativa vigente sobre patentes de la Comunidad Andina fue adoptada como un «régimen común», a través del acto normativo de derecho comunitario derivado por antonomasia, a saber: una decisión de la Comisión de la Comunidad Andina⁹.

⁶ Decisión 344 de 21 de octubre de 1993, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 142 de 29 de octubre de 1993. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetass/gace142.pdf>

⁷ Decisión 486 de 14 de septiembre de 2000, emitida por la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 600 de 19 de septiembre de 2000. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetass/Gace600.pdf>

⁸ *Vid.* García Brito, *loc. cit.*

⁹ Las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina son normas de derecho comunitario derivado y forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, según lo establece el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979, codificado en 1999 por Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 483 de 17 de septiembre de 1999.-

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

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
 - b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
 - c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
 - d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
 - e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.»
- (El subrayado es mío).

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetass/gace483.pdf>

La categoría jurídica «régimen común», como instrumento de ese acto normativo por excelencia, contiene normas jurídicas de alcance general, de vigencia simultánea y directa y de aplicación obligatoria en los territorios de los cuatro países miembros, y ha sido el vehículo de los principales cuerpos normativos de la Comunidad Andina, tales como el ya mencionado *Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*¹⁰, el *Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales*¹¹, el *Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*¹², el *Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*¹³ y otros.

Como toda norma que forma parte de un ordenamiento jurídico de jerarquía superior, en este caso de naturaleza supranacional, el régimen común tiene preeminencia sobre el derecho interno de los países a los que está destinado y los órganos legiferantes de estos no pueden dictar normas internas sino para poner en ejecución las normas comunitarias.

El tribunal ha descrito la naturaleza normativa del régimen común en varias sentencias. Ya en el proceso número 2-IP-88¹⁴ el tribunal destacó la «especial significación dentro del proyecto integracionista» del régimen común (en ese caso el establecido mediante la Decisión 85), estableciendo que sus:

«...características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional.»

Más adelante, en el mismo fallo, enunció el efecto práctico de esta naturaleza particular:

¹⁰ Decisión 291 de 21 de marzo de 1991, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 80 de 4 de abril de 1991. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace080.pdf>

¹¹ Decisión 345 de 21 de octubre de 1993, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 142 de 29 de octubre de 1993. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace142.pdf>

¹² Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 145 de 21 de diciembre de 1993. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace145.pdf>

¹³ Decisión 391 de 2 de julio de 1996, emitida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 213 de 17 de julio de 1996. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace213.pdf>

¹⁴ Sentencia en el proceso número 2-IP-88 de 25 de mayo de 1988 del entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 33 de 26 de julio de 1988. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/2-IP-88.doc>

«Resulta entonces que la norma interna, anterior o posterior a la vigencia de la Decisión 85, que de algún modo resulte contraria o incompatible con el régimen común, que lo transgrede, desvirtúe o desnaturalice o que simplemente obstaculice su cabal aplicación, deviene inaplicable».

Entendiendo la diversidad normativa de los países miembros —que en el caso de los Estados andinos es menor, pero que en otros esquemas integracionistas alcanza incluso a los sistemas jurídicos— y, como consecuencia de ella, la necesidad de dejar un espacio para que ellos adapten la normativa comunitaria a esa disímil realidad jurídica nacional, en algunos regímenes comunes de la Comunidad Andina se ha previsto esta posibilidad a través del llamado «principio del complemento indispensable».

En verdad, todo orden normativo de vocación supranacional e integracionista como el comunitario andino requiere, para alcanzar real eficacia, de una cierta holgura de sus propios componentes y de una necesaria intervención de los órdenes internos de los países que lo integran. Así, no puede existir un régimen común de índole comunitaria sin la correspondiente complementación que le brindan las normas de derecho interno, pero ello debe ocurrir en el mínimo grado necesario.

Algunos regímenes comunes prevén esta facultad de los países miembros de manera explícita. Es el caso, por ejemplo, de la Decisión 486:

«**Artículo 276.**— Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros.»

Idéntica disposición contenía la Decisión 85, y a ella se refirió el TJCA en su interpretación prejudicial número 2-IP-88:

«De acuerdo con el artículo 84 de la Decisión 85, “los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en el presente Reglamento serán regulados por la legislación interna de los Países Miembros”. Por el contrario, los asuntos o materias que el Reglamento regula quedan sustraídos de las competencias nacionales, con excepción, claro está, de aquellos casos en que se faculta a los Gobiernos de los Países Miembros para expedir normas específicas, adaptadas a las necesidades nacionales, como lo hace por ejemplo el artículo 5 literal e) [15] de la citada Decisión.»¹⁶

(Texto entre corchetes agregado).

De esta manera, es claro que las únicas facultades que los países miembros pueden ejercer en el marco del régimen común son: (1) aquellas necesarias para la aplicación

¹⁵ El artículo 5 literal c) de la Decisión 85, *loc. cit.*, excluía de la protección por patente a «[l]as invenciones que afecten el desarrollo del respectivo País Miembro o los procesos, productos o grupos de productos cuya patentabilidad excluyan los Gobiernos»; es decir, permitía a los países miembros añadir, por vía de su legislación interna, exclusiones adicionales a las ya previstas en esa disposición.

¹⁶ Proceso 2-IP-88, *loc. cit.*

de las normas comunitarias en él contenidas, cuando este calla; y, (2) aquellas cuya expedición expresamente les concede el propio régimen común en caso de vacío normativo. De ninguna manera pueden los países miembros establecer supuestos normativos distintos a los previstos en la norma comunitaria o que se desvíen de ella, con el pretexto de regularla.

Eso precisamente es de lo que trata el principio del complemento indispensable, uno de los principios fundamentales del Derecho Comunitario Andino¹⁷. En efecto, ningún desarrollo normativo implementado por los países miembros en virtud de la habilitación que les concede un régimen común, puede contravenir o modificar la sustancia de las obligaciones y derechos impuestos por aquel. Un país miembro puede complementar a la normativa comunitaria en los términos antes descritos, pero esta complementación debe realizarse de una manera mínima que no desvirtúe el propósito del régimen común y siempre que sea indispensable para asegurar la eficacia de la norma.

Así lo ha expresado el tribunal en numerosas sentencias de interpretación prejudicial como, por ejemplo, la proferida en el proceso número 01-AI-2019¹⁸:

«...cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los países miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable le corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.»

En esto los mecanismos del Derecho Comunitario Andino se asemejan, guardando distancias de grado y ámbito, a los del Derecho Internacional, pues este último orden normativo depende también, en gran medida, de la aplicación efectiva que le den los Estados a través de sus ordenamientos nacionales. En efecto, Scelle¹⁹, al enunciar su teoría del «desdoblamiento funcional» del Estado, se refiere a la necesidad de que los órganos estatales cumplan funciones internas e internacionales. Tanto el reenvío de normas internacionales a normas internas como el desarrollo de normas internas para

¹⁷ Junto a los principios de aplicación inmediata y prevalencia de la normativa de la integración, el del complemento indispensable constituye la base de la labor hermenéutica del TJCA en la integración del Derecho Comunitario Andino. Ver Hugo Gómez Apac, *La Comunidad Andina*, en Hugo Gómez Apac et al., *Apuntes de Derecho Comunitario*, Editorial San Gregorio, Portoviejo, 2019, pág. 138.

¹⁸ Sentencia del TJCA recaída en el proceso número 01-AI-2019 de 11 de marzo de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 4442 de 22 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%204442.pdf>

¹⁹ Georges Scelle, *Cours de Droit International Public (Le Fédéralisme International)*, Domat-Montchrestien, París, 1948, pág. 101 *et seq.*

dar eficacia a normas internacionales “no autoejecutables” se enmarcan dentro de esta problemática²⁰.

El efecto práctico de la aplicación del principio del complemento indispensable no es la derogación de la norma nacional contraria al régimen común, sino que simplemente se prescinde de ella en la subsunción de los hechos del caso a la normativa comunitaria. El TJCA lo dice de forma muy clara en su sentencia en el proceso número 259-IP-2021²¹:

«Esta disposición [artículo 276 de la Decisión 486] regula lo denominado como el principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria que consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura”, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.»

El tribunal en reiterada jurisprudencia 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 solo 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 entrapen o desvirtúen (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho

²⁰ Para un análisis ulterior de este tema, ver la sentencia del TJCA en el proceso número 1-IP-96 de 9 de diciembre de 1996, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 257 de 14 de abril de 1997, en la cual se determina la preeminencia del Derecho Comunitario Andino por sobre las normas de Derecho Internacional en virtud de la superioridad jerárquica del Derecho Comunitario sobre los derechos internos de los Estados, de los que pasan a formar parte los tratados internacionales. Sostiene el Tribunal:

«De la calidad de fuente del derecho que para el derecho comunitario ostenta el derecho internacional, no se deriva sin embargo que la comunidad quede necesariamente obligada por el mismo. En el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, como la protección a la propiedad industrial, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquel. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario —por aplicación de sus características “existenciales” de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.»

(El subrayado es mío).

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace257.pdf>

²¹ Sentencia del TJCA recaída en el proceso número 259-IP-2021 de 7 de diciembre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 4373 de 9 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204373.pdf>

interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista.»²²

Es curioso constatar, sin embargo, que los cuatro países miembros de la Comunidad Andina han dado soluciones normativas distintas a la disposición del artículo 276 de la Decisión 486.

Así, Colombia se ha limitado a reglamentar en una sección de apenas cinco artículos, que forman parte del Decreto 1074 de 26 de mayo de 2015²³, aspectos muy específicos de la normativa relativa a patentes de invención contenida en la Decisión 486 (tales como el contenido del nombre de la invención, algunas competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, ciertas tasas, cómo se ha de computar el plazo para consultar la solicitud de patente, etc.).

Bolivia, asimismo, ha expedido un *Reglamento de procedimiento interno de Propiedad Industrial y observancia del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual*²⁴, norma subalterna que se limita a especificar el procedimiento administrativo de las diversas actuaciones relativas al trámite de otorgamiento de una patente, y que contiene un capítulo, el tercero del libro segundo, compuesto por seis artículos, de los cuales solamente tres versan sobre patentes: el 50, que remite a la Decisión 486 para todo lo referente a requisitos de patentabilidad y procedimiento, el 51, que requiere la intervención de la Comisión Técnica de la Unidad de Medicamentos y Tecnología (UNIMED) cuando la solicitud de patente se refiera a un fármaco, y el 55, que establece el derecho de cualquier persona, natural o jurídica, de elevar alertas, una vez publicada la solicitud.

Ecuador, en cambio, ha dictado un voluminoso cuerpo normativo general, de seiscientos veintiocho artículos, treinta y cuatro disposiciones generales, veintitrés disposiciones transitorias, catorce disposiciones reformatorias, tres disposiciones derogatorias y una disposición final, el *Código Orgánico de la economía social de los*

²² Ver interpretación prejudicial número 129-IP-2012 de 25 de abril de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2233 de 5 de septiembre de 2013, la cual cita la interpretación prejudicial número 121-IP-2004, publicada en la Gaceta 1139 de 12 de noviembre de 2004, que a su vez cita la interpretación prejudicial 2-IP-96. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2233.pdf>

²³ Decreto 1074 de 26 de mayo de 2015, «Por medio del cuál se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo» de la República de Colombia. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76608>

²⁴ «Reglamento de Procedimiento Interno de Propiedad Industrial y observancia del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual» del Estado Plurinacional de Bolivia. Disponible en: <https://wipo.lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo038es.html>

*conocimientos, creatividad e innovación*²⁵ (en adelante, **COESCCI**) con rango de ley orgánica, que establece un *Sistema nacional de información de ciencia, tecnología, innovación y conocimientos tradicionales*, y transcribe en cincuenta y seis artículos, no siempre de manera estrictamente literal, la disposiciones sobre patentes de la Decisión 486, tanto sustantivas como adjetivas.

Perú, por su parte, emitió el Decreto Legislativo No. 1075, que aprueba las *Disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial*²⁶, dictadas con el propósito de adaptar la normativa peruana sobre propiedad industrial a los compromisos relativos a esa materia asumidos en el marco del *Acuerdo de promoción comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica*, de 2006. Este cuerpo normativo contiene normas generales de procedimiento para la concesión de todos los tipos de derechos de propiedad industrial, incluidas las patentes de invención, y comprende un título entero, el IV, con disposiciones relativas al registro de patentes.

Ninguno de estos desarrollos normativos de los países miembros ha sido objeto de una demanda en acción de incumplimiento durante los años de vigencia de la Decisión 486. Solamente una sentencia del tribunal que analice el grado de compatibilidad entre la norma interna y el régimen común podrá determinar si ha habido transgresión o no del principio del complemento indispensable y si, en consecuencia, ha habido incumplimiento de alguno de los países miembros.

3. Invención: un concepto inasible

La patente de invención es un título que otorga el Estado. Este título registra a la invención a través de sus reivindicaciones y concede a su titular una serie de derechos y las correspondientes acciones para que él, con la ayuda del aparato administrativo y judicial del Estado, evite que otra persona use su invención y se aproveche de ella sin reconocerle el beneficio económico que solo a él corresponde en virtud de la patente.

Las legislaciones de los países, el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario Andino son prolíficos en normas y mecanismos para proteger las invenciones a través de las patentes, pero, en cambio, son parcos en lo que se refiere a definir qué cosa es una invención.

Basta dar lectura al artículo 14 de la Decisión 486 para percibir una especie de perífrasis, en la que se mencionan el medio por el que se protegerá a las invenciones,

²⁵ Registro Oficial No. 899 de 9 de diciembre de 2016. Disponible en:
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/8655-suplemento-al-registro-oficial-no-899.html>

²⁶ Decreto Legislativo No. 1075 de 27 de junio de 2008, «Decreto Legislativo que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial», publicado en el Diario El Peruano de 28 de junio de 2006. Disponible en:
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01075.pdf>

las características y el entorno de ellas, pero no se enuncia un concepto preciso de “invención”:

«**Artículo 14.-** Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.»

Como se puede ver, esta disposición predica de las invenciones que, para ser protegidas por patentes, han de ser productos o procedimientos en todos los campos de la tecnología y han de ser nuevos, gozar de altura inventiva y ser aplicables en la industria. Pero no dice qué es una invención.

Esta tendencia constituye una generalidad en la normativa universal de patentes, pues son escasas las definiciones normativas del concepto de patente. Entre las excepciones a esta tendencia encontramos al Código de Estados Unidos, que, en su párrafo 101 sobre las Invenciones Patentables, define a la patente como «...cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de materia, nuevo y útil, o cualquier desarrollo nuevo y útil de ellos...»²⁷ para el cual quienquiera que lo invente (o descubra) puede obtener una patente. Otra salvedad es la de la *Ley de patentes de invención y modelos de utilidad*²⁸ argentina, que propone una definición, “confusa e innecesaria”²⁹ a criterio de Cabanellas:

«Artículo 4º...

- a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre.
(...))»

En la doctrina, en cambio, las definiciones son muchas y variadas. Las hay que hacen énfasis en la esencia misma, como la de Otero Lastres:

«La invención es una idea que consiste en una regla para el obrar humano en la que se indica la solución para un problema técnico.»³⁰

²⁷ U.S. Code § 101 - Inventions Patentable: «Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title»
Disponible en: <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2104.html>

²⁸ Texto ordenado de la Ley N° 24.481, modificada por su similar N° 24.572 (T.O. 1996) y su Reglamentación de 20 de marzo de 1996, *Ley de patentes de invención y modelos de utilidad*.
Disponible en:
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/35001/texact.htm>

²⁹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 2001, pág. 680.

³⁰ José Manuel Otero Lastres, *Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. “La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena”*, mayo 2001, CORPIC, pág. 45, citando a Bercovitz, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, Madrid, 1969, pág. 73 et seq.

(El subrayado es mío).

Mientras otras ponen más acento en el propósito de la invención, como la de Pachón y Sánchez:

«... es una regla técnica establecida para solucionar un problema relacionado con las reformas que el hombre impone a la naturaleza con el fin de satisfacer sus necesidades.»³¹

(El subrayado es mío).

O la de Botana-Agra, que resalta la naturaleza ignota de una “regla técnica”:

«...una creación del intelecto humano consistente en una regla para el obrar técnico, no conocida, que indica determinados medios para la actuación sobre las fuerzas de la Naturaleza y de la que deriva un resultado directamente aplicable en la industria.»³²

(El subrayado es mío).

También existen definiciones jurisprudenciales. La decisión de la Sala de Apelación de la Oficina Europea de Patentes en el caso T 258/03³³, por ejemplo, contiene la siguiente definición:

«De acuerdo con la casuística de las salas de apelación, el término “invención” debe ser entendido como “materia que tenga carácter técnico”. La verificación de que la materia reivindicada es una invención conforme al significado del artículo 52(1) [del Convenio sobre la Patente Europea] es en principio un prerequisite para el examen de la novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, puesto que estas condiciones son predicadas solamente de las invenciones.»

(El subrayado es mío).

El TJCA no ha sido ajeno al empeño jurisprudencial por conceptualizar a la invención. En efecto, ya en el proceso número 21-IP-2000, la corte andina expresó:

³¹ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Bogotá, 1995.

³² Manuel Botana Agra, *Capítulo IV. Invención y patente*, en Carlos Fernández-Nóvoa, José Manuel Otero Lastres, Manuel Botana Agra, *Manual de la propiedad industrial*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 101.

³³ *Decision of the Technical Board of Appeals 3.5.1 dated 21 April 2004: «In accordance with the established case law of the boards of appeal, the term “invention” is to be construed as “subject-matter having technical character”. The verification that claimed subject-matter is an invention within the meaning of Article 52(1) is in principle a prerequisite for the examination with respect to novelty, inventive step and industrial application since these latter requirements are defined only of inventions.»*

«[E]l concepto de “invención” a los fines de la concesión de patentes comprende, en principio, todos aquellos nuevos productos o procedimientos que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, impliquen un avance tecnológico —y por tanto no se deriven de manera evidente del “estado de la técnica”—, y además sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria.»³⁴

Esta definición, que parte a todas luces del texto del artículo 14 de la Decisión 486, construye, a través de los requisitos de patentabilidad en él nombrados, un concepto bastante completo de lo que es una invención, en el que la frase «como consecuencia de la actividad creativa del hombre» alude tanto a la innovación como base del bienestar humano como al requisito de nivel inventivo del artículo 14, al que, por mor de rigurosidad, la Decisión 486 dedica un artículo específico.

Más sucinta es la definición adoptada en la sentencia del proceso número 475-IP-2022:

«Es importante considerar a una invención como aquel nuevo producto o procedimiento que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, implica un avance técnico.»³⁵

Como se ve, ni la normativa comunitaria o internacional ni la doctrina ni la jurisprudencia del tribunal ofrecen un concepto unívoco de invención.

Como alternativa, la Decisión 486 busca llegar a tal concepto por exclusión: no define a una invención por su esencia, por lo que ella es, sino que intenta definirla por lo que ella no es; excluye de la categoría “invención” a una serie de clases de entidades que, a ciencia cierta, no son invenciones.

Así es como el artículo 15 de la Decisión 486 propone una lista de clases de cosas que «no se considerarán invenciones»:

«**Artículo 15.-** No se considerarán invenciones:

- a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;
- c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;
- d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;

³⁴ Sentencia del TJCA en el proceso número 21-IP-2000 de 27 de octubre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 631 de 10 de enero del 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE631.PDF>

³⁵ Sentencia del TJCA en el proceso número 475-IP-2022 de 11 de abril de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5155 de 12 de abril de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205155.pdf>

- e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y,
- f) las formas de presentar información.»

La contigüidad tanto textual como lógica de los artículos 14 y 15 exige que ellos sean leídos siempre en conjunto, a fin de comprender, de manera amplia, cuál es el objeto de la protección por patente, a saber: la invención.

Parecería razonable colegir de la utilización del verbo “considerar” en el encabezado del artículo 15, que el legislador andino postula que todas las entidades listadas podrían ser invenciones, pero que no deben “considerarse” tales. Algunas por no ser nuevas, como es el caso del literal a), que se refiere a explicaciones de fenómenos y conocimientos ya existentes, que son develados mediante descubrimientos (“descubrir”, desvelar algo que ya existía aunque cubierto), teorías científicas y métodos matemáticos, que pretenden explicar fenómenos del mundo real de manera abstracta y carecen de efecto técnico³⁶; o el literal b), que se refiere a los seres vivos, los procesos y materiales biológicos «tal como se encuentran en la naturaleza». Otras, por estar protegidas por otras categorías de propiedad intelectual, como son las obras literarias y artísticas, los programas de ordenadores y el soporte lógico de los literales c) y e), tutelados por el derecho de autor. Otras, como los planes, reglas y métodos del literal d), por carecer de carácter industrial ni aportar una solución a un problema técnico³⁷. Otras, en fin, como las formas de presentar la información del literal f), por su carencia de contribución técnica.

El hecho, en todo caso, es que los elementos que permitirían dilucidar lo que es una invención, tanto por vía de inclusión como de exclusión, son tan vastos y disímiles que permiten plantearse la cuestión: ¿es indispensable una definición jurídica de “invención”? ¿no son suficientes justamente estos elementos tan variopintos para que el intérprete de la norma (legislación), la sentencia (jurisprudencia) o el ensayo (doctrina) tenga claro qué es una invención, aunque no logre enunciarlo?

4. Quien descubre no inventa

Hemos visto cómo el artículo 15 de la Decisión 486 destierra del territorio de las invenciones a los descubrimientos; «[n]o se considerarán invenciones: a) los descubrimientos...», reza.

Hemos visto también, al menos como simple enunciado, que los descubrimientos no son considerados invenciones por ser faltos de novedad; porque su objeto son fenómenos ya existentes que, a través de una actividad de observación, son desvelados; porque carecen, entonces, de toda inventividad. Hemos visto, asimismo, que, en sí mismos, padecen de una falta de aplicación técnica, pues no hacen sino describir y, si acaso, explicar un fenómeno natural preexistente.

³⁶ Cfr. Juan David Castro García *et al.*, director Ernesto Rengifo García, *Derecho de patentes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 333.

³⁷ Cfr. *Ibid.*, pág. 423.

Ello no quiere decir que el descubridor, por no ser inventor, no requiera una formación técnico-científica. Tampoco implica que, a partir de un mero descubrimiento, no se pueda desarrollar una invención y que esta, cumplidos los requisitos de patentabilidad, no pueda recibir protección por patente.

La jurisprudencia del TJCA no ha abordado directamente el tema de los descubrimientos y su excepcionalidad al momento de considerar conceder una patente a una invención, pero sí lo ha topado de manera indirecta al absolver la consulta objeto del proceso número 604-IP-2016, relativa a la patentabilidad de los polimorfos.

Es así como en la sentencia del proceso número 604-IP-2016 el TJCA, al evocar la incidencia del polimorfismo en los fármacos, se decanta por la intrínseca capacidad de las sustancias de adoptar diversas formas cristalinas:

«Es así como Buerger y Bloom¹⁴ expresaban en 1937 que “El polimorfismo es una propiedad inherente del estado sólido que presenta la gran [m]ayoría de drogas utilizadas en la industria farmacéutica (principios activos y excipientes)”. En otras palabras, no es un invención realizada por el hombre sino una propiedad de la sustancia.

¹⁴ *Buerger M. J. and Bloom, M.C., “Crystal polymorphism” Z. Kristallogr. (...) (1937).*»³⁸

(El subrayado es mío, texto entre corchetes agregado)

A renglón seguido, el tribunal da cuenta del debate existente entre las oficinas de patentes de los diversos países, que sostienen, unas, que los polimorfos son un descubrimiento y que, en consecuencia, no son susceptibles de protección por patente, mientras que otras sostienen lo contrario.

Entre las últimas, el TJCA se refiere a las varias patentes obtenidas por diferentes laboratorios para proteger generación tras generación del mismo compuesto y concluye en la necesidad de conocer el proceso de obtención reivindicado en cada patente para determinar si se trata o no de un descubrimiento y, en función de ello, si es patentable o no.

Entre las primeras, en cambio, aquellas que mantienen que los polimorfos no son susceptibles de protección por patentes, pues se trata de un descubrimiento, el tribunal recoge la posición del jurista argentino Carlos María Correa, que sostiene:

«...el polimorfismo es una propiedad natural, por lo que los polimorfos no se “crean” o “inventan”; se descubren normalmente como parte de la experimentación de rutina en la formulación de drogas. Son el resultado de las condiciones bajo las cuales se obtiene un compuesto (...) Cualquier compuesto que presenta polimorfismo tenderá

³⁸ Sentencia del TJCA en el proceso número 604-IP-2016 de 16 de julio de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3375 de 17 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203375.pdf>

naturalmente a su forma más estable (...), aun sin ningún tipo de intervención humana.¹⁹

Las solicitudes de patentes independientes sobre polimorfos se han tornado cada vez más frecuentes y controvertidas, dado que sus patentes se pueden utilizar para obstruir o demorar la entrada de la competencia genérica. Se puede considerar que los polimorfos pertenecen al arte previo —y, por lo tanto, no son patentables— si se obtienen inevitablemente siguiendo el proceso descrito en la patente original del principio activo. Además, cuando se descubre polimorfismo, la posibilidad de descubrir nuevas formas cristalinas diferentes es obvia.

¹⁹ Ver el Documento de trabajo de la Organización Mundial de la Salud, “*Pautas para el examen de patentes farmacéuticas*”, elaborado por Carlos Correa, marzo de 2008, p.10.»³⁹

En su análisis, el TJCA señala la necesidad de que solamente si cumplen con los requisitos de novedad y nivel inventivo son patentables los polimorfos, pero que:

«...La dificultad para reunir estos requisitos reside en que la obtención de un polimorfo se da a partir de un compuesto ya conocido pero que ha sufrido transformaciones, (...) por lo tanto es imprescindible pues que el solicitante describa claramente los pasos procedimentales por los que se obtuvo el polimorfo así como al especificación del lugar y la orientación de las moléculas del polimorfo.»⁴⁰

Y, aunque añade que la Decisión 486 no impide expresamente que los polimorfos sean patentados y que «las autoridades administrativas tienen libertad para resolver esta cuestión», también advierte que:

«...la oficina nacional de patentes debe realizar un análisis muy específico a fin de determinar si un polimorfo tiene nivel inventivo o no, ya que no puede validar que los derechos de patentes de invención se extiendan más allá del tiempo determinado en la normativa andina. Por tanto, en aras de cautelar el derecho a la salud y al acceso a los medicamentos, es responsabilidad de las oficinas nacionales la tarea de determinar técnica y científicamente cada uno de los requisitos de patentabilidad de los polimorfos.»⁴¹

(El subrayado es mío).

Esta facultad que el tribunal otorga a los países miembros para que sus oficinas de propiedad intelectual concedan o no patentes a los polimorfos ha sido ejercida por vía normativa por la República del Ecuador, que, en su COESCCI, prescribe:

«**Artículo 268.- No se consideran invenciones.-** No se considerarán invenciones:
(...)

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

4. Los polimorfos, metabolitos, formas puras, tamaño de partículas e isómeros; (...))»

(El subrayado es mío).

Después de este largo interludio, infiramos, a partir de lo dicho respecto de los polimorfos, lo que el TJCA piensa de los descubrimientos.

Por prescripción de la norma del artículo 15 literal a) de la Decisión 486, los descubrimientos no son considerados invenciones. El argumento general es que existen características propias de la materia y la energía que les son connaturales, y que el solo hecho de observarlas y describirlas no entraña actividad inventiva alguna, más allá de lo evidente que resulta que la naturaleza y sus propiedades no merecen protección por patente, tal como lo consagra el literal b) del mismo artículo («tal como se encuentran en la naturaleza»). Este principio (que, en el caso de los polimorfos puede predicarse de toda sustancia disuelta en un líquido), puede también aplicarse a cualquier otra materia, fenómeno o procedimiento en cualquier ámbito del conocimiento humano.

Naturalmente, será más fácil determinar si se trata o no de un descubrimiento si el examinador en la oficina de patentes cuenta con los elementos para contrastar su propio conocimiento, tales como medios de acceso al estado de la técnica o, incluso, los que le proporcionen el solicitante y, por qué no, quien presente oposición a tal solicitud. De esa manera se podrá conocer las particularidades de cada patente para determinar si se trata de un descubrimiento o no y, por lo tanto, si es o no susceptible de protección por patente. Salvo en el caso de Ecuador.

5. La novedad: *Nihil novum sub sole*

El artículo 16 de la Decisión 486 describe *in extenso* en qué consiste el requisito de novedad que deben cumplir las invenciones para merecer protección por patente. Dice así:

«**Artículo 16.-** Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido esté incluido en la solicitud de fecha anterior cuando ella se publique o hubiese transcurrido el plazo [de dieciocho meses] previsto en el artículo 40.»

Lacónico ha sido el tribunal en su exégesis del artículo 16 de la Decisión 486, si consideramos, en contraste, su prolificidad respecto del artículo 17, relativo al nivel inventivo. Esto, empero, no es patrimonio exclusivo del TJCA, pues incluso la doctrina es más bien parca en sus comentarios sobre este requisito.

En la sentencia pronunciada en el proceso número 475-IP-2022⁴², sin embargo, el tribunal, luego de parafrasear el contenido del artículo 16, postula una característica fundamental del estado de la técnica: su universalidad.

«**La novedad de la invención.**- Es el atributo que toda solicitud de invención debe poseer, la misma que está determinada por la ausencia de la tecnología reivindicada en el estado de la técnica; es decir que esta tecnología no haya sido accesible al público por una descripción oral o escrita, por su utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la presentación de una solicitud o prioridad reconocida. En el ordenamiento jurídico comunitario andino, la novedad que se predica de los inventos debe ser absoluta o universal, esto es, en relación con el estado de la técnica a nivel mundial.»

(El subrayado es mío).

Como se puede ver –y se verá también más adelante–, el estado de la técnica es determinante cuando se trata de analizar una solicitud de patente.

En su búsqueda de una explicación amplia sobre las características del concepto de novedad, el tribunal, en su sentencia en el proceso número 475-IP-2022, recoge el criterio de Guillermo Cabanellas. Según este autor, citado por el TJCA⁴³, la novedad es objetiva, irreversible, universal y pública, en los siguientes términos:

- a) Objetividad. La novedad de la tecnología a ser patentada no se determina en relación con personas determinadas ni con el pretendido inventor, sino en relación con el estado objetivo de la técnica en un momento determinado.
- b) Irreversibilidad de la pérdida de novedad. (...) una vez que una tecnología pierde su carácter novedoso, por haber pasado a integrar el estado de la técnica, esa pérdida de novedad se hace irreversible.
- c) Carácter universal de la novedad. (...) la novedad de la invención se determina en relación con los conocimientos existentes en el país o en el extranjero. (...) no puede pretenderse una patente respecto de una tecnología ya conocida en el extranjero, aunque fuera novedosa en el país.

⁴² Sentencia del TJCA en el proceso número 475-IP-2022 de 11 de abril de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5155 de 12 de abril de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205155.pdf>

⁴³ El TJCA referencia lo siguiente en la interpretación prejudicial número 475-IP-2022, *Ibid.*: «Guillermo Cabanellas, *Derecho de las Patentes de Invención*, Tomo 1, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 702-704.»

- d) Carácter público de la novedad. (...) la invención patentada pasará a ser conocida a partir de su publicación implícita en su patentamiento, y posteriormente entrará en el dominio público al expirar la patente.

6. Nivel inventivo: un *plus* no evidente

Decíamos líneas atrás que el estado de la técnica es determinante para analizar la novedad de una invención. Pues bien, debemos señalar ahora que también lo es para verificar el requisito del nivel inventivo.

En efecto, esto dice el artículo 18 de la Decisión 486:

«**Artículo 18.-** Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.»

(El subrayado es mío).

A fin de mostrar la importancia que el estado de la técnica ocupa en el concepto del requisito de nivel inventivo, intentemos reformular la redacción del artículo 18 de la siguiente manera: con base en el estado de la técnica existente al momento de la solicitud de patente, el examinador de la oficina de patentes (que es una persona con conocimientos normales en la materia técnica de la invención) concluirá si el invento examinado le es obvio o si, frente al estado de la técnica, le parece evidente su derivación de él. Si no es así, el invento tiene nivel inventivo. En otras palabras: lo que es obvio o lo que evidentemente se desprende del estado de la técnica carece de nivel inventivo y, por lo tanto, no es una invención.

Como se ve, para que un invento sea susceptible de protección por patente no hace falta que sea un dechado de creatividad técnica; simplemente no debe ser obvio, ni derivarse evidentemente del estado de la técnica. Así lo ha establecido el TJCA, recogiendo los criterios del *Manual andino para el examen de patentes*⁴⁴ —obra de referencia sin valor normativo, publicada por la Secretaría General de la Comunidad Andina con el auspicio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual—, al sostener que «la existencia o inexistencia de alguna ventaja técnica no es un criterio absoluto para reconocer o no el nivel inventivo»⁴⁵.

Y el examinador que así lo considere tampoco ha de ser un científico consumado, sino que ha de tener nociones medias del área técnica a la que pertenece la invención. El

⁴⁴ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual andino para el examen de patentes*, Lima, 2022. Autores: Juan Rodrigo Pimentel y Karla Fabiola Vázquez. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/08/Manual_ANDINO_CAN_2022_fv_por_paginas_.pdf

⁴⁵ Proceso número 475-IP-2022, *loc. cit.*

estándar de cumplimiento de este requisito, como se puede ver, es bastante bajo. En su sentencia en el proceso número 475-IP-2022 el tribunal se detiene sobre esto:

«...Este requisito ofrece al examinador la posibilidad de determinar si con los conocimientos técnicos que existían al momento de la invención se hubiese podido llegar de manera evidente a la misma, o si el resultado hubiese sido obvio para un experto medio en la materia de que se trate; es decir, para una persona del oficio normalmente versada en el asunto técnico correspondiente.

En este orden de ideas, se puede concluir que una invención goza de nivel inventivo cuando a los ojos de un experto medio en el asunto de que se trate, se necesita algo más que la simple aplicación de los conocimientos técnicos en la materia para llegar a ella, es decir que, de conformidad con el estado de la técnica, el invento no sea consecuencia clara y directa de dicho estado, sino que significa un avance o salto cualitativo en la elaboración de la regla técnica.»

Este examinador promedio, que sabe del campo técnico al que pertenece la invención lo bastante para notar que ella se deriva claramente del estado de la técnica, pero tampoco tanto como para estar a la altura del inventor, ha sido definido como una “ficción legal”⁴⁶.

En efecto, hay que recurrir a una ficción legal para encontrar en la especie humana alguien que pueda estar absolutamente seguro, “sin respuestas intermedias”, de «si la invención reivindicada es inventiva o no», al tiempo que «evita cualquier tipo de subjetividad» y «no [se basa] en sus propias apreciaciones personales»⁴⁷.

Para determinar el nivel inventivo de una solicitud de patente de invención, el *Manual Andino* señala los siguientes criterios⁴⁸:

- a) El examinador debe determinar si la invención reivindicada es inventiva o no; no hay respuestas intermedias. El examinador debe ubicarse en la posición de la persona versada en la materia para definir si la solicitud fuese obvia o se derivaría de manera evidente del estado de la técnica. La existencia o inexistencia de alguna ventaja técnica no es un criterio absoluto para reconocer o no el nivel inventivo.
- b) Al efectuar el análisis, el examinador debe evitar cualquier tipo de subjetividad y no basarse en sus propias apreciaciones personales. En tal sentido, el examinador tiene la carga de probar que la invención carece de nivel inventivo, considerando las diferencias entre la invención definida por las reivindicaciones y el estado de la técnica más cercano.

⁴⁶ Ficción similar a la del “buen padre de familia” o el “buen hombre de negocios”. Manuel Guerrero Gaitán, *Nivel inventivo*, en Juan David Castro García *et al.*, director Ernesto Rengifo García, *Derecho de patentes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 207.

⁴⁷ Proceso número 475-IP-2022, *loc. cit.*

⁴⁸ Manual andino para el examen de patentes, *loc. cit.*

- c) Si se ha determinado que la solicitud de patente de invención no cumple con el requisito de novedad, ya no será necesario evaluar el nivel inventivo. En este punto, el Manual explica que es importante examinar el nivel inventivo después de la novedad, pues el requisito de novedad es fácil de cumplir, dado que modificaciones superficiales o banales hacen nueva a una invención pero las modificaciones deben ser tales que no resulten de modo obvio de la técnica anterior, es decir, que no hayan sido hechas “fácilmente” por una persona versada en la materia. Si la invención tiene nivel inventivo, significa que tiene una o más características que involucran un avance comparado con el conocimiento ya existente.
- d) En la mayoría de los casos, el estado de la técnica más cercano al que debe recurrir el examinador para evaluar el nivel inventivo se encuentra en el mismo campo de la invención reivindicada o trata de solucionar el mismo problema o uno semejante. Por ejemplo, en el área de la química el estado de la técnica más cercano puede ser aquel que describa un producto estructuralmente semejante al producto de la invención o un uso o actividad semejante al de la invención.

El concepto de esta “persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente” no refleja el perfil del examinador promedio de cualquiera de las oficinas nacionales de patentes de cualquiera de los países andinos, quien se ha ido especializando a lo largo de su carrera en el servicio público a través de cursos de capacitación permanente, patrocinados por su entidad empleadora o costeándose él mismo, sino la de un principiante, capaz de sorprenderse con la propuesta creativa. Esto, sumado a la exigencia de que él “viaje en el tiempo” hasta el pasado, al momento mismo de presentación de la solicitud de patente —o incluso antes, hasta un año atrás de la fecha de la prioridad invocada— y analice el invento, como si se encontrase en ese ayer, a la luz del estado de la técnica tal como se configuraba entonces, hace necesario recurrir a una ficción, pues los examinadores reales, seres de carne y hueso, serían incapaces de tales abstracciones.

Por eso he sostenido en el pasado que esa persona versada en la materia no es una persona física, sino más bien «un conjunto de criterios legales, unos parámetros para determinar la patentabilidad de un invento»⁴⁹.

Así lo plantea el *Manual Andino*, según lo recoge la jurisprudencia del TJCA:

«El análisis del nivel inventivo no debe partir de la actividad que tendría un genio o un personaje con un conocimiento e instrucción más allá de la “media normal” en la materia que se trate. Esto tiene una importante razón; se está buscando que no exista “obviedad”, y esto solo se logra si se parte de conocimientos estándares para una persona de oficio en el campo técnico respectivo.

⁴⁹ Íñigo Salvador Crespo, *El patentamiento de fármacos en el marco de la flamante Decisión 486*, en *Iuris Dictio*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, agosto 2001, año II, número 4, pág. 48. Disponible en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/download/553/624/976>

El análisis del nivel inventivo en relación con la figura del técnico medio en la materia, impone la “ficción” para el examinador de ubicarse en el estado de la técnica que existía al momento de la solicitud de la patente de invención o de la fecha de prioridad. Esto es de suma importancia, ya que se debe generar un mecanismo idóneo para que esto se logre; es decir, es imperativo para la eficiencia del sistema establecer toda una ambientación adecuada, de conformidad con la situación del arte al momento de la solicitud, para que un técnico de “hoy en día” pueda retrotraerse fácilmente a dicho momento. Por lo tanto, el análisis de patentabilidad debe mostrar claramente el mencionado análisis retrotraído del nivel inventivo.»⁵⁰

Este es el preámbulo para introducir el reproche a lo que el *Manual Andino* llama «análisis tipo *hindsight*», que también recoge la jurisprudencia del tribunal, y que, evitando anglicismos innecesarios, podría denominarse simplemente “análisis *a posteriori*”. Así se explica este tipo de análisis en el proceso número 475-IP-2022⁵¹:

«En tal sentido, el análisis de tipo *hindsight* o *ex post facto* es uno de los inconvenientes que existen durante la evaluación de una solicitud de patentes, para determinar si esta cumple con el requisito de nivel inventivo; debido a que el análisis que efectúa el técnico medio en la materia es particularmente subjetivo (...), siendo necesario que los conocimientos en el estado del arte que este posee sean determinados al momento de la solicitud de patente de la invención o de la fecha de prioridad y no cuando se efectúa el análisis del nivel inventivo.»

El tribunal ha recurrido también al *Manual Andino* para reconocer la utilización del llamado «método problema-solución», a fin de determinar si la invención solicitada deriva de manera evidente del estado de la técnica. Este método está compuesto de los siguientes cinco pasos sucesivos: a) identificación del estado de la técnica más cercano a la invención reivindicada; b) determinación de la diferencia entre la invención y el estado de la técnica más cercano; c) definición del efecto técnico causado, atribuible al elemento diferencial; d) deducción del problema técnico objetivo; y e) evaluación de la invención, a la luz de los hallazgos de los pasos previos.

El TJCA describe en la sentencia del proceso número 475-IP-2022⁵², uno por uno, estos pasos:

«Paso 1: Identificar el estado de la técnica más cercano a la invención reivindicada.

El estado de la técnica más cercano es un documento que debe ser del mismo campo técnico que la invención, en el que se debe verificar una función, propósito, problema a resolver o actividad semejante al de la invención y suele ser el que tiene más características en común con la invención...»

⁵⁰ Proceso 475-IP-2022, *loc. cit.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

Esta etapa inicial tiene por objeto relacionar la solicitud de invención con el ámbito técnico al que pertenece, de manera de poder realizar una comparación entre el invento solicitado y el estado de la técnica específica al que pertenece, al momento de la solicitud o la prioridad reivindicada.

«Paso 2: Determinar la diferencia entre la invención y estado de la técnica más cercano.»

Al aplicar este paso, el experto en la materia deberá determinar las diferencias existentes, en términos de características técnicas, entre la invención reivindicada y el estado de la técnica más cercano. En esta etapa se analiza lo que constituye la solución al problema técnico que plantea la invención.»⁵³

Comparados el invento y el estado de la técnica relevante y próximo, en esta etapa el examinador ha de establecer la diferencia entre uno y otro, y en el suplemento del estado de la técnica que, de ser el caso, proporciona el invento ha de determinar la solución técnica propuesta en la solicitud de patente.

«Paso 3: Definir el efecto técnico causado y atribuible al elemento diferencial.»

El análisis que realiza el examinador debe centrarse en la o las diferencias existentes entre la invención reivindicada y el estado de la técnica más cercano, tomando en cuenta el efecto técnico causado por cada una de estas.»⁵⁴

Analizando el suplemento aportado por el invento en relación al estado de la técnica, el examinador ha de enfatizar su enfoque en cada una de las diferencias y su efecto técnico.

«Paso 4: Deducir el problema técnico objetivo.»

- a) Para definir el problema técnico, el experto en la materia no debe incluir los elementos de la solución, porque ello podría determinar que la solución sea evidente.
- b) En determinadas circunstancias, el problema técnico deberá ser replanteado en función de los resultados de la búsqueda de anterioridades, debido a que el estado de la técnica del cual partió el solicitante puede ser diferente al estado de la técnica más cercano utilizado por el examinador para evaluar el nivel inventivo.

(...)»⁵⁵

En este literal, el tribunal plantea la posibilidad cierta de que el estado de la técnica considerado por el solicitante sea distinto del estado de la técnica más próximo

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

considerado por el examinador, en cuyo caso este deberá reconsiderar el problema técnico, que termina siendo una categoría dinámica en función del estado de la técnica considerado.

«Paso 4: Deducir el problema técnico objetivo.

(...)

- c) Para deducir el problema técnico objetivo, el examinador debe preguntarse “¿cómo modificar o adaptar el estado de la técnica más cercano para obtener el efecto técnico que la invención proporciona?”. El problema técnico objetivo se sustenta en hechos objetivos concretos del estado de la técnica y en los resultados logrados por la invención.
- d) Sobre la interpretación de la expresión “problema técnico objetivo” el Manual dispone lo siguiente:

“La expresión ‘problema técnico objetivo’ deberá interpretarse en sentido amplio; no implica necesariamente que la solución constituya una mejora técnica en relación con el estado de la técnica; dado que puede ocurrir que el problema consista simplemente en buscar una solución de reemplazo a un dispositivo o a un procedimiento conocido que produzca efectos idénticos o similares.”...

Paso 5: Evaluar si la invención reivindicada, partiendo del estado de la técnica más cercano y del problema técnico objetivo, habría sido obvia para la persona medianamente versada en la materia.

- a) En esta etapa, el examinador debe preguntarse si del contenido del estado de la técnica, en su conjunto, existe un segundo documento que le indicaría cómo modificar o adaptar el estado de la técnica más cercano para resolver el problema, de la forma reivindicada, sin realizar un esfuerzo inventivo. Si se responde que sí, la invención sería obvia y en consecuencia no tendría nivel inventivo; si, por el contrario, la respuesta es no, la invención tendría nivel inventivo.»

(...))⁵⁶

Para determinar si la diferencia entre el invento propuesto y el estado de la técnica es o no evidente, sostiene el tribunal que el experto puede complementar una anterioridad con otra u otras.

- «b) La información técnica debe ser interpretada y analizada como un todo y no de forma aislada, al respecto el Manual establece lo siguiente:

“Una información técnica tiene siempre que ser considerada en su contexto, no debe extraerse ni interpretarse fuera de este. Es decir, que la característica técnica que se está analizando debe buscarse en el mismo campo técnico o

⁵⁶ *Ibid.*

en uno que la persona versada en el oficio consideraría de todos modos”...»⁵⁷

Por ejemplo, podría combinarse una anterioridad encontrada en el ámbito de la química farmacéutica con una de la agroquímica, al menos cuando se trata de procedimientos químicos análogos.

«c) La búsqueda de información y/o documentos técnicos considerados como antecedentes que se efectúa [no] debe [sic] ser *a posteriori*, tomando como referencia la misma invención reivindicada. Ello implica que el examinador deberá hacer el esfuerzo intelectual de ponerse en el lugar que tuvo el técnico con conocimientos técnicos en la materia en un momento en que la invención no era conocida; es decir, antes del desarrollo de la invención reivindicada.»⁵⁸

Es el mismo «análisis *a posteriori*» al que nos referíamos más arriba.

«d) La invención reivindicada debe ser considerada en su conjunto. Tratándose de una combinación de elementos, no se puede alegar que cada uno es obvio de manera aislada, pues la invención reivindicada puede estar en la relación (carácter técnico) entre ellos.

“...La excepción a esta regla es el caso de yuxtaposición en el que los elementos se combinan sin que haya relación técnica entre las distintas características. Una composición novedosa de AB donde A y B son conocidos de manera independiente, será inventiva si existe un efecto inesperado. Si el efecto se reduce a la suma de los efectos de A y B, no habrá nivel inventivo.”...»⁵⁹

Esta excepción ya ha sido ilustrada anteriormente en la doctrina:

«Mediante esta solicitud de invento se busca patentar una combinación de un fármaco descongestionante, cuyo principio activo es la *pseudoefedrina*, y de un antihistamínico, cuyo principio activo es la *cetirizina*. Estamos frente al típico caso de las llamadas *composiciones farmacéuticas* que están muy en boga en el ámbito de la industria farmacéutica internacional: se trata de combinar dos o más principios activos que ya están en el estado de la técnica e intentar patentarlos nuevamente como si se tratara de un solo fármaco.

(...) el hecho es que en estos casos el nivel inventivo es exactamente el mismo que usted demostraría si fuera a una farmacia y pidiera a la señorita dependiente un comprimido de un descongestionante y otro de un antihistamínico y se tomara ambos con el mismo vaso de agua. ¿Se considera usted inventor por hacer algo que es obvio?»⁶⁰

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Íñigo Salvador Crespo, *loc. cit.*, pág. 48.

7. Aplicación industrial: hacia un vórtice de innovación

La Decisión 486 desarrolla el contenido de su artículo 14, en lo relativo al requisito de aplicación industrial, en el artículo 19 del mismo régimen común:

«**Artículo 19.-** Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.»

Una exégesis básica de este artículo permite concluir que la aplicación industrial consiste en la posibilidad de que la patente, definida por el contenido de sus reivindicaciones, sea creada industrialmente o, en caso de tratarse de un procedimiento, sea usada en la industria.

Poco ha aportado el TJCA en términos jurisprudenciales sobre este requisito. Es así como en la sentencia del proceso número 475-IP-2022⁶¹, propone la siguiente explicación:

«**La aplicación industrial.-** Significa que un invento pueda ser producido o utilizado en cualquier actividad productiva o de servicios. Este requisito de la invención encuentra su justificación en el hecho de que la concesión de una patente estimula el desarrollo y crecimiento industrial, procurando beneficios económicos a quienes la exploten, por esto, solo son susceptibles de patentabilidad las invenciones que puedan ser llevadas a la práctica.»

Pese a lo lacónico de este único párrafo jurisprudencial, el tribunal se inclina sobre la imperiosidad del efecto práctico de las patentes, nacida de la posibilidad de que el estímulo que generan produzca beneficios económicos al inventor y desarrollo y crecimiento a la sociedad.

Este argumento encuentra su correlato en los artículos 59 y 60 de la Decisión 486. El primero establece que:

«**Artículo 59.-** El titular de la patente está obligado a explotar la invención patentada en cualquier País Miembro, directamente o a través de alguna persona autorizada por él.»

Y el segundo establece que:

«**Artículo 60.-** A los efectos del presente Capítulo, se entenderá por explotación, la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del procedimiento patentado junto con la distribución y comercialización de los resultados obtenidos, de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado...»

La obligación impuesta por la normativa andina al titular de la patente tiene su justificación en la esencia misma de la doctrina patentaria. En efecto, en la medida

⁶¹ Proceso 475-IP-2022, *loc. cit.*

que el Estado concede al inventor lo que equivaldría a un “monopolio” para el aprovechamiento económico de su invento sin que nadie más pueda beneficiarse de él, *so* pena de duras sanciones, el inventor, en contrapartida, está obligado a poner a disposición de la comunidad tanto el invento, por la vía de la explotación de la patente, como la tecnología para crearlo, por la vía de la publicación del expediente de la patente. En la teoría, esta corriente binaria generaría un vórtice de innovación, cuyo supuesto beneficio sería una espiral ascendente de desarrollo: innovación-patente-divulgación-explotación-innovación y así *ad infinitum*, que expandiría más bienestar y mejor nivel de vida. No siempre es así, lo sabemos.

8. Patentes de segundo uso: “viejas curas para nuevos males”⁶²

La Decisión 486 es absolutamente categórica en cuanto a la prohibición de las patentes llamadas “de segundo uso”, es decir que en el ámbito comunitario está proscrita la protección a invenciones que no son nuevas, a través del subterfugio de atribuirles usos distintos del inicialmente atribuido. Reza el artículo 21:

«**Artículo 21.-** Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.»

Un tema tan específico de la normativa comunitaria de patentes de invención llegó al órgano jurisdiccional andino por la vía de varios procesos —tanto contenciosos como consultivos— relacionados con las patentes concedidas en la subregión al compuesto «sildenafil», principio activo del fármaco Viagra®, producto estrella, a la sazón, de Pfizer Corporation. La historia es conocida: lo que había sido concebido y patentado inicialmente como un vasodilatador para el tratamiento de enfermedades cardíacas estaba siendo nuevamente patentado ahora para la disfunción eréctil.

El sustento jurídico de la prohibición contenida en el artículo 21 es analizado así por el TJCA en el proceso número 89-AI-2000⁶³:

«La prohibición o exclusión consagrada en el artículo 16 [de la Decisión 344, de tenor idéntico al del artículo 21 de la Decisión 486] *en comentario*, contiene como presupuestos básicos a juicio del Organismo, primeramente, la determinación de que los productos o los procedimientos para los cuales se requiere la nueva protección de una patente, se encuentran ya amparados por igual derecho y, en consecuencia, se han ubicado en el estado de la técnica por haberse hecho accesibles al público.

⁶² Ver Sentencia del TJCA recaída en el proceso número 34-AI-2001 de 21 de agosto de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 839 de 25 de septiembre de 2002. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace839.pdf>

⁶³ Sentencia del TJCA recaída en el proceso número 89-AI-2000 de 28 de septiembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 722 de 12 de octubre del 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE722.PDF>

«...con la aludida norma la Comunidad Andina ha decidido, por consenso de sus Miembros, la no concesión de nueva patente para lo ya patentado y, siempre que se trate de una invención, puesto que se parte del entendido, como ya se ha dicho, de que aquello que no tiene tal carácter, no está regulado ni previsto por la Decisión 344.»⁶⁴

Como se ve, el tribunal apunta directamente a la esencia de la protección por patente: lo que no es una invención no merece ser protegido. Y, a criterio del TJCA, no es invención una patente ya registrada en razón de que precisamente ese registro la ha incorporado al estado de la técnica y, por lo tanto, desde ese momento (si no es desde el momento de la solicitud misma, o incluso desde un año antes de la prioridad reivindicada, añadimos) ha perdido toda novedad, requisito básico de patentabilidad.

Sin embargo, en distinta sentencia, el tribunal llega a concluir que el invento de marras, en la medida que se trata de un segundo uso de una patente antes concedida, incumple también los requisitos de nivel inventivo y aplicación industrial. Así se pronuncia el TJCA en su sentencia en el proceso número 34-AI-2001⁶⁵:

«Según lo ha podido constatar el Organismo, ha sido acreditado en este proceso, efectivamente, que el tratamiento para la disfunción eréctil que fuera protegido por el Título en referencia, constituye un segundo uso del mencionado compuesto, el que, consiguientemente, carece además de nivel inventivo, contrariando adicionalmente con ello, lo establecido por el artículo 4 de la Decisión 344 [18 de la Decisión 486]. Complementariamente, ha sido así mismo demostrado en autos, a través de las sustentaciones técnicas concretadas por los actuantes, que tratándose de un segundo uso casualmente descubierto para el tratamiento también de la disfunción eréctil, “...no es susceptible de producción en la industria...” y que, además, este no es sino “...el resultado de la aplicación de viejas curas para nuevos males, es decir, un tratamiento terapéutico...»

En relación al objetivo perseguido por el artículo 21 al consagrar este «principio incorporado al derecho comunitario»⁶⁶, sostiene el tribunal que se trata «seguramente (...) de incentivar la investigación»⁶⁷, pues «conceder protección del Estado a productos o procedimientos carentes de novedad, resultaría atentatorio tanto al propósito señalado como a la misma función social asignada al Derecho de Propiedad Industrial»⁶⁸.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Proceso número 34-AI-2001, *loc. cit.*

⁶⁶ Ver Sentencia del TJCA recaída en el proceso número 01-AI-2001 de 27 de junio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 818 de 23 de julio de 2002. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace818.pdf>

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

Para concluir este acápite conviene recordar que al momento de analizar si una solicitud de patente cumple con los requisitos de patentabilidad, la prohibición contenida en el artículo 21 de la Decisión 486 debe ser interpretada en conjunción con las exclusiones contenidas en sus artículos 15 y 20. Así lo considera el TJCA en la sentencia proferida en el proceso número 325-IP-2016, citando jurisprudencia emitida en el proceso número 85-IP-2009⁶⁹:

«En consecuencia, el Tribunal manifiesta que el Artículo 21 de la Decisión 486 forma parte, en razón de su contenido y alcances, de las exclusiones a la patentabilidad fijadas también por los Artículos 15 y 20 de ese Régimen Común; proscripciones a las cuales, por cierto, se añade la no patentabilidad de segundos usos establecida por el referido artículo.»

9. Conclusiones

Si bien la temática jurídica de la protección de las invenciones por medio de las patentes —y más concretamente la de los requisitos de patentabilidad y la materia patentable que aborda este artículo— ha ocupado la labor normativa de la Comunidad Andina desde sus inicios, la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cambio, no ha alcanzado a tratar, por medio de sus interpretaciones prejudiciales, todas las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina conexas a ese tema.

Esto, claro está, no es atribuible a omisión alguna de la corte andina, sino al simple hecho de que no todas las disposiciones comunitarias sobre la materia han sido controvertidas en los procesos judiciales sustanciados ante los jueces nacionales que han dado lugar a las solicitudes de interpretación prejudicial que sí ha recibido el tribunal. Deberá transcurrir algún tiempo adicional para que el corpus jurisprudencial andino se nutra con nuevos aportes en esta específica temática, aunque siempre queda la posibilidad de que ciertas normas nunca sean objeto de interpretación del tribunal en uso de su competencia consultiva.

Como se ha podido apreciar a lo largo de este artículo, el TJCA ha desarrollado consistente y paulatinamente su jurisprudencia sobre el tema en cuestión, e incluso ha llegado a recopilar en una de sus primeras sentencias que declaran “actos aclarados” —concretamente la dictada en el proceso número 475-IP-2022⁷⁰— muchos de los puntos jurídicos discutidos en este trabajo.

Es probable, entonces, como se ha dicho ya, que la oportunidad para el tribunal de completar su jurisprudencia sobre esta materia específica disminuirá en la medida que

⁶⁹ Sentencia del TJCA recaída en el proceso número 325-IP-2016 de 16 de julio de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3371 de 14 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203371.pdf>

⁷⁰ Sentencia del TJCA en el proceso número 475-IP-2022 de 11 de abril de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5155 de 12 de abril de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205155.pdf>

los jueces nacionales cada vez le pedirán menos interpretaciones prejudiciales, pues aplicarán los criterios interpretativos que constituyen actos aclarados en la materia. Ciertamente es, sin embargo, que, también en aplicación de dicho criterio interpretativo, solamente normas no interpretadas previamente o normas que requieran ulterior aclaración o modificación podrán ser objeto de interpretación prejudicial, de modo que algún aspecto no abordado antes por el tribunal, podrá serlo en tales circunstancias. Sea de ello lo que fuere, la oportunidad para aumentar su corpus jurisprudencial en esta materia específica no es amplia.

A lo largo de este artículo se ha podido apreciar una tendencia del TJCA, sobre todo cuando hace uso de su competencia consultiva (interpretación prejudicial), de atenerse conceptualmente al tenor literal de la norma interpretada o transcribir *in extenso* el *Manual Andino para el examen de patentes*, que, como se ha dicho, es un texto de referencia, de valor hermenéutico similar al de la doctrina. En el futuro el tribunal sin duda realizará aportes jurisprudenciales que propendan al desarrollo del derecho comunitario, basados en interpretaciones más centradas en los métodos hermenéuticos teleológico y evolutivo, acorde con lo ya ocurrido en otros ámbitos específicos sometidos a su interpretación.

En cualquier caso, como se ha observado en este trabajo, el tribunal ha construido un nutrido corpus jurisprudencial sobre los requisitos de patentabilidad y la materia patentable, con utilidad no solamente respecto de los casos en que cada criterio interpretativo fue pronunciado sino que —atenta la naturaleza de la jurisprudencia consultiva del tribunal— será aplicado por los jueces nacionales en futuros casos en que se controviertan las mismas normas interpretadas, invocado por los abogados practicantes en defensa de los intereses de sus representados y estudiado en el ámbito académico nacional, regional e internacional.

Quito, enero de 2024.

Apartado II

SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE PATENTES

Ernesto Rengifo García

Ernesto Rengifo García

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de posgrado en Derecho Romano en la Universidad de Roma «*La Sapienza*», Italia y en Derechos de Autor, Propiedad Industrial, Competencia Desleal y Prácticas Restrictivas de la Competencia en el «*Queen Mary College-University of London*», Reino Unido. En el año de 1996 fue invitado al Instituto Max Planck con sede en Múnich para desarrollar investigación en patentes y biotecnología.

Experto en métodos alternativos de solución de controversias con más de 38 años de experiencia en docencia, arbitraje, litigios y asesoría jurídica. Profesor de derecho de contratos, responsabilidad y propiedad intelectual; director del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia (2006-2022); profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia. Socio fundador de la firma Rengifo Abogados.

Miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; miembro de la lista de árbitros de los centros de arbitraje y conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali; Árbitro internacional del «*International Centre for Dispute Resolution*» (ICDR) de la «*American Arbitration Association*» (AAA). Miembro de Número de la Académica Colombiana de Jurisprudencia.

SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE PATENTES

Ernesto Rengifo García

Palabras clave

Acto aclarado. Patentabilidad. Reivindicaciones. Segundos usos. Microorganismos. Licencia obligatoria. Límites de las interpretaciones prejudiciales. *Test* de triple identidad.

Keywords

Clarified act. Compulsory license. Limits of preliminary rulings. Microorganisms. Patent claims. Patentability requirements. Second uses. Triple identity test.

Resumen

El artículo aborda criterios jurídicos interpretativos contenidos en distintas interpretaciones prejudiciales realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de patentes. Se trata sobre la necesidad de ajustar las patentes a la realidad de la Comunidad Andina, la teoría del acto aclarado, los requisitos sustanciales de patentabilidad, patentabilidad de los microorganismos, las reivindicaciones, los segundos usos, licencias obligatorias y los límites de la interpretación prejudicial.

Abstract

This article addresses a diverse group of juridical criteria contained in preliminary rulings issued by the Court of Justice of the Andean Community in matters regarding patents such as the need to adjust patents to the reality of the Andean Community, the theory of the clarified act, basic requirements of patentability, the patentability of microorganisms, patent claims, second uses, compulsory licenses and the limits of prejudicial interpretations.

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal, Tribunal Andino de Justicia** o **TJCA**) ha proferido interpretaciones prejudiciales (en adelante, **IP**) que les permiten a los Estados miembros de la Comunidad Andina

aplicar de manera uniforme la normativa andina en aspectos trascendentales en materia de patentes. Este escrito destacará algunas que se estiman han incidido en el desarrollo teórico y práctico del derecho de patentes a nivel comunitario. Como se sabe, las patentes constituyen una herramienta de estímulo a la innovación y son un mecanismo de protección empleado por innovadores visionarios que han contribuido con el desarrollo industrial y técnico de la sociedad. Al ser las patentes un privilegio de explotación exclusiva, concedido para premiar el esfuerzo en la solución de un problema técnico, la ley las somete a un escrutinio riguroso que se expresa en sus tres características ya tradicionales: la novedad, la altura inventiva y la aplicación industrial.

2. Sobre la necesidad de ajustar las patentes a la realidad de la Comunidad Andina

Se ha entendido que una patente es un monopolio legal que le permite al titular explotar por sí mismo o por un tercero su invención por un periodo máximo de veinte años. Y dicho monopolio se concede, entre otras cosas, porque el inventor debe divulgar información o conocimiento que de otra forma se mantendría en secreto. Como consecuencia de esta revelación, a la expiración de la patente todo interesado puede utilizar los conocimientos que de otra forma hubieran permanecido reservados¹.

En la **7-IP-89**² el TJCA señaló que la patente de invención equivale a un privilegio, garantizado por el estado, del cual es titular un particular, para explotar la invención en forma exclusiva, lo cual le permite conceder a su arbitrio licencias para su explotación y percibir regalías o compensaciones, derivadas de su explotación por terceros: «Se consagra así con el otorgamiento de la patente, en favor de una persona, con exclusión de los demás, un auténtico monopolio en la oferta económica de productos o de procedimientos de aplicación industrial». En cuanto al por qué existen las patentes el Tribunal indicó:

«[S]e justifican en el mundo moderno -en último término-, no como simple manifestación de un derecho absoluto a la propiedad sino como supuesto estímulo a la actividad creativa de los particulares, no en exclusivo beneficio de ellos, sino, principalmente, en pro del bien común, dentro de una determinada comunidad (que hoy puede ser nacional o supranacional, como es el caso de los países que integran el Pacto Andino), la cual detenta, teóricamente, un poder soberano que ha de ejercerse en beneficio de los asociados.»

E indicó el Tribunal que el actual orden económico internacional constituye una realidad frente a la cual es lógico que los gobiernos de los países en vía de desarrollo ajusten el régimen jurídico de la propiedad industrial en sus propios territorios.

¹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, Tomo 1, 2ª ed., Buenos Aires: Heliasta, 2004, p. 63.

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 7-IP-89, de fecha 24 de noviembre de 1989, Publicada el 26 de noviembre de 1989.

Con fundamento en el referido orden económico, en la **1-IP-88**³, el TJCA señala la importancia de los avances tecnológicos, así como la creación de un sistema normativo comunitario que hiciera frente al rápido avance de la tecnología, permitiendo a los países de la región andina competir en el mercado y enfrentar los desafíos que se presentan con el transcurrir del tiempo, así:

«Las leyes de propiedad industrial, inspiradas en las necesidades e intereses de los países desarrollados, habían sido implantadas en los países de la región en momentos en que el desarrollo fabril no había realmente comenzado y la posibilidad de creación tecnológica era inexistente. La protección a los monopolios de explotación, objetivo fundamental de estos sistemas de patentes, producía efectos no deseables para la economía de la región, y favorecía la captura de los mercados para los productos extranjeros, la tenencia de las patentes por los agentes de la economía transnacional, la ninguna o escasa vinculación de la inventiva local con el proceso productivo real, el entorpecimiento del flujo tecnológico externo por la imposición de cláusulas restrictivas, la posibilidad de fijar precios monopólicos al aprovechar la patente para eliminar la competencia, etc.»

El Tribunal continuó diciendo:

«La constatación de estas realidades en América Latina, permitió que se iniciaran acciones de los gobiernos dirigidas a reformar las concepciones tradicionales de las leyes nacionales sobre patentes y marcas, abandonando conceptos obsoletos según los cuales se consideraban a las patentes como un derecho de propiedad caracterizado por su condición monopólica y desvinculado de las políticas de desarrollo. (...) Por ello, las precedentes observaciones deben tenerse muy en cuenta al interpretar la Decisión 85, cuyas disposiciones tienen como objetivo fundamental establecer una relación de consecuencia directa entre el desarrollo socio-económico, en especial el tecnológico, y los derechos que se conceden a los particulares. Es decir, que la protección de estos últimos tiene su justificación moral, económica y jurídica en que los mismos sean mecanismos que promuevan el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros y el mejoramiento persistente del nivel de vida de los habitantes de la Subregión.»

Lo transcrito permite vislumbrar la función social y económica que debe tener, no solo el derecho de patentes, sino toda la legislación comunitaria relacionada con la propiedad intelectual, la cual propende por el desarrollo regional en una forma que permita el crecimiento de las economías locales, sin que se vean abrumadas por tecnologías foráneas que no impacten positivamente el desarrollo de los países miembros de la Comunidad Andina.

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 1-IP-88 de 25 de mayo de 1988, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

3. Acto aclarado

Con las interpretaciones **145-IP- 2022, 261-IP-2022, 350-IP- 2022⁴** y **391-IP-2022⁵**, el TJCA reconoció que la doctrina del acto aclarado es aplicable a los procesos de interpretación prejudicial y compatible con lo consagrado en el ordenamiento jurídico comunitario. El acto aclarado es un criterio según el cual, en los casos en que el juez nacional de única o última instancia tenga que resolver una controversia en la que se deba aplicar o se discuta una norma del ordenamiento jurídico comunitario andino, no está obligado a solicitar interpretación prejudicial si con anterioridad esta —la norma— ya ha sido interpretada por el Tribunal.

Los escenarios en los cuales el juez nacional debe solicitar la interpretación son los siguientes:

- a) Cuando el TJCA no ha emitido interpretación prejudicial respecto de la norma del ordenamiento jurídico comunitario andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional.
- b) 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 andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o son materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero no respecto de otras normas del mismo ordenamiento aplicable a la misma controversia. En este caso, el TJCA emitirá la interpretación prejudicial respecto de aquellas normas que no hubiere interpretado en el pasado, y ratificará el criterio jurídico interpretativo respecto de las cuales sí lo hubiera hecho, de ser el caso.
- c) Cuando el TJCA sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena respecto de la norma del ordenamiento jurídico comunitario andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero dicho juez considera imperativo que el TJCA precise, amplíe o modifique el criterio jurídico interpretativo contenido en la mencionada interpretación prejudicial.
- d) Cuando el TJCA sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena respecto de la norma del ordenamiento

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretaciones Prejudiciales No. 145-IP- 2022, 261-IP-2022, 350-IP- 2022, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5146 del 13 de marzo de 2023.

⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 391-IP-2022 de fecha 13 de marzo del 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5147 del 13 de marzo de 2023.

jurídico comunitario andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero dicho juez 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 que el mencionado juzgador pueda resolver con mayor precisión e idoneidad la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional⁶.

Como consecuencia de lo señalado y de conformidad con la obligación del artículo 128 del Estatuto del Tribunal⁷, se debe acudir al TJCA en ejercicio de la acción de incumplimiento cuando el juez natural tuviere la obligación de realizar la consulta y se abstuvo de hacerla, o cuando aplique una interpretación diferente a la establecida por el Tribunal en el caso concreto o en una o más interpretaciones prejudiciales aprobadas y que constituyen un acto aclarado.

4. Sobre los requisitos de patentabilidad

En relación con la novedad el Tribunal Andino en la interpretación **475-IP-2022**⁸ del 11 de abril de 2023, precisó:

«Es el atributo que toda solicitud de invención debe poseer, la misma que está determinada por la ausencia de la tecnología reivindicada en el estado de la técnica; es decir, que esta tecnología no haya sido accesible al público por una descripción oral o escrita, por su utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la presentación de una solicitud o prioridad reconocida. En el ordenamiento jurídico comunitario andino, la novedad que se predica de los inventos debe ser absoluta o universal, esto es, en relación con el estado de la técnica a nivel mundial.»

⁶ *Ibidem.*

⁷ Estatuto del TJCA.-

«Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial

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 ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

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.»

⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 475-IP-2022 de fecha 11 de abril del 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5155 del 12 de abril de 2023.

En esta IP se esbozan una serie de criterios doctrinales que delimitan el concepto de novedad de la siguiente manera:

- a) Objetividad: La novedad de la tecnología a ser patentada no se determina en relación con personas determinadas ni con el pretendido inventor, sino en relación con el estado objetivo de la técnica en un momento determinado.
- b) Irreversibilidad de la pérdida de novedad: Una vez que una tecnología pierde su carácter novedoso, por haber pasado a integrar el estado de la técnica, esa pérdida de novedad se hace irreversible.
- c) Carácter universal de la novedad: La novedad de la invención se determina en relación con los conocimientos existentes en el país o en el extranjero. No puede pretenderse una patente respecto de una tecnología ya conocida en el extranjero, aunque fuera novedosa en el país.
- d) Carácter público de la novedad: La invención pasará a ser conocida a partir de su publicación implícita en su patentamiento, y posteriormente entrará en el dominio público al expirar la patente.

En cuanto al nivel inventivo señala:

«Una invención goza de nivel inventivo al no derivar de una manera evidente del estado de la técnica, ni resultar obvia para una persona entendida o versada en la materia...
(...)»

En este orden de ideas, se puede concluir que una invención goza de nivel inventivo cuando a los ojos de un experto medio en el asunto de que se trate, se necesite algo más que la simple aplicación de los conocimientos técnicos en la materia para llegar a ella; es decir que, de conformidad con el estado de la técnica, el invento no sea consecuencia clara y directa de dicho estado, sino que significa un avance o salto cualitativo en la elaboración de la regla técnica.»⁹

El Tribunal precisa los criterios que sirven para determinar si la invención cumple o no con este requisito:

- a) El examinador debe determinar si la invención reivindicada es inventiva o no; no hay respuestas intermedias.
- b) El examinador debe evitar cualquier tipo de subjetividad y no basarse en sus propias apreciaciones personales. Este tiene la carga de probar el nivel inventivo considerando las diferencias entre la invención definida por las reivindicaciones y el estado de la técnica más cercano.
- c) Si se ha determinado que la solicitud de patente de invención no cumple con el requisito de novedad, ya no será necesario evaluar el nivel inventivo.
- d) El estado de la técnica más cercano al que debe recurrir el examinador para evaluar el nivel inventivo se encuentra en el mismo campo de la invención reivindicada o trata de solucionar el mismo problema o uno semejante.

⁹ *Ibidem.*

Agrega que, para efectos de examinar el nivel inventivo, se acudirá al estado de la técnica existente y en lo que ello representa para una persona del oficio normalmente versada en la materia. Esto es que, de conformidad con conocimientos existentes, se verá si para un experto medio en esa materia —alguien que no cuente con un alto grado especialidad— pueda derivarse de manera evidente la regla técnica propuesta por la solución de la patente.

El estado de la técnica engloba el conjunto de conocimientos tecnológicos accesibles al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. Este está constituido por todo lo que antes de la mencionada fecha se ha hecho accesible al público, bien sea por descripción escrita u oral, por una utilización o cualquier otro medio, en cualquier lugar del mundo, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Decisión 486.

En cuanto a la aplicación industrial, señala el Tribunal que solo son susceptibles de patentabilidad aquellas invenciones que puedan ser llevadas a la práctica.

En resumen, para que una invención sea protegida debe ser novedosa, no puede estar comprendida en el estado de la técnica, y la información plasmada en solicitud debe ser detallada y suficiente para que una persona versada en la materia pueda utilizarla con el fin de explotarla o aplicarla industrialmente.

5. Sobre la patentabilidad de los microorganismos

Por medio de la **320-IP-2018**¹⁰ el TJCA es claro en que existen límites a aquello que puede ser patentado, estos incluyen —entre otros— las plantas, animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. En su criterio, dicha restricción obedece a cuestiones éticas —en particular, el límite de patentabilidad de la vida, de la modificación genética de los animales y de alterar la biodiversidad—, económicas e incluso jurídicas. El TJCA ha planteado que a dicha limitación debe dársele una interpretación restrictiva evitando que se convierta en un obstáculo para la investigación y el desarrollo; como consecuencia de esta restricción, la limitación en cuestión no comprende los seres vivos que puedan obtenerse mediante procedimientos microbiológicos, permitiendo así la patentabilidad de microorganismos.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 320-IP-2018 de fecha 23 de octubre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial de Acuerdo de Cartagena 3875 del 18 de diciembre de 2019, p.11.

6. Sobre las reivindicaciones

En la **257-IP-2022**¹¹, el TJCA hace alusión principalmente a las reivindicaciones, la función que estas cumplen en las solicitudes de patentes, y los requisitos de claridad y concisión. Se ha entendido que las reivindicaciones son fundamentales para el análisis de patentabilidad pues con ellas se define el ámbito tecnológico en el cual se aplica el derecho exclusivo de una invención.

La referida interpretación precisa que las reivindicaciones deben ser claras y concisas y, además, deben estar soportadas por la descripción —artículo 30 de la Decisión 486— la cual sirve como criterio interpretativo de aquellas. La descripción puede estar compuesta por dibujos, ejemplos, estructuras químicas; lo que impone la carga al examinador de realizar un examen de manera integral y sistemática¹².

Si bien las reivindicaciones contienen la tecnología a ser protegida, no necesariamente la reivindicación define estrictamente el límite de la protección. El profesor Cabanellas señala que una patente, por intermedio de sus reivindicaciones, otorga un marco de protección que va más allá del contenido literal de tales reivindicaciones. En tal sentido, una conducta que infringe los derechos del patentado quedará comprendida en su ámbito de protección resultante de las reivindicaciones si las modificaciones que representan dicha conducta se deducen evidentemente de lo reivindicado para alguien versado en la materia¹³.

Kresalja Rosselló considera que el alcance de la protección de las patentes se determina por el contenido de las reivindicaciones; la esencia o razón de ser de una reivindicación consiste en definir la invención, indicando sus características técnicas, dándole el alcance a la patente. La reivindicación deberá delimitar claramente la invención respecto al estado de la técnica o tecnología anterior¹⁴.

Se debe adicionar que hay diferencia entre las reivindicaciones que recaen sobre una entidad física o producto de aquellas que reivindican un procedimiento:

«las reivindicaciones que recaen sobre una entidad física confieren una protección “absoluta”, es decir, con ellas se protege el producto cualquiera que sea el

¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 257-IP-2022 de fecha 23 de octubre del 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5343 del 25 de octubre de 2023.

¹² *Ibidem*.

¹³ Véase Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, Tomo 2, 2ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2004, p. 201.

¹⁴ Véase Baldo Kresalja Rosselló, *El alcance de la protección de la patente de invención otorgada por el artículo 51 de la Decisión 486 y la aplicación de la Doctrina de los Equivalentes*, en *Anuario Andino de derechos intelectuales*, Año VII, número 7, Lima, 2011, p. 206. Disponible en: <https://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario07/art08/ANUARIO%20ANDINO%20ART08.pdf> (consultado el 19 de enero de 2024).

procedimiento de producción y cualquiera que sea su utilización (...), en cambio (...) las reivindicaciones que recaen sobre una actividad confieren una protección “relativa”, ya que protegen la actividad reivindicada, pero no los diversos dispositivos u objetos utilizados cuando éstos son utilizados fuera de la actividad indicada. Sin embargo, en las patentes de procedimiento, la protección se extiende al producto obtenido directamente a través del procedimiento patentado, el cual tampoco goza de “protección absoluta”, sino que únicamente está protegido cuando ha sido producido mediante el procedimiento patentado o por uno equivalente»¹⁵.

Respecto de la claridad, el TJCA indica que con ella se persigue que las reivindicaciones sean definidas de manera que sean de fácil comprensión y que se pueda distinguir lo que hay en ellas. En caso de que no se observen nítidamente las características técnicas o sean demasiado generales al extremo que no permita determinar su alcance a través de la descripción y sus complementos —dibujos—, no estarían cumpliendo con el requisito de claridad¹⁶.

Por último, se señala que las reivindicaciones se deben analizar teniendo en cuenta su presentación sistemática, es decir, tomándolas como un conjunto que persigue el mismo fin. La oficina de patentes debe analizar la claridad de las reivindicaciones individualmente consideradas y en conjunto, para así determinar la unidad y coherencia del objeto patentable, y además para que se pueda hacer un adecuado análisis de los requisitos de novedad y nivel inventivo¹⁷.

7. Sobre las reivindicaciones y el alcance de la protección

En la interpretación **475-IP-2019**¹⁸ se aborda específicamente la relación entre las reivindicaciones y el alcance de protección que se le confiere a una invención patentada. El TJCA hace un símil entre el alcance que otorga el artículo 69 del Convenio sobre la Patente Europea, su protocolo de interpretación y el artículo 51 de la Decisión 486, concluyendo que:

«es a partir del contenido de las reivindicaciones que se debe realizar una labor interpretativa para determinar el alcance de la protección de una patente y deberá tenerse debidamente en cuenta todo elemento equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones».

¹⁵ Carmen Salvador Jovani, *El ámbito de protección de la patente*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 133 – 134.

¹⁶ Tribunal Andino de Justicia, Interpretación Prejudicial No. 257-IP-2022 de fecha 23 de octubre del 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5343 del 25 de octubre de 2023.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Tribunal Andino de Justicia, Interpretación Prejudicial No. 475-IP-2019 de fecha 21 de septiembre de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 5050 del 05 de octubre de 2022.

Para la OMPI la interpretación de las reivindicaciones es importante en los litigios sobre patentes, ya que permite determinar si la patente cumple todas las condiciones y requisitos de patentabilidad o si es objeto de infracción¹⁹.

El TJCA alude a la manera como se deben llevar a cabo las interpretaciones de las reivindicaciones, en los casos en que el juez nacional esté frente a una posible infracción de una patente de invención.

«[L]as reglas para efectuar una adecuada interpretación de las reivindicaciones deben ser aplicadas de un modo equilibrado, esto es, realizando una interpretación que permita otorgar una protección suficiente e idónea al titular de la patente; y, a su vez, garantizar la suficiente seguridad y previsibilidad jurídica en favor de terceros.»²⁰

Inicialmente el Tribunal se refiere a la regla de la literalidad o identidad de todos los elementos que componen las reivindicaciones. Esta consiste en analizar si los elementos de un producto o procedimiento presuntamente infractor son idénticos a los elementos de las reivindicaciones de una patente protegida. En este contexto la labor del experto será realizar un examen comparativo y confrontar cada uno de los elementos, tanto de la patente como aquellos que forman parte del producto presuntamente infractor, para determinar si este último coincide de forma literal con cada uno de los elementos del primero. Si se confirma que existe una equivalencia entre cada uno de los elementos del producto o procedimiento protegido y el presunto infractor, se estaría ante un escenario de infracción.

Después el TJCA se detiene en el criterio de la “evaluación equivalente” el cual se aplica cuando para el experto en la materia no existe propiamente una identidad entre las reivindicaciones, que le permita confirmar o descartar una infracción literal de la patente. Si ello es así, entonces podrá optar por realizar una “evaluación equivalente”, es decir, un análisis de los elementos de la reivindicación en los que no se presenten diferencias relevantes, para determinar la existencia de una infracción por equivalencia.

Para los casos en que no existe una identidad en uno o varios de los elementos de las reivindicaciones estudiadas y se considere necesaria la aplicación de la regla referida, debe aplicarse el *test* de triple identidad sustancial, el cual consiste en determinar si los elementos del objeto que es materia de denuncia son diferentes a uno o varios de los elementos de la reivindicación protegida y si desempeñan la misma función, a partir de un mismo modo y con idénticos resultados a los que componen el objeto o procedimiento protegido. Por tanto, si los elementos del producto o procedimiento

¹⁹ OMPI, *La P.I. y las empresas: Patentes de calidad: reivindicar lo que importa*. En: *Revista de la OMPI*, número 1/2006, 2006. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/01/article_0007.html (consultado: el 31 de enero de 2024).

²⁰ Tribunal Andino de Justicia, Interpretación Prejudicial No. 475-IP-2019 de fecha 21 de septiembre de 2022, publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena No. 5050 del 05 de octubre de 2022.

denunciado coinciden en su función y dicha función es realizada del mismo modo, dando lugar a un resultado idéntico, se estaría ante una equivalencia de los elementos de las reivindicaciones de los objetos o procedimientos examinados.

Ahora bien, con el fin de poner en práctica alguna de las reglas presentadas, la autoridad nacional competente podrá tomar en consideración los siguientes criterios orientativos, mas no taxativos, señalados por el Tribunal:

- «i. **La realización de un examen literal de las reivindicaciones, es decir, de cada uno de los elementos que las componen:** Si al realizar el análisis de las reivindicaciones coinciden en su literalidad, la autoridad nacional podrá determinar, sobre la base del resultado comparativo, que sí existe infracción a los derechos de propiedad industrial. En este caso, se considerará que existe infracción cuando cada uno de los elementos de las reivindicaciones de la patente se encuentran presentes en su totalidad, caso en el cual, se estará en presencia de una infracción literal.
- ii. **La realización de un examen aplicando la doctrina de los equivalentes:** Si luego de aplicar el primer criterio, la autoridad nacional considera que el examen literal de las reivindicaciones resulta insuficiente y no permite determinar la identidad de los elementos que la componen, la autoridad nacional competente podrá tomar en cuenta y aplicar la doctrina de la equivalencia, a través de la aplicación del “*test* de triple identidad sustancial”.

(...)

Así, aun cuando no exista identidad plena entre los elementos que constan en la reivindicación de una patente y aquellos que forman parte del producto o procedimiento supuestamente infractor, en aplicación de los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material, la autoridad nacional podrá evaluar si existe correspondencia entre las características técnicas en conflicto y la forma o modo en que esas características permiten solucionar el mismo problema técnico.»²¹

8. Sobre los segundos usos

En la **193-IP-2005**²² el TJCA se refirió a la no patentabilidad de los segundos usos establecida en el artículo 16 Decisión 344, hoy artículo 21 de la Decisión 486. Al respecto señaló que en esta norma se excluye de manera expresa la posibilidad de patentamiento de los productos o procedimientos que gozan ya de la protección que confiere la patente, así sea «por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial». Pretender obtener los beneficios que otorga la patente para un segundo uso de invenciones previamente patentadas, con el argumento de que es un uso distinto al originalmente reconocido por la patente inicial, no implica que se satisfaga el requisito esencial de novedad, toda vez que, al existir una patente previa del invento original este ya se encuentra en el estado de la técnica.

²¹ *Ibidem.*

²² Tribunal Andino de Justicia, Interpretación Prejudicial No. 193-IP-2005, de fecha 22 de febrero de 2006, publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena 1335 del 27 de abril de 2006.

De ahí que, solo aquello que es nuevo puede ser protegido por patente; por lo que conceder protección a productos o procedimientos que no cumplan con los requisitos mínimos de patentabilidad, como lo es formar parte del estado de la técnica, resultaría contrario a la función social que se debe predicar de una patente.

9. Sobre las licencias obligatorias

En la **144-IP-2019**²³ referente a la licencia obligatoria prevista en el artículo 65 de la Decisión 486, el Tribunal dispone que, al suponer una limitación del derecho otorgado por una patente, el citado artículo debe interpretarse de forma restrictiva en aras de garantizar un equilibrio entre el interés público que busca salvaguardar la autoridad administrativa y el interés privado del titular, al cual no se le puede cercenar su derecho de explotación, ni negar la compensación económica de la cual es acreedor cuando se otorgue una licencia obligatoria sobre su patente. El TJCA establece que el interés público constituye el género del cual se desprenden las situaciones de emergencia, las razones de seguridad, así como cualquier otra que puedan enmarcarse en esta categoría, como lo son el uso público no comercial, la necesidad de que la población tenga acceso a determinados productos (v.g., medicamentos y alimentos), la protección ambiental, entre otros.

Por otro lado, el TJCA pone de presente que la concesión de una licencia de esta naturaleza está sujeta a la justificación presentada por la autoridad competente para el caso concreto, en la cual debe evidenciar, explicar y fundamentar de forma adecuada y suficiente las razones de interés público que dan lugar a la medida. Para el TJCA esta licencia está inexorablemente ligada a la vigencia de las condiciones que dieron lugar a su concesión, y al tratarse de un estudio que debe realizarse caso a caso, ningún país miembro podrá alegar un estado general de interés público para la obtención de una licencia de esta naturaleza. Así las cosas, la oficina nacional competente no solo establecerá el alcance o extensión de la licencia, especificando el período por el que se concede, sino que determinará el objeto, monto y condiciones de compensación económica de la misma, en aras de salvaguardar los intereses públicos y privados involucrados.

10. Sobre los límites de las interpretaciones prejudiciales

Desde su fundación, el 28 de mayo de 1979, las funciones que asumiría el TJCA fueron claras. En lo relativo a las interpretaciones prejudiciales el artículo 32 del Tratado de Creación del TJCA señaló que «corresponderá al Tribunal 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».

²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No.144-IP-2019 de fecha 16 de marzo de 2021, publicada en la Gaceta Oficial de Acuerdo de Cartagena 4188 del 16 de marzo de 2021, pp. 11-14.

Sobre el particular, la interpretación **487-IP-2019**²⁴ señaló:

«Quedan excluidos del ordenamiento jurídico comunitario andino y, por tanto, del alcance de la interpretación prejudicial de este Tribunal, la normativa interna de los Países Miembros, sus convenios y tratados internacionales celebrados de forma independiente, e incluso los convenios y tratados que celebren los Países Miembros por fuera del alcance del Acuerdo de Cartagena».

Y precisó:

«No le corresponde al TJCA emitir interpretaciones prejudiciales sobre normas jurídicas que no califiquen como fuentes típicas o atípicas del ordenamiento jurídico comunitario andino. Cuando reciba solicitudes de interpretación prejudicial sobre normas que estén por fuera de esta órbita, este Tribunal deberá inhibirse de pronunciarse sobre tal solicitud».

En la **1-IP-87**²⁵ el TJCA manifestó que su función «cuando la decisión del juez nacional no sea susceptible de recurso», es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico:

«Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional (...). No puede referirse entonces el Tribunal al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares. La exigencia del Estatuto, de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta, ha de entenderse entonces no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos -lo cual le está vedado- sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que debe fallar.»

Respecto de este punto en la **7-IP-89**²⁶ el TJCA establece que el intérprete se debe limitar a constatar ese significado normativo, atendiendo a la historia fidedigna de la norma, a su finalidad manifiesta y a su claro sentido de conjunto, anteponiendo estos criterios funcionales a un posible examen simplemente exegético del texto.

Por tanto, la actividad interpretativa del Tribunal está circunscrita a esclarecer el espíritu jurídico del ordenamiento comunitario, por cual:

«solo se debe limitar a precisar el alcance y contenido de las normas comunitarias, sin inmiscuirse en el contenido y alcance de las normas de derecho interno o nacional de

²⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No.487-IP-2019 de fecha de 27 de julio de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5256 del 31 de julio de 2023.

²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 1-IP-87 de fecha de 03 de diciembre de 1987, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial No. 7-IP-89 de fecha de 24 de noviembre de 1989, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

los países miembros, ni mucho menos podrá detenerse a calificar hechos objeto de la controversia.»²⁷

11. Reflexiones finales²⁸

La interpretación que hace el TJCA a los requisitos sustanciales de patentabilidad es el resultado del espíritu de la normativa andina que busca promover la innovación de tal manera que proporcione un beneficio real a los países miembros de la Comunidad. Con relación al entendimiento de qué es una invención se indica que todo aquello que no esté expresamente excluido por el artículo 15 de la Decisión 486 será considerado como una invención y en principio podrá ser objeto de protección siempre y cuando se ajuste a lo dispuesto en el artículo 20 de la Decisión.

En cuanto a los a nuevos usos o segundos usos que se hallen en objetos o procedimientos que cuentan con la protección conferida por una patente, no serán objeto de protección por formar parte del estado de la técnica y porque se incumpliría con el requisito de la novedad.

En el capítulo de las reivindicaciones el solicitante delimita lo que constituye la invención sobre la que desea se le atribuya el derecho de exclusiva. La descripción de la invención cumple una función en la interpretación de las reivindicaciones de manera que le permitirán al examinador hacer un análisis integral de lo que constituye el objeto o procedimiento a patentar.

El juez por su parte contará con herramientas que le servirán para determinar si los derechos conferidos son transgredidos. Puede llevar a cabo una interpretación exegética de las reivindicaciones y ceñirse estrictamente a su tenor literal y descartar cualquier escenario que implique una posible infracción si no se está ante la presencia de una reproducción exacta del producto o procedimiento patentado. Pero así mismo, tiene la facultad para llevar a cabo un análisis de equivalencia entre el producto o procedimiento patentado y el producto o procedimiento presuntamente infractor. En este último escenario el juez irá más allá de la literalidad de las reivindicaciones y tomará en cuenta elementos que cumplan funciones equivalentes en los productos o procedimientos objeto del estudio; si en el desarrollo de su análisis se percata de una equivalencia —cuando uno o varios elementos coinciden en su función, y esta es realizada del mismo modo, teniendo un resultado idéntico— podrá determinar la ocurrencia de una infracción.

²⁷ Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *Capítulo III. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en Hugo R. Gómez Apac, Luis Rafael 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 Tribunal de Justicia*, Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019, pp. 117.

²⁸ Para profundizar en el tema, ver:

- Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *Apuntes de derecho: derecho de la competencia y propiedad industrial*, Pamplona (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 383.
- Alicia Álvarez, *Derecho De Patentes*, Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999, p. 99.

Las sentencias del TJCA deben servir a la integración andina y a la aplicación uniforme de la norma comunitaria en los países miembros que integran la comunidad. Se recuerda que la función de la interpretación está supeditada a lo establecido en el artículo 30 del tratado de creación del TJCA. Aquí se precisa que la interpretación debe llevarse a cabo sin pronunciarse sobre los hechos presentados por el juez nacional, y absteniéndose de interpretar el derecho interno evitando, de esta forma, que se profiera una decisión de fondo sobre los asuntos sometidos a controversia ante el juez nacional.

Bogotá, enero de 2024.



Embajada del Perú
en Ecuador

ISBN: 978-9942-45-663-2

