

Por:
Por: Hugo R. Gómez Apac*
Amparo Sauñe Torres**

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

Resumen

El presente artículo expone la naturaleza y alcances de la acción de nulidad que se tramita ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con el objetivo de dar a conocer su operatividad y la importancia que tiene como instrumento de control de legalidad de aquellas normas y actos que podrían contravenir el ordenamiento jurídico comunitario andino.

La metodología empleada consistió en la revisión de las normas, jurisprudencia y doctrina vinculadas a la acción de nulidad que se tramita ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, es Magistrado Principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia y miembro de la Comisión de Protección al Consumidor en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Ha sido profesor de los cursos de Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. También ha sido profesor del curso de Derecho Medioambiental en la Universidad ESAN y del curso de Organización del Estado y Derecho Público Administrativo en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa de Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública en la Pontificia Universidad Católica del Perú en convenio con la CAF-Banco de Desarrollo de América Latina y The George Washington University (GWU); y Diploma en Argumentación Jurídica y Función Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Abogada Asesora Técnica de la Magistratura de la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Nota: Los autores agradecen a la abogada Karla Rodríguez Noblejas por el valioso apoyo brindado en la elaboración del presente documento.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, acción de nulidad, análisis de legalidad, ordenamiento jurídico comunitario andino, principio de jerarquía normativa.

Summary

This paper exposes the nature and scope of the action for annulment (or nullity action) which is brought before the Court of Justice of the Andean Community, in order to publicize its operation and importance as an instrument that controls of legality of the rules and acts that could contravene the Andean Community law.

The methodology involved the revision of rules and standards, jurisprudence and doctrine relating to the action for annulment which is brought before the Court of Justice of the Andean Community.

Keywords: Court of Justice of the Andean Community, nullity action, analysis of legality, Andean community law, principle of hierarchy of norms.

Sumario

1. Introducción. 2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 3. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. 4. Naturaleza y alcances de la acción de nulidad. 5. Análisis de legalidad efectuado en la acción de nulidad. 6. El análisis de legalidad de las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina. 7. Procedimiento aplicable a la acción de nulidad. 8. Medidas cautelares. 9. Estadísticas. 9.1. Causas recibidas. 9.2. Causas resueltas. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

El presente artículo expone la naturaleza y alcances de la acción de nulidad que se tramita ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el TJCA) con el objetivo de dar a conocer su operatividad y la importancia que tiene como instrumento de control de legalidad de aquellas normas y actos que podrían contravenir el ordenamiento jurídico comunitario andino.

Para alcanzar tal propósito, en primer lugar se desarrolla una breve introducción sobre la Comunidad Andina y su órgano jurisdiccional, el TJCA. Luego se examina la acción de nulidad y el análisis de legalidad que involucra, a la luz de lo señalado en las fuentes normativas, la doctrina y la jurisprudencia de dicho tribunal. En el apartado final se presenta información estadística sobre las demandas de nulidad presentadas.

1. INTRODUCCIÓN

La Comunidad Andina es un organismo internacional constituido por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú con el objetivo de promover el desarrollo equilibrado y armónico de estos países mediante la integración y la cooperación económica y social.

El TJCA es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, y como tal resuelve las controversias que se susciten y vela por la aplicación e interpretación uniforme y coherente del derecho comunitario andino en los cuatro países antes mencionados.

El TJCA es una corte internacional. Tiene competencia para conocer acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, recursos por omisión o inactividad e interpretaciones prejudiciales. Sobre temas bastante específicos tiene, además, competencia para conocer demandas laborales y ejercer función arbitral.

El Sistema Andino de Integración (en adelante, el SAI) está integrado por el Consejo Presidencial Andino (máximo órgano del SAI, conformado por los Jefes de Estado de los países miembros); el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en lo sucesivo, el CAMRE, que es un órgano decisorio y legislativo que emite Decisiones y Declaraciones); la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Comisión, que es un órgano legislativo que emite Decisiones); la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la SGCA, que es el órgano ejecutivo permanente); el TJCA (órgano jurisdiccional permanente de la Comunidad Andina); el Parlamento Andino (órgano deliberante que representa a los ciudadanos de los países miembros); el Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; la Corporación Andina de Fomento; el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en su ámbito; la Universidad Andina Simón Bolívar; los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

El TJCA se creó mediante el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena suscrito el 28 de mayo de 1979, e inició sus actividades el 2 de enero de 1984.

El 28 de mayo de 1996, los países miembros de la Comunidad Andina suscribieron el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, denominado el Protocolo de Cochabamba, el cual estableció el nombre actual de “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” e incrementó sus competencias. Asimismo, en cumplimiento de la Tercera Disposición Transitoria del

Protocolo de Cochabamba, se aprobó la codificación del “Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (en adelante, el Tratado del TJCA) mediante la Decisión 472 de la Comisión del 16 de septiembre de 1999.

Con la finalidad de regular el funcionamiento del TJCA y el ejercicio de las competencias previstas en su tratado de creación, se aprobó el “Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (en adelante, el Estatuto del TJCA) mediante la Decisión 500 del CAMRE del 22 de junio de 2001.

En sesión plenaria del 18 de mayo de 2004, el TJCA aprobó su Reglamento Interno (en adelante, el Reglamento Interno del TJCA), el cual tiene por objeto desarrollar las normas del Tratado del TJCA y del Estatuto del TJCA, relativas a su organización y funcionamiento.¹

En virtud a la normativa comunitaria antes referida, el TJCA es el órgano encargado de garantizar la tutela del ordenamiento comunitario a través de un conjunto de acciones y mecanismos previstos por ese mismo ordenamiento.²

Uno de dichos mecanismos es la acción de nulidad, que es el instrumento procesal de carácter comunitario por medio el cual el TJCA efectúa el control de legalidad de las decisiones y actos emitidos en contravención de normas comunitarias de mayor jerarquía, con la finalidad de garantizar la aplicación del principio de jerarquía normativa y la tutela del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.³

3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Tratado del TJCA, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se encuentra conformado por:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El Tratado de Creación del TJCA y sus Protocolos Modificatorios;

1 Artículo 1 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado mediante Acuerdo de fecha 18 de mayo de 2004.

2 Novak Talavera, Fabián (2003). “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”. En Salmón Gárate, Elizabeth y otros. *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 79.

3 Artículos del 17 al 22 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada el 17 de septiembre de 1999; y artículos del 101 al 106 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores publicada el 28 de junio de 2001.

- c) Las Decisiones del CAMRE y la Comisión;
- d) Las Resoluciones de la SGCA; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

En esa línea, el artículo 2 del Estatuto del TJCA⁴ establece que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario, y por normas derivadas o de derecho secundario.

Las normas de derecho primario (llamadas también normas fundamentales o constitucionales) están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración comunitaria andina, así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Por su parte, las normas de derecho secundario (llamadas también normas derivadas) están constituidas por las Decisiones del CAMRE y de la Comisión, por las Resoluciones de la SGCA, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.

Todas las normas mencionadas en el artículo 1 del Tratado del TJCA y en el artículo 2 del Estatuto del TJCA, ya sea que se trate de normas de derecho primario (normas fundamentales o constitucionales) o de derecho secundario (normas derivadas), constituyen fuentes típicas, pues han sido reconocidas de modo expreso por el derecho positivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Las fuentes típicas a su vez pueden ser clasificadas entre aquellas que tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las que tienen efectos jurídicos particulares. Todas las normas de derecho primario tienen efectos jurídicos generales, tales como el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, y el Tratado del TJCA y sus Protocolos Modificatorios.

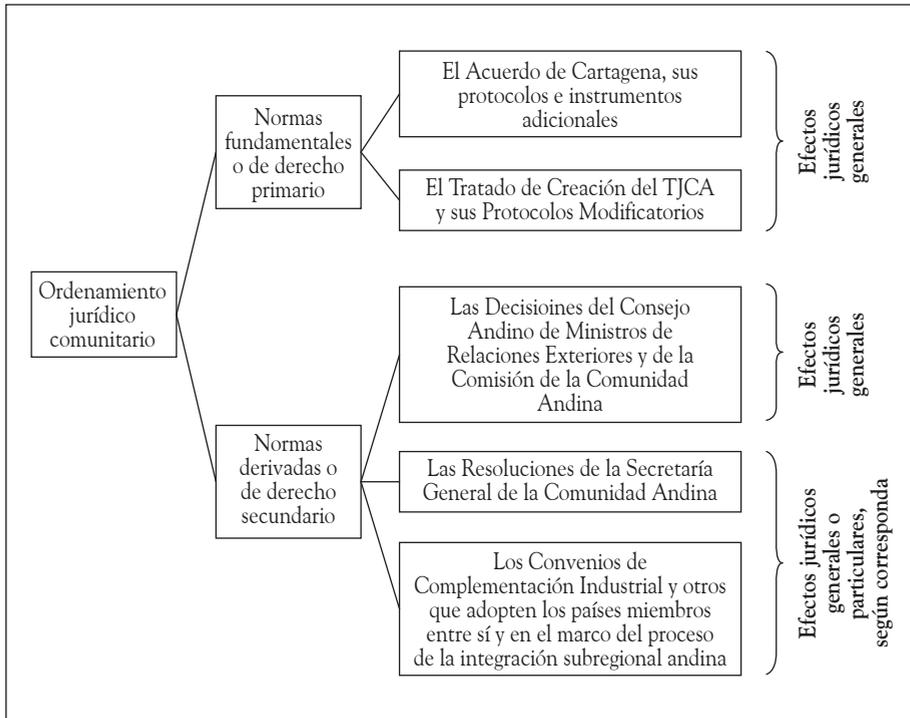
Por su parte, respecto de las normas de derecho secundario, tenemos que las Decisiones del CAMRE y de la Comisión tienen efectos jurídicos generales, mientras que las Resoluciones de la SGCA y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros en el marco del proceso de integración subregional andino pueden tener efectos jurídicos generales, en unos casos, o efectos jurídicos particulares, en otros casos, según la situación de que se trate.

4 Aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Así, por ejemplo, en el caso de las Resoluciones de la SGCA, aquellas que reglamentan Decisiones tienen, como es evidente, carácter normativo, es decir, efectos jurídicos generales. En cambio, una Resolución de la SGCA que califica la medida adoptada por un país como restricción al comercio intrasubregional, y en ese sentido concede al mencionado país un plazo para que informe acerca del levantamiento de la referida medida, tiene efectos jurídicos particulares, similar al acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública.⁵

En ese sentido, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se encuentra conformado tal y como se visualiza en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1



Fuente: Elaboración propia

5 Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado por Decisión 425 de la Comunidad Andina del 18 de diciembre de 1997
 “Artículo 9.- Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto.”

4. NATURALEZA Y ALCANCES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

La acción de nulidad es el instrumento procesal comunitario que permite cuestionar y, de ser el caso, eliminar un acto comunitario que ha sido emitido en contravención del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

No todos los actos comunitarios son susceptibles de ser cuestionados a través de la acción de nulidad. El artículo 101 del Estatuto del TJCA⁶ establece cuáles son los actos contra los cuales cabe interponer la acción de nulidad, que son los siguientes: (i) las Decisiones del CAMRE; (ii) las Decisiones de la Comisión; (iii) las Resoluciones de la SGCA; y, (iv) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andino.

Cabe indicar que, para determinar que un acto puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad, el TJCA no aplica simplemente un criterio nominalista, sino que se enfoca en determinar la real naturaleza del acto cuestionado, atendiendo a su contenido y efectos,⁷ incluso con prescindencia del nombre que se le haya asignado. De esta manera, el TJCA privilegia la verificación de los aspectos de fondo de un acto cuestionado, evitando que su análisis se supedite solo a aspectos formales.

La revisión de las estadísticas del TJCA permite apreciar que los actos comunitarios más cuestionados a través de la acción de nulidad han sido las Resoluciones de

6 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores publicada el 28 de junio de 2001.

“Artículo 101.- Objeto y finalidad

La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que este declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.”

7 “El TJCA, al igual que hace el TJCE, prescinde de cualquier criterio nominalista para identificar los actos susceptibles de recurso de anulación. Así, por ejemplo, en este proceso (I-AN-96) el acto impugnado era un ‘Acuerdo’ de la Junta y el TJCA, después de analizar el acto desde un punto de vista formal y también desde el punto de vista de su contenido, concluye que se trata, pese a su autodenominación de ‘Acuerdo’ de una auténtica y verdadera Resolución de la Junta. Según la argumentación jurídica del TJCA, ‘considerando el carácter decisorio que entraña la cuestionada actuación de la Junta, caso omiso del nombre con el cual fue adoptado, así como su capacidad para surtir efectos fuera del ámbito interno del Organismo que la emitiera, constituye ella, especialmente por su contenido, una manifestación de voluntad del órgano Colegiado emittente, con efectos resolutorios o decisorios, equivalente a las Resoluciones de la Junta y, por tanto, susceptible como tal de ser impugnada en anulación por las vías previstas en el Tratado, en particular, la acción de nulidad’”. Quindimil López, Jorge Antonio (2006). *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 380.

SGCA⁸. Sobre estas, el TJCA ha señalado que es necesario establecer una diferenciación entre los dictámenes de incumplimiento de aquellas resoluciones que declaran la existencia de un gravamen o una restricción al comercio efectuada por un país miembro.

Los dictámenes de incumplimiento de la SGCA no son susceptibles de ser impugnados a través de la acción de nulidad debido a que constituyen “actos preparatorios” o “actos intermedios” previos al pronunciamiento final (a cargo del TJCA) sobre la conducta contraventora del ordenamiento jurídico andino.⁹ En cambio, las resoluciones de la SGCA que califican una medida adoptada por un país como un gravamen o restricción al comercio subregional sí son susceptibles de ser cuestionadas a través de la acción de nulidad debido a que tienen efectos jurídicos vinculantes para las partes involucradas.¹⁰

8 “La experiencia procesal andina revela que los actos más recurridos en anulación son las Resoluciones [de la Secretaría General], lo que se debe, lógicamente, a que sus efectos son más visibles a causa del tipo de competencias de ejecución que debe desarrollar la SG —o, en su momento, la JUNAC— [...] Además, tampoco ha sido emprendida ninguna acción de nulidad contra el único Convenio de Complementación Industrial del artículo 1.e) TTJ que ha sido aprobado hasta la fecha, el Convenio de Complementación en el Sector Automotor, de 16 de septiembre de 1999 [...]”. Quindimil López, 2006: 379.

De la revisión de la estadística del TJCA se verifica que este órgano comunitario ha recibido 62 acciones de nulidad en el periodo comprendido entre enero de 1984 y julio de 2016. De ese total, 40 acciones de nulidad han sido presentadas contra las resoluciones emitidas por la SGCA y 10 contra su antecesora, la Junta del Acuerdo de Cartagena. Resulta evidente, por tanto, que los actos más recurridos vía la acción de nulidad son las resoluciones de la SGCA.

9 Al respecto, la jurisprudencia del TJCA ha señalado que no cabe acción de nulidad contra los dictámenes de la SGCA, tal como se aprecia a continuación: “En el 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 de acto preparatorio o acto intermedio de los dictámenes que emite la Secretaría General. 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 emittente, razón esta que los asemeja más a los actos preparatorios o actos intermedios, que por definición no son susceptibles de discusión judicial independiente.

Aplicados los anteriores criterios al caso sub-examine resulta claro para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario defina acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile [...].

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 e incontrastable tanto 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 que el Tratado de Creación del Tribunal consagra para la acción de incumplimiento.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del 2 de febrero del 2000 expedida en el Proceso 24-AN-99.

10 La jurisprudencia del TJCA ha señalado que las resoluciones de la SGCA que califican como gravamen o restricción al comercio una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro sí pueden ser impugnadas a través de la acción de nulidad, tal como se aprecia a continuación:

El TJCA ha establecido que no es competente para conocer los dictámenes de incumplimiento debido a que estos pronunciamientos de la SGCA no tienen efectos jurídicos, sino que simplemente son opiniones (de allí el concepto de “actos preparatorios” o “actos intermedios”) que van a ser valoradas posteriormente por el TJCA.

Precisamente, en esta línea de pensamiento, en el Auto de fecha 21 de enero de 2016, recaído en el Proceso 01-AN-2016, el TJCA rechazó *in limine* una demanda presentada por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador contra determinados actos del Parlamento Andino porque consideró que estos actos, al ser simples recomendaciones o sugerencias, no tenían la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica impugnabile; es decir, porque dichos actos no tenían efectos jurídicos vinculantes.¹¹

“Debe observarse que la calificación de una medida como gravamen o restricción no puede asimilarse a la emisión del Dictamen de Incumplimiento, ni que este 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 [...] 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 311 y 362 en acción de nulidad pueda tener este tipo de Resoluciones, formuladas por la Secretaría General, ya que se ajustan a los requisitos y características necesarias para ser demandadas a través de una acción de nulidad, al ser la una declarativa y la otra confirmatoria, se convierten por su carácter decisorio y a la vez ejecutorio en forma directa de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena en materia recurrible ante este Tribunal mediante la vía de la nulidad. No así, la Resolución 387 de la Secretaría General que se refiere al dictamen de incumplimiento N° 016-2000 contra el Gobierno colombiano, por estimar que este no acata lo señalado en las Resoluciones anteriormente referidas, 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.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del 19 de octubre del 2001 expedida en el Proceso 79-AN-2000.

11 Sobre el particular, la jurisprudencia del TJCA ha señalado que: “8. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración (SAI); su naturaleza es comunitaria; representa a los pueblos de la Comunidad Andina y se encuentra constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo. Este Organismo se pronuncia mediante recomendaciones, sugerencias, decisiones, declaraciones y actos de coordinación y control, conforme lo prevé la norma citada. Por lo mismo, sus pronunciamientos por regla general no tienen carácter vinculante frente a la Acción de Nulidad atribuida a la competencia de este Tribunal. 9. Como puede apreciarse, los actos del Parlamento Andino no están contemplados entre los posibles de ser enjuiciados mediante la acción de nulidad atribuida a la competencia de este Tribunal, lo cual es congruente con la naturaleza jurídica de los mismos, pues independientemente de cuál sea la denominación que se les imprima, no se trata de actos administrativos definitorios con aptitud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica impugnabile mediante la acción de nulidad ante este Tribunal, como quiera que el Parlamento Andino se pronuncia a través de recomendaciones y sugerencias en el marco de las atribuciones que le están asignadas por el artículo 43 del Acuerdo de Cartagena, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Auto del 21 de enero de 2016 expedido en el Proceso 01-AN-2016.

En adición a lo previamente señalado, el artículo 102 del Estatuto del TJCA¹² enumera la lista de sujetos que se encuentran legitimados para interponer una acción de nulidad ante el TJCA, a saber: (i) los países miembros; (ii) el CAMRE; (iii) la Comisión; (iv) la SGCA; y, (v) personas naturales o jurídicas.

Cabe precisar que los países miembros solo pueden intentar la acción de nulidad respecto de las Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.¹³

Asimismo, para que un particular (persona natural o jurídica) pueda presentar una acción de nulidad resulta necesario que previamente demuestre que la Decisión, Resolución o Convenio objeto de la demanda le ha producido una afectación de sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.¹⁴

12 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores publicada el 28 de junio de 2001.

“Artículo 102.- Titulares de la acción y condiciones especiales para su ejercicio Pueden incoar la acción de nulidad los Países Miembros, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas, de conformidad con las disposiciones que seguidamente se establecen.

Los Países Miembros solo podrán intentar la acción de nulidad con respecto a las Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.

Los particulares solo podrán intentar esta acción previa demostración de que la Decisión, Resolución o Convenio objeto de la demanda afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.”

13 Esta condición especial para el ejercicio de la acción de nulidad en el caso de los países miembros constituye una importante aplicación del principio del estoppel, el cual implica que no resulta admisible oponerse a cualquier argumentación, que aunque estuviera fundada en la realidad de los hechos, no puede ser tomada en consideración por ir en contra de una actitud anteriormente adoptada por la parte que quiere prevalerse de ella. (Moreno Loayza, Guadalupe (1987). “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias”. En *Publicaciones del Tribunal/Estudios 4*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, p. 128).

14 Al respecto, la jurisprudencia del TJCA se ha referido a los presupuestos para la presentación de una acción de nulidad por parte de particulares señalando lo siguiente: “Aunque el tema fue discutido y analizado previamente por el Tribunal y tuvo una definición favorable al actor en el auto de 9 de mayo, en el que se decidió reconocerle capacidad para intervenir en la calidad imputada de demandante en esta acción de nulidad, estima el Tribunal de importancia pedagógica recordar las consideraciones que lo llevaron en esa oportunidad a emitir tal decisión. En efecto, debe recordarse que en el auto citado se dijo textualmente en los considerandos que le sirvieron de motivación: ‘Que el espíritu de las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba al Tratado originario de Creación del Tribunal, reflejado en forma concreta en temas específicos como en el caso presente sobre la intervención de los particulares ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad en materia de acciones de nulidad, persigue ampliar su participación según la nueva concepción contenida en la norma del artículo 19’. Recogió en esta motivación el Tribunal uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino cuál ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los Países Miembros en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de las normas comunitarias. [...]”

Queda claro, pues, que la normativa comunitaria habilita que una persona natural o jurídica pueda comparecer ante el TJCA para solicitar la nulidad de un dispositivo o acto que le genera perjuicio. En estos casos, la procedencia de la acción de nulidad dependerá de que se demuestre adecuadamente la afectación o perjuicio generado, a un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Si bien la exigencia precitada podría llevar a pensar que la acción de nulidad no solo responde a la defensa de la legalidad, sino que también se encontraría vinculada con el interés privado, esa idea debe ser descartada toda vez que en este proceso no existe posibilidad de que el afectado reciba una reparación o indemnización. El único beneficio concreto que podría recibir el particular que presenta la acción de nulidad sería el impedimento de que se siga aplicando un acto contrario al ordenamiento jurídico.¹⁵

En ese sentido, aun cuando un sector de la doctrina¹⁶ considere que la acción de nulidad posee un carácter subjetivo vinculado al derecho o interés de quien la interpone, ello no implica que esta acción tenga la finalidad de restablecer derechos o intereses particulares. Como se ha señalado previamente, la acción de nulidad se enfoca predominantemente en el interés general de la defensa de la legalidad, el imperio de la jerarquía normativa y, en términos generales, en la tutela del ordenamiento jurídico.

La normativa comunitaria también prevé una limitación de orden temporal respecto de la oportunidad en la que se debe presentar la acción de nulidad. Así, el artículo 20 del Tratado del TJCA señala que la acción de nulidad debe interponerse dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Decisión, Resolución o Convenio que se cuestiona.

En el caso concreto de la acción de nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas 'afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos'.

La norma vigente es pues, mucho más abierta que la del Tratado original, al manifestar qué tipo de elemento jurídico, objeto de garantía, se puede afectar al particular, esto es, bien sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos. El accionante alegó, y demostró a juicio del Tribunal, la afectación en cuanto a su interés legítimo [...] Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo posiblemente afectado pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta solo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores acreditantes de la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo." Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del 1 de febrero del 2002 expedida en el Proceso 14-AN-2001.

15 SÁCHICA, Luis Carlos (1990). *Derecho comunitario andino*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, pp.105 y 106.

16 La acción de nulidad tiene una naturaleza jurídica híbrida que implica: un carácter subjetivo vinculado a la legitimación de quien la interpone y un carácter objetivo relacionado al interés general de la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría. (Quindimil López, 2006: 373).

No obstante, en los casos en que haya expirado dicho plazo de caducidad existe la posibilidad de solicitar la inaplicabilidad del dispositivo cuestionado en el marco de un proceso judicial concreto. En efecto, cualquiera de las partes de un litigio planteado ante tribunales nacionales puede solicitar la inaplicabilidad de la Decisión, Resolución o Convenio al caso concreto, siempre y cuando este se relacione con la aplicación de dicha norma o su validez sea cuestionada.

Como consecuencia de dicha solicitud, el juez nacional debe solicitar al TJCA que emita pronunciamiento sobre la legalidad de la disposición cuestionada, para lo cual se debe suspender el respectivo proceso hasta recibir la respuesta que corresponda. En estos supuestos, el pronunciamiento emitido por el TJCA resulta vinculante para el juez nacional.¹⁷

De esta forma, el legislador andino busca evitar que la expiración del plazo para la interposición de la acción de nulidad impida que se pueda cuestionar una Decisión, Resolución o Convenio que contraviene el ordenamiento jurídico comunitario.

Cuando el TJCA declara la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, debe señalar, adicionalmente, cuáles serán los efectos que su sentencia tendrá en el tiempo. Como consecuencia de la emisión de la sentencia, el órgano u organismo cuyo acto ha sido anulado se encuentra obligado a adoptar las disposiciones necesarias para asegurar su cumplimiento efectivo dentro del plazo fijado por el TJCA.¹⁸

En ese sentido, el acto anulado o suspendido por el TJCA no puede ser reproducido por quien lo dictó si conserva las mismas disposiciones anuladas o suspendidas.

17 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada el 17 de septiembre de 1999.

“Artículo 20.- La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Aunque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el Artículo 17. Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquel.”

18 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada el 17 de septiembre de 1999.

“Artículo 22.- Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo.

El órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal.”

Dicho órgano podría reproducir tal acto solo en el caso de que, después de la emisión de la sentencia, hubieren desaparecido los fundamentos legales que sustentaron que fuese declarado nulo.¹⁹

5. ANÁLISIS DE LEGALIDAD EFECTUADO EN LA ACCIÓN DE NULIDAD

La acción de nulidad importa un análisis de la validez de la norma impugnada. Este análisis tiene por objeto determinar si la norma cuestionada es conforme o no al ordenamiento que integran las normas de derecho primario o secundario. Dicho en otros términos, el análisis de validez tiene por objeto determinar si la norma materia de cuestionamiento respeta o no las disposiciones jurídicas contenidas en las normas fundamentales o constitucionales, en unos casos, o las normas derivadas, en otros, lo que supone, como puede advertirse, un control de legalidad.

Así las cosas, y a modo de ejemplo, si se trata de una Decisión de la Comisión, el análisis de legalidad o validez tendrá por objeto determinar la conformidad de la referida Decisión con las normas constitucionales o fundamentales (normas de derecho primario). Si se trata de una resolución de la SGCA, el análisis de legalidad o validez comprenderá la conformidad de dicha Resolución con las normas de derecho primario y con determinadas normas de derecho secundario (como las Decisiones de la Comisión), según sea el caso.

El análisis de legalidad o validez, sin embargo, tendrá sus particularidades si la norma cuestionada tiene efectos jurídicos generales o si tiene efectos jurídicos particulares. En el primer caso, el control de legalidad o de validez privilegiará el carácter normativo de la norma cuestionada; en cambio, en el segundo, el control de legalidad o de validez privilegiará la naturaleza del acto jurídico de la norma cuestionada.

Si la norma cuestionada mediante la acción de nulidad tiene efectos jurídicos generales, el control de legalidad considerará los siguientes elementos de validez:

19 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores publicada el 28 de junio de 2001.
“Artículo 106.- Efectos de la sentencia de nulidad en el tiempo y obligaciones del organismo que expidió la norma anulada
Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo.
El órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal.
Ningún acto anulado o suspendido por el Tribunal podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada.”

- a) Si la norma fue emitida por autoridad competente.
- b) Si la norma respeta la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía.
- c) Si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente test de razonabilidad:
 - i) Si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho comunitario andino.
 - ii) Si la disposición objeto de la norma es idónea para cumplir la finalidad buscada por esta; es decir, si hay una relación causal entre el fin perseguido y el objeto de la norma.
 - iii) Si el objeto de la norma es necesario o insustituible; esto es, que no hay una forma menos gravosa para alcanzar la finalidad buscada por la norma.
 - iv) Si el objeto de la norma es proporcional; esto es, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

Para declarar la nulidad de la norma de efectos generales cuestionada, basta que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados. Para declarar su nulidad por falta de razonabilidad, basta que no se cumpla uno de los elementos del test de razonabilidad.

Si la norma cuestionada mediante la acción de nulidad es una Resolución que tiene efectos jurídicos particulares, el control de legalidad considerará los siguientes elementos de validez:

- a) Si la resolución fue emitida por autoridad competente.
- b) Si el objeto de la resolución es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa).
- c) Si el objeto de la resolución es determinado y físicamente posible.
- d) Si la resolución se encuentra debidamente motivada; esto es, que no contiene falsos supuestos de hecho o de derecho.
- e) Si la resolución se ha dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento.

- f) Si la resolución fue dictada en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no hay desviación de poder.

Para declarar la nulidad de la resolución cuestionada, basta que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados.

La Sentencia emitida en el Proceso 1-AN-96 de fecha 5 de noviembre de 1999 sostuvo que el TJCA debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada. De encontrarse disconformidad con la normativa superior, el TJCA debería declarar pura y simplemente la anulación de la norma demandada, sin agregar ninguna declaración indemnizatoria aun cuando hubiese verificado que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros.

Por su parte, en la Sentencia dictada en el Proceso 23-AN-2002, de fecha 19 de agosto de 2003, se sostuvo que la acción de nulidad busca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior jerarquía, de modo que su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino el imperio de la jerarquía normativa, conforme ha sido señalado previamente.

De una revisión completa de la jurisprudencia del TJCA, se aprecia que la acción de nulidad, además de lo establecido en los Procesos 1-AN-96 y 23-AN-2002, implica un análisis de validez que incide en verificar el cumplimiento de los elementos esenciales del acto impugnado, a saber: a) la competencia, b) la formalidad, c) la finalidad, d) la causa y e) el objeto. En efecto, en las Sentencias emitidas en los Procesos 01-AN-98, 16-AN-2002, 39-AN-2004 y 214-AN-2005, el TJCA señaló lo siguiente:

"Conforme a lo expresado por la jurisprudencia andina, los motivos de impugnación en un proceso de nulidad son ´todos aquellos que puedan afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto´ (Sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela, ya citada). Estas causales de anulación han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de este (Ver al respecto, caso CONTRACHA-PADOS DE ESMERALDAS S.A. Y OTROS, proceso 04-AN-97, ya citado). La incompetencia y el vicio de forma —tanto en la formación (irregularidad en el procedimiento) como en la expresión del acto— constituyen lo que la doctrina francesa conoce

como la legalidad externa del acto, sobre los cuales se ejerce un control formal, mientras que la desviación de poder y la ilegalidad relativa al objeto y a la causa o motivos, configurarían los vicios que afectan la legalidad interna, sobre los cuales se ejerce un control material o de fondo de la actividad administrativa".

En ese sentido, si bien para el análisis de la acción de nulidad basta verificar el supuesto genérico de violación de disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario,²⁰ la jurisprudencia del TJCA ha enumerado una lista de causales de invalidez específicas determinadas sobre la base de la verificación del cumplimiento de los cinco elementos esenciales del acto impugnado, a saber:

- a) La incompetencia.
- b) Los vicios de forma.²¹

20 Sobre el particular, la jurisprudencia del TJCA ha señalado que: "Ahora bien, aunque bastaría que se dijera que la causal única para la anulación de una norma jurídica es la de encontrarse incurso en violación de otra superior, tanto la doctrina y la jurisprudencia como la ley en la mayoría de los casos, hablan de diversas causales o motivos de anulación que, a la postre, no son otra cosa que formas específicas de violación del ordenamiento superior que no resultan, las más de las veces, de la confrontación del acto acusado con la norma que se dice violada, sino que es menester buscarlas en la forma del acto, en la competencia del emisor, en sus motivos fácticos y jurídicos y, aún, en la intención del agente encargado de expedirlo. Por tanto, el hecho de decir que la causa para anular una norma jurídica es la violación de la ley no necesariamente quiere decir que se ha consagrado la causal única de violación directa y material de la jerarquía normativa, puesto que dicho concepto incluye todas las diversas y múltiples maneras como en el universo jurídico dicha violación puede ocurrir. Sirva para sustentar lo anterior lo que ya dejó sentado al respecto el Tribunal cuando determinó que 'Un acto administrativo puede ser anulado por varias causales ya sea por vicios de fondo o de forma, como son la incompetencia del autor, el error en los motivos, la violación de la ley y desvío o desviación de poder'. Estas causales de nulidad o anulabilidad del acto, se recogen, aunque en forma más moderna en la disposición del artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal el que abre la vía contenciosa administrativa para que las Resoluciones de la Junta puedan ser declaradas nulas cuando fueren dictadas con violación de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, incluso por desviación de poder, con lo cual se entiende que las causales de nulidad pueden referirse a vicios de fondo y de forma que son aceptados universalmente." Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 30 de julio de 2003 expedida en el Proceso 16-AN-2002.

21 La jurisprudencia del TJCA se ha referido al incumplimiento de plazos y su relación con los vicios de forma de la acción de nulidad, señalando que: "Los vicios relativos a las formas del proceso de integración de la voluntad administrativa deben ser ligados a la consecuencia de ocasionar una afectación al debido proceso, en caso contrario, no podrá declararse la nulidad del acto. [...] En este sentido, es preciso señalar que la inobservancia de un plazo para emitir una resolución, puede ser subsanado como en el caso de autos, y que dicha inobservancia no ha ocasionado ninguna restricción o recorte al derecho de defensa del actor. Sin embargo, este Tribunal considera que la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada; pero ello no puede acarrear la nulidad del acto administrativo, ya que la inobservancia de un plazo no afecta la sustancia del acto, ni el debido proceso como en el presente caso. De otro lado, el ordenamiento jurídico comunitario otorga al actor un medio específico de defensa contra la inacción de la administración, mediante el 'Recurso de Omisión', desarrollado en el

c) La desviación de poder.²²

acápite anterior que sirve para exigir al órgano administrativo correspondiente que 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 conducta de emitir el pronunciamiento respectivo.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del 17 de noviembre de 2006, expedida en el Proceso 214-AN-2005.

Posteriormente, el TJCA se ratificó en su pronunciamiento sobre los vicios de forma señalando que: “101. Con este retraso en las actuaciones procesales, la Secretaría General transgredió, los principios de economía procesal, legalidad, celeridad, cooperación leal y racionalización de la actividad administrativa que deben guiar la labor de todos los organismos del Sistema Andino de Integración, descritos en el artículo 5 de la Decisión 425. Sin embargo, la transgresión de los tiempos procesales no genera la nulidad de un acto administrativo, es decir, la validez del acto administrativo no se ve afectada por el incumplimiento de plazos procesales.

102. Si bien la situación de incumplimiento y transgresión de plazos procesales por parte de la Secretaría General pudiera acarrear consecuencias, como las faltas disciplinarias de los funcionarios encargados, dicha situación no puede ser la base jurídica para dejar sin efecto una Resolución que pudiera estar resolviendo e impulsando un proceso, en otras palabras, no se puede dejar paralizado un procedimiento que tiene que llegar a su final.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del 21 de enero del 2015, expedida en el Proceso 2-AN-2012.

22 La jurisprudencia del TJCA se ha referido a la desviación de poder como causal de invalidez, señalando lo siguiente: “La desviación de poder emerge cuando una autoridad administrativa al ejercitar sus facultades o poderes lo hace con un objetivo distinto de aquel para el que fueron otorgados, así como cuando sigue un procedimiento diferente a aquel previsto y autorizado por una disposición específica del ordenamiento jurídico, o cuando teniendo facultades discrecionales regladas actúa apartándose de las opciones que le confiere la ley. [...] Al respecto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado que: ‘Un acto adolece de desviación de poder cuando resulta evidente, a partir de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptado con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados por la institución demandada o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso’. (Sentencia emitida en el asunto C-110/97). [...]

Así mismo nos enseña la doctrina que, la idea que preside el análisis de la desviación de poder es la finalidad a que va orientado el acto o, dicho de otra forma, la medida en que el acto discrecional no se adecua a la finalidad para la cual fue concebido.

En primer lugar, el análisis de la desviación de poder también incluye la denominada ‘desviación de procedimiento’ en la que incurre una institución comunitaria cuando sigue un procedimiento distinto a aquel previsto y autorizado en una disposición específica por el derecho. En segundo lugar, el Tribunal ha declarado que el incumplimiento de los objetivos legales puede derivar en una desviación de poder cuando tiene como resultado una falta grave de previsión o de prudencia por parte de la institución comunitaria afectada.’ (López-Jurado Romero de la Cruz Carmen, op. cit. p. 443).” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 19 de agosto del 2003, expedida en el Proceso 23-AN-2002.

Posteriormente, el TJCA amplió sus considerandos relativos a la desviación de poder, mencionando que: “La desviación de poder es aquel vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y que contradice el hecho o regla de especialidad que establece en materia administrativa, que los órganos u entes administrativos no pueden ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones. Esta desviación se expresa en tres formas: la decisión carente de todo objetivo de interés público; decisión con un objetivo de interés público que no es el correcto; y la desviación de procedimiento. Sin embargo, en un contexto comunitario andino, la finalidad de un proceso administrativo no puede analizarse desde un punto de vista individual, sino colectivo y en función a los intereses pregonados por el Acuerdo de Integración Subregional Andino, que establece que el acuerdo de integración tiene como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros

- d) El falso supuesto de hecho o de derecho (motivación).²³
- e) La imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto.

La doctrina²⁴ señala que la incompetencia y los vicios de forma constituyen defectos que afectan la legalidad externa del acto analizado y, ante ellos, el TJCA se limita a efectuar un control sobre la regularidad formal, sin entrar a analizar el contenido del acto. En cambio, al analizar las causales de violación de normas y la desviación de poder, se dice que se lleva a cabo una verificación de la legalidad interna o material del acto. Si bien la normativa permite que determinados actos puedan ser cuestionados vía acción de nulidad ante el TJCA, la voluntad del legislador andino no fue debilitar la fuerza vinculante de tales actos, pues los dispositivos comunitarios gozan de presunción de legalidad²⁵ en virtud de la cual solo pierden su

en condiciones de equidad, propendiendo a la disminución de vulnerabilidad externa y mejorando la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional, tal como lo dispone el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 17 de noviembre del 2006, expedida en el Proceso 214-AN-2005.

23 Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha referido a la motivación como causal de invalidez específica señalando que: “El acto administrativo carente de una efectiva motivación o contentivo de disgregaciones legales que solo conduzcan a que los hechos no concuerden con el objetivo o esencia de la norma impugnada, o que estén tergiversados, alterados o interpretados erróneamente, lleva a la nulidad del acto. La motivación en los actos no ha de pretender recoger todas y cada una de las condiciones o de las circunstancias de los hechos que han servido de base o de fundamento para su expedición. Basta que la motivación se reduzca a la esencia del razonamiento, interpretada esta como la correspondencia jurídica y real entre la parte motiva y la parte declarativa del acto, vale decir, entre el procedimiento constitutivo y la expresión de la voluntad del administrador. Será suficiente que el acto en cuestión destaque lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución y que ‘los elementos de hecho y de derecho’ que constituyen su objetivo ‘estén en armonía con el Sistema Normativo del que forma parte’ (Rec... 1987-9 Pág. 4153, caso: Reino de España contra el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas). En el acto debe proporcionarse a los interesados las indicaciones necesarias sobre fundamento de si la Decisión, está o no fundada, de manera que este pueda ejercer con conocimiento de causa su derecho de defensa.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 26 de febrero de 1998 expedida en el Proceso 1-AN-97. Este criterio jurisprudencial también ha sido citado en la sentencia del 8 de junio de 1998 expedida en el Proceso 5-AN-97.

24 Quindimil López, 2006: 387.

25 Sobre el particular, la jurisprudencia del TJCA ha desarrollado el concepto de presunción de legalidad en vinculación con la carga de la prueba en la acción de nulidad, estableciendo que: “[...] la presunción de legalidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Secretaría General, están consagradas por el derecho comunitario cuando establece en el artículo 21 del Tratado del Tribunal, que la iniciación de la acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma impugnada, esto es, que hasta no producirse el fallo en firme dentro de la acción de nulidad, el acto demandado continúa en vigor y a él le son imputables las reglas concernientes a la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión a que se refiere el artículo 3 del Tratado del Tribunal.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 16 de octubre de 1997 expedida en el Proceso 4-AL-96.

Siguiendo el mismo criterio, este órgano comunitario también señaló que “La obligación de acatamiento de una norma comunitaria revestida de la presunción de legalidad —mientras no se impugne su validez— es un principio general de derecho que cobra mayor fuerza y se optimiza en

eficacia ante la emisión de una sentencia del TJCA y no por la mera interposición de la acción de nulidad.

A través de la presunción de legalidad, el legislador andino ha procurado garantizar la eficacia e inmediata ejecutividad de los actos comunitarios, evitando que solo la iniciativa de cuestionar un acto genere la paralización de la actividad de los organismos e instituciones que conforman el SAI.

6. *EL ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA*

Para el desarrollo de esta temática, resulta necesario analizar las disposiciones del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA (en adelante, el Reglamento de la SGCA), aprobado por la Decisión 425 del CAMRE, norma que regula los elementos de validez, y en contraposición los presupuestos de invalidez (nulidad), de las resoluciones de la SGCA.

Así tenemos, en primer lugar, el Literal c) del artículo 7 del Reglamento de la SGCA, que se cita a continuación:

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

[...]

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

[...].”

El Literal c) del artículo 7 del Reglamento de la SGCA dispone que las resoluciones de este organismo comunitario deben contener los respectivos fundamentos de

un sistema de integración [...]” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 8 de junio de 1998 expedida en el Proceso 5-AN-97.

Finalmente, dicho Tribunal también indicó que lo siguiente: “La finalidad esencial de la presunción de legalidad de los actos de carácter decisorio de la Administración comunitaria va dirigida a garantizar la eficacia e inmediata ejecutividad de las Resoluciones, evitando de esta manera que la impugnación judicial por sí sola paralice la actividad administrativa de la Comunidad. En tal sentido, aparece como el principal efecto de la presunción de legalidad, el de trasladar al afectado la carga de interponer el respectivo recurso o acción contra el acto, si lo considera ilegítimo.” Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 13 de octubre del 2000 expedida en el Proceso 1-AN-98.

hecho y de derecho, lo que no es otra cosa que la motivación. Por tanto, un supuesto de invalidez o nulidad de una resolución de la SGCA es su falta de motivación.

Luego tenemos los artículos 8 y 9 del Reglamento de la SGCA, los cuales establecen lo siguiente:

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

[...]

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

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

Conforme al artículo 8 antes citado, las resoluciones de la SGCA deben respetar el principio de jerarquía normativa. El artículo 9, por su parte, diferencia a las resoluciones de la SGCA de carácter particular (o efectos particulares) de aquellas de carácter normativo (o efectos generales), estableciendo que una resolución de la SGCA de carácter particular no puede contradecir una resolución de la SGCA de carácter normativo.

Otra norma relevante para el análisis que se viene realizando es el artículo 12 del Reglamento de la SGCA, que establece lo siguiente:

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

- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.

De la norma antes citada se advierte que son supuestos de invalidez que originan la nulidad de una resolución de la SGCA el que esta sea emitida por autoridad

incompetente; que contravenga el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es decir, que viole el principio de jerarquía normativa (lo que implica que su objeto o contenido sea ilegal o ilícito); que su contenido u objeto sea de imposible ejecución; y que no cumpla con las normas esenciales del procedimiento.

Finalmente, resulta pertinente tener presente el artículo 39 del Reglamento de la SGCA, que estipula lo siguiente:

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

De acuerdo a lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de la SGCA, las resoluciones de este organismo comunitario pueden ser impugnadas si incurren en el vicio de desviación de poder; esto es, cuando no cumplen la finalidad legítima prevista en la norma comunitaria correspondiente.

Considerando los artículos 7, 8, 9, 12 y 39 del Reglamento de la SGCA, es posible afirmar que son elementos esenciales de validez de las resoluciones de la SGCA, los siguientes:

- a) Ser emitidas por autoridad competente;
- b) Estar debidamente motivadas (fundamentos de hecho y de derecho);
- c) Tener contenido u objeto legal o lícito, lo que implica respetar el principio de jerarquía normativa;
- d) Tener contenido u objeto físicamente posible, lo que implica, además, que deba estar determinado;
- e) Cumplir con las normas esenciales del procedimiento; y,
- f) No incurrir en desviación de poder, lo que significa cumplir con la finalidad legítima (causa) prevista en la norma comunitaria correspondiente.

En contraposición a lo anterior, son presupuestos de invalidez que originan la nulidad de una resolución de la SGCA, cualquiera de los siguientes:

- a) Ser emitidas por autoridad incompetente;

- b) Carecer de motivación, lo que se conoce como el falso supuesto de hecho y de derecho;
- c) Contravenir el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; es decir, que viole el principio de jerarquía normativa (lo que implica que su objeto o contenido sea ilegal o ilícito);
- d) Tener contenido u objeto indeterminado o físicamente imposible (de imposible ejecución);
- e) No cumplir con las normas esenciales del procedimiento; e,
- f) Incurrir en desviación de poder, lo que implica incumplir la finalidad (causa) pública prevista en la norma comunitaria respectiva.

Por lo tanto, para declarar la nulidad de una Resolución de la SGCA, basta que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados.

7. *PROCEDIMIENTO APLICABLE A LA ACCIÓN DE NULIDAD*

El artículo 45 del Estatuto del TJCA establece cuáles son los presupuestos formales para la interposición de la acción de nulidad.²⁶ En complemento con ello, el artículo 46 de la misma norma establece que la demanda de nulidad debe contener lo siguiente:

- a) Los nombres y domicilios del actor y de la parte demandada, así como su naturaleza jurídica. En el caso de los países miembros, la indicación de la Autoridad Nacional Competente.

26 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores publicada el 28 de junio de 2001.

“Artículo 45.- Presentación de la demanda

Todo proceso relacionado con las acciones de nulidad y de incumplimiento, con el recurso por omisión o inactividad y con las reclamaciones de carácter laboral se iniciará mediante demanda suscrita por la parte y su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal y presentada ante el Secretario en original y tres copias.

También podrá enviarse la demanda vía facsímil, por correo o por medios electrónicos con el debido soporte de confirmación de recibo por parte del Tribunal. En este caso, el demandante tendrá un plazo de tres días para remitir por correo el original de la demanda y sus anexos. De lo contrario, la demanda se tendrá por no presentada. En el caso de que la demanda no se presente personalmente ante el Tribunal, y cuando el demandante sea una persona natural o jurídica, las firmas de la parte o de su representante legal y la del abogado, deberán estar debidamente reconocidas ante notario o juez competente del respectivo País Miembro.”

- b) La identificación del abogado del demandante.
- c) El objeto de la demanda.
- d) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la acción o al recurso;
- e) Los fundamentos de derecho de las pretensiones de la acción o del recurso;
- f) El ofrecimiento de pruebas y la petición concreta de que se decreten y se practiquen las mismas, si fuere el caso; y,

Opcionalmente, el domicilio del actor en la sede del Tribunal y el nombre de la persona autorizada para recibir notificaciones en ella.

Conforme a lo estipulado en el artículo 47 del Estatuto del TJCA, constituyen anexos de la demanda los siguientes documentos:

- a) Cuando el demandante sea un País Miembro o un órgano o institución del SAI deberá acompañar copia simple del nombramiento de su representante legal.
- b) Cuando el demandante sea una persona jurídica, la prueba que acredite su existencia y la identidad de su representante legal.
- c) El poder conferido a quien actúe como su mandatario judicial.
- d) Los documentos y pruebas que se encuentren en su poder.

Asimismo, el artículo 48 señala que, en atención a determinadas circunstancias específicas, la demanda de nulidad debe incluir la siguiente documentación:

- a) Si el actor es un País Miembro, la demostración de que la Decisión impugnada no fue aprobada con su voto afirmativo.
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.
- c) La copia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio que se impugna.
- d) La indicación de las normas que se estimen violadas y las razones de la transgresión.

- e) Cuando la acción se interponga contra una Resolución de efectos particulares, la designación y lugar en el que se debe notificar a los destinatarios o beneficiarios del acto impugnado.

Una vez admitida a trámite la demanda y efectuada la contestación que corresponde, el proceso de la acción de nulidad incluye una etapa probatoria, Audiencia Pública, la presentación de alegatos de conclusiones y, finalmente, la emisión de la decisión del TJCA.

8. MEDIDAS CAUTELARES

Como se señaló previamente, en virtud de la presunción de legalidad, la interposición de acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia del acto cuestionado.

Sin embargo, ante la posibilidad de un perjuicio irreparable o de difícil reparación y a petición del demandante, el TJCA se encuentra facultado a ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer la aplicación de otras medidas cautelares, conforme a las siguientes reglas:²⁷

- a) En el caso de que se cuestione una disposición comunitaria de contenido general, debe acreditarse la manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento. Ello debe poder ser percibido me-

27 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores publicada el 28 de junio de 2001.

“Artículo 105.- Suspensión provisional y medidas cautelares

La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

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

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

dian­te una elemental comparación entre el dispositivo cuestionado y el que presuntamente se habría vulnerado.

- b) En el caso de que se cuestione una disposición comunitaria de contenido particular, debe acreditarse: (i) la manifiesta violación de la norma de superior jerarquía; y, (ii) los perjuicios irreparables o de difícil reparación que podría causar la ejecución de la norma cuestionada.
- c) La medida solicitada debe ser sustentada de modo expreso en la demanda.

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

9. ESTADÍSTICAS

9.1. Causas recibidas

El TJCA ha recibido 62 acciones de nulidad en el periodo comprendido entre enero de 1984 y julio de 2016, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1

DEMANDANTES	NÚMERO DE ACCIONES
Colombia	12
Perú	8
Ecuador	4
Bolivia	1
Venezuela	2
Particulares (personas naturales personas jurídicas)	34
Junta del Acuerdo de Cartagena (actualmente, la Secretaría General de la Comunidad Andina)	1
TOTAL	62

Fuente: Elaboración propia

Del análisis de los expedientes de las 62 acciones de nulidad planteadas ante el TJCA, se advierte que la SGCA es el órgano con mayor número de demandas, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2

DEMANDANDOS	NÚMERO DE DEMANDAS
Secretaría General de la Comunidad Andina	40
Junta del Acuerdo de Cartagena (actualmente, la Secretaría General de la Comunidad Andina)	10
Comisión del Acuerdo de Cartagena	4
Comisión de la Comunidad Andina	3
Parlamento Andino	3
Comunidad Andina	1
Venezuela	1
TOTAL	62

Fuente: Elaboración propia

9.2. Causas resueltas

El TJCA ha resuelto 57 acciones de nulidad y 5 se encuentran en trámite. Al resolver estas 57 acciones, el Tribunal ha resuelto en el sentido detallado en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3

SENTIDO DEL FALLO DEL TRIBUNAL	NÚMERO DE CAUSAS
Declaración de nulidad de las normas impugnadas	17
• Nulidad total	10
• Nulidad parcial	7
Declaración de improcedencia de la demanda	5
Declaración de inadmisibilidad de la demanda	16
Declara infundada la demanda	16
Declaración de desistimiento de la demanda	1
Archivo del proceso	2
TOTAL	57

Fuente: Elaboración propia

10. CONCLUSIONES

La Comunidad Andina es un organismo internacional constituido por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú con el objetivo de promover el desarrollo

equilibrado y armónico de estos países mediante la integración y la cooperación económica y social. Como parte de su engranaje institucional, la Comunidad Andina cuenta con un órgano jurisdiccional permanente: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es una corte internacional y tiene competencia para conocer acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, recursos por omisión o inactividad, e interpretaciones prejudiciales. Asimismo, respecto de temas bastante específicos, tiene competencia para conocer demandas laborales y ejercer función arbitral.

La acción de nulidad es el instrumento procesal por medio del cual el mencionado Tribunal efectúa el control de legalidad de los actos comunitarios que podrían contravenir el ordenamiento jurídico andino, con la finalidad de garantizar la aplicación del principio de jerarquía normativa.

Al momento de definir los actos comunitarios susceptibles de ser impugnados mediante la acción de nulidad, el Tribunal ha confirmado su competencia respecto de los que tienen efectos jurídicos vinculantes, y la ha descartado respecto de las opiniones, los actos preparatorios u otros que carecen de efectos jurídicos vinculantes.

La acción de nulidad importa un análisis de legalidad o validez de la norma impugnada que tiene por objeto determinar si esta respeta o no las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico comunitario. Conforme a la jurisprudencia emitida por el Tribunal, este análisis implica, además, la verificación del cumplimiento de los elementos esenciales del acto impugnado, a saber: a) la competencia, b) la formalidad, c) la finalidad, d) la causa y e) el objeto.

Finalizado el examen de legalidad realizado por el Tribunal, se declara la nulidad total o parcial del acto impugnado, en los casos en que así corresponda. Como parte de su fallo, el Tribunal puede señalar expresamente cuáles serán los efectos que su sentencia tendrá en el tiempo. La sentencia emitida por esta corte internacional vincula al órgano u organismo comunitario cuyo acto ha sido anulado, de manera tal que este último se encuentra obligado a adoptar las disposiciones necesarias para asegurar su cumplimiento efectivo dentro del plazo fijado en la sentencia.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha venido cumpliendo de manera satisfactoria su rol de garante de la aplicación uniforme y coherente del ordenamiento jurídico andino. En el caso particular de la acción de nulidad, lo demuestran las cifras presentadas en el presente documento. Aún resta camino por recorrer en el proceso de consolidación del Sistema Andino de Integración y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ostenta un papel determinante para este propósito.

11. BIBLIOGRAFÍA

– MORENO LOAYZA, Guadalupe. “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias”, En *Publicaciones del Tribunal*. Quito: Estudios 4, 1987.

– NOVAK TALAVERA, Fabián. “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”. En SALMÓN GÁRATE, Elizabeth y otros. *Derecho Comunitario Andino*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

– QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

– SÁCHICA, Luis Carlos. *Derecho comunitario andino*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1990.

– TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Testimonio comunitario*. Primera Edición. Quito, 2004.