

# SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA<sup>1</sup>

Andrée Viana  
Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Administrativo  
de la Pontificia Universidad Javeriana

## Sumario

- I.- INTRODUCCIÓN 1.- Antecedentes 2.- Protocolos de modificación y adicionales al Acuerdo de Cartagena 3.- Características del ordenamiento andino
- II.- MECANISMOS JUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MARCO DEL SAI. 1.- Mecanismos a disposición de los Órganos Andinos, de los Países Miembros y de los particulares. 1.1. Acción de incumplimiento 1.1.1.- Naturaleza jurídica de la Acción de Incumplimiento 1.1.2.- Etapa prejudicial 1.1.3.- Etapa judicial 1.2.- Demanda o Recurso de revisión 1.3.- Acción de Nulidad 1.3.1.- Aspectos generales 1.3.2.- Motivos de impugnación de normas 1.3.3.- Legitimación 1.3.4.- Actos anulables 1.3.5.- Requisitos formales de la demanda de nulidad 1.3.6.- Suspensión provisional 1.3.7.- Efectos de la sentencia 1.3.8.- Enmienda aclaración y ampliación de la sentencia de anulación 1.3.9.- Procedimiento 1.4.- Recurso por omisión o inactividad 1.5.- Función arbitral 1.6.- Jurisdicción laboral 2.- Mecanismos que pueden ser utilizados únicamente por los Estados 2.1.- Interpretación prejudicial 2.2.- Obligaciones del juez interno
- III.- MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MARCO DEL SAI 1.- Principios y reglas generales del procedimiento administrativo 2.- Distorsiones de la competencia causadas por importaciones de Países no Miembros 2.1.- Legitimación 2.2.- Solicitud 2.3.- Procedimiento 3.- Distorsiones de la competencia causadas por importaciones de Países Miembros 3.1.- Legitimación 3.2.- Solicitud 3.3.- Procedimiento 3.4.- Determinación del daño

## I.- INTRODUCCIÓN

### *1.- Antecedentes*

Tratando de superar el atraso económico en que se encontraba Latinoamérica después de la crisis de 1929, se intentó desarrollar la industria a través de la sustitución de importaciones. No obstante, el fracaso de esa política llevó a los países latinoamericanos

---

<sup>1</sup> Working paper para el proyecto de investigación “La solución jurídica de controversias en los sistemas de integración económica (Europa y América Latina)”, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas- Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid; financiado por el BBVA.

a la búsqueda de una integración económica que tuvo como resultado la organización de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), en Montevideo (1961).

No es fácil precisar el origen del Acuerdo de Cartagena, pero, al parecer, la intervención de Chile y Colombia fue determinante. Sus inquietudes sobre la necesidad de la integración para combatir el subdesarrollo, fueron expuestas en varias oportunidades y a ellas se adhirieron otros gobiernos en las Declaraciones de Bogotá y Punta del Este.

La Declaración de Bogotá de 16 de agosto de 1966, y la Declaración de los Presidentes de América (Punta del Este), pretendían fortalecer el proceso de la ALALC. Ambas son antecedentes inmediatos al Acuerdo de Cartagena, creador del Pacto Andino (hoy Comunidad Andina), celebrado en 1969.

En efecto, el 26 de mayo de 1969, el Acuerdo de Cartagena fue firmado por Colombia, Chile, Ecuador, Bolivia y Perú. Venezuela se adhirió en 1973, mismo año en que se separó Chile (Protocolo Adicional del 5 de octubre de 1976)<sup>2</sup>.

Según las Resoluciones 202, 203 y 222 de la ALALC, ésta debía declarar la compatibilidad del Acuerdo de Cartagena con los principios y objetivos del Tratado de Montevideo. Declarada la compatibilidad, sólo era necesario que la Secretaría Ejecutiva recibiera los instrumentos de ratificación para la entrada en vigor del Acuerdo, que se produjo el 16 de octubre de 1969<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Bolivia, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo por medio de firma *ad referendum*. La Constitución de Ecuador exigía la ratificación de todo acuerdo multilateral por el Senado; Perú estaba utilizando la firma *ad referendum* para negociar la designación de Lima como sede de la Junta; por su parte, el delegado de Bolivia movido por el ejemplo peruano, suscribió también *ad referendum* (Acta Final de la Segunda Sesión de la VI Reunión de la Comisión Mixta).

<sup>3</sup> Perú aprobó el Acuerdo por el Decreto Ley 17851 del 14 de octubre de 1969, Bolivia por el decreto supremo 428 de 30 de julio de 1969, Ecuador por el decreto ejecutivo 1932 del 24 de octubre de 1969. Colombia y Chile aprobaron el Acuerdo por medio de Decretos del Poder Ejecutivo y ambos tuvieron problemas por la forma de aprobación del Acuerdo. En Colombia el Acuerdo se demandó por nulidad ante la Corte Constitucional, la cual no declaró la nulidad pero sugirió que el instrumento de aprobación no había sido el adecuado. Esta es la razón por la cual Colombia sancionó la existencia del Acuerdo por medio de la ley 8ª de 1973. El instrumento adicional para la adhesión de Venezuela fue suscrito el 13 de

## ***2.- Protocolos de modificación y adicionales al Acuerdo de Cartagena***

El Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, suscrito en Lima el 5 de octubre de 1976, determinó la retirada de Chile del Acuerdo. Esta retirada, que según la Decisión 102 de la Comisión, hizo que cesaran para Chile los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo, a partir del 30 de octubre de 1976.

El Protocolo de Lima, fue suscrito el 30 de octubre de 1976 y marcó una nueva etapa en el proceso de integración subregional andino. Modificó aspectos del arancel externo común, del programa de liberación y de los programas sectoriales de industrialización. Amplió, asimismo los plazos de las listas de excepciones. Con la modificación del Acuerdo, se cambió el Instrumento Adicional al Acuerdo de Cartagena para la adhesión de Venezuela.

El Protocolo de Arequipa, suscrito en 1978, fue necesario para hacer nuevos ajustes a las normas ya modificadas en el Protocolo de Lima sobre la ampliación de los plazos para cumplir las obligaciones de los principales programas del proceso.

El Protocolo de Quito, firmado en 1988, señala la autonomía del Pacto Andino frente al Tratado de Montevideo, prorroga los plazos vencidos para la desgravación, plantea una política de regionalismo abierto, propone una legislación más amplia, para tratar aspectos como competencia desleal, derechos de propiedad industrial y liberación de transporte.

El Protocolo de Trujillo, suscrito en 1996, cambia el nombre de Pacto Andino por el de Comunidad Andina. Se consideró necesario aumentar la cooperación entre los países miembros, especialmente en aspectos como el fortalecimiento de la democracia, la preservación del medio ambiente, la coordinación en los foros internacionales, la

---

febrero de 1973, con el mismo trámite de la declaración de compatibilidad con el Tratado de Montevideo que tuvo que hacerse con el Acuerdo de Cartagena. Una vez suscrita la adhesión, al tiempo que el Instrumento adicional y el Acta Final de negociaciones, Venezuela aprobó el Acuerdo por la ley del 3 de septiembre de 1973. (ver, PICO MANTILLA, Galo. "Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", *Derecho Andino*,. Ecuador, 1992)

promoción del desarrollo sostenido y la erradicación de la pobreza, entre otros. Pero la característica básica de este Protocolo fue la reforma institucional:

- Se cambió la Junta ( órgano con funciones técnicas de índole ejecutiva) por la Secretaría General, con sede en Lima, como el único órgano ejecutivo encargado de formular propuestas de Decisiones al Consejo Andino de Ministros y a la Comisión, administrar el proceso de integración, atender los encargos de Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, realizar estudios técnicos y editar la Gaceta Oficial.
- Consejo Presidencial Andino: máximo órgano del sistema, formado por los Presidentes de los países miembros. Es el encargado de emitir las directrices del sistema, definir las políticas de integración, orientar y evaluar el proceso de la Comunidad Andina. Debe reunirse por lo menos una vez al año.
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. El Consejo suscribe Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación. Además coordina la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales. Formula y ejecuta la política exterior de la Comunidad. Expide Declaraciones y Decisiones. Las primeras no son vinculantes, pero las Decisiones son normas jurídicas que rigen de acuerdo con las normas del Tratado. Unas y otras deben ser adoptadas por consenso. En reunión ampliada, el Consejo prepara las reuniones de los Presidentes andinos, elige y remueve al Secretario General, evalúa la gestión de la Secretaría General, considera las iniciativas y propuestas de los Países Miembros y de la Secretaría General. Debe reunirse dos veces al año.
- Comisión de la Comunidad Andina. Se trata del ente normativo del Sistema. Está integrado por un representante plenipotenciario de cada uno de los países

miembros. Sus funciones son formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional en materia de comercio e inversiones; adoptar las medidas necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo y de las Directrices del Consejo Presidencial; coordinar la posición de los Países Miembros en negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia; y aprobar y evaluar el presupuesto anual de la Secretaría General y del Tribunal.

Tiene capacidad legislativa y la ejerce mediante la adopción de Decisiones. Dicha competencia no es formalmente exclusiva, pues el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores también profiere Decisiones.

Se reúne tres veces al año ordinariamente, y de manera extraordinaria cuando es convocada por su Presidente a petición de cualquier País Miembro o de la Secretaría General.

- Parlamento Andino: Órgano deliberante del sistema. Sus miembros son elegidos por los Congresos o Parlamentos de los Países Miembros, pero en un futuro próximo serán designados en elecciones directas y universales de acuerdo con el Protocolo Adicional firmado en abril de 1997<sup>4</sup>. Sus funciones son participar en la promoción del proceso de integración, sugerir a los órganos del sistema las acciones para modificar objetivos programáticos y de estructura del sistema; y promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembros, entre otras.
- Instituciones Consultivas: Consejo Consultivo Empresarial y Consejo Consultivo Laboral.
- Instituciones Financieras: Corporación Andina de Fomento y Fondo Latinoamericano de Reservas.

---

<sup>4</sup> En Venezuela y Ecuador los parlamentarios andinos ya fueron elegidos en elecciones directas.

- Convenio Simón Rodríguez
- Universidad Andina Simón Bolívar

### **3.- Características del ordenamiento andino**

De acuerdo con la doctrina<sup>5</sup>, el ordenamiento Andino tiene las cualidades de *plenitud* y *autonomía*. La plenitud supone que la configuración normativa es jerárquica y cerrada. La autonomía, por su parte, que el ordenamiento esté soportado en una organización independiente y eficaz, que exista un sistema integral y originario de elaboración de normas.

Es un ordenamiento que no depende o deriva de otro, que tiene vigencia inmediata y que, por lo general, es de aplicación directa en el interior de los países miembros.

De acuerdo con los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación de la Comunidad Andina, el ordenamiento andino tiene tres principios fundamentales, a saber: el de la aplicación inmediata, el de el efecto directo y el de la primacía del derecho comunitario.

El de la aplicación inmediata consiste en que, tan pronto la norma jurídica comunitaria nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico interno de los países, y ello, como lo anota el Magistrado Walter Kaune<sup>6</sup> tiene su fundamento en que los Países Miembros, al constituir una Comunidad supranacional de duración ilimitada, dotada de capacidad jurídica y poderes reales surgidos de una limitación de poderes soberanos de los mismos y consiguiente reparto y transferencia de competencias a la Comunidad, entre otras cosas, han conferido a la Comunidad la facultad de dictar normas jurídicas en el marco de sus objetivos.

---

<sup>5</sup> SÁCHICA APONTE, Luis Carlos, *Revista del TJAC* “El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia” N° 7 pág 5-26

<sup>6</sup> KAUNE ARTEAGA, Walter, “La necesidad de la integración, orden y ordenamiento jurídico comunitario”; en *Testimonio Comunitario*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, agosto de 2004.

El efecto directo, por su parte, es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad. Respecto de este principio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dicho que “mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma con tal, el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras, que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”<sup>7</sup>.

Finalmente, el principio de primacía del derecho comunitario, es una derivación necesaria de los otros dos, pues supone que las normas comunitarias se imponen sobre las internas sin importar la jerarquía de éstas últimas o el momento de su entrada en vigor.

Las normas que lo componen pueden ser agrupadas en dos categorías, a saber:

- **Derecho Andino Primario:** De él forman parte tratados suscritos en 1969 y 1979, y los protocolos que los adicionan o modifican<sup>8</sup>. Este derecho es integrado al ordenamiento interno de cada Estado miembro por el trámite correspondiente.
- **Derecho Andino Secundario o derivado:** Su aplicación en cada país se verifica de forma automática, inmediata o directa sin necesidad de la aprobación por parte del órgano legislativo interno. Está integrado por las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros en el marco de la integración andina.

---

<sup>7</sup> Tribunal Andino de Justicia, Proceso 2-N-86

<sup>8</sup> Es decir, el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, y el Tratado de Creación del Tribunal y sus protocolos modificatorios.

Además, el ordenamiento andino prevé mecanismos de distinta naturaleza para garantizar su vigencia. Los de naturaleza judicial están a cargo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y los administrativos son competencia de la Secretaría General (antes de la Junta).

El Tribunal fue creado en Tratado suscrito en Cartagena el 28 de mayo de 1979, y su vigencia se inició el 19 de mayo de 1983 con el depósito de las ratificaciones de los países miembros en la Comisión<sup>9</sup>. Fue modificado por el Protocolo suscrito en Cochabamba, Bolivia el 28 de mayo de 1996. Aunque es usual llamarlo el “Tratado del Tribunal”, su contenido es más amplio que la regulación del órgano jurisdiccional<sup>10</sup> y no puede ser denunciado independientemente, debiendo denunciarse a la vez el Acuerdo de Cartagena.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia se refiere, en el capítulo II, a la Organización del mismo, donde establece parámetros generales y dispone que es deber de la Comisión aprobar el Estatuto que ha de regir el funcionamiento del Tribunal.

Así, la Comisión de la Comunidad Andina en la Decisión 472 de septiembre de 1999, profirió la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Por su parte, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, por Decisión 500, de junio de 2000, aprobó el Estatuto del Tribunal, que entró en vigor el 28 de julio de 2001.

La sede del Tribunal es en Quito - Ecuador<sup>11</sup>-, y tiene jurisdicción exclusiva y prevalente en la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Sus competencias son las de conocer y resolver las acciones de nulidad, de incumplimiento,

---

<sup>9</sup> El Tratado fue aprobado por Bolivia con el Decreto Ley 16768 del 11 de junio de 1979; por Colombia por la Ley 17 del 13 de febrero de 1980; por Ecuador por el Decreto Supremo 3611 del 6 de julio de 1979; por Venezuela por la Ley de abril 19 de 1983; y por el Perú por el Decreto 22679 del 8 de septiembre de 1979.

<sup>10</sup> SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. Derecho Comunitario Andino, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

<sup>11</sup> Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, capítulo II (De la Creación y Organización del Tribunal), art. 5



interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad, ejerce la jurisdicción laboral y cumplir la función arbitral.

Sus decisiones son adoptadas por el voto favorable de, al menos, tres magistrados, excepto cuando no sesione en pleno, caso en el cual el quórum decisorio es de tres. En todo caso, no se admiten salvamentos de voto. Sus sentencias no necesitan homologación o exequatur para hacerse efectivas en los países miembros<sup>12</sup>.

Como es fácil de apreciar tanto el sistema institucional como jurídico de la CAN está directamente inspirado por el sistema comunitario europeo, cuyas estructuras y principios sigue muy de cerca.

## II.- MECANISMOS JUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MARCO DEL SAI

El sistema de resolución de conflictos de la CAN es judicial y está a cargo del Tribunal Andino. No obstante, existen potestades para corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios, o generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, que corresponden a la Secretaría General y son cumplidas mediante actos de naturaleza administrativa susceptibles de control judicial posterior.

En este texto, se explicarán todos los mecanismos de solución de conflictos que prevé el ordenamiento andino a disposición de los Estados, los particulares y las Instituciones andinas para poner en movimiento los sistemas de control y protección de la seguridad jurídica y los intereses legítimos que ofrece el ordenamiento jurídico andino.

En los procesos que se desarrollan ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>13</sup> –que corresponden a los distintos mecanismos procesales regulados en su

---

<sup>12</sup> Estatuto del Tribunal de Justicia, Capítulo V ( Del Funcionamiento), arts.24 y ss.

<sup>13</sup> Al principio, de acuerdo con el Tratado de Creación del Tribunal de 1979, las vías de acceso al Tribunal eran la acción de nulidad, la acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial; pero luego, con el

Tratado y Estatuto- se han establecido distintos regímenes de legitimación en la causa. En efecto, se ha reconocido legitimación a los Países Miembros, los órganos o instituciones que forman parte del Sistema Andino de Integración (SAI) y, bajo determinadas condiciones, a los particulares, sean éstos personas naturales o jurídicas; pero según el tipo de acción estarán legitimados unos y otros o sólo algunos de ellos.

Enseguida, se expondrán dichos mecanismos clasificados de acuerdo con los legitimados en la causa para su ejercicio.

### ***1. Mecanismos a disposición de los Órganos Andinos, de los Países Miembros y de los particulares.***

#### **1.1.- Acción de incumplimiento**

Este mecanismo procesal permite que, tanto los Países Miembros, como la Secretaría General y los particulares a quienes se hayan afectado sus derechos puedan acudir ante el Tribunal Andino para ejercer control sobre el País Miembro que haya incumplido las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la CAN. Además, la resolución de este proceso abre a los particulares las puertas de los ordenamientos jurídicos nacionales para obtener la indemnización que le corresponda de acuerdo con el daño o perjuicio que haya causado el incumplimiento que declare el Tribunal<sup>14</sup>.

#### **1.1.1.- Naturaleza jurídica de la Acción de Incumplimiento**

Según una parte de la doctrina, se trata de una acción de naturaleza contenciosa, de manera que la sentencia que resuelva el asunto no será meramente declarativa sino que impondrá el cumplimiento de una prestación determinada, o dispondrá que tal prestación

---

Protocolo de Cochabamba se agregaron otras tres: el recurso por omisión, la jurisdicción en asuntos laborales, y la función arbitral

<sup>14</sup> PEJOVÉS MACEDO, Antonio. *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina (CAN)*, conferencia dictada en el Salón Circular de la Bolsa de Comercio de Rosario, el 3 de octubre de 2003, VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración. Ver [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

no es debida<sup>15</sup>. Sin embargo, la Jurisprudencia del Tribunal ha anotado que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal<sup>16</sup>. Ha dicho, también, que ésta es una acción “autónoma, propia, independiente y sui-géneris derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha calificado de positiva y negativas”.

El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento en casos en que las normas internas con cuya aplicación se incurrió en incumplimiento hayan sido derogadas. En efecto, dijo que,

“...el objeto de la acción de incumplimiento difiere sustancialmente del que se atribuye a las acciones en que se pretende controlar la legalidad objetiva de un determinado ordenamiento jurídico. En éstas se trata de evitar que normas de inferior categoría coexistan con otras de nivel superior cuando las primeras contradicen el espíritu o, el texto de las segundas o cuando han sido expedidas sin competencia o con violación de los procedimientos establecidos para su adopción. En tal circunstancia podría ser discutible, y de hecho lo ha sido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia universales, que una norma que rigió durante determinado tiempo pero que dejó de formar parte del ordenamiento jurídico correspondiente por derogatoria, pudiera ser objeto de una decisión judicial de nulidad. El punto fue decidido por el Tribunal en sentencia de fecha 17 de agosto de 1998, al admitir, procesar y pronunciar la anulación de un acto cuyos efectos temporales se habían cumplido. En las otras, esto es, en las acciones de incumplimiento, no se juzga una norma jurídica sino, esencialmente, una conducta. La norma, cuando existe, es apenas un instrumento, un medio para materializar la conducta objeto de censura; pero es claro que muchos de los incumplimientos pueden darse incluso, sin que se profiera norma jurídica alguna. El incumplimiento puede radicar en una omisión, hasta el punto de que consista en que el país acusado de incurrir en él, se

---

<sup>15</sup> Ver CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. “Fundamentos constitucionales del derecho comunitario andino”. *Testimonio Comunitario*, op cit.

<sup>16</sup> Tribunal Andino de Justicia, Proceso 7-AI-98

abstenga de expedir una norma jurídica necesaria para ejecutar en el orden interno alguna disposición de derecho comunitario, o puede derivarse de una mera actuación de hecho que impida la ejecución de una norma del ordenamiento común”<sup>17</sup>.

El Tribunal<sup>18</sup> ha explicado que esta acción es un mecanismo jurisdiccional que posibilita el control del cumplimiento por parte de los Países Miembros de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El proceso se desarrolla a lo largo de dos etapas, una prejudicial o precontenciosa y otra propiamente judicial.

### **1.1.2.- Etapa prejudicial**

Ha dicho el Tribunal que de acuerdo con los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal hay una etapa que necesariamente tiene que agotarse ante el Órgano Ejecutivo de la Comunidad.

Ha indicado que la Secretaría General, un País Miembro o un particular afectado podrán impulsar la investigación por un posible incumplimiento de un País Miembro de sus obligaciones asumidas a nivel comunitario, pero que se reserva a la Secretaría General el deber de formular las observaciones por escrito a dicho País, a través de la nota correspondiente en la que se expresen los motivos que hacen presumir que la conducta cuestionada no se adecua al ordenamiento jurídico comunitario, señalando las normas comunitarias supuestamente infringidas. Por su parte, el País Miembro que se acusa de incumplidor debe, en el plazo establecido, dar respuesta a la nota de observaciones, vencido el cual, habiendo o no respuesta del mismo, la Secretaría General debe emitir un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones acusadas.

---

<sup>17</sup> ídem

<sup>18</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 75-AI-2001

Esto es lo que se ha denominado la etapa prejudicial, y que, la doctrina<sup>19</sup> ha dividido en cuatro sub-etapas, a saber: La apertura de la investigación, la expedición de la Nota de Observaciones, la respuesta del País Miembro a la Nota de Observaciones y el Dictamen de la Secretaría General.

La apertura de la investigación tiene lugar cuando la Secretaría General inicia el procedimiento de oficio<sup>20</sup>, por denuncia de un particular<sup>21</sup> que considere que se ha afectado un derecho suyo, es decir que alegue interés legítimo, o de un país Miembro<sup>22</sup>.

La Nota de Observaciones debe proferirse dentro de los diez días hábiles siguientes al inicio de la investigación, si la Secretaría considera que es procedente. Dicha Nota es un escrito dirigido al País Miembro señalado como posible incumplidor, y debe contener una descripción de la conducta investigada de acuerdo con la información que resulte pertinente, debe identificar las normas comunitarias que se supone ha incumplido, debe –

---

<sup>19</sup> Ver TANGARIFE TORRES, Marcel. “Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina”. *Thémis, Revista de Derecho*, número 42 segunda época año 2001. Editorial Thémis, Bogotá.

<sup>20</sup> Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, artículo 60.

<sup>21</sup> Según el Magistrado CHAHÍN LIZCANO, “con el reconocimiento de la titularidad para el ejercicio de la acción de incumplimiento a los particulares, el proceso de integración ha ganado en transparencia y en seguridad, toda vez que el cumplimiento de las obligaciones y de los compromisos por parte de los países puede ser ahora fiscalizado y exigido por, prácticamente todos los habitantes de la subregión”. Ver, *Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario andino*, Op Cit.

<sup>22</sup> Ver Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, artículos 24 y 25. Art. 24: Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el así reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento el País reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Art. 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.

cuando así corresponda- identificar las mercancías afectadas por la medida de que se trate señalando la subpartida arancelaria NANDINA, o la Resolución de la Secretaría que califique la conducta como una restricción al comercio si es que se trata de una de ellas; debe, también, otorgar un plazo no mayor a dos meses para que el País presente su contestación. Dentro de ese plazo, el País Miembro tiene el deber de responder presentando las razones que justifiquen su conducta. Finalmente, de acuerdo con el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Secretaría debe proferir el Dictamen que tiene que desarrollar los puntos expuestos en la Nota de Observaciones y debe indicar un plazo no mayor a un mes para que el País Miembro ponga fin al incumplimiento.

Respecto de esta etapa prejudicial, el Tribunal ha dicho lo siguiente:

“En esta etapa corresponde a la autoridad administrativa comunitaria abrir un expediente y formular sus observaciones por escrito, invitando al País Miembro concernido a presentar sus argumentos. Conforme se desprende del Tratado Constitutivo del Tribunal, la contestación a las observaciones formuladas por la Secretaría General constituye para el País Miembro una «obligación» que debe ser cumplida dentro de un período determinado. En efecto, el artículo 23 expresa que una vez enviadas las observaciones "el País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General". De modo que la intervención del País, cuya conducta ha sido objeto de observaciones en la etapa previa no resulta meramente facultativa, pues si bien esta oportunidad procesal le es concedida por el ordenamiento jurídico para garantizar su derecho de contradicción y defensa, su finalidad también va dirigida a precisar los hechos y las posibles justificaciones del País acusado por el incumplimiento, y, de esta manera, a dotar de una mayor objetividad a la posición de la Secretaría General.

El impulso y dirección del procedimiento previo de incumplimiento se encuentra a cargo de la Secretaría General, Institución que debe practicar *ex*

*officio* las diligencias necesarias para llegar a la convicción de la existencia o no de un incumplimiento de las normas comunitarias, independientemente de que la causa hubiere tenido su origen en la instancia de un País Miembro, de un particular afectado o por su propia iniciativa. La Secretaría General cumple, en este sentido, un papel de representante de los intereses público-comunitarios, y por tal motivo no puede limitarse a lo que dispongan las partes, sino que deberá indagar sobre los hechos e instruir oficiosamente el procedimiento.

Agotadas las gestiones destinadas a poner fin al incumplimiento, sin que el País presuntamente incumplidor haya adoptado las medidas necesarias o sin que haya dado contestación a las observaciones formuladas, la Secretaría General debe emitir su «dictamen». Este acto jurídico, por el cual se formaliza la posición de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico, debe aparecer suficientemente motivado, expresándose en él las razones que le hayan conducido a dictaminar sobre la existencia de un incumplimiento y que, además, ha de ser el resultado congruente de las actuaciones desplegadas a lo largo del procedimiento, en particular de la nota de observaciones<sup>23</sup>.

Respecto del dictamen de la Secretaría General, el Tribunal<sup>24</sup> ha insistido en que, de acuerdo con las normas comunitarias, constituye una actuación necesaria e indispensable dentro del proceso a que da origen el incumplimiento.

Ha explicado que la Secretaría General de la Comunidad Andina, además de cumplir su papel de órgano ejecutivo, tiene a su cargo otras funciones dirigidas a desarrollar el proceso integracionista, entre las que se destaca la atinente a velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Países Miembros, en desarrollo de la cual expide actos jurídicos de distinta naturaleza y alcance. Algunos que tienen características similares a los instrumentos legislativos y que se denominan Decisiones, otros que reflejan

---

<sup>23</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 43-AI-99

<sup>24</sup> Ver Tribunal Andino de Justicia proceso 24-AN-99

manifestaciones de voluntad respecto de la ejecución u operación de asuntos relacionados con la administración, que suelen ser Resoluciones, y otros destinados a colaborar con el Tribunal de Justicia en al tarea de aplicación del ordenamiento comunitario, como son los relacionados con el ejercicio de acciones judiciales ante él o con el deber de emitir dictámenes

Los dictámenes, según la jurisprudencia del Tribunal, tienen como única función la de definir, con miras a un procedimiento jurisdiccional, si un País Miembro ha incurrido en un incumplimiento que deba ser judicialmente sancionado. Son opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen -por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial. Pese a que no obligan ni vinculan al juez a la hora de adoptar la decisión, su emisión es obligación de la Secretaría General, y es, a la vez, requisito *sine qua non* para que, por lo general, la acción pueda ser ejercida.

El Tribunal ha recurrido a diferentes fuentes para fundamentar su posición. Por ejemplo, ha indicado que los diccionarios, enciclopedias y tratadistas destacan siempre el significado de "opinión razonada"; además de las acepciones de los diccionarios ordinarios, el Tribunal destaca la de MASCAREÑAS en su NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, que define Dictamen como: "Opinión razonada que, en forma más o menos solemne, emiten los técnicos en asuntos sometidos a su consideración", la del procesalista Hernando DEVIS ECHANDIA el Dictamen es, dentro del procedimiento judicial: "medio de prueba... que proporciona al juez elementos de convicción sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso, los mismo que el testimonio de terceros, la confesión y los documentos".

Para abundar en argumentos, el Tribunal acoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>25</sup>, según la cual se trata de "una exposición coherente y detallada de las razones que le han llevado al convencimiento de que el

---

<sup>25</sup> TJCE, sentencia de 19.12.61. Comisión contra Italia.



Estado ha faltado a una de sus obligaciones" (Sin dejar de anotar que en el ordenamiento comunitario europeo los dictámenes están expresamente excluidos de control judicial, el Tribunal andino resalta que la jurisprudencia del TJCE<sup>26</sup> insiste en que "hay que tener en cuenta que si las medidas de carácter puramente preparatorio no pueden, como tales, ser objeto de un recurso de anulación, las ilegalidades eventuales que las pudieran afectar podrían invocarse en apoyo de un recurso dirigido contra el acto definitivo del que constituyan una fase de elaboración".

El Tribunal utiliza ese argumento para sostener que los dictámenes se asemejan a los actos preparatorios o actos intermedios, que, por definición, no son susceptibles de discusión judicial independiente, pues, en Derecho Comunitario andino, y concretamente en la regulación que hace de la acción de incumplimiento el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, aparece nítidamente marcada esta característica: así ellos se plasman en una resolución, son actos que no ponen fin a una actuación administrativa ni hacen imposible su continuación, ni tampoco contienen una manifestación de voluntad del organismo emisor.

Concluye que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario se pronuncie acerca de su legalidad, pues, tanto por su naturaleza como por los objetivos que persiguen, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile.

Deja a salvo el hecho de que, en todo caso, el País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o el particular interesado, tienen la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General alegando ante El Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo.

---

<sup>26</sup> En Sentencia de 11 de noviembre de 1981

Finalmente, el Tribunal aclara que, si bien en el ordenamiento jurídico andino no existe una disposición expresa como la contenida en el artículo 173 del Tratado de la Comunidad Económica Europea que excluya de la acción de nulidad los dictámenes de la Secretaría General, ello se deduce de una manera lógica de la naturaleza jurídica de ellos, según lo que se ha expuesto, como de los objetivos que persiguen y de la condición procesal que ostentan dentro de la regulación de la acción de incumplimiento<sup>27</sup>.

### **1.1.3.- Etapa judicial.**

#### a.- Legitimación

Según lo previsto en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y tal como acertadamente lo señala parte de la doctrina, el ejercicio de la acción de incumplimiento está reservado, en principio, exclusivamente a la Secretaría General, para evitar la politización de las controversias que puedan surgir entre países<sup>28</sup>.

Sin embargo, es cierto que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos citados del Tratado, y 107 y 108 del Estatuto, en el caso en que la Secretaría General no acuda al Tribunal en los plazos señalados en los artículos 24 y 25 del Tratado de su creación, los países miembros y los particulares con interés legítimo quedan facultados para acudir directamente a ejercer la acción<sup>29</sup>.

El Tribunal ha dicho que para iniciar la acción judicial de incumplimiento es necesario que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

a) Que haya sido emitido el dictamen de incumplimiento, para que la propia Secretaría General pueda interponer la acción en el plazo establecido.

---

<sup>27</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 24-AN-99

<sup>28</sup> Ver TANGARIFE TORRES, Marcel. “Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina”. *Thémis, Revista de Derecho*, número 42 segunda época año 2001. Editorial Thémis, Bogotá.

<sup>29</sup> Ver TANGARIFE TORRES, Marcel. “Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina”. *Thémis, Revista de Derecho*, número 42 segunda época año 2001. Editorial Thémis, Bogotá.

b) Que, entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial exista congruencia suficiente, de manera que las conductas objeto de la acusación de incumplimiento sean las mismas en los tres momentos antes referidos, para que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las acciones u omisiones que fueron consideradas en el dictamen y en la nota de observaciones. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha sostenido que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial debe existir “suficiente congruencia... para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo de la controversia”<sup>30</sup>

c) Que el dictamen sea el resultado congruente de las actuaciones desplegadas a lo largo del procedimiento, en particular de la nota de observaciones, y que los motivos que contenga mantengan suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda.

d) Que no se haya emitido dictamen motivado alguno dentro del lapso señalado, o que el dictamen emitido no haya sido de incumplimiento, casos en los que, el País Miembro o el particular que hayan denunciado el incumplimiento a la Secretaría pueden acudir al Tribunal en acción de incumplimiento.

De otro lado, el Tribunal<sup>31</sup> ha señalado que son tres los requisitos establecidos en el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal que deben preceder para habilitar a un país Miembro o a un particular para poner en movimiento el procedimiento judicial de la acción de incumplimiento:

1. El País Miembro o el particular que se considere afectado por el incumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino debe elevar el caso a la Secretaría General con el objeto de que realice la investigación pertinente, para lo cual formulará dentro de los diez días hábiles siguientes la nota de observaciones

---

<sup>30</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 01-AI-96

<sup>31</sup> Tribunal Andino de Justicia, procesos 71-AI-2000, 80-AI-2000

correspondiente a fin de que el País Miembro señalado como incumplido dé respuesta sobre el cumplimiento o no de la norma supuestamente transgredida y sus justificativos.

2. Debe haberse otorgado la oportunidad procesal al País Miembro para corregir o enmendar su conducta.

3. Debe haberse proferido el correspondiente dictamen motivado que habrá de determinar el estado de cumplimiento de las obligaciones por parte del País Miembro cuestionado.

4. Si la Secretaría dentro de los 60 días siguientes a la emisión de su dictamen no ha acudido al Tribunal, el País Miembro o el particular afectado (que hayan denunciado el incumplimiento ante la secretaría) podrán hacerlo directamente. Ese País está igualmente facultado para acudir ante el Tribunal si dentro de los 65 días siguientes a la fecha de la presentación del reclamo o las observaciones, la Secretaría General no ha emitido dictamen alguno.

5. Deben presentarse la copia certificada del dictamen motivado de la Secretaría o la demostración que han transcurrido tres meses sin que la Secretaría haya emitido su dictamen.

Específicamente, respecto de la legitimación en la causa para que los particulares ejerzan directamente la acción de incumplimiento, el Tribunal ha señalado que,

“...de conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el

de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél.

Que, a diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho;

(...)Que, por otra parte, el Estatuto del Tribunal, al disciplinar los requisitos adicionales de la demanda en la acción de nulidad (artículo 48, literal) y en la de incumplimiento (artículo 49, literal b), exige en ambos casos el mismo requisito probatorio de la afectación de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos del actor, como si el ejercicio de ambas acciones se hallase sujeto a las mismas condiciones, siendo así que el Tratado de Creación del Tribunal las diferencia nítidamente en sus artículos 19 y 25, por lo que, tratándose el Estatuto de una norma derivada o secundaria frente a la norma fundamental o primaria del Tratado, ésta debe primar sobre aquélla y aplicarse obligatoriamente con preferencia”<sup>32</sup>

Además, también dentro de la órbita de impacto de esta acción a los particulares, es relevante señalar que la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos

---

<sup>32</sup> Ver Tribunal Andino de Justicia, proceso 75-AI-2001.

en que un particular haya impulsado el proceso ante la Secretaría y/o haya acudido al Tribunal directamente, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

Sin embargo, cuando ello sea así, es decir, cuando los particulares actúen ante el Tribunal, quedan impedidos para acudir a los jueces nacionales por la misma causa. Si no han sido parte en el proceso ante la jurisdicción andina, tienen derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

#### b.- Procedimiento

En resumen, el procedimiento de la acción de incumplimiento es el siguiente<sup>33</sup>:

La acción de incumplimiento en el sistema de solución de controversias andino, tiene dos etapas, una administrativa o prejudicial ante la Secretaría General de la CAN y otra judicial en sede del Tribunal de Justicia como se ha adelantado.

Cuando se interpone una acción de oficio, es decir, instaurada por la Secretaría General, el primer paso que da el Órgano Ejecutivo de la CAN, es formular observaciones por escrito y, con o sin la respuesta del País Miembro señalado<sup>34</sup>, procede a emitir un dictamen motivado. Si el País Miembro persistiera en el incumplimiento, la Secretaría debe interponer la acción ante el Tribunal Andino.

La Secretaría General, dentro de los 5 días de recibida la denuncia de un particular o de un País Miembro analizará su contenido y anexos. Si no cumple con los requisitos exigidos concederá 15 días para que se subsane cualquier omisión. Con la subsanación o

---

<sup>33</sup> Ver PEJOVÉS MACEDO, Antonio. *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina (CAN)*, conferencia dictada en el Salón Circular de la Bolsa de Comercio de Rosario, el 3 de octubre de 2003, VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración. Ver [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

<sup>34</sup> Es importante señalar que el Tribunal ha entendido que, de no responder, la Nota de Observaciones se presume contradicha en los hechos y en los fundamentos de derecho. Sin embargo la tesis que sostiene la doctrina del Tribunal es que responder es una obligación porque de su cumplimiento depende la correcta y completa información a disposición de la Secretaría General.

sin ella, la Secretaría General dentro del plazo de 3 días se pronunciará. Verificado el cumplimiento de los requisitos o actuando de oficio, la Secretaría General, tal y como se ha señalado, iniciará una investigación y formulará al País Miembro señalado una nota de observaciones, la cual indicará un término de 2 meses para que haga sus descargos. A los Países Miembros y a las partes involucradas se les notifica sobre la investigación en curso y se les concede un plazo para que presenten la información que consideren pertinente. El País Miembro supuestamente incumplido podrá pedir una ampliación del plazo para dar respuesta a la nota de observaciones, el cual no podrá exceder de 10 días.

Dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo para que el País Miembro señalado conteste la nota de observaciones, la Secretaría General deberá emitir una Resolución motivada que contendrá el dictamen en que se pronunciará sobre el incumplimiento o no de la normativa comunitaria en cuestión. Contra dicha Resolución cabe el recurso de reconsideración que se deberá interponer dentro de los 45 días de su notificación, y la Secretaría General tendrá que resolver el recurso en 30 días prorrogables hasta por 15 días más.

Dentro de los 60 días de haberse publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena la Resolución que contiene el dictamen respectivo, la Secretaría General deberá interponer la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia del a CAN. Si no lo hace, el País Miembro o el particular afectado que hayan iniciado el procedimiento prejudicial podrán iniciar la acción. Si la Secretaría no emitiera dictamen dentro de los 65 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento también pueden hacerlo.

Se prevé la celebración de una audiencia pública, en la que los Magistrados pueden hacer preguntas a las partes. Realizada la audiencia las partes tienen 8 días para presentar sus conclusiones, y antes de dictar sentencia, el Tribunal, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento, podrá suspender temporalmente la medida objeto del proceso, si ésta causare o pudiese causar perjuicio irreparable o de difícil reparación para el demandante.

El País Miembro cuyo incumplimiento haya sido declarado por el Tribunal Andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para subsanar la conducta o medida objeto del pronunciamiento en el término de 90 días de notificado. Esto supone obligaciones de hacer o no hacer.

c.- Sumario por desacato de sentencia y sanciones

Se contempla también la apertura de un procedimiento sumario por desacato a la sentencia recaída en una acción de incumplimiento. En ese proceso el Tribunal puede autorizar sanciones económicas que harán efectivas los demás Países Miembros contra el País Miembro sentenciado<sup>35</sup>.

Sobre dichas sanciones, el Tribunal ha acogido el concepto expuesto por la Secretaría General en la comunicación SG-C/0.5/1206/2004 que obra en el proceso sumario por incumplimiento de la sentencia 52-AI-2002, según el cual:

“...las sanciones que se llegaren a aplicar deberían guardar proporcionalidad con la gravedad de la infracción y, además, ser eficaces para lograr su objetivo de obligar al País Miembro que incumple una sentencia a regularizar su conducta.

“En efecto, el Tratado del Tribunal de Justicia se refiere implícitamente a estos criterios que deberían ser considerados en la decisión. El artículo 27, tercer párrafo, determina, en primer lugar, que la sanción no debe agravar la situación que se busca solucionar. Este criterio se encuentra relacionado con la proporcionalidad, de manera que la sanción no debe ser excesiva en relación con el objetivo que persigue. Complementariamente, la referida norma señala

---

<sup>35</sup> PEJOVÉS MACEDO, Antonio. *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina (CAN)*, conferencia dictada en el Salón Circular de la Bolsa de Comercio de Rosario, el 3 de octubre de 2003, VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración. Ver [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)



que la sanción debe ser eficaz para solucionar el incumplimiento, criterio relacionado con el efecto disuasorio, al que se ha hecho referencia.

“Los criterios generales de proporcionalidad y de eficacia de la sanción deben complementarse con otros lineamientos relacionados con la gravedad del incumplimiento inicial y el tipo de sanción aplicable. Al considerar la gravedad de incumplimiento, es preciso tener en cuenta al menos dos criterios que permitirán definir la magnitud de la infracción: (i) de una parte, la importancia y carácter de las normas o principios comunitarios infringidos en relación con los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como las circunstancias especiales del incumplimiento (ej, la reincidencia de la infracción); (ii) de otra, los efectos económicos producidos por el incumplimiento o la afectación de intereses generales o particulares.

“Entre los criterios que pueden aplicarse para asegurar la proporcionalidad de la sanción, cabe considerar la posibilidad de que la sanción afecte -en la medida que lo permitan las circunstancias- a los sujetos que pueden estar siendo favorecidos por el incumplimiento, a título de corresponsabilidad del País Miembro y del beneficiario de la infracción. En este sentido, la Secretaría General propone que el Tribunal de Justicia aplique la sanción -con preferencia, cuando ello fuere posible y siempre que resulte eficaz- en el sector en que se ha producido el incumplimiento.

“Como consecuencia de la aplicación de sanciones en el mismo sector que se produjo el incumplimiento, se espera que los beneficiarios por la norma infractora sean los primeros interesados en que el Gobierno adopte las medidas conducentes a subsanar el incumplimiento.

Sobre este mecanismo, ha dicho el magistrado Guillermo Chahín Lizcano, que su introducción dentro del sistema es la modificación más significativa que se ha hecho a

esta acción, pues supone que el Tribunal queda investido de poderes de ejecución de sus propias sentencias<sup>36</sup>.

## **1.2.- Demanda o Recurso de revisión**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de este tipo de recursos en virtud de las previsiones del artículo 29 de su Tratado de Creación, concordadas con las de los artículos 95, 96 y 97 de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores).

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la demanda de revisión constituye un recurso que tiene por objeto alterar los efectos de la cosa juzgada que produce la sentencia dictada en una acción de incumplimiento.

En efecto, respecto del alcance y naturaleza de esta acción, el Tribunal ha dicho lo siguiente:

“Al no tratarse de una demanda que se interponga por el desconocimiento o resquebrajamiento de un derecho sino que se lo hace contra una sentencia firme dictada previamente por un órgano judicial competente -que en el caso del Comunitario Andino es de única instancia-, la sentencia emitida tras la interposición de una demanda de revisión viene a ser la sola y única excepción respecto de la cual la obligatoriedad y ejecutoriedad de los fallos del Órgano Judicial de la Comunidad Andina pueden ser susceptibles de modificación, dentro de determinadas y estrictas condiciones de temporalidad, procedencia y preclusividad, a través de otro, que se convierte -ese sí- en punto final del recurso extraordinario de revisión. Así, Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, refiriéndose al recurso de revisión en la vía administrativa, se pronuncia precisamente en el sentido de que éste "es, por tanto, un recurso

---

<sup>36</sup> Ver CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. “Fundamentos constitucionales del derecho comunitario andino”. *Testimonio Comunitario*, op cit.

extraordinario y excepcional. Su carácter extraordinario implica que únicamente podrá interponerse al amparo de alguna o algunas de las circunstancias taxativamente establecidas en la Ley", por lo que además, expresa, con el "recurso administrativo extraordinario y excepcional de revisión" -que por desarrollarse dentro de la vía "interna" o precontenciosa, podría parecer más simple y, por tanto merecedor de un tratamiento más benévolo- "se trata, en definitiva, de evitar su desnaturalización convirtiéndolo aunque sea de hecho, en un recurso ordinario, en el que puedan examinarse sin límite, cualesquiera argumentaciones y motivos en los que el interesado apoye sus pretensiones" (El recurso administrativo extraordinario de revisión, segunda edición, editorial CIVITAS, Madrid, 2001, p. 15 y ss.).

Respecto a la naturaleza jurídica de la revisión judicial, igualmente nos ilustra la doctrina procesal especializada en el sentido de que si bien "la ley emplea la expresión 'demanda de revisión', la revisión se configura como un recurso, no ya extraordinario, sino excepcional en cuanto implica una desviación de las normas generales, por lo que es de aplicación restrictiva y ha de circunscribirse a las causas taxativamente señaladas en la Ley. Lo que no impide que, en cuanto se refiere a los requisitos procesales se adopte un criterio flexible o *pro actione*" (Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, tercera edición, Madrid, 1998, p. 1713 y ss.)

Consecuentemente, la demanda de revisión interpuesta viene a ser la única vía para que -tal el caso del Derecho comunitario andino- las sentencias de este Tribunal puedan ser revisadas con la posibilidad de una posterior suspensión de su calidad de cosa juzgada adquirida previamente -a partir del día siguiente al de su notificación- por la sentencia emitida en una acción de incumplimiento. Y, en efecto, ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia acerca de la obligatoriedad de que gozan las sentencias por él emitidas. A este respecto cabe mencionar jurisprudencia en la que se reafirma que este "órgano

independiente, autónomo, neutral,... declara el derecho con autoridad de cosa juzgada" (sentencia emitida dentro del proceso 19-AI-99, del 02 de junio de 2000, correspondiente a la acción de incumplimiento contra la República del Ecuador por aplicar una medida calificada como gravamen a las importaciones de la subregión). Y así mismo que: "El efecto del derecho comunitario, declarado con autoridad de cosa juzgada, implica para las autoridades nacionales competentes, la prohibición de pleno derecho de aplicar una disposición nacional reconocida como incompatible con el Ordenamiento Jurídico Comunitario..." (Sentencia emitida dentro de la acción de incumplimiento correspondiente al proceso 02-AI-97, del 24 de septiembre de 1998, caso "licores Ecuador"). Incluso dentro de la misma sentencia que hoy se pretende sea revisada, emitida dentro del proceso 46-AI-99, el Tribunal dejó sentado en ese caso, respecto de las argumentaciones esgrimidas por Venezuela, que "únicamente pueden ser valoradas por el Tribunal dentro de la respectiva acción de incumplimiento, ...con el objetivo de constatar y declarar con autoridad de cosa juzgada el demandado -y previamente dictaminado- incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento andino a los Países Miembros".

Resta advertir sin embargo que así concebido y regulado el recurso de revisión, se nos presenta como una verdadera excepción al principio de la cosa juzgada, pero que, analizado con mayor detenimiento, la institución revela que esa excepción es sólo temporal, es decir, en tanto en cuanto una vez vencido el plazo fijado para interponer el recurso, recobra la sentencia su firmeza absoluta y consecuente autoridad de cosa juzgada”<sup>37</sup>.

Los presupuestos de procedibilidad de una demanda de revisión están previstos en el Estatuto del Tribunal y son los siguientes:

---

<sup>37</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 97-DR-2000

- Que la sentencia cuya revisión se solicita, haya sido emitida dentro de una acción de incumplimiento;

- Que quien solicite aquella sea una cualquiera de las partes dentro del proceso en que se emitió la sentencia;

- Que se fundamente en un hecho desconocido -por la parte solicitante de la revisión- al momento de expedición del fallo, siempre que aquel hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso;

- Que el lapso preclusivo dentro del cual se interponga no exceda de noventa días siguientes al descubrimiento del hecho, y siempre, dentro del año siguiente a la fecha de expedición de la sentencia.

Según el Tribunal<sup>38</sup>, esos requisitos permiten afirmar que las condiciones de procedencia de la demanda de revisión versan sobre los hechos y que se reducen a dos: que los hechos alegados sean anteriores y desconocidos para la fecha de expedición de la sentencia, y que resulten decisivos a los fines de la resolución de la controversia, de manera tal que, si se hubieran conocido y acreditado en su oportunidad, la decisión hubiera sido diferente.

En otros términos, el recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación que sólo procede, contra sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento, con el apareamiento de nuevos hechos ocurridos antes de su pronunciamiento<sup>39</sup>.

Adicionalmente, anota el Tribunal, la demanda debe señalar la sentencia impugnada; debe contener la relación de los hechos en los cuales se fundamenta la demanda; debe indicar de los medios de prueba tendientes a demostrar la existencia de tales hechos y el

---

<sup>38</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 97-DR-2000

<sup>39</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 18-DR-2001

momento en que fueron descubiertos; y debe hacer explícitos los puntos en los que se impugne el fallo<sup>40</sup>

### **1.3. Acción de Nulidad**

#### **1.3.1.- Aspectos generales.**

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la acción de nulidad “es el medio jurídico establecido para garantizar la legalidad de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración, por la vía del control de su conformidad con las normas del ordenamiento comunitario que les sirven de fundamento”<sup>41</sup>; y, de conformidad con el Tratado de Creación del Tribunal, esa acción procede cuando las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios a los que se refiere el artículo 1º hayan sido dictados o acordados ‘con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder’. La referida norma del Tratado, dijo el Tribunal, responde a una única causa de anulación -la ‘violación de ley’- pues engloba las distintas razones por las que un acto puede aparecer viciado y consecuentemente ser susceptible de anulación, es decir los de incompetencia, vicios de forma, vicios en la causa, en el objeto o incluso por desviación de poder<sup>42</sup>.

Cuando el Tribunal declare la nulidad parcial o total de una norma, debe, por mandato del Estatuto, señalar los efectos de la sentencia en el tiempo; y corresponde al órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado, adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

La jurisprudencia andina ha sido uniforme en señalar que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas

---

<sup>40</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 97-DR-2000

<sup>41</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 35-AN-2001

<sup>42</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso N° 01-AN-98. Argumento reiterado en proceso 71-AN-2001

superiores de derecho; y que, por ello, si bien es cierto que es importante el elemento subjetivo de su legitimación en la causa, lo más característico de ella es su naturaleza objetiva, pues ha sido consagrada a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, por lo que, en consecuencia su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares.

Adicionalmente, la doctrina del Tribunal ha sido uniforme al señalar los límites de su competencia en el contencioso comunitario andino de anulación, en el sentido de que debe, únicamente, confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada. En consecuencia, si el juez encontrara fundada la denuncia de nulidad, debe decretarla pura y simplemente, sin que le sea permitido agregar ninguna declaración indemnizatoria, aunque encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello, el Tribunal ha insistido en que en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.

Se trata, según la misma jurisprudencia, de una acción que pretende la vigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica. En efecto, ha dicho el Tribunal que,

“Como ocurre en el derecho interno de los estados, en el ordenamiento comunitario existe un sistema de control de legalidad de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso administrativa ejercida por el tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena en los términos trazados por los artículos 17 a 22 de su Tratado de Creación. El anterior razonamiento fluye en forma natural de las disposiciones contenidas en el artículo 17 del instrumento citado en relación con el principio de legalidad que debe amparar a las Resoluciones de la Junta o Secretaría General para que ellas sean dictadas con sujeción a las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario. De esta manera, si el grado de subordinación o legalidad no se cumple en el ordenamiento andino derivado, es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el que debe conocer de la acción de nulidad no solamente por violación

de normas superiores sino también por desviación de poder en las actuaciones del órgano administrador”<sup>43</sup>.

Respecto de las características esenciales de esta acción, resulta relevante el siguiente aporte jurisprudencial:

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

“En el Ordenamiento Jurídico Andino, la acción de nulidad ha sido diseñada, en efecto, con apego a la mayoría de las características anteriormente descritas, pero desde luego, señalándole algunas particularidades que aunque la singularizan, no llegan a desnaturalizarla en su esencia. Encuentra además y como corresponde a su naturaleza un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, los cuales regulan cuanto concierne a la definición, conformación, caracterización y jerarquización del ordenamiento jurídico comunitario; y también le proporcionan ese apoyo, las normas que en el mismo Tratado han institucionalizado y regulado, como competencia de esta jurisdicción comunitaria, la función de darle trámite a las demandas en ellas sustentadas, ejercitadas por quienes han sido señalados como sus titulares, en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22.

---

<sup>43</sup>Tribunal Andino de Justicia, Proceso 1-AN-97.



“Las aludidas especificidades pueden identificarse como la establecida caducidad de un año para su ejercicio y la limitación, en cuanto a los titulares de la acción, consistente en que si su ejercicio corre a cargo de personas particulares, a voces del artículo 19 del Tratado, deberán ellas demostrar para que la acción sea procedente, que las normas objeto de demanda ‘les sean aplicables y les causen perjuicio’.

“También es del caso anotar como circunstancia diferenciadora la imposibilidad en que se encuentran de incoar esta acción los Países Miembros contra aquellas Decisiones de la Comisión que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo.

“Empero, como se dijo enantes, estas particularidades de la acción de nulidad en el ordenamiento comunitario andino no desnaturalizan la esencia objetiva de tal institución, por lo que no es impropio afirmar que las características fundamentales que se le atribuyen a tal acción en los regímenes jurídicos latinoamericanos y especialmente andinos, son válidas al definir su perfil en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones...”

La acción de nulidad, de acuerdo con el Estatuto, debe ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción. Sin embargo, aunque hubiere expirado ese plazo, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, puede solicitar a dichos jueces o tribunales, que se inaplique la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione frente al ordenamiento andino superior. Presentada dicha solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional debe consultar acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y debe suspender el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que habrá de aplicar obligatoriamente en su sentencia.

### **1.3.2.- Motivos de impugnación de normas**

En sentencia de 13 de octubre de 2000<sup>44</sup>, el Tribunal insistió en que la acción de nulidad es el medio jurídico para garantizar la legalidad de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración, y que habilita al juez para controlar su conformidad con las normas del ordenamiento comunitario que les sirven de fundamento, teniendo en cuenta que los vicios que afectan su validez coinciden con aquellos que afectan la de cualquier acto administrativo.

Ello, con base en el artículo 17 del tratado de Creación del Tribunal, que permite el ejercicio de la acción de nulidad cuando las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones, de la Secretaría General, de la Comisión de la Comunidad Andina, cuando las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios a los que se refiere su artículo 1 hayan sido dictados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de Poder.

El Tribunal ha explicado que esa norma reconduce a una única causa de anulación que es la violación de la ley y que, por ello, es comprensiva de las distintas razones por las que un acto puede aparecer viciado<sup>45</sup>.

Sobre la base de la teoría general del acto administrativo, la jurisprudencia andina ha adoptado las siguientes categorías de vicios de validez: a) Vicios del Sujeto –problemas de competencia-, b) Vicios de forma, c) Vicios en el fin –desviación de poder- d) vicios en la causa –falsos supuestos de hecho o de derecho- y e) Vicios en el objeto –ilicitud, imposibilidad o indeterminación-.<sup>46</sup>

La jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto al tipo de control que amerita cada vicio. Así, los problemas de legalidad externa (vicios de forma y de competencia) están sujetos

---

<sup>44</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 01-AN-98

<sup>45</sup> ídem

<sup>46</sup> Ver, Tribunal Andino de Justicia, entre otros, los procesos 04-AN-97, 01-AN-98 y 35-AN-01

a un control formal, mientras que las cuestiones de legalidad interna relativos a la desviación de poder, a la ilegalidad del objeto, a la causa y la motivación, son objeto de control material o de fondo de la actividad administrativa.

Los análisis objetivos de legalidad han sido asumidos por el Tribunal mediante el uso de mecanismos de hermenéutica jurídica tradicionales que le permiten desentrañar el alcance de las normas superiores para valorar si las derivadas se atienen a su rigor.

Vale la pena anotar que los temas de la desviación de poder y la motivación han sido tratados con especial cuidado por la Jurisprudencia:

Respecto de la desviación de poder, el Tribunal<sup>47</sup> ha dicho que ella tiene lugar cuando el administrador obra dentro de los márgenes competenciales pero se aparta del fin previsto en la norma jurídica que lo regula, por lo que, en todo caso, de tal desviación deriva la ilegalidad del acto.

En lo atinente a la motivación del acto, la jurisprudencia andina ha dicho que ella refleja las razones que inclinan al funcionario a pronunciarse en uno u otro sentido, explica el porqué del acto, constituye su causa y, aunque ella depende de la naturaleza y objeto de éste, siempre debe contener de manera clara y no equívoca todas las razones sobre las cuales está basado, pues ello permite que cumpla con sus finalidades esenciales: dar a las partes la posibilidad de defender sus derechos, al tribunal la de ejercer el control y a los Estados Miembros la de conocer las condiciones en las cuales las instituciones aplican el Tratado<sup>48</sup>.

De otra parte, debe aclararse que, los efectos de la declaración de nulidad, bien por causales de nulidad absoluta o por vicios que generen anulabilidad, en el derecho comunitario dependen de lo que señale cada sentencia. Además, teniendo en cuenta que no están previstos los efectos monetarios de la ilegalidad de los actos, no es procedente imponer condenas en daños, sin perjuicio de que sí sea procedente la restitución de las

---

<sup>47</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-AN-97

<sup>48</sup> Ver, Tribunal de las Comunidades Europeas, sentencia 9.7, 1996. Italia contra Comisión, 1/69 rec 277, citada en sentencia del Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-AN-97

cosas al estado en que estaban antes de la existencia de la norma anulada, por ser ésta una consecuencia connatural a la nulidad de cualquier acto<sup>49</sup>.

### **1.3.3.- Legitimación**

De conformidad con el artículo 102 del Estatuto del Tribunal, aprobado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la legitimación activa en esta acción corresponde a los Países Miembros, al mencionado Consejo Andino, a la Comisión, a la Secretaría General o a las personas naturales o jurídicas, en las circunstancias que dicho Estatuto determina.

Ello supone que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General pueden demandar sus propias decisiones y resoluciones, sin restricción alguna, pues el ordenamiento andino les concede la oportunidad de corregir sus propios errores en sede judicial.

Los Países Miembros, por su parte, sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.

La jurisprudencia ha indicado que, de acuerdo con el Tratado del Tribunal, la acción de nulidad contra las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta corresponde en primer lugar a los Países Miembros, a los citados organismos y, excepcionalmente, a las personas naturales o jurídicas, siempre que la norma impugnada ‘les sea aplicable y les cause perjuicio, por lo que, no se trata de una verdadera acción pública de la cual puede ser titular cualquier ciudadano, al igual de lo que ocurre en muchos países en materia de control constitucional, sino que se trata de una acción que, si bien tiene como objetivo último ‘la defensa o la tutela de la ley’ su titularidad se encuentra expresamente reservada a los Países Miembros, a la Comisión y a la Junta del

---

<sup>49</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 79-AN-00

Acuerdo, y a los particulares; pero, en relación con éstos últimos, tan sólo en el caso de que demuestren estar legitimados para actuar.

En efecto, el artículo 19 del Estatuto del Tribunal señala que las personas naturales y jurídicas pueden intentar la acción de nulidad contra los actos “que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. Por ello, cuando los particulares intenten la acción de nulidad del Derecho Andino, es necesario que demuestren su interés para actuar.

En relación con la prueba del interés jurídico (legitimación para actuar), antes del Protocolo de Cochabamba el requisito consistía en que el particular debía presentar, anexa a la demanda, la prueba de que la norma que considera nula ‘le es aplicable y le causa perjuicio’, y que, ausencia de esta comprobación, el Tribunal no estaría autorizado procesalmente para dar inicio al correspondiente proceso<sup>50</sup>.

Sin embargo, en sentencia de 2002, el Tribunal<sup>51</sup> explicó que el espíritu de las reformas del Protocolo de Cochabamba, en materia de legitimación de los particulares para intervenir en procesos de nulidad, persiguió ampliar su participación, con lo cual se alcanzó uno de los más importantes avances del Derecho Comunitario, consistente en facilitar la participación de las personas naturales o jurídicas ante el órgano jurisdiccional, otorgándoles la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del ordenamiento comunitario: Dijo que las reformas posibilitaban ampliaban la participación de los particulares en el control de la legalidad y aplicación de las normas comunitarios, pues en los casos en que era permitida la actuación a particulares, como en la acción de nulidad, se les amplió la facultad eliminando determinadas restricciones o limitaciones, y, en otros casos en que no se les atribuía la facultad de intervenir, se les generó el derecho regulándolo de manera amplia para que fuera compatible con el espíritu de mayor participación, tal como sucede con las acciones de incumplimiento y los recursos por omisión o inactividad.

---

<sup>50</sup> Ver, Tribunal Andino de Justicia, Providencia de 15 de junio de 1992 que declaró inadmisibile la solicitud de nulidad de la Decisión 313 presentada por una empresa colombiana debido a que no ha llegado a probar que la norma "le sea aplicable y le cause perjuicio" conforme a lo previsto en el artículo 19 del Tratado de Creación del Tribunal.

<sup>51</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 14-AN-01

En el caso concreto de esa acción de nulidad, el Tribunal aclaró que respecto de los particulares se sustituyó el requisito existente en el tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por un requisito más amplio y genérico consistente en que la norma afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Se trata de una norma que indica qué tipo de elemento jurídico, objeto de garantía, se puede afectar al particular, de manera que baste demostrar la afectación un interés legítimo o de un derecho subjetivo.

En el caso de la Sentencia de 1 de febrero de 2002, el particular que actuó sólo se refirió al interés y no al derecho subjetivo, y, aún así, se admitió su demanda, sobre el siguiente argumento:

“El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares “tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andina”, en segundo lugar, “porque como abogado tiene interés en el mantenimiento respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no sólo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal, los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte a la vez en sujetos activos y obligados por el mismo”.

#### **1.3.4.- Actos anulables**

El Tratado Creador del Tribunal Andino de Justicia, en su art. 17, dispuso que taxativamente le corresponde (al Tribunal) declarar la nulidad de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General así como de los Convenios de Complementación Industrial dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, incluso con desviación de poder.

Al respecto, el Tribunal ha aclarado, que el procedimiento establecido por la normativa comunitaria andina coincide con las regulaciones del contencioso-administrativo universal, de manera que, conformado como se encuentra el acto administrativo definitivo por una ‘constelación de actos de mero trámite’, éstos –salvo casos excepcionales, ya señalados, que impidan la continuación del trámite- son revisables sólo con ocasión de la emisión final del acto administrativo definitivo que los actos de trámite contribuyeron a integrar<sup>52</sup>. Además, la jurisprudencia ha establecido que si las medidas de carácter puramente preparatorio no pueden, como tales, ser objeto de un recurso de anulación, en todo caso las ilegalidades que las afecten pueden invocarse como fundamento de un recurso dirigido contra el acto definitivo del que constituyan una fase de elaboración, dejando sentado que, “el objeto de un acto preparatorio de la providencia definitiva que ponga fin al procedimiento no es demandable por vía principal, en forma separada e independiente de ésta, pero que sus condiciones de validez y eficacia son revisables si se denuncia la ilegalidad de aquel acto con motivo y en ocasión de la demanda de nulidad que se ejerza contra esta providencia definitiva”<sup>53</sup>.

Además de lo dicho en el acápite correspondiente respecto del dictamen de incumplimiento, vale la pena anotar acá que el Tribunal ha considerado importante diferenciar las resoluciones que califican una medida como restricción o gravan de los dictámenes de incumplimiento. Ha dicho a este respecto que:

---

<sup>52</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso N° 5-IP-99

<sup>53</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 35/AN/2003

“...la calificación de una medida como gravamen o restricción no puede asimilarse a la emisión del Dictamen de incumplimiento, ni que éste pudiera ser producido por la Secretaría General, en los casos relativos a gravámenes o restricciones sin que antes se hubiere expedido el correspondiente acto de calificación de la medida como restricción o gravamen, Siempre que se trate de adopción de medidas que puedan ser consideradas contrarias al Programa de Liberación, éstas, para que puedan ser objeto de dictámenes y acciones de incumplimiento, deberán haber sido calificadas previamente como gravamen o restricción por la Secretaría General, colocando al País Miembro afectado en la situación jurídica concreta de infractor del Programa de Liberación.

Los dictámenes de incumplimiento, en cambio, obedecen a otra filosofía, persiguen otros objetivos y cumplen una función específica dentro del procedimiento jurisdiccional que tiende a definir si un País Miembro ha incurrido en un incumplimiento que deba ser judicialmente sancionado.

Como en el caso que ahora resuelve el Tribunal se juzga la legalidad de unas resoluciones, expedidas por dicha Secretaría para calificar como gravamen una medida adoptada por el Gobierno Colombiano, acusada mediante la acción de nulidad, es este el ámbito procesal propio en que debe resolverse la controversia planteada, sin que tengan aceptación las objeciones que sobre la condición de demandables de las Resoluciones... en acción de nulidad pueda(n) tener... ya que se ajustan a los requisitos y características necesarias para ser demandadas a través de una acción de nulidad...por su carácter decisorio y a la vez ejecutorio en forma directa de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena... No así la Resolución... que se refiere al Dictamen de incumplimiento... contra el Gobierno Colombiano... que como ya hemos mencionado constituye un presupuesto procesal para iniciar una acción de incumplimiento, por lo que corresponde su demandabilidad y juzgamiento dentro de una acción de incumplimiento y no dentro de una acción de nulidad”.



### **1.3.5.- Requisitos formales de la demanda de nulidad**

Están previstos en el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

La demanda debe estar suscrita por la parte o su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal, y presentada al Secretario en original y tres copias. Debe contener lo siguiente:

- La indicación del nombre y domicilio del actor
- El objeto de la demanda
- La relación de los hechos Los fundamentos de derecho
- El ofrecimiento de pruebas (cuando sea necesario)
- El domicilio del actor en la sede del Tribunal y la persona autorizada para recibir notificaciones
- El documento que acredite la calidad del representante
- Si el actor es un país miembro debe allegarse la Certificación de la Secretaría General de que la Resolución o Decisión no fue votada afirmativamente por este país
- Si la demandante es una persona jurídica debe anexarse copia de los estatutos y de las facultades de su representante.
- Copia de la norma acusada.

Si la demanda no llena los requisitos anteriormente expuestos, el Tribunal, dará un término para subsanar la demanda so pena de ser devuelta por el Tribunal.

### **1.3.6.- Suspensión provisional**

Es importante mencionar que, si bien la regla general es que la interposición de la acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, puede ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la Sentencia definitiva.

En otros términos, es posible suspender provisionalmente la norma impugnada, siempre que se demuestre que la vigencia de la misma cause o pueda causar al actor perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva, y, en todo caso, que de la sola comparación entre las normas acusadas y las de rango superior aducidas como irrespetadas, se desprenda una violación ostensible en los términos establecidos por el artículo 105 del Estatuto<sup>54</sup>.

### **1.3.7.- Efectos de la sentencia**

El Tribunal ha explicado que la nulidad tiene características especiales en el Derecho Comunitario, “pues el artículo 2 del Tratado establece que cuándo el Tribunal declare la nulidad parcial o total de una Decisión o de una Resolución, deberá señalarlos efectos de la sentencia en el tiempo, dejando a juicio de este organismo su determinación según el caso. Tal disposición de la ley tiene sentido si se tiene en cuenta el distinto alcance que pueden tener los actos administrativos”<sup>55</sup>.

### **1.3.8.- Enmienda aclaración y ampliación de la sentencia de anulación**

Con ocasión de explicar el alcance y condiciones de las enmiendas, aclaraciones y ampliaciones de sentencias, el Tribunal ha dicho que las exigencias de orden y seguridad

---

<sup>54</sup> Ver, Tribunal Andino de Proceso 10 2002

<sup>55</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-AN-97

jurídica hacen que las declaratorias de nulidad contenidas en sus sentencias definitivas se impongan con autoridad de cosa juzgada, efecto vinculante y con alcance *erga omnes*, por lo que, no pueden constituir objeto de un nuevo pronunciamiento en el proceso en que fueron dictadas o en un proceso posterior.

Sin embargo, de acuerdo con su Estatuto, “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 ... 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 ... La solicitud de enmienda ... 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... fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda... la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia. El trámite de la enmienda... no suspende la ejecución de la sentencia”.

Para el Tribunal, no cabe interpretación diferente a la literal de la norma transcrita. Por ello, ha insistido en que la solicitud de enmienda únicamente puede tener por objeto a la corrección de errores manifiestos de escritura, de cálculo o de inexactitudes evidentes, o a la corrección del pronunciamiento que se hubiese hecho sobre una cuestión no planteada en la demanda. No es procedente, en cambio, utilizar una solicitud de enmienda para modificar el criterio del Tribunal sobre las cuestiones de fondo ya decididas o para obtener uno nuevo sobre tales cuestiones, pues no puede deducirse atribución alguna para que esa corporación “al amparo de una enmienda, llegue a alterar la decisión sustancial de la sentencia modificando radicalmente su parte resolutive”<sup>56</sup>.

### **1.3.9.- Procedimiento**

---

<sup>56</sup> Providencia de aclaración, enmienda y ampliación de la Sentencia 02-AI-97, publicada en la reiterada en providencia de enmienda de la Sentencia 14-AN-2001

En resumen, el procedimiento de la acción de nulidad es el siguiente:

A partir de la entrada en vigencia de la Decisión, Resolución o Convenio, corre el plazo de dos años para interponer la acción de nulidad. Sin embargo, hay una excepción a dicho plazo referida al caso en el que se haya iniciado un procedimiento ante jueces o tribunales nacionales, a quienes podrá solicitárseles la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo tenga relación con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione. En dicho caso, el juez nacional deberá elevar una consulta al Tribunal Andino.

La parte que interpone una acción de nulidad, puede solicitar, previo afianzamiento, la suspensión provisional u otra medida cautelar contra la Decisión, Resolución o Convenio cuya anulación se pide, si le causan o pudieren causarle al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.

Si falta algún requisito, se fija un término de 5 días para subsanarlo, y si no se subsana se inadmite, pero si la demanda está presentada en forma se admite y notifica e inicia el proceso, se corre traslado al demandado por treinta días para que se lleve a cabo la contestación con los mismos requisitos de la demanda. Si no contesta oportunamente, se presume contradicha la demanda en los hechos y en derecho. A los ocho días de la contestación el Tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelve sobre la necesidad de pruebas. Si no se requieren pruebas cita al a audiencia. El Presidente fija fecha y hora para la audiencia que es pública salvo que el Tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva que sea privada. Luego, las partes presentan por escrito sus alegatos finales, dentro de los quince días siguientes a la audiencia se profiere sentencia en sesión plenaria, debidamente motivada. La sentencia que declare la nulidad total o parcial de alguna Decisión, Resolución o Convenio, fijará los efectos en el tiempo. Lo resuelto en el fallo deberá ser adoptado por el órgano cuyo acto haya sido objeto de impugnación, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal.

El Tribunal de oficio o a petición podrá enmendar o ampliar el fallo dentro de los 5 días siguientes a su lectura. La solicitud de enmienda se resolverá en plenaria dentro de los diez días siguientes al de la expiración del término anterior y se notificará a las partes lo decidido. En este caso la ejecutoria se produce con la última notificación.

#### **1.4.- Recurso por omisión o inactividad**

Este recurso lo introdujo el Protocolo de Cochabamba. Se interpone cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que se estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la CAN. Dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en que haya sido admitido el recurso, el Tribunal debe emitir una providencia fundamentada en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso, y que habrá de señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación<sup>57</sup>.

El Recurso por Omisión o Inactividad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, tiene por finalidad la de hacer cesar la inactividad y su objetivo es compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General cuando se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su deber.

---

<sup>57</sup> PEJOVÉS MACEDO, Antonio. *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina (CAN)*, conferencia dictada en el Salón Circular de la Bolsa de Comercio de Rosario, el 3 de octubre de 2003, VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración. Ver [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

Este recurso se encuentra regulado en el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal y los artículos 129 y siguientes del Estatuto. Conforme a dichas normas. Tienen legitimación activa para presentar el mencionado recurso el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, estas últimas previa comprobación de que la omisión o inactividad afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

De acuerdo con el artículo 131 del Estatuto, y tal como lo ha dicho invariablemente el Tribunal, es necesario el cumplimiento previo de una etapa administrativa que debe surtirse ante el Órgano Comunitario correspondiente. Los dos requisitos atinentes a esa etapa, que deben concurrir para que proceda la acción judicial, son los siguientes:

(i) quien pretenda usar este recurso debe, previamente, requerir por escrito al Órgano correspondiente el cumplimiento de la actividad omisiva; y,

(ii) que en el plazo de treinta días para que el Órgano respectivo de respuesta a la solicitud, no se pronuncie al respecto.

La jurisprudencia ha sido enfática al señalar que, “sólo cumplidos estos requisitos se puede hacer uso del recurso por omisión y en consecuencia acudir directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”<sup>58</sup>

### **1.5.- Función arbitral**

La función arbitral fue introducida, también, por el Protocolo de Cochabamba. El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares pueden acordar que las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de

---

<sup>58</sup> Ver, Tribunal Andino de Justicia, procesos 70-RO-2003 y 76-RO-2003

carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina sean sometidas a arbitraje del Tribunal.

El Protocolo de Cochabamba prevé que, a elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, en derecho o en equidad, y que será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.

Ese mismo Protocolo otorga a la Secretaría General competencias arbitrales para resolver las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, pero, a diferencia de la competencia del Tribunal, ésta sólo puede proferir su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.

Hasta ahora estas competencias no han sido desarrolladas reglamentariamente, y, en la práctica, no han sido requeridas por nadie<sup>59</sup>.

### **1.6.- Jurisdicción laboral**

La última reforma habilita al Tribunal para ser el único juzgador de los conflictos de carácter laboral que puedan presentarse entre los funcionarios y empleados de los organismos que conforman la estructura del sistema comunitario y éstos en su calidad de empleadores, de acuerdo con el Convenio de Sede que resulte aplicable.

---

<sup>59</sup> PEJOVÉS MACEDO, Antonio. *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina (CAN)*, conferencia dictada en el Salón Circular de la Bolsa de Comercio de Rosario, el 3 de octubre de 2003, VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración. Ver [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

Como es lógico, la legitimación en la causa para ejercer las acciones laborales está en cabeza de los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos o instituciones del Sistema Andino de integración.

La acción puede ser ejercida dentro de los tres años contados a partir de la ocurrencia del acto o hecho que origina la reclamación, y, únicamente, si el interesado ha cumplido con la condición habilitante de formular petición directa ante su empleador respecto de los hechos y los derechos pretendidos sin haber recibido respuesta o habiendo sido ella total o parcialmente desfavorable.

El Tribunal, para resolver dichos conflictos, debe aplicar los principios generales del derecho laboral reconocidos por la OIT y los que sean comunes a los países miembros.

## ***2.- Mecanismos que pueden ser utilizados únicamente por lo Estados***

### **2.1.- Interpretación prejudicial**

La interpretación prejudicial, es un mecanismo reservado a los jueces nacionales, para que en una especie de diálogo –que los convierte a ellos mismos en jueces comunitarios– con el Tribunal Andino, desentrañen, por imperio de éste, el sentido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, lográndose así la uniformidad en la aplicación de tal ordenamiento a través de esa figura procedimental<sup>60</sup>.

Al respecto, el Tribunal ha dicho que la consulta prejudicial, por su naturaleza está reservada al juez nacional, quien se dirige a aquél para que le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la Integración. Puede y debe ser formulada de oficio, lógicamente. Sin embargo, ha indicado que cualquiera de las partes del proceso tiene pleno derecho a solicitar al juez

---

<sup>60</sup> PEJOVÉS MACEDO, Antonio. *El Sistema de Solución de Controversias en la Comunidad Andina (CAN)*, conferencia dictada en el Salón Circular de la Bolsa de Comercio de Rosario, el 3 de octubre de 2003, VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración. Ver [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org).



que eleve la consulta, y tal solicitud no puede ser sometida a un trámite que no se compagine con su naturaleza y su finalidad.

Ha sido enfática la jurisprudencia en que es improcedente 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, pues el recurso prejudicial es un elemento de **juris** que el Juez Nacional debe tener en cuenta para fundar jurídicamente su sentencia y que, por lo mismo, es esencialmente distinto a la prueba<sup>61</sup>.

De otra parte, debe anotarse que, en todos los casos en que la sentencia del juez nacional no sea susceptible de recursos en derecho interno, se suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal. Esta es la llamada Consulta Obligatoria, y está consagrada en el artículo 122 del Estatuto.

La Consulta Facultativa, prevista en el artículo 121 del Estatuto, tiene lugar en aquéllos procesos en que la sentencia sea impugnabile, de manera que la solicitud de interpretación prejudicial será elevada si el juez así lo decide. De hecho, el Tribunal ha entendido que la procedencia de recursos extraordinarios es suficiente para que la formulación de la consulta no sea obligatoria, de manera que únicamente lo será cuando la sentencia no sea susceptible de ningún tipo de recurso o sólo sea impugnabile mediante mecanismos que no permitan revisar la aplicación de la norma sustantiva<sup>62</sup>. En esos casos, es decir, cuando la consulta prejudicial resulte obligatoria, tal como lo ha dicho repetidamente el Tribunal, el juez nacional debe suspender el procedimiento en la etapa de la sentencia, debido a que no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias.

En un principio, el Tribunal consideraba que, en tanto la consulta prejudicial podía solicitarse en cualquier tiempo, resultaba recomendable formularla cuanto antes para

---

<sup>61</sup> Ver, Tribunal Andino de Justicia, entre otros, los procesos 1-IP-87, 6-IP-89 y 1-IP-91

<sup>62</sup> Ver, Tribunal Andino de Justicia, entre otros, proceso 1-IP-87

evitar dilaciones inútiles<sup>63</sup>. Pero más adelante, entendió que la solicitud de interpretación prejudicial, “debería hacerse de preferencia cuando el proceso esté listo para que se dicte sentencia de fondo, puesto que se trata de allegar un criterio hermenéutico que tan sólo resulta operativo para el juez nacional en el momento de dictar su fallo, ya que se plantea una cuestión de puro derecho como lo es la interpretación de las normas jurídicas del Acuerdo de Cartagena”<sup>64</sup>.

Desde las primeras sentencias, el Tribunal ha insistido en que interpretar las normas comunitarias es su función básica para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y adaptar funcionalmente el complejo ordenamiento jurídico. Además, ha reiterado que dicho objetivo fundamental está fuera de las competencias de los jueces nacionales, quienes, en general, no están facultados para interpretar las normas contenidas en Tratados Internacionales.

De acuerdo con la posición del Tribunal, el ordenamiento andino establece “un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional.

La función del Tribunal, según su propia jurisprudencia<sup>65</sup>, es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, entendiendo que dicha interpretación se limita a determinar “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, como ya se indicó, dentro de las

---

<sup>63</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-IP-87

<sup>64</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-IP-91

<sup>65</sup> Ver, Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-IP-87

correspondientes esferas de competencia. 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. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta, en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario”.

Con el fin de exponer los fundamentos de su función como intérprete del Derecho andino, el Tribunal ha insistido en la preeminencia de dicho ordenamiento, resaltando que ella fue reconocida por 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-5 junio 1980), cuando declaró la "validez plena" de los siguientes conceptos:

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,

c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.

Por otro lado, el Tribunal<sup>66</sup> también se ha pronunciado acerca de la obligatoriedad de la resolución de la consulta. En efecto, ha dicho que la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien, por ello, no puede apartarse de los criterios que le señale esa Corporación en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración, pues así lo prevé el artículo 31 del Tratado en los siguientes términos: "El Juez que conozca del proceso deberá adoptar la decisión del Tribunal", sin que ello exima al primero de elevar nuevas consultas en casos similares, pues la interpretación sólo rige para el caso por el que se elevó la solicitud.

En esa misma línea, el Tribunal ha señalado que el efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, en caso de conflicto, supone que la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad.

La jurisprudencia andina, en este tema, ha seguido de cerca la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y, entonces, ha acogido la teoría de que la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria<sup>67</sup>.

Al respecto ha dicho lo siguiente:

“...no se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto

---

<sup>66</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 1-IP-87

<sup>67</sup> En casi todos los pronunciamientos en que hace referencia a esta tesis, cita las Sentencias Costa/ENEL, de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978

resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ("**preemption**"). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él.

La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependería de éste y no de la comunidad. La norma comunitaria, cuando se hace necesario, adopta precisiones que definen su aplicabilidad, como en el caso del artículo 85 de la Decisión motivo de autos sobre tránsito de legislación.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las sentencias antes citadas, ha afirmado la preeminencia absoluta del derecho comunitario sobre el interno, tesis que resulta ser también aplicable en el ordenamiento jurídico de la integración andina conforme antes se indicó. En la última de las sentencias mencionadas se concluye que "todo Juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria"<sup>68</sup>

## **2.2.- Obligaciones del juez interno**

---

<sup>68</sup> Tribunal Andino de Justicia, proceso 2-IP-88

El Tribunal ha dicho que, cuando la interpretación es notificada al juez nacional, éste debe continuar con el proceso interno y, en su sentencia, adoptar el pronunciamiento del Tribunal Comunitario, y luego, remitir a éste la sentencia que dicte en cada uno de los casos que haya sido objeto de interpretación<sup>69</sup>

Estos últimos escalones en el proceso de consulta aseguran el cumplimiento de su finalidad, que consiste, “por un lado, en el control indirecto de la legalidad comunitaria, permitiendo la uniformidad de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y por otro en la colaboración entre los Tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario europeo, con el objeto de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados Miembros”,<sup>70</sup>.

Por eso, si el juez omite efectuar la consulta cuando está obligado, o si luego de recibir el pronunciamiento del Tribunal no acoge la interpretación remitida, tanto los Países Miembros y la Secretaría General, como cualquier particular afectado en su derecho subjetivo por el fallo que así profiera el juez interno, pueden iniciar una acción de incumplimiento contra el País miembro correspondiente, y, como se sabe, la sentencia de incumplimiento constituye título legal par que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda<sup>71</sup>

### **III.- MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MARCO DEL SAI**

Como se dijo al comenzar este escrito, existen mecanismos administrativos para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping

---

<sup>69</sup> Tribunal Andino de Justicia, procesos 91-IP-2002, 97-IP-2002 y 144-IP-2003

<sup>70</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos. Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Editorial Revista del Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1987. Citado por VIGIL TOLEDO, Ricardo. “La Cooperación entre Órganos Jurisdiccionales y el Tribunal de justicia”. *Testimonio Comunitario*, Op Cit.

<sup>71</sup> VIGIL TOLEDO, Ricardo. “ La Cooperación entre Órganos Jurisdiccionales y el Tribunal de justicia”. *Testimonio Comunitario*, Op Cit.

o subsidios, cuya naturaleza no judicial no impide concebirlas como vías de resolución de conflictos en el marco del sistema andino de integración.

Existen tres Decisiones vigentes que contienen las normas para la prevención y corrección de las mencionadas distorsiones. La 283 que, en principio, rigió para todos los escenarios en los que sucedieran dichas distorsiones, pero su aplicación quedó reducida, luego, a los eventos en los que los problemas fuesen causados por en importaciones de productos originarios de países no Miembros de la Comunidad Andina, pues las decisiones 456 y 457 proferidas en 1999 son especiales para los casos en que las importaciones provengan de Estados Miembros.

Es importante anotar que en cualquier caso, la legitimación para iniciar los procedimientos ha sido reconocida en cabeza de los países Miembros o de empresas, de acuerdo con condiciones que se expondrán más adelante.

### ***1.- Principios y reglas generales del procedimiento administrativo***

Antes de abordar uno a uno los procedimientos previstos para la aplicación de normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia, vale la pena exponer los principios y reglas generales que rigen las actuaciones de la Secretaría, establecidos en la Decisión 425 de 1997.

De acuerdo con esa Decisión, la Secretaría General debe regirse por 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.

En virtud del principio de legalidad, la Secretaría General deberá someterse en su actuación a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En cumplimiento del principio de *economía procesal*, tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan más documentos y copias que los

estrictamente necesarios. De acuerdo con el *principio de celeridad*, debe asumir el impulso oficioso de los procedimientos y suprimir los trámites innecesarios. En desarrollo del principio de *igualdad de trato a las partes*, está obligada a asegurar y garantizar los derechos de todos los interesados, incluyendo el de poder participar activamente en todo procedimiento que les concierna, sin discriminación. El principio de *transparencia* la obliga a poner a disponibilidad del público y los interesados todos sus actos y documentos oficiales. Y, en aplicación del principio de *uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa*, la Secretaría General debe asegurarse de que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.

De otra parte, la Decisión comentada prevé que todas las Resoluciones de la Secretaría deben contener determinadas fórmulas, ser motivadas, y, cuando en ellas se imponga una medida o sanción debe mantener la debida proporción con los supuestos de hecho y con los fines de la norma y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

La Secretaría General garantizará que los interesados y sus representantes designados, puedan acceder al expediente en cualquier estado o grado del procedimiento, examinarlo, leerlo y copiar cualquier documento contenido en éste, salvo aquellos que conforme a la normativa legal comunitaria revistan expresamente carácter confidencial. Por ejemplo, está previsto que, a solicitud de cualquier interesado, la Secretaría puede declarar confidenciales determinados documentos que sean presentados, siempre que éstos no hubieran sido ya divulgados y su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.

Está previsto que en los procedimientos que se tramiten ante la Secretaría General, las autoridades de los Países Miembros y los particulares interesados deben proporcionar las informaciones requeridas, en los plazos fijados por ésta conforme a la normativa aplicable, y que los plazos establecidos en tales normas se entienden como máximos, y



se cuentan en días calendario si están establecidos en días, y de de fecha a fecha si están en meses o en años, pero, en todo caso, si el último día del plazo sea inhábil, se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente.

También se ha establecido que la Secretaría General puede revocar de oficio o a solicitud de parte sus actos cuando no afecten derechos adquiridos por Países Miembros o particulares si concurre alguna causal de revocatoria, y que los errores materiales o de cálculo de sus actos de pueden corregirse en cualquier momento.

Sin perjuicio de lo dicho, los interesados pueden solicitar, dentro de los 45 días siguientes a la notificación o publicación, la reconsideración de cualquier Resolución de la Secretaría o de cualquier acto que imponga medidas cautelares (siempre que aún estén vigentes) o de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Pero, el ejercicio de ese recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario. Sin embargo, de oficio o a petición del interesado, el Secretario General puede disponer, mediante auto, la suspensión de los efectos del acto recurrido, mientras dure el procedimiento, cuando su ejecución pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva o si el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto. Cuando sea necesario, y se trate de personas naturales o jurídicas, el Secretario puede imponer en el mismo auto a la parte solicitante la presentación de una caución, como condición para la suspensión del acto. El recurso, en cualquier caso, debe ser resuelto en el plazo máximo de 45 días después de interpuesto.

## ***2.- Distorsiones de la competencia causadas por importaciones de Países no Miembros***

### **2.1.- Legitimación**

De acuerdo con la Decisión 283, los Países Miembros, a través de sus respectivos organismos de enlace, o las empresas que invoquen interés legítimo, pueden solicitar a la Secretaría General la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir

o corregir las distorsiones en la competencia en el mercado subregional, generadas por dumping o subsidios, cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro País Miembro. Y, cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a su producción nacional; se trate de los productos a los que se aplique el Arancel Externo Común; y, las medidas correctivas deban aplicarse en más de un País Miembro. En los demás casos, podrán ser de aplicación las disposiciones reglamentarias nacionales de cada País Miembro.

## **2.2.- Solicitud**

En la solicitud que se presente a la Secretaría debe indicarse la naturaleza de las prácticas y el período de su duración; las características de los productos objeto de la prácticas; las empresas involucradas; las evidencias que permitan presumir la existencia de una amenaza de perjuicio o perjuicio ocasionados a la producción nacional o las exportaciones, que se deriven de importaciones objeto de las prácticas, de productos similares a los que se produce o exporta, efectuadas dentro de los doce meses anteriores o que se hallen en curso; la solicitud de aplicación de derechos y los niveles de dichos derechos.

## **2.3.- Procedimiento**

La Secretaría no puede iniciar la investigación cuando la solicitud esté incompleta. En este caso, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la presentación de la misma, debe comunicarlo al reclamante, detallando la información que falta. Pero si la solicitud está completa, antes de veinte días hábiles, la Secretaría debe resolver mediante Resolución motivada que debe comunicarse a la empresa o empresas reclamantes.

En el curso de la investigación, la Secretaría, de oficio o a petición de interesado, puede convocar a reuniones con el propósito de procurar una solución directa y cuyos compromisos y resultados quedarán consignados en un Acta, que luego será objeto de

pronunciamiento mediante Resolución que suspenderá u ordenará continuar la investigación según corresponda.

La Secretaría puede pedir y acopiar pruebas e informaciones de los organismos de enlace y, por su intermedio o directamente, de los productores, exportadores, importadores o consumidores que tengan interés legítimo en la investigación, y a los exportadores y de las autoridades de países de fuera de la Subregión, cuyos productos sean objeto de investigación. Todos ellos podrán suministrar informaciones, o en su caso, presentar alegatos. Todo ello para que la Secretaría tenga un acervo suficiente que le permita evaluar el volumen de las importaciones objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se han incrementado de manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado, o en relación a las importaciones originarias del País Miembro reclamante; o precios de las importaciones objeto de las prácticas, en particular para determinar si son considerablemente inferiores a los precios de los productos similares en ausencia de las prácticas. Asimismo, para determinar si el efecto de tales importaciones es hacer bajar los precios en forma considerable o impedir en igual forma el alza que en otro caso se hubiera producido; y, los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones del País Miembro, según se deduzca de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios.

Con esos elementos deberá determinar si existen las prácticas de dumping o de subsidios que distorsión en la competencia; o si la amenaza de perjuicio o el perjuicio, derivados de dichas prácticas, así como la relación de causa a efecto entre dichas prácticas y la amenaza de perjuicio o el perjuicio.

En la Resolución, la Secretaría debe indicar los niveles de los derechos que se establezcan, las importaciones objeto de las prácticas sobre las cuales se aplicarán dichos derechos, los plazos de su adopción, la vigencia, y, si es del caso, las condiciones que determinen tal vigencia.

Así, en los casos de dumping, la Secretaría aplica derechos antidumping a las importaciones objeto de la práctica, equivalentes al margen de dumping determinado o inferiores a éste, cuando son suficientes para solucionar la amenaza de perjuicio o el perjuicio; y, en los casos de subsidios, se aplica derechos compensatorios a las importaciones objeto de la práctica, equivalentes a la cuantía del subsidio o inferiores a ésta, cuando son suficientes para solucionar la amenaza de perjuicio o el perjuicio, pero no puede aplicar simultáneamente a un mismo producto importado medidas correctivas destinadas a prevenir o corregir distorsiones derivadas de prácticas de dumping y de subsidios.

Sin perjuicio de lo dicho, la Secretaría, cuando la amenaza de perjuicio o el perjuicio sean evidentes, a solicitud del País Miembro o de las empresas que tengan interés legítimo, puede autorizar y ordenar la aplicación de medidas correctivas inmediatas. En efecto, puede autorizar o determinar el establecimiento de medidas provisionales en forma de derechos antidumping o compensatorios, o de garantías -mediante depósitos en efectivo o fianzas- equivalentes a dichos derechos, e incluso puede disponer la suspensión de la valoración en aduana siempre que se indiquen el derecho normal y la cuantía estimada del derecho antidumping.

En el curso de la investigación, se puede suspender la aplicación de las medidas provisionales, y, en todo caso, en el pronunciamiento definitivo, la Secretaría debe determinar el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas establecidas. Si los derechos definitivos resultan superiores a los derechos provisionales que se hayan pagado o garantizado, no habrá lugar al cobro del excedente sobre el pago o la garantía, que se hará efectiva, pero en caso contrario, habrá lugar a la devolución de la diferencia o al cobro reducido de la garantía; y si no hay lugar a decretar derechos definitivos, se devolverá la totalidad de lo pagado a título de derechos provisionales o se devolverá o liberará la garantía.

Está previsto, además, que la Secretaría puede establecer la aplicación de derechos antidumping o compensatorios definitivos sobre los productos despachados a consumo

dentro de los noventa días anteriores a la fecha del establecimiento de los derechos provisionales con la finalidad de impedir que vuelva a producirse el perjuicio, en los casos que se determine la existencia de un perjuicio difícilmente reparable, causado por importaciones masivas a precios de dumping o subsidiadas, efectuadas en un período corto de tiempo. En los casos de dumping, se requiere determinar adicionalmente, que hay antecedentes de dumping con perjuicio, o que el importador sabía o debió haber sabido que el exportador efectuaba la práctica.

### ***3.- Distorsiones de la competencia causadas por importaciones de Países Miembros***

#### **3.1.- Legitimación**

De acuerdo con las Decisiones 456 y 457 de 1999, están legitimadas para solicitar a la Secretaría autorización para aplicar medidas antidumping (ver causales a) y b)), o compensatorias (ver causales c) y d)), las personas naturales o jurídicas actuando en forma individual o colectiva, que tengan interés legítimo, o los Países Miembros. En otras palabras, son partes interesadas, productores, exportadores, importadores, o las asociaciones de éstos, así como las asociaciones de consumidores o usuarios, del producto similar, y los representantes de los de los países donde realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud.

Pueden elevar solicitud, cuando:

a) Las prácticas de dumping originadas en el territorio de otro País Miembro amenacen causar o causen daño a la rama de la producción nacional destinada al mercado interno del país afectado;

b) Las prácticas de dumping originadas en el territorio de un País Miembro amenacen causar o causen daño a la producción nacional destinada a la exportación a otro País Miembro.

c) Una subvención originada en el territorio de otro País Miembro amenace causar o cause daño a la rama de la producción nacional destinada al mercado interno del país afectado; o,

d) Una subvención originada en el territorio de un País Miembro amenace causar o cause daño a la rama de la producción destinada a la exportación a otro País Miembro.

En la decisión 456 se establece que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación sea inferior al valor normal de un producto similar destinado al consumo o utilización en el país de exportación, y en la 457, que los productos subvencionados que pueden ser objeto de medidas compensatorias, son aquéllos originarios de un país que sea miembro de la Comunidad Andina, cuyo despacho a consumo o utilización en algún otro País Miembro de la Comunidad cause o amenace causar un daño a la producción de este último.

En ambas decisiones se define producto similar como aquél que es igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado; daño, como el daño importante sufrido por la rama de la producción nacional afectada, la amenaza de daño importante para esa rama de la producción o el retraso importante en la creación de dicha producción. Además, se determina que rama de la producción nacional afectada, es el conjunto de los productores nacionales de productos similares, o a aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la rama de la producción nacional total de dichos productos destinada al mercado interno o a la exportación a otro País Miembro, según sea el caso. No obstante, se admite que, cuando los productores nacionales afectados estén vinculados a los exportadores o importadores del producto objeto de la subvención o dumping, o sean ellos mismos importadores del producto supuestamente subvencionado u objeto del supuesto dumping afecta, la expresión rama de la producción podrá entenderse como referida al resto de productores.

### **3.2.- Solicitud**

La rama de la producción nacional afectada o interesados en nombre suyo, o los Países Miembros a través de sus organismos nacionales de integración deben presentar una solicitud escrita a la Secretaría encaminada a determinar la existencia, grado y efectos de una supuesta subvención o de un dumping. La solicitud debe incluir los elementos de prueba que permitan presumir la existencia de la subvención o el dumping, el daño y el nexo causal entre las importaciones presuntamente objeto de una y otro según sea, y el supuesto daño, además de toda información respecto de la Identidad del solicitante y todos sus datos y direcciones, la información del volumen y valor de la rama de la producción nacional afectada del producto similar de los últimos veinticuatro meses para los que se disponga de información. Además, debe contener la identificación de todos los productores conocidos del producto similar (o de las asociaciones de productores del producto similar) en el país exportador, y si se presentó en nombre de la rama de la producción nacional afectada, se debe identificar a aquellos productores de dicha rama que apoyan expresamente la solicitud.

Debe describirse de manera completa el producto supuestamente objeto de subvención o dumping indicando su subpartida NANDINA o su partida arancelaria según corresponda; sus usos y características, y similitud con el producto supuestamente subvencionado; los nombres del país o países de origen o de exportación de que se trate; y, la identificación de cada exportador o productor extranjero conocido, y una lista de las personas naturales o jurídicas que se sepa que importan el producto, incluyendo en la medida de lo posible sus datos. Además, por supuesto deben aportarse elementos de prueba sobre la existencia y naturaleza de la subvención o el dumping, y, de ser posible, su cuantía o margen. También deben aportarse datos relativos a la evolución del volumen de las importaciones supuestamente objeto de subvención o dumping durante los últimos veinticuatro meses; su efecto sobre los precios del producto similar en el mercado afectado, y las consiguientes repercusiones para la rama de la producción nacional afectada.

### **3.3.- Procedimiento**

Dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, la Secretaría General se pronunciará respecto de su admisibilidad. No la admitirá si está incompleta, caso en el cual concederá un plazo de hasta diez días hábiles para completarla, vencidos los cuales archivará la petición si no se subsanan las falencias. Si, en cambio, la solicitud está completa o es enmendada en tiempo, se admitirá y la Secretaría debe comunicarlo a los Países Miembros en donde realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud.

Dentro de los diez días siguientes la Secretaría General, debe valorar el acervo probatorio para determinar si existen indicios suficientes para iniciar una investigación, y se pronunciará mediante Resolución motivada respecto del inicio de la investigación. Si no hay indicios suficientes, la solicitud debe ser rechazada. Dentro de ese mismo término, si la secretaría considera que existen indicios, invita al País Miembro de donde provienen las exportaciones supuestamente subvencionadas u objeto de dumping, a través de su organismo nacional de integración, para dilucidar los hechos del caso. En caso de que el País Miembro lo solicite, el plazo comentado puede prorrogarse por otros diez días.

Si la Secretaría decide abrir investigación, profiere Resolución que debe comunicar oficialmente a los interesados conocidos remitiendo a los exportadores únicamente la versión pública de la solicitud para respetar así la confidencialidad de la información. En esa Resolución la Secretaría indica el producto, la subpartida NANDINA o partida arancelaria según corresponda, los países y empresas identificados en la solicitud, y un resumen de la información recibida. En esa misma resolución se fija el período objeto de investigación que se usará para la determinación de la subvención o dumping y del daño, y el plazo en el que podrán concederse audiencias y celebrarse consultas, de manera que, en esas oportunidades, durante el proceso, la Secretaría puede conceder a las partes interesadas, la oportunidad de reunirse en audiencia pública con las demás partes a efectos de confrontar sus tesis y alegatos.



Durante la investigación, la Secretaría General puede solicitar pruebas e informaciones de los Países Miembros, a través de sus organismos nacionales de integración o directamente a las oficinas nacionales especializadas; además puede pedir pruebas e información directamente a las partes interesadas, que, entonces, pueden presentar alegatos.

Por expresa disposición de las Decisiones comentadas, las investigaciones deben concluir, siempre que sea posible, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su apertura. En caso de que resulte necesario, dicho plazo podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de parte, debidamente justificado, hasta por dos meses más.

La Secretaría General puede establecer, a solicitud de parte interesada, la aplicación de medidas provisionales para impedir que durante el plazo de la investigación se cause un daño que sea de difícil reparación, siempre que en la oportunidad adecuada las partes hayan presentado información que permita la determinación preliminar positiva de la existencia de la subvención o del dumping, y del consiguiente daño a la rama de la producción nacional afectada, así como de la relación causal entre éstos. Esa medida provisional no puede sobrepasar la cuantía de la subvención o del margen de dumping provisionalmente establecidos y tendrá que ser inferior a dicha cuantía, cuando esa medida inferior resulte adecuada para contrarrestar el daño. En lo que respecta a las importaciones subvencionadas o que son objeto del dumping investigado que amenacen causar un daño, la aplicación de las medidas provisionales se examinará y decidirá con especial cuidado.

Además es posible suspender o dar por concluida una investigación sin el establecimiento de medidas provisionales o definitivas, si se recibe la oferta de compromisos voluntarios satisfactorios, con arreglo a los cuales el gobierno del País Miembro exportador conviene en eliminar o limitar la subvención o el margen de dumping o adoptar otras medidas respecto de sus efectos; o, el exportador conviene en revisar sus precios de modo que la Secretaría General quede convencida de que se elimina el efecto perjudicial de la subvención o el dumping. En todo caso, no es

procedente aceptar un compromiso ofrecido, si considera que no sería realista tal aceptación o como resultado de otras consideraciones.

Si se da un incumplimiento o denuncia del compromiso por cualquiera de las partes, se establecerá una medida definitiva, sobre la base de los hechos establecidos en el contexto de la investigación que llevó al compromiso, siempre que de la investigación se hubiese concluido una determinación final de la existencia de la subvención, del daño y de la relación causal entre la subvención y el referido daño, salvo en el caso de denuncia del compromiso por parte del exportador denunciado. Se deberá ofrecer al País Miembro exportador o al exportador denunciado, la oportunidad de presentar sus observaciones.

### **3.4.- Determinación del daño**

Como es lógico, en la Resolución correspondiente, la Secretaría General debe tener en cuenta la existencia de pruebas positivas respecto de la práctica de dumping que distorsiona la competencia, el daño importante a la rama de la producción nacional, y la relación de causa a efecto entre la práctica de dumping y el referido daño importante.

En efecto, la determinación de la existencia de daño debe ser fruto de un examen objetivo del volumen de las importaciones objeto de dumping o subvencionadas según sea el caso, y el efecto de las mismas sobre la rama de la producción nacional y en los precios de productos similares en el mercado nacional o de exportación a otro País Miembro.

Respecto del volumen de las importaciones bajo estudio, se tendrá en cuenta si han aumentado significativamente en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo nacional, o la producción destinada a la exportación de otro País Miembro; para medir los efectos sobre sus precios, la Secretaría debe valorar si ha existido una subvaloración significativa de los mismos con respecto al de un producto similar de producción nacional o destinado a la exportación a otro País Miembro, o bien, si el efecto de tales importaciones es disminuirlos en forma significativa o impedir en igual forma el aumento que, de no existir importaciones, se hubiera producido. Además, en el examen

de los otros efectos de esas importaciones, debe incluirse la evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado la rama de la producción afectada y, de ser el caso, en la evolución de la rama de producción que utiliza el producto.

De otra parte, la determinación de la existencia de una amenaza de daño importante se basará en hechos, por lo cual, es necesario que la modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping o las subvenciones causarían un daño deberá ser claramente prevista e inminente. Al llevar a cabo una determinación sobre la existencia de una amenaza de daño importante, se deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

Una tasa significativa de incremento de las importaciones objeto del supuesto dumping o subsidio en el mercado nacional que indique la probabilidad de que, en un futuro inmediato, aumenten sustancialmente las importaciones; la naturaleza de la subvención en cuestión y los efectos que probablemente tengan en el comercio; una capacidad instalada suficiente y de libre disponibilidad por parte del exportador o un aumento inminente e importante de la misma, que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las exportaciones objeto de dumping o subsidio al mercado de otro País Miembro, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de las exportaciones; el hecho de que las importaciones se realicen a precios que hayan de repercutir significativamente en los precios internos en el País Miembro importador, haciéndolos bajar o impidiendo una subida que de otro modo se hubiese producido, y que probablemente hagan aumentar la demanda de nuevas importaciones; y, las existencias del producto objeto de la investigación.

Ahora bien, como en las directivas comentadas se estableció que un retraso importante en la creación de un producto nacional podía ser tenido como amenaza de perjuicio, ellas mismas señalan los factores básicos para la determinación de su existencia. Dicen las Decisiones que debe evaluarse el potencial de producción nacional para el momento en que comenzaron o se hicieron inminentes las importaciones subsidiadas y objeto de dumping para establecer si ellas tuvieron un efecto negativo en lo

que debió ser el desarrollo de ese potencial. Para eso, indican, deben considerarse entre otras, las proyecciones de resultados frente al resultado real, la utilización de la capacidad productiva, el estado de los pedidos y las entregas y la situación financiera.