

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO “JUEZ NACIONAL” EN LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO*

THE EVOLUTION OF THE CONCEPT “NATIONAL JUDGE” ON THE PRELIMINARY RULING INTERPRETATION IN THE ANDEAN COMMUNITARIAN LAW

*Omar Alfonso Cárdenas Caycedo***

Resumen

El Derecho Comunitario Andino impone la obligación al juez nacional de acudir a la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), cuando en la sentencia deba aplicar una norma comunitaria, trámite que se realiza bajo unas reglas determinadas en los tratados respectivos y sus protocolos adicionales. El presente artículo estudia el desarrollo del concepto «juez nacional»

Recibido: 13 de marzo de 2017 - Aprobado: 6 de diciembre de 2017.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso. La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 46 Julio – Diciembre. 2017, pp. 95-126.

** Abogado de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Procesal Civil y Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Conciliador en ejercicio. Curso en “Derecho Comunitario y solución de controversias en la comunidad andina” ofrecido por el Tribunal de Justicia de la comunidad andina. Actualmente Director de Grupo de Investigación CEJA, categoría C en Colciencias, Director del Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos CIESJU y docente en pregrado y posgrado de la Universidad de Nariño. Secretario del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Contacto: omalca-udenaar@hotmail.com

La evolución de concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial

en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señalando que actualmente varias autoridades nacionales se encuentran obligadas a solicitar la interpretación prejudicial ante dicho organismo, en una gran variedad de procesos. La importancia del tema surge al advertir que la omisión en el mencionado trámite, abriría el paso a la acción de incumplimiento en contra del estado infractor.

Palabras clave: Interpretación prejudicial, derecho comunitario andino, juez nacional, Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Abstract

Andean Community Law imposes an obligation on the national judge to apply the interpretation preliminary to the Court of Justice of the Andean Community, when in the judgment should apply a community rule, procedure that is carried out under rules determined in the respective treaties and their Protocols. This article studies the development of the concept of “national judge” in the decisions of the Court of Justice of the Andean Community, pointing out that a number of national authorities are now required to request a preliminary ruling from the national court in a wide variety of cases. The importance of the subject arises when noting that the omission in the mentioned procedure, would open the step to the action of non-fulfillment against the infringing state.

Keywords: Preliminary interpretation, Andean Community Law, national judge, Andean Community, Court of Justice of the Andean Community.

Introducción

La Comunidad Andina se encuentra integrada por Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, constituyendo uno de los procesos de integración económica más antiguos e interesantes del mundo. Pese a las dificultades que en diferentes etapas ha afrontado el proceso¹, éste se ha consolidado y ha sentado fuertes bases en aspectos aduaneros, de comercio exterior y migración, entre otros. Una de las grandes diferencias existentes entre el proceso de integración andino y otros procesos, en los que incluso participan los mismos países, es justamente la existencia de un ordenamiento jurídico organizado, con fuentes claras, un

¹ Valga mencionar la salida de Venezuela de la Comunidad Andina a raíz de las divergencias sobre la negociación de tratados de libre comercio con Estados Unidos y la Unión Europea.

sistema de solución de diferencias bastante desarrollado y con organismos comunitarios que dan vitalidad a la comunidad.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) es un organismo judicial de carácter comunitario que se cataloga como intérprete autorizado del derecho andino, tanto principal y secundario². Los jueces nacionales, es decir, las autoridades jurisdiccionales de los países miembros, también hacen parte del sistema, siendo su obligación aplicar el derecho comunitario en sus decisiones³. Los tratados que constituyen el derecho primario andino exigen a los jueces nacionales, bajo ciertas reglas, que antes de aplicar el derecho andino deben solicitar interpretación prejudicial obligatoria. EL TJCA en los pronunciamientos sobre interpretación prejudicial solicitada por autoridades judiciales de todos los países miembros ha decantado el tema, ampliando la concepción respecto de las autoridades que deben acudir a dicho trámite⁴.

El presente artículo pretende otorgar una visión al lector sobre la concepción del «juez nacional» desarrollada en sede del TJCA. Para ello se adelantará la

² Cfr. TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. El derecho andino en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006.

³ Los jueces nacionales son también jueces comunitarios, tanto en el escenario de la Comunidad Andina, como en el derecho comunitario europeo. En efecto en la UE existe la denominada «cuestión prejudicial», en la cual los jueces naciones acuden ante el Tribunal de Justicia de la UE a fin de lograr el entendimiento de las normas comunitarias, siguiendo los términos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Sin embargo, en dicho sistema se ha consolidado la denominada «teoría del acto claro», en virtud del cual el juez nacional puede obviar la cuestión prejudicial cuando la norma es clara o ya ha existido pronunciamiento del TJUE, teoría que no es de recibo en el sistema comunitario andino. (Cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Madrid: editorial Tecnos. 2015, pp. 465 y ss).

⁴ En el derecho de la Unión Europea el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece que la «cuestión prejudicial» debe ser requerida por todo «órgano jurisdiccional», contrario al criterio adoptado en el sistema comunitario andino, en el cual se hace referencia a los «jueces nacionales». El Tribunal de Justicia de la UE también ha decantado su postura en casos como *Vaassen Göbbels*, sobre el cual ha dicho la doctrina especializada en el tema: «...los elementos determinantes para apreciar si el organismo remitente constituye un órgano jurisdiccional son los siguientes: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia», y que posteriormente el mismo TJUE ha ido ampliando así «... admitiendo cuestiones prejudiciales planteadas por colegios profesionales llamados a adoptar decisiones de naturaleza jurisdiccional, jueces instructores, tribunales económico administrativos españoles, Tribunal de Defensa de la Competencia español» (MANGAS MARTÍN, Araceli. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Madrid: editorial Tecnos. 2015, p. 467).

siguiente agenda de trabajo: (i) se realizará una presentación general del ordenamiento jurídico andino; (ii) se estudiará el trámite de la interpretación prejudicial (en adelante IP) ante el TJCA; (iii) se presentará el desarrollo de la figura del «juez nacional» en la jurisprudencia del TJCA; (iv) se analizará la figura del «juez comunitario» o «juez andino» dentro del Sistema de Controversias de la Comunidad Andina.

Frente a la tipología de la investigación ésta se desarrolló con enfoque cualitativo y método hermenéutico⁵ analítico, teniendo como fuentes primarias los pronunciamientos del TJCA y la normatividad comunitaria andina. La investigación utilizó el rastreo de la posición jurisprudencial en torno al problema planteado, esto es, el entendimiento del concepto de «juez nacional» por parte del TJCA, a través de las citas realizadas en los fallos más recientes⁶ y en los sucesivos pronunciamientos encontrados; finalmente, para consolidar el análisis sobre las fuentes primarias, se acudió a la producción académica disponible sobre el tema.

1. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina cuenta con varios tratados fundacionales debidamente ratificados por los países miembros, junto con los respectivos protocolos adicionales. Estos tratados establecen los fines generales de la comunidad, sus órganos y la forma de expedir normas comunitarias, entre otras obligaciones. Existe un conceso general en denominar a estos tratados fundacionales como «derecho primario»⁷.

⁵ Sobre la hermenéutica como elemento dentro de la investigación en las ciencias sociales, ver: ÁNGEL PÉREZ, Darío Alberto. *La hermenéutica y los métodos de investigación en ciencias sociales*. En: *Estudios de Filosofía*. Universidad de Antioquia. 2011, pp. 9-37.

⁶ En este punto debe aclararse que, si bien se utilizó el mecanismo de revisión de sentencias a través de las citas realizadas por el propio TJCA en los fallos más recientes, en el presente artículo no se utilizó la metodología de «línea jurisprudencial» propuesta por el profesor Diego López Medina. (Cfr. López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá D.C.: Legis Editores—Ediciones Uniandes, 2002).

⁷ «El ordenamiento jurídico andino se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas, las denominadas originarias, primarias o constitucionales, contenidas en el Tratado Constitutivo del Acuerdo de Cartagena, protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y su protocolo modificadorio de Cochabamba; y las llamadas derivadas o secundarias, que son las contenidas en las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, en las resoluciones de la Secretaría General y en los Convenios de complementación industrial» (TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. *El derecho andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006, p. 37).

El derecho primario tiene como característica la supremacía al interior de la Comunidad Andina, de tal forma que todas las normas que emanen de los órganos comunitarios no pueden ir en contravía de los tratados. El derecho primario puede enumerarse así: (i) Acuerdo de Cartagena, sus protocolos modificatorios (protocolo de Sucre) e instrumentos adicionales. (ii) Tratado de Creación del TJCA, sus protocolos modificatorios (protocolos de Trujillo y Cochabamba) e instrumentos adicionales.

La Comunidad Andina cuenta con varios organismos comunitarios, entre los que cabe destacar: (i) Consejo Presidencial Andino: Conformado por los presidentes de los países miembro, establece la política general de la comunidad. (ii) Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores CAMRE: Conformado por los ministros de relaciones exteriores de los países miembros, cuenta con la potestad de emitir normas denominadas «Decisiones». (iii) Comisión de la Comunidad Andina: Conformada por los delegados plenipotenciarios de los países miembros, generalmente ministros de comercio, cuenta también con la potestad de proferir «Decisiones». (iv) Secretaría General: tiene sede en la ciudad de Lima y profiere «resoluciones», prácticamente encarna el poder ejecutivo de la comunidad. (v) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: tiene sede en la ciudad de Quito y es el órgano judicial de la comunidad, siendo así intérprete autorizado del derecho primario y secundario.

Los órganos comunitarios que cuentan con potestad para expedir normas en virtud de los tratados, generan lo que se denomina derecho secundario. Lleva este nombre por cuanto su contenido no surge directamente de la voluntad de los estados expresada en un tratado internacional a la usanza común en el derecho internacional público, sino que su obligatoriedad surge por haber sido expedida por un órgano comunitario al cual los estados han cedido parte de su soberanía a través de los tratados constitutivos.

El derecho secundario es cambiante y puede ser objeto de modificaciones a través de normas posteriores. Por el contrario, el derecho primario cuenta con mayor estabilidad por encontrarse en tratados internacionales de difícil o complejo cambio. El derecho secundario se constituye por: (i) Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, (ii) Decisiones de la Comisión, (iii) Resoluciones de la Secretaría General y (iv) los convenios de complementación industrial⁸.

1.1 El ordenamiento andino de cara al ordenamiento interno

En los países miembros de la Comunidad Andina no sólo se encuentra vigente el derecho interno, ordinario o tradicional, conformado por constitución, leyes,

⁸ TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. Op. cit., p. 48.

decretos y otras normas; también rige en pleno vigor y con fuerza vinculante el derecho comunitario andino⁹, tanto primario como secundario.

La anterior afirmación encuentra asidero en los principios que rigen el derecho comunitario andino que emergen de los tratados constitutivos, entre los cuales cabe destacar los siguientes: (i) Aplicación inmediata: las normas comunitarias derivadas o secundarias no requieren un proceso de ratificación ni posterior control de constitucionalidad, como normalmente ocurre con los tratados internacionales. De este modo, por ejemplo, cuando la Comisión expide una decisión andina y ésta entra en vigencia, la misma ya es aplicable y vinculante al interior de todos los países de la Comunidad Andina, sin necesidad de ser ratificada por algún órgano interno¹⁰. (ii) Efecto Directo: entendido como la posibilidad de hacer exigibles las normas comunitarias ante las autoridades nacionales de los países miembro.¹¹ (iii) Primacía del Derecho Comunitario: Los

⁹ Debe diferenciarse la Comunidad Andina cuya finalidad se acerca más a facilitar el comercio, de otros sistemas internacionales a los cuales pertenece Colombia, por ejemplo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una diferencia central radica en el que el SIDH no cuenta con órganos permanentes que tengan la facultad de emitir normas de derecho que obliguen a los estados miembros sin necesidad de ratificación, situación que sí se presenta en la Comunidad Andina. Otra diferencia sustancial radica en que la Convención Americana ingresa al bloque de constitucionalidad a la luz de la Constitución Política de Colombia, no así las normas comunitarias andinas. Igualmente se establece como diferencia que la Comunidad Andina cuenta con un número mucho mayor y complejo de órganos permanentes, que no se reduce a la actividad jurisdiccional, sino también ejecutiva e incluso legislativa. No obstante, al interior del SIDH se han presentado discusiones sobre la actividad empresarial, pero siempre en torno a los derechos humanos. Si se desea consultar sobre el tema corporativo en el SIDH ver: MOLINA PORTILLA, Diana María. Sistema Interamericano, empresas transnacionales mineras y estados de origen: improcedencia de la excepción de falta de jurisdicción entre estados miembros. En. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 2016, pp. 57-92. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.siet> (fecha de consulta: Febrero de 2017).

¹⁰ El principio de aplicabilidad inmediata es propio del contexto europeo y según reputados autores del sistema europeo de integración, desarrolla una visión monista de la relación entre el derecho interno y el internacional. (Cfr. ISAAC, Guy. *Manual de Derecho comunitario general*. Barcelona: Editorial Ariel. 4 ed. 1997, p. 190.

¹¹ El efecto o aplicabilidad directa también es un desarrollo propio del derecho comunitario europeo: «Concretamente, el efecto directo o la aplicabilidad directa, “es el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que seas la legislación del país del que depende» (R. Leocurt, *L’Europe des juges*, Bruselas, Bruylant, 1976,248) Reconocer el efecto directo, es garantizar el estatuto jurídico del ciudadano europeo.” (ISAAC, Guy. Op. cit., p. 194)

estados no pueden excusar el cumplimiento de las normas comunitarias tanto primarias como secundarias, en virtud de disposiciones de derecho interno; en consecuencia, las normas comunitarias se aplican de manera prevalente frente al ordenamiento jurídico interno¹².

2. El tribunal de justicia de la Comunidad Andina

El Sistema Andino de Integración (SAI) cuenta con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹³ como intérprete autorizado y guardián del derecho de la comunidad. La existencia del TJCA diferencia sustancialmente el proceso de integración andino de otros procesos en los que incluso participan los mismos países del entorno CAN; por ejemplo, Unasur o Alianza de Pacífico¹⁴ no cuentan con un órgano judicial activo con el estatus de corte comunitaria o internacional.

El TJCA dinamiza el derecho andino permitiendo que el mismo se haga exigible al interior de los países miembros, cumpliendo un papel similar al de su homólogo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁵. El sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina debe diferenciarse de otros

¹² Este principio también se encuentra desarrollado en el sistema europeo. (Cfr. ISAAC, Guy. Op. cit., p. 208).

¹³ Para conocer la composición y funcionamiento del TJCA puede consultarse: VIGIL TOLEDO, Ricardo. La estructura jurídica de la Comunidad Andina. 2ed. Quito: Corporación Editora Nacional Universidad Andina Simón Bolívar. 2011, p. 59.

¹⁴ El proceso de integración de Alianza del Pacífico se ha calificado por la doctrina especializada, como tenue, tal como ocurre con la opinión de Juan Pablo Pampillo. Adicionalmente se le ha criticado la falta de claridad frente a un mecanismo efectivo de solución de controversias. En tal sentido: «Finalmente, por lo que hace a la estructura institucional de la AP, sería muy conveniente la creación de un Tribunal de Justicia para garantizar, interpretar y desarrollar el derecho de la Alianza, tanto el creado internacionalmente por los tratados y declaraciones fundacionales, como el que eventualmente sea establecido por su estructura institucional. La creación de un Tribunal con jurisdicción contenciosa y también consultiva, por ejemplo, para la revisión de las propuestas normativas, sería un hito fundamental para consolidar una auténtica comunidad de derecho que promueva la integración regional.» (PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. La Alianza del Pacífico y la integración jurídica latinoamericana. Antecedentes, balance y perspectivas. En: La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015, p. 393).

¹⁵ En las acciones y procedimientos ante el TJUE se observa que el recurso por incumplimiento sólo puede ser interpuesto por un estado o por la comisión (art. 259 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea/TFUE). Ante el TJCA la acción por incumplimiento puede ser ejercida por un particular que acredite interés. El recurso de anulación en el TJUE sí puede ser interpuesto por particulares (art. 263 TFUE), al igual que ocurre

que no ostentan el carácter de comunitarios¹⁶, como el existente en sede de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que pretende desatar conflictos directamente entre estados¹⁷.

Son varias las acciones y procedimientos que se tramitan ante el TJCA¹⁸ así: (i)

- a) Acción de Incumplimiento: Procede en caso de que un estado miembro a través de uno de sus organismos, incumple las disposiciones del ordenamiento jurídico andino, sea primario o secundario; esto ocurriría, por ejemplo, si una autoridad judicial nacional no aplica una decisión de la comisión o del CAMRE, pudiendo el estado o particular afectado acudir a la acción de incumplimiento a fin de que se ordene al estado infractor ajustar su conducta. Esta acción no se puede incoar directamente, puesto que requiere agotar una reclamación prejudicial¹⁹ ante la Secretaría General de la Comunidad Andina; surtido dicho trámite, la acción se abre paso directamente ante el TJCA. La sentencia del TJCA que declara el incumplimiento ordena al estado acatar la normatividad andina y, en segundo lugar, es título legal y suficiente para reclamar ante el juez interno competente, los daños y perjuicios causados.
- b) Acción de nulidad: Es la acción establecida para depurar el ordenamiento jurídico andino, específicamente el secundario, cuando contraviene una norma de derecho comunitario primario, es decir, para proteger el imperio de los tratados sobre otras normas comunitarias derivadas.

con la acción de anulación del TJCA. El recurso por omisión (art. 265 TFUE) igualmente puede presentarse por particulares tanto en el TJUE como ante el TJCA.

¹⁶ Un estudio que analiza las perspectivas de los tratados OMC al interior de la Comunidad Andina, es: INSIGNARES, Silvana. El derecho comunitario andino. Una herramienta en la integración andina. En: TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric (editor). Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración. Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008, p. 305.

¹⁷ El sistema de solución de diferencias de la OMC tiene como objetivo desatar los conflictos que pudieren surgir entre los estados en razón al incumplimiento o indebida aplicación de los tratados que dicho organismo administra. Para profundizar el sistema OMC ver: BURGOS SILVA, Germán. Conflictos Comerciales Internacionales: el acceso al mecanismo de solución de controversias de la OMC. Bogotá: Universidad Libre. 2012.

¹⁸ Para un estudio académico sobre las acciones y sus especificidades consultar: TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. Op. cit., y VIGIL TOLEDO, Ricardo. Op. cit.

¹⁹ La fase prejudicial de incumplimiento se encuentra regulada por la Decisión 623 y se cobija con los principios fijados en la Decisión 425. Dicho procedimiento se encuentra documentado por la instancia competente, esto es la Secretaría General de la Comunidad Andina, para lo cual se puede consultar: SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Manual de procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias. Lima: Realidades S.A. 2008, p. 13.

- c) Recurso por omisión o por inactividad: procede cuando un organismo comunitario omite dar cumplimiento a una norma comunitaria andina. El objetivo del trámite es ordenar al organismo respectivo ajustar su conducta a la norma andina.
- d) Interpretación Prejudicial: Trámite que solicitan las autoridades judiciales, directamente ante el TJCA, con el fin de que éste -como intérprete autorizado de ordenamiento jurídico andino- fije el correcto entendimiento de una norma comunitaria primaria o secundaria que se pretende utilizar en un procedimiento judicial interno. El TJCA emite la interpretación, la cual es obligatoria para el juez peticionario, aclarando que el TJCA no entra a fallar el fondo del asunto, ni valora pruebas, únicamente interpreta el contenido normativo del ordenamiento andino. Si una autoridad judicial omite solicitar la interpretación judicial, se produce una infracción al derecho comunitario que puede ser atacada por vía de la acción de incumplimiento.
- e) Acción Laboral: destinada a los trabajadores de los organismos comunitarios andinos a fin de que hagan valer sus derechos laborales.
- f) Función Arbitral: El TJCA puede fungir como corte arbitral siempre que así se establezca en un contrato, regido bajo los parámetros del derecho comunitario andino²⁰.

2.1 Obligatoriedad del trámite de la interpretación prejudicial para las autoridades judiciales nacionales

El Tratado de Creación del TJCA, modificado por el Protocolo de Cochabamba, fue codificado mediante la Decisión 472 de la Comisión, y en sus artículos 32 a 36 reglamenta la interpretación prejudicial. De las mentadas normas puede extraerse las características de este procedimiento comunitario:

- a) LA FINALIDAD DE LA INTERPETACIÓN PREJUDICIAL: Es la aplicación uniforme del derecho andino en los estados miembro, puesto que es perfectamente previsible que las autoridades judiciales de cada estado, con su respectivo órgano de cierre, generen opiniones diversas sobre la aplicación del derecho comunitario, por lo que el TJCA a través de la interpretación prejudicial pretende alcanzar la unificación.
- b) COMPETENTE: La IP es realizada por el TJCA, la decisión proferida no tiene recursos.
- c) JUEZ OBLIGADO A SOLICITARLA: Según el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA los jueces nacionales que conozcan de un proceso en

²⁰ La función arbitral, pese a su utilidad, no ha sido utilizada. Cfr. VIGIL TOLEDO, Ricardo. Op. cit., p. 138.

el cual se aplique o controvierta una norma andina, podrán solicitar la IP al TJCA directamente, esto es, sin necesidad de acudir a la cancillería. Si la decisión que eventualmente profieran cuenta con recursos, la IP es facultativa y en caso de solicitarse, el proceso no se suspende y de llegar a la etapa de sentencia, podrá proferirse sin necesidad de esperar el pronunciamiento del TJCA. Por el contrario, si la decisión a proferirse no cuenta con recursos ordinarios la IP es absolutamente obligatoria y el proceso se suspende hasta tanto se pronuncie el TJCA²¹.

- d) PROCESOS EN EL QUE RESULTA OBLIGATORIA: Según el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, la IP es obligatoria en todos los procesos que se tramiten por los jueces nacionales de los estados miembro, siempre que deba aplicarse o se controvierta alguna norma de las que conforman el ordenamiento jurídico andino.
- e) ALCANCE DEL TJCA: El TJCA al pronunciarse únicamente debe precisar el contenido y alcance de las normas andinas referidas al caso concreto, según lo señala el artículo 34 del Tratado de Creación. Por lo tanto, el TJCA no puede interpretar las normas de derecho interno, ni referirse al debate probatorio. Recibida la IP por el juez nacional que la solicitó, será éste el competente para resolver el fondo del asunto, teniendo total libertad para interpretar el derecho nacional y valorar los hechos y pruebas del caso, pero en lo tocante a la norma comunitaria deberá aplicarla tal como indicó el TJCA.
- f) VINCULATORIEDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL TJCA: Según el artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA, el juez nacional queda sometido obligatoriamente a la interpretación que del derecho andino haga el TJCA.
- g) CONSECUENCIAS DE PRETERMITIR LA SOLICITUD DE IP: Teniendo en cuenta que los artículos 32 a 36 del Tratado de Creación del TJCA configuran normas de derecho comunitario primario, si un juez nacional no solicita la IP en los eventos en los cuales resulta obligatoria, o habiéndola solicitado se aparta de la misma, causa un incumplimiento de la normatividad andina por parte del estado. En ese evento, un estado miembro o un particular afectado pueden iniciar los trámites correspondientes a la acción de incumplimiento, según lo dispone los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación del TJCA.

La acción de incumplimiento agota una fase prejudicial ante la Secretaría General, para luego ser conocida por el TJCA quien podrá mediante sentencia declarar el incumplimiento del país miembro (artículo 27 del

²¹ Ver Artículo 33 Tratado de Creación del TJCA modificado por el Protocolo de Cochabamba.

Tratado) y ordenarle adoptar las medidas para ajustar conducta al derecho andino. En términos generales conlleva a rehacer el proceso conforme a las disposiciones comunitarias. El particular afectado podrá, con la sentencia que declara el incumplimiento, acudir a la jurisdicción interna para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes, tal como lo ordena el artículo 30 del Tratado. En tal evento cabe la acción de repetición en contra del funcionario judicial que pretermitió el trámite de IP o habiéndolo solicitado, no acató la interpretación fijada por el TJCA.

- h) **NO REQUIERE DE EXHORTO:** La solicitud de IP no requiere del trámite de exhorto a través de las cancillerías, por el contrario, los jueces nacionales pueden solicitar la IP directamente. El TJCA ha instado a las autoridades judiciales nacionales a acudir a la IP sin utilizar el mecanismo del exhorto²².

En términos de estadísticas disponibles en el sitio web del TJCA²³, las IP alcanzan un total de 3.460 causas juzgadas por el TJCA entre 1985 a 2015. Según el documento “Informe de Labores Gestión 2015” del TJCA²⁴, las estadísticas en torno a la IP son las siguientes: (i) Las IP concentraron la mayor actividad del TJCA en el año 2015, así: (a) IP: 691, (b) Acciones de Nulidad: 5, (c) Acciones por incumplimiento: 10, (d) Demandas laborales: 0, (e) Recursos por omisión: 1. (ii) Frente a las estadísticas por países que solicitan la IP para el año 2015, a la cabeza se encuentra Colombia así²⁵:

Colombia	397
Perú	218
Ecuador	42
Bolivia	24

²² El TJCA sobre el particular, en un caso en el que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá solicitó la IP a través del mecanismo del exhorto, manifestó: “En consecuencia, se precisa que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en próximas oportunidades debe solicitar interpretación prejudicial directamente ante este Tribunal Comunitario sin necesidad de exhorto, en vista a que la normativa jurídica comunitaria así lo dispone. Para un mejor entendimiento del tema, el Tribunal adjunta la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, publicada en la G.O.A.C. N°. 694” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 35-IP-2014. Caso Marca LUBRAL, Glanton Ltda Vs Aldicom Operadores Ltda).

²³ Ver: Estadísticas de procesos judiciales, en: http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24 (fecha de consulta: 12 de marzo de 2017).

²⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de Labores Gestión 2015, pp. 69 y ss.

²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de Labores Gestión 2015, p. 70.

(iii) En el año 2015 las IP trataron temas principalmente marcarios (458), seguido por patentes (77) e infracción de derechos de propiedad industrial (45), entre otros temas²⁶.

Resulta claro que el trámite de las IP corresponde al primer lugar en los números del TJCA, y es evidente igualmente un repunte año a año del número de IP solicitadas.²⁷ La actividad del TJCA en torno a las IP es bastante prolífica y debe destacarse el importante número de solicitudes que se remiten desde la República de Colombia.

3. Evolución del concepto “juez nacional” como legitimado en la interpretación prejudicial

3.1 El concepto de “juez nacional” en las disposiciones andinas

La interpretación prejudicial resulta obligatoria para los jueces nacionales de cada uno de los países miembro, siempre que la sentencia a proferirse en el respectivo proceso no sea susceptible de recursos, y si lo es, la IP será facultativa. El artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA así lo establece, imponiendo tal obligación a los “jueces nacionales”. La Decisión 500 del CAMRE, que contiene el Estatuto del TJCA, acude a idéntico concepto en el aparte pertinente al desarrollo de la interpretación prejudicial, tal como puede observarse en los artículos 122²⁸, 123²⁹, 125³⁰ y 128³¹.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de Labores Gestión 2015, p. 71.

²⁷ “La actividad jurisdiccional del Tribunal se ha incrementado de manera exponencial desde el año 2014, especialmente en relación con las solicitudes de interpretación prejudicial que constituyen el 90% de la actividad judicial. En el período comprendido entre el 2008 y 2013 se habían recibido en promedio 172 solicitudes anualmente. En el año 2014 dicha cantidad prácticamente se duplicó y se recibieron 352 solicitudes, esta tendencia continuó durante el año 2015 en el que se alcanzó la cifra histórica de 691 solicitudes presentados por los órganos jurisdiccionales, entidades administrativas y tribunales arbitrales de los cuatro países miembro (...)” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de Labores Gestión, 2015, p. 7).

²⁸ Art. 122 Decisión 500 CAMRE: “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”.

²⁹ Art. 123 Decisión 500 CAMRE: “De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el que la sentencia fuera de única o última instancia, que

La “Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales” del 3 de agosto de 2001 (Gaceta Oficial No. 694), acude al concepto “juez nacional” como el facultado para solicitar la IP. El citado documento recalca que la IP es un mecanismo de cooperación entre el “juez nacional” y el comunitario, criterio que fue tomado del proceso 6-IP-93 caso Louis Vuitton. La “Nota Informativa” también recalca que la IP no es un medio probatorio, ni se limita a la absolución de un cuestionario, ni es un peritaje ni mucho menos una opinión doctrinal, por el contrario, la define como incidente procesal de carácter no contencioso; citando para ello el proceso 11-IP-96, Caso BELLMONT.

Sobre el instante procesal para solicitarla, la “Nota Informativa” aclara que puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, aunque se recomienda que la solicitud de IP se eleve una vez las dos partes hayan sido oídas en el proceso, con el fin de que el juez nacional pueda integrar de mejor manera los elementos fácticos y jurídicos del caso en la solicitud de IP; tomando como base para tal afirmación, el proceso 1-IP-87 Caso Aktiebolaget VOLVO.

Respecto del tema de congruencia, la “Nota Informativa” recuerda que es el TJCA el competente para determinar las normas a interpretar, adicionando o restringiendo las disposiciones objeto de IP, según corresponda. Dicho de otro modo, la solicitud que eleve el juez nacional para nada limita a que el TJCA se pronuncie sobre las normas comunitarias que estime pertinentes y aplicables al caso concreto, criterio que recoge el expuesto en el proceso 1-IP-94 Caso MC POLLO.

El TJCA en varios pronunciamientos producto de solicitudes de IP, ha procedido a aclarar la figura, a través de la creación de auténticas subreglas

no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.”

³⁰ Art. 125 Decisión 500 CAMRE: “La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al Tribunal deberá contener: (...)”.

³³¹ Art. 128 Decisión 500 CAMRE: “Los países miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación judicial”.

jurisprudenciales, que gozan de un carácter obligatorio teniendo en cuenta que se trata del intérprete autorizado de derecho comunitario andino, potestad que fue cedida por los países miembro y que por ende no puede ser usurpada por ninguna corte nacional.

A continuación, se presenta el desarrollo del concepto “juez nacional” en los procesos de interpretación judicial que han cursado en el TJCA.

3.2 Evolución del concepto “juez nacional” en los pronunciamientos del TJCA

En términos generales, el concepto “juez nacional” como sujeto activo de las solicitudes de IP, ha sido objeto de apertura paulatina por parte del TJCA, siendo bastante estricto y literal en un principio, hasta llegar a una noción bastante amplia e incluyente como ocurre en los pronunciamientos más recientes.

3.2.1 La primera etapa: “juez nacional” es una autoridad judicial

Desde el proceso 01-IP-87 (caso Aktiebolaget VOLVO), el TJCA reconoció el concepto de “juez nacional” como restringido a las autoridades judiciales. Aclaró que la interpretación de los tratados internacionales le corresponde a los países, pero en el escenario andino dicha potestad fue cedida al TJCA³²; en ese punto el TJCA procedió a configurar lo que denominó la “jurisdicción

³² “Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, a de interpretar sus normas “a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros” (art. 28 del Tratado de Creación del Tribunal), objetivo fundamental que esta lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales. Estos, de otra parte, tampoco están facultados, en general, para interpretar las normas contenidas en Tratados Internacionales, tarea que compete exclusivamente a las partes, las cuales, en el caso del Pacto Andino, la han delegado en el órgano judicial comunitario, como medio para lograr la solución pacífica de posibles conflictos que puedan presentarse en el proceso de integración andina, con lo que, además, el nuevo Derecho de la Integración adquiere plena vigencia en la vida misma de los países de la Subregión. Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónico 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 exclusiva competencia del juez nacional.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 01-IP-87. Caso Aktiebolaget VOLVO. MP. Guillermo Benavides Melo).

comunitaria andina”, así: “En otros términos, la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho”³³.

De manera temprana el TJCA aclaró que el concepto “juez nacional” hacía referencia al juez ordinario de cada país, punto que puede verse de manera muy clara en el proceso 04-IP-87 (Caso Kosta Azul)³⁴.

3.2.2 Segunda etapa: El “juez nacional” obligado a solicitar la interpretación prejudicial es el competente para desatar los recursos ordinarios, no los extraordinarios

Los sistemas procesales de los países de la Comunidad Andina cuentan con un sistema de recursos ordinarios, que básicamente permiten a la posibilidad de dos instancias. Así mismo, cuentan con recursos extraordinarios, entre los cuales se encuentra el de casación, que permite acusar la sentencia de segunda instancia de incurrir en unas determinadas causales, existiendo una corte encargada de desatar el recurso, sin que constituya, per sé, una tercera instancia³⁵.

Respecto de la Interpretación Prejudicial obligatoria surgió la duda sobre si la corte o tribunal que desate la casación era la obligada a solicitarla, o si por el contrario era el tribunal o juez de segunda instancia el encargado. Cuestionamiento que se presenta en la medida que el Tratado de Creación del TJCA establece que la IP se torna obligatoria para el juez nacional que va a proferir una decisión no susceptible de recursos.

³³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 01-IP-87. Caso Aktiebolaget VOLVO. MP. Guillermo Benavides Melo.

³⁴ Tribunal de Justicia de la comunidad Andina. 04-IP-89 Caso Kosta Azul. MP. Luis Antonio Alvarado Pantoja.

³⁵ En la República del Ecuador el recurso extraordinario de casación se encuentra regulado en el artículo 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), las causales –que en dicha legislación se denominan “casos”– se contemplan el artículo 268 del mismo estatuto; el recurso es decidido por la Corte Nacional de Justicia conforme lo señala el artículo 269. En la República de Perú, el Código Procesal Civil en su artículo 378 se determina que contra las sentencias de segunda instancia procede únicamente el recurso de casación y el pedimento de aclaración o corrección; las causales se consagran en el artículo 386 modificado por la Ley 29364 de 2009 reduciéndose a la infracción normativa o al apartamiento del precedente jurisprudencial. En el Estado Plurinacional de Bolivia el Código Procesal Civil reglamenta la casación como un recurso en el artículo 270 y siguientes, fijando para ello las causales de procedencia en el artículo 271 y es desatado por el Tribunal Supremo de Justicia.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado que la IP es obligatoria para los jueces de segunda instancia, sin que la posible existencia del recurso extraordinario de casación sea argumento para soslayar tal deber; criterio que fue expuesto en la sentencia 149-IP-2001 (Caso Marca Pradaxa; Boehringer Ingelheim Vs Indecopi)³⁶.

En conclusión, las cortes de casación de los países miembros de la Comunidad Andina no están obligadas a solicitar la IP, pero sí los jueces o tribunales que resuelven la segunda instancia.

Pero ¿Qué ocurriría si en el trámite de la segunda instancia no se solicita la Interpretación Prejudicial Obligatoria ante el TJCA? El mismo TJCA explicó que dicha situación puede alegarse por vía del recurso de casación, y al momento de desatarse deberá declararse la nulidad de la sentencia de segunda instancia, caso en el cual pueden ocurrir dos situaciones: (i) Si el ordenamiento jurídico correspondiente no permite que la corte de casación actúe como tribunal de instancia, proceda a ordenar al tribunal de segunda instancia que

³⁶ “Tal y como se expresó en el numeral 2 de este acápite, la interpretación obligatoria se debe solicitar en procesos de última instancia ordinaria. Teniendo en cuenta que, la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la norma comunitaria andina, es muy importante que el conjunto de operadores jurídicos apliquen la normativa subregional en un mismo sentido. En consecuencia, sería incoherente para el sistema que existiera un vacío operativo en cuanto a dicha interpretación uniforme. El esquema comunitario andino ha escogido a los jueces nacionales como sujetos esenciales para lograr la validez y la eficacia del ordenamiento subregional. Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretende revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo de casos, de asuntos y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina.(...) A esta vía extraordinaria acceden pocos asuntos debido a su naturaleza restrictiva y de una gran carga técnico- jurídica; cuando la figura extraordinaria está bien empleada, tiene como efecto inmediato la limitación de su campo de acción. Por esta razón y salvaguardando la validez y eficacia del orden jurídico andino, el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta definitivamente la litis en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 149-IP-2011, (Caso Marca Pradaxa; Boehringer Ingelheim Vs Indecopi).

solicite la IP ante el TJCA y profiera la sentencia acorde con la interpretación ordenada por el TJCA. (ii) Si el ordenamiento jurídico de que se trate permite que la corte de casación, una vez casada la sentencia impugnada, actúe como tribunal de instancia, debe ella misma solicitar la IP ante el TJCA y proceder a dictar sentencia sustitutiva siguiendo la interpretación del derecho andino que fije el TJCA³⁷.

En el derecho comunitario ya se han presentado casos en los cuales por vía del recurso extraordinario de casación se enrostra a la sentencia de segunda instancia el haber sido proferida sin que el juez o tribunal respectivo haya realizado el trámite de IP ante el TJCA. Ejemplo de lo anterior es el proceso 38-IP-2014 (Caso marca Ocean Nutrition Canadá), donde el fundamento del recurso de casación fue la ausencia del trámite de la IP en la segunda instancia³⁸, donde el TJCA reiteró el precedente sentado en la 149-IP-2011.

La otra posibilidad se presenta en el evento que el recurrente, al interponer el recurso extraordinario de casación, no presente como reparo la omisión del juez de instancia de tramitar la solicitud de IP ante el TJCA. En este caso, el TJCA ha establecido que la corte de casación respectiva deberá igualmente declarar la nulidad del fallo recurrido y garantizar que se elevará la solicitud de Interpretación Prejudicial³⁹. Lo anterior por cuanto las altas cortes de los países

³⁷ Cfr. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 149-IP-2011, (Caso Marca Pradaxa; Boehringer Ingelheim Vs Indecopi).

³⁸ “OCEAN NUTRITION CANADÁ LTD., dentro de su recurso de casación argumentó lo siguiente: (...) Infracción al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al haber emitido sentencia aplicando normas comunitarias sin contar con la Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de Justicia.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 38-IP-2014 (Caso marca Ocean Nutrition Canadá)

³⁹ “En este orden de ideas, el juez que conozca un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. Este juez nacional, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última instancia cumplió con su misión de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 149-IP-2011, (Caso Marca Pradaxa; Boehringer Ingelheim Vs Indecopi).

miembro son jueces comunitarios⁴⁰, y desde esa perspectiva deben garantizar la correcta y uniforme aplicación del derecho comunitario⁴¹.

Existen varios casos de IP resueltos por el TJCA en los cuales una corte de casación solicita el trámite, básicamente solicitados desde la República del Perú⁴². La postura planteada por el TJCA en la 149-IP-2011 ha sido ratificada y constituye un planteamiento decantado en el dicho tribunal comunitario⁴³.

3.2.3 El concepto de “juez nacional” frente a las autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales

Específicamente el ordenamiento jurídico colombiano otorga la posibilidad, reglada en el artículo 116 constitucional, de facultar a algunas autoridades administrativas para ejercer la función de administrar justicia. La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante SIC) ha

⁴⁰ Criterio planteado por el TJCA en la 3-AI-2010: “El Juez Nacional, en este caso el Consejo de Estado de la República de Colombia, de conformidad con los principios del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, en especial los principios de primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial, es el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional. Son ciertamente jueces comunitarios, ya que en colaboración con el Tribunal Supranacional tienen la ardua labor de garantizar la validez y eficacia de todo el sistema jurídico comunitario. Su labor no sólo se limita a aplicar una norma a determinado caso concreto, sino que su actividad consiste en estructurar su quehacer judicial dentro del escenario jurídico subregional, aplicando, balanceando y armonizando la normativa nacional con la comunitaria, dándole la primacía a la segunda sobre temas específicos reglados por la misma (...)” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 3-AI-2010. Caso: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Vs. República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado).

⁴¹ “En consecuencia, el juez nacional, en este caso la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, debe actuar como juez comunitario andino y, en efecto, desempeñarse como el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del ordenamiento subregional, lo que implica, por supuesto básico, su correcta y uniforme aplicación.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 149-IP-2011, (Caso Marca Pradaxa; Boehringer Ingelheim Vs Indecopi).

⁴² Cabe mencionar los siguientes: 178-IP-2011 (Caso Marca RAPID CLEAR, Neutrogena Corporation Vs. Indecopi), 090-IP-2011 (Sunat Perú Vs. Tribunal Fiscal del Perú), 177-IP-2011 (Marca Tony, Kellogg Company Vs Indecopi); más reciente: 324-IP-2014 (Caso Marca BABY APPLE, Importaciones SIU Vs Indecopi).

⁴³ Ver: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 35-IP-2014. Caso Marca LUBRAL, Glanton Ltda Vs Aldicom Operadores Ltda.

sido investida con tales facultades en lo que respecta al grupo de competencia desleal⁴⁴.

Frente a la obligación de tramitar la IP por parte de la SIC, el TJCA se pronunció el proceso 14-IP-2007 (Caso Marcas Mayka y NATA), reconociendo a la SIC a través del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, legitimación por activa para acudir al trámite. El argumento del TJCA consistió, básicamente, en que la SIC cumple con los requisitos del ordenamiento jurídico colombiano para catalogarse como “juez nacional” en determinados eventos, por ende, quedaba atada al trámite de la IP⁴⁵.

Criterio que fue reiterado en diversos pronunciamientos, tales como el 130-IP-2007 en un caso sobre competencia desleal, trámite solicitado por la SIC Grupo de Trabajo de Competencia Desleal. Más adelante, se reiteró la tesis en el proceso 80-IP-2014 (caso marca Gurú. Carvajal Información vs Colombia Telecomunicaciones), frente a una solicitud elevada por el Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la SIC de la República de Colombia.

3.2.4 Los árbitros son “jueces nacionales” y por lo tanto se encuentran obligados a solicitar Interpretación Prejudicial

La justicia arbitral reviste importancia suma en el contexto del derecho comercial, por ello no resulta extraño que un tribunal de arbitramento pueda toparse con la obligación de aplicar normas propias del derecho comunitario. Cabe preguntarse si los tribunales de arbitramento también se encuentran obligados a solicitar la

⁴⁴ La SIC cumple funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal, derivadas del artículo 24 del Código General del Proceso. Sobre la protección de la libre competencia la SIC también ejerce funciones como autoridad administrativa, por ejemplo frente al tema de precios excesivos, cartelización, etc. Para revisar el trabajo de la SIC como autoridad administrativa puede revisarse: MONTEZUMA MARTÍNEZ, Juan Palo. Los precios excesivos en el derecho de la competencia colombiano. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol 1 núm. 1 pp. 145/162. Disponible en: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2552>.

⁴⁵ “Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma.(...) “Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 14-IP-2007. Caso Marca MAYKA y NATA. Industrias Mayka Vs. Manufactura y Creación Ltda.

IP, esto es si dentro del concepto “juez nacional” contemplado en el Tratado de Creación del TJCA, pueden incluirse a aquellos. Máxime cuando en el Derecho de la Unión Europea, no se ha aceptado tal posibilidad⁴⁶.

El TJCA se enfrentó al mentado problema en el proceso 3-AI-2010, es decir, en el trámite de una acción de incumplimiento en contra la República de Colombia, cuyos hechos se resumen así: (i) Surgen varios litigios entre las empresas COMCEL, OCCCEL y CELCARIBE contra ETB, sobre uso e interconexión entre la red de telefonía pública y telefonía celular. (ii) Los litigios son desatados por un tribunal de arbitramento, debidamente conformado. (iii) El tribunal de arbitramento omitió solicitar la IP ante el TJCA, pese a que al conflicto le era aplicable la decisión 462 (Telecomunicaciones), (iv) ETB interpuso recurso de anulación en contra del laudo, siendo conocido por la Sección Tercera del Consejo de Estado. (v) El recurso de anulación es fallado sin solicitar la IP ante el TJCA. (vi) ETB ejerce la acción de incumplimiento en contra de la República de Colombia en razón de las omisiones mencionadas, entre otros argumentos.

El TJCA en la sentencia 3-AI-2010 analizó la figura de los árbitros arribando a las siguientes conclusiones: (i) Los árbitros administran justicia; (ii) cuentan con poderes similares a los del juez, tales como decretar medidas cautelares; (iii) los laudos tienen el mismo efecto que una sentencia ejecutoriada y se ejecutan tal y como una sentencia de única instancia. Dicho lo cual pasó a concluir que los árbitros se encuentran obligados a solicitar la interpretación prejudicial⁴⁷.

El criterio anterior fue desarrollado más adelante en el proceso 57-IP-2012 (caso Comcel Vs EPM), el cual surgió así: (i) Comcel y EPM (Empresas Públicas

⁴⁶ El Tribunal de Justicia de la UE ha rechazado solicitudes de trámite de la denominada cuestión prejudicial, par europeo de la IP del sistema andino, cuando proviene de tribunales de arbitramento. (Cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: editorial Tecnos. 2015, p. 468)

⁴⁷ “Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.” (...) Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. (...) Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 3-AI-2010. Caso ETB SA ESP Vs República de Colombia, sección tercera del Consejo de Estado).

de Medellín E.S.P.) celebran un contrato para red de telefonía móvil y telefonía pública conmutada; (ii) Comcel presentó demanda arbitral contra EPM, por supuestas irregularidades en la adjudicación de líneas telefónicas; (iii) El tribunal de arbitramento profirió laudo concediendo las pretensiones de la demandante y sin agotar el trámite de IP ante el TJCA; (iv) EPM interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo, sin que se advirtiera de la omisión de solicitar la IP; (v) la Sección Tercera del Consejo de Estado solicitó la IP en torno a la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

En el proceso 57-IP-2012 el TJCA arribó a idéntica conclusión respecto de la obligatoriedad del trámite de la interpretación prejudicial por parte de los tribunales de arbitramento. Adicionalmente, el TJCA analizó el carácter extraordinario del recurso de anulación, comprendiendo que la IP es obligatoria para todo juez nacional que profiera sentencia no susceptible de recursos ordinarios. Por último, recordó al Consejo de Estado que al resolver el recurso de anulación debía asumir el papel de juez comunitario y proceder a anular el laudo, por haber omitido la IP exigida por el Tratado de Creación del TJCA⁴⁸.

Cabe destacar que directamente tribunales arbitrales empezaron a utilizar la figura de la interpretación prejudicial, para lo cual se pueden citar los siguientes casos: 161-IP-2013, 181-IP-2013, 14-IP-2014 (provenientes de Tribunales de Arbitramento del Centro de la Cámara de Comercio de Bogotá), 79-IP-2014 (Cámara de Comercio de Medellín), 262-IP-2013 (Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito).

3.2.5 La última ampliación del concepto de “juez nacional” en el marco comunitario andino: determinadas autoridades administrativas

La Decisión 486/2000 establece un régimen comunitario en materia de propiedad industrial⁴⁹, para la aplicación de dicho régimen los países cuentan

⁴⁸ “El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 57-IP-2012. ETB vs Comcel).

⁴⁹ Para ver un estudio puntual sobre el “sistema andino de propiedad industrial” ver: VELASCO ORDÓÑEZ, Pablo. El uso como elemento dinamizador de los sistemas

con autoridades administrativas; tal como ocurre con el registro de marcas, patentes, diseños, etc. Colombia, por ejemplo, cuenta con la Superintendencia de Industria y Comercio⁵⁰, Perú con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)⁵¹, Bolivia con el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)⁵², y Ecuador con el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Industrial⁵³. En consecuencia, los organismos mencionados aplican constantemente normas comunitarias, principalmente la ya enunciada Decisión 486/00.

A primera vista, estos organismos en su labor de registro de la propiedad industrial, no podrían acudir a la IP ante el TJCA, teniendo en cuenta que no encajarían en la definición de “jueces nacionales”; salvo, como quedó dicho, cuando estas autoridades administrativas, por disposiciones del ordenamiento jurídico interno, cuenten con facultades jurisdiccionales en específicos eventos. Tal es el caso de la SIC de la República de Colombia que a la par de cumplir sus funciones administrativas, ejerce por autorización de la Constitución Política (artículo 116) y de la ley, precisas facultades jurisdiccionales. En este evento, en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales podía acudir al trámite de la IP ante el TJCA, pero hasta el momento no se ha analizado si a idéntica conclusión puede arribarse cuando se ejercen funciones netamente administrativas.

La diferencia es inmensa, las facultades jurisdiccionales no están gobernadas por el derecho administrativo, no se expiden actos administrativos sino auténticas sentencias y las decisiones cuentan con control por vía de recursos ordinarios y extraordinarios acordes con el procedimiento respectivo. Por el contrario, las decisiones adoptadas como autoridad administrativa se rigen plenamente por el derecho administrativo, se emiten actos administrativos y su control se presenta ante la misma entidad por vía administrativa, o ante un juez, generalmente especializado, que puede, previa interposición de una demanda, analizar la concordancia del acto administrativo con el ordenamiento jurídico.

El TJCA en los últimos años se ha mostrado proclive a conceder a algunas autoridades administrativas la posibilidad de acudir a la interpretación prejudicial, ampliando el concepto “jueces nacionales” incorporado en el Tratado de

de protección marcaría. En: EL NUEVO DERECHO DE MARCAS, perspectivas en Colombia, Estados Unidos y la Unión Europea. Manuel Guerrero (Editor). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016, pp. 61 y ss.

⁵⁰ Puede consultarse sobre ésta entidad en su portal web oficial: www.sic.gov.co

⁵¹ El portal web oficial de INDECOPI es: www.indecopi.gob.pe

⁵² El portal web oficial de SENAPI es: www.senapi.gob.bo

⁵³ El portal web oficial del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Industrial es: www.propiedadintelectual.gob.ec

Creación del TJCA. Postura que sin duda fortalece la aplicación del derecho comunitario y el trámite mismo de la interpretación prejudicial. Sin embargo, debe aclararse, que este tipo de extensión no se ha dado en el sistema europeo, donde el TJUE ha sido renuente a permitir el trámite de «cuestiones prejudiciales» planteadas por organismos administrativos⁵⁴.

El TCJA en el proceso 121-IP-2014 recibió la solicitud de la Dirección de Signos Distintivos (DSD) de INDECOPI de la República del Perú⁵⁵, con base en la cual el TJCA amplió su tradicional concepto de “jueces nacionales”. El TJCA decidió adoptar un concepto más material que formal, sin atarlo a la estructura formal de los estados miembros y reconociendo que determinadas facultades de algunas entidades, en razón de su especial función, cuentan con un carácter híbrido entre administrativas y jurisdiccionales⁵⁶.

El proceso 121-IP-2014 resulta trascendental puesto que el TJCA cambió su interpretación sobre los “jueces nacionales” que pueden o debe acudir al trámite de IP, pasando de una visión organicista con puntuales aperturas ya estudiadas, a un concepto más amplio que pretende indagar más por el cumplimiento de ciertos requisitos que atienden más a la naturaleza del órgano consultor y de los efectos de su decisión. En otros términos: antes de la 121-IP-2014 se utilizaba un concepto más subjetivo (la calidad del organismo que solicita la IP); posteriormente se pasa a un concepto objetivo (el cumplimiento de requisitos).

En el proceso 121-IP-2014 el TCJA estableció una serie de requisitos que debe cumplir una autoridad nacional con el fin de solicitar la interpretación prejudicial en el escenario comunitario andino; siendo este el precedente vigente hasta el momento. Los requisitos fueron fijados así:

“1. Se ha constituido por mandato legal: En el caso de solicitudes provenientes de autoridades o entidades administrativas, éstas deberán acreditar, particularmente, que han sido creadas por una norma con fuerza de Ley; además

⁵⁴ «Por el contrario, el TJUE ha rechazado la posibilidad de que puedan hacer uso del artículo 267 los árbitros y órganos cuya composición depende de las partes en la controversia, así como los órganos de carácter puramente administrativo» (MANGAS MARTÍN, Araceli. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: editorial Tecnos. 2015, p. 468). La autora en cita incluso analiza las conclusiones presentadas por el abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto *De Coster*, quien recomendó al TJUE una interpretación más estricta del concepto y restringir la posibilidad de acudir a la «cuestión prejudicial» sólo a quienes tengan la expresa potestad de juzgar. (Cfr. MANGAS MARTÍN, Aracely. *Op. cit.*).

⁵⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 121-IP-2014. Caso Marca Exponáutica Perú. Marfor Producciones Vs. Profesionales Marítimos.

⁵⁶ Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 121-IP-2014. *Ibidem*.

de que sus funciones, así como sus respectivas competencias se encuentren debidamente reconocidas en un instrumento legal.

2. Se trata de un órgano permanente: Las autoridades o entidades administrativas deberán acreditar que tienen naturaleza permanente.

3. El carácter obligatorio de sus competencias: Las autoridades o entidades administrativas deberán acreditar el carácter obligatorio de sus competencias. Es decir, que se trate de órganos a los cuales los destinatarios de las normas andinas deben acudir con la finalidad de que se reconozcan y garanticen los derechos subjetivos previstos en la normativa andina.

4. El deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias.

5. El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso: A los fines de la interpretación prejudicial, se considerará legitimada a la autoridad o entidad administrativa con competencia para sustanciar un procedimiento en el que se asegure el contradictorio y se garantice el debido proceso, y en el que se emitan actos motivados con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifican su decisión.

6. La imparcialidad de sus actos: Por último, el Tribunal debe verificar que la normativa interna garantice la imparcialidad de la actuación de las autoridades o entidades administrativas al momento de aplicar la normativa comunitaria andina⁵⁷.

Tras hacer una revisión de los requisitos enunciados, el TCJA determinó que la División de Signos Distintivos de INDECOPI del Perú, estaba legitimada para solicitar la interpretación prejudicial.

El precedente mencionado hizo carrera⁵⁸ aplicándose de manera posterior. Emblemático en ese sentido es el proceso 242-IP-2015 en el cual se solicitó una interpretación prejudicial en un trámite puramente administrativo de registro de la marca táctil “OLD PARR” para bebidas espirituosas. En esta ocasión la Dirección de Signos Distintivos de la SIC de la República de Colombia recibió la solicitud de registro de la marca mencionada, pero al tratarse de una marca táctil, tema novedoso y fuente de debate, decidió acudir a la IP. Debe resaltarse que la SIC no estaba desatando litigio alguno, sino tramitando administrativamente el registro de la marca mencionada.

⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 121-IP-2014. *Ibidem*.

⁵⁸ El precedente fijado en el proceso 121-IP-2014 ha sido citado y aplicado por el TJCA en varias oportunidades, en tal sentido ver los siguientes pronunciamientos: 297-IP-2014, 119-IP-2014, 203-IP-2014.

El TJCA decidió aplicar los criterios adoptados desde la 121-IP-2014, concluyendo que la Dirección de Signos Distintivos de la SIC de Colombia cumple con todos, contando con la posibilidad, por ende, de acudir a la interpretación prejudicial. Efectivamente el TCJA procedió a dar respuesta frente al tema de la registrabilidad de la marca táctil bajo el imperio de la Decisión 486 de 2000⁵⁹.

El tema de la ampliación del abanico de autoridades que pueden o deben acudir a la IP ante el TJCA ha sido objeto de estudio por autorizada doctrina. Así, por ejemplo, el Dr. Gustavo García Brito, secretario del citado tribunal, en un importante artículo científico expresó:

“Esta línea jurisprudencial fue ampliada con ocasión de resolver los procesos 105- IP-2014 y 121-IP-2014, citados anteriormente, en los que el Tribunal Andino considera que para asegurar la aplicación uniforme de la norma comunitaria no se debe circunscribir la Interpretación Prejudicial únicamente a los actos que emanan de los jueces en sentido estricto, sino también a los actos de otras autoridades que la aplican en los hechos. Para el efecto, se debe atender a la esencia del acto más que a su órgano emisor. Es decir, para determinar su naturaleza se debe tener en cuenta no solamente el criterio orgánico, formal o subjetivo, sino particularmente el criterio funcional, material u objetivo”.

(...) El Tribunal Andino se decanta por la tesis de que las autoridades administrativas de los Países Miembros que lleven adelante procedimientos jurisdiccionalizados, es decir, en los que se respeten los principios del contradictorio, amplia defensa y debido proceso, y concluyan con la emisión de un acto motivado con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifican su decisión, a través de la cual se reconocen, modifican o extinguen

⁵⁹ Para consultar el tema de la marca táctil a partir del proceso 242-IP-2015, puede consultarse: GARCÍA BRITO, Gustavo. Análisis de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR”). En: Foro. Revista de Derecho No. 22. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador. 2014. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5270/1/09-Jurisprudencia.pdf> fecha de consulta 26/03/2017. En el mismo sentido y exclusivamente frente al tema marcario: INDACOCHEA JÁUREGUI, Juan Manuel. La marca táctil o de textura en el ámbito de la comunidad andina: a propósito de la interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino: inconveniencias jurídicas y políticas de la actuación colombiana. Journal of International Law EAFIT. Vol 7, 01, enero – junio 2016. Pág. 114. El pronunciamiento 242-IP-2015 también es citado por: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Manual de Marcas. Pág. 29, disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Manual-de-marcas.pdf> (consultado el 26/03/2017).

derechos previstos en la normativa comunitaria andina, tienen la facultad de solicitar la Interpretación Prejudicial”⁶⁰

La nueva visión del TJCA sobre las autoridades facultadas para acudir a la IP ha sido objeto de estudio a nivel internacional. En tal sentido Karen J. Alter y Laurence R. Helfer de la Universidad de Oxford, en una obra sobre el TJCA, analizan el periodo de posible crisis de la Comunidad Andina que se produce tras la salida de Venezuela del sistema regional comunitario, además del fracaso de las negociaciones en bloque para un posible TLC con la Unión Europea. Sin embargo, los autores en cita encuentran que el TJCA en lugar de reducir o disminuir su actividad en este periodo de crisis, ha vivido un auténtico periodo de florecimiento⁶¹ siendo uno de los factores que llaman la atención, justamente, el permitir a determinadas autoridades administrativas (principalmente sobre propiedad industrial) el trámite de la interpretación prejudicial. En tal sentido los autores afirman:

“Second, in a pair of rulings in November 2014, the ATJ permitted administrative agencies to submit preliminary references. In the past, the Tribunal approached this issue in a highly formalistic way, concluding that only true judicial bodies could refer questions of Andean law. The 2014 ruling accepted referrals from INDECOPI and from Bolivia’s IP agency, SENAPI. The rulings articulated a multifactor functional test that considers an entity’s powers and the types of activities it performs. The result has been an increase in direct references for other IP agencies in the Andes. The functional test also suggest the possibility that administrative agencies responsible for other subjects relevant to Andean law could refer cases to the Tribunal”⁶².

Otros autores en el contexto latinoamericano, consideran que el TJCA sigue en este punto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En tal sentido, por ejemplo, el profesor Moisés Rejanovinschi Talledo del Perú, explica cómo los requisitos establecidos por el TJCA para legitimar en la causa por activa para la IP, son inspirados en la jurisprudencia del mencionado tribunal europeo⁶³.

⁶⁰ GARCÍA BRITO, Gustavo. *Ibidem*.

⁶¹ “Our initial research on the andean legal system ended in 2007, early in the crisis period. This book’s analysis includes seven additional years of ATJ preliminary rulings and additional interviews with andean and national judges and IP agency officials. To our surprise, we found that the ATJ’s narrow, intermediate, and extensive authority within the island of effective international adjudication for IP disputes has not only survived, it is flourishing.” (ALTER, Karen J. HELFER, Laurence R. *Transplanting international courts. The law and politics of the Andean Tribunal of Justice*. Oxford University. 2017, p. 181).

⁶² ALTER, Karen J. HELFER, Laurence R. *Ibidem*.

⁶³ “En cuanto a las entidades administrativas, el TJCA ha establecido, siguiendo a la Comunidad Europea, los siguientes requisitos para que a las entidades administrativas

4. El “juez comunitario” o “el juez andino” como partes integrantes del sistema andino de solución de controversias

Tradicionalmente en Colombia, por ejemplo, se tiene claro que los jueces de la república ostentan varias calidades: además de su pertenencia a una determinada jurisdicción y especialidad, fungen como jueces constitucionales al tener competencia para tramitar y resolver acciones de tutela⁶⁴ entre otras acciones de esa índole. A tales calidades, según lo explicado, debe sumarse la de “juez comunitario” o “juez andino”.

En efecto los jueces nacionales deben recordar que no sólo tienen el deber de aplicar el derecho nacional, sino también el comunitario emanado de la Comunidad Andina⁶⁵, tanto en su emanación primaria como secundaria, puesto que tales normas cuentan con aplicación directa y no requieren de ratificación a la usanza común de los tratados internacionales. Desde esa visión, todo juez interno a petición de parte o de oficio debe analizar si el trámite de la interpretación prejudicial ante el TJCA es facultativa u obligatoria. Si el juez pretermite la IP, o pasa por alto la aplicación de las normas comunitarias andinas, puede provocar un trámite de acción de incumplimiento en contra de Colombia (también de competencia del TCJA después del trámite ante la Secretaría General), que pueden ocasionar el pago de perjuicios a favor del particular afectado, tal como lo establece el Tratado de Creación del TJCA.

Más allá de ello, resulta claro que el concepto “jueces nacionales” establecido en el Tratado de Creación del TJCA como aquellas autoridades nacionales

se les considere “jueces nacionales” o, como hemos indicado, “jueces andinos” (REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés. El “juez andino” en temas de propiedad intelectual: aplicación en el ámbito peruano. En: Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Derecho PUCP. No. 74. 2015, pp. 127-152. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13590> (consultado: 26/03/2017).

⁶⁴ La Corte Constitucional de la República de Colombia en el trámite de acciones de tutela en cuyo problema jurídico rondan normas de derecho comunitario, ha procedido a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA. En tal sentido ver: Auto 022/05 MP. Humberto Sierra Porto, Auto 054/04 MP. Eduardo Montealegre, Auto 056/07 MP. Marco Gerardo Monroy. Otras decisiones donde la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho comunitario: C-227-99 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-1118-06 MP. Clara Inés Vargas, SU-263-15 MP. Jorge Iván Palacio.

⁶⁵ “El ordenamiento jurídico comunitario andino, por regla general y en virtud de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los Países Miembros. En tal sentido, los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 149-IP-2011. *Ibidem*.

obligadas o facultadas para acudir al trámite de interpretación prejudicial, no debe interpretarse a la luz del derecho interno, sino bajo la óptica del derecho comunitario. En tal sentido no cabe duda que el TJCA ha creado su propio entendimiento de “jueces nacionales”, incluyendo en dicha categoría a: (i) jueces y cortes en el sentido tradicional del término; (ii) tribunales de arbitramento; (iii) entidades administrativas con facultades jurisdiccionales; y (iv) Toda entidad administrativa que cumpla con los siguientes requisitos: a) cuente con constitución por mandato legal, b) carácter permanente de la entidad, c) carácter obligatorio de sus decisiones, d) tiene el deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias, e) carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso, f) imparcialidad de sus actos.

Teniendo en cuenta que el TJCA ha catalogado a los “jueces nacionales” como auténticos “jueces comunitarios”⁶⁶, debe concluirse que todas las autoridades que pueden acudir a la IP, por estar inmersas dentro del nuevo concepto de “jueces nacionales”, ostentan la calidad también de “jueces comunitarios”. En consecuencia, su deber no se limita únicamente a solicitar la IP, sino en aplicar el derecho comunitario andino cuando corresponda, so pena de causar el incumplimiento del estado a sus obligaciones comunitarias.

El profesor Moisés Rejanovinschi Talledo del Perú plantea la figura del “juez andino”, como aquél que cumple los requisitos fijados por el TJCA para ser incorporado a la categoría “jueces nacionales” establecida por el Tratado de Creación del TJCA⁶⁷.

Bien se trate bajo el vocablo “juez andino” o “juez comunitario”, es claro que todas las autoridades judiciales y administrativas que cumplan los criterios fijados en la 121-IP-2010, son actores fundamentales en el derecho comunitario y se encuentran facultadas en unos casos, y obligadas en otros, a acudir a la interpretación prejudicial.

El Sistema Andino de Solución de Controversias se constituye en el mecanismo al interior de la Comunidad Andina para dar trámite a los conflictos que puedan surgir en virtud de sus normas o tratados. Sin duda una de las grandes ventajas de la Comunidad Andina frente a otros sistemas de integración económica o

⁶⁶ Ver: Tribunal de Justicia de la comunidad Andina. 04-IP-89 Caso Kosta Azul. MP. Luis Antonio Alvarado Pantoja.

⁶⁷ “Por el término «juez andino», debemos identificar al «juez nacional» en la legislación interna de cada país miembro de la Comunidad Andina, el cual debe, de manera facultativa u obligatoria, solicitar al TJCA la interpretación prejudicial, para aplicar una interpretación uniforme y consolidar la integración andina.” REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés. *Ibidem*.

política, es la existencia de un sistema de solución de controversias con presencia de un tribunal permanente y que cuenta con una larga trayectoria, al punto que ha sido considerado la tercera corte internacional más activa del mundo⁶⁸.

El Sistema Andino de Solución de Controversias se desarrolla a través de las diferentes acciones y trámites que pueden adelantarse ante el TJCA y la Secretaría General, como una forma de resolver conflictos entre los estados miembros, los estados y los organismos del SAI (Sistema Andino de Integración) y los estados y los particulares con interés.

Desde una visión más amplia y acorde con los nuevos pronunciamientos del TJCA, el Sistema Andino de Solución de Controversias no sólo se encuentra conformado por los organismos comunitarios, sino también por los jueces nacionales bajo el entendimiento que le ha otorgado el TJCA. Máxime si se recuerda que los jueces nacionales aplican el derecho comunitario y tienen el deber de acoger la interpretación prejudicial que fije el TJCA.

En consecuencia, el Sistema Andino de Solución de Controversias incluiría en términos generales a los siguientes actores: (i) Secretaría General de la Comunidad Andina: por tratarse del organismo competente para tramitar la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, entre otras competencias. (ii) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andino, con todas sus competencias y acciones ya estudiadas. (iii) Los “jueces comunitarios” o “jueces andinos” entendidos como toda autoridad jurisdiccional o administrativa que cumpla con los requisitos enmarcados en la 121-IP-2010, quienes tienen el deber de resolver litigios con base en las normas comunitarias andinas, y por ende se encuentran facultados u obligados, según el caso, a acudir a la interpretación prejudicial ante el TJCA.

Conclusiones

El presente artículo demostró cómo el concepto de “jueces nacionales” como facultados u obligados a solicitar la interpretación prejudicial ante el TJCA, ha tenido su propio desarrollo a instancia del TJCA; por lo tanto, además de la lectura de las normas que gobiernan la interpretación prejudicial existentes en el Tratado de Creación del TJCA, debe tenerse en cuenta las subreglas jurisprudenciales existentes a nivel comunitario.

En una segunda etapa, el TJCA desarrolló el concepto de “jueces nacionales” pasando de una visión tradicionalmente limitada a las autoridades judiciales comunes, a una perspectiva supremamente más amplia, incluyendo a: (i) autoridades administrativas que ejercer funciones jurisdiccionales conforme a

⁶⁸ Ibídem.

sus ordenamientos jurídicos internos; (ii) tribunales de arbitramento, (iii) cortes de casación.

Sobre el tema de la casación, el TJCA ha decantado su postura al punto de afirmar que el “juez nacional” que profiera una sentencia no susceptible de recursos ordinarios, está obligado a solicitar la interpretación prejudicial. Es decir, la posibilidad de ejercer recursos extraordinarios no convierte la IP en facultativa. EL TJCA también ha determinado que el pretermitir la IP puede alegarse por vía de casación y en todo caso –invocado o no-, la corte de casación respectiva deberá decretar la nulidad de la sentencia de segunda instancia y garantizar que se surta el trámite de la IP.

La sentencia 121-IP-2010 se constituye en un hito en la historia de los pronunciamientos del TJCA, puesto que implicó un cambio desde un criterio puramente subjetivo a un criterio objetivo, en el entendimiento de la figura “jueces nacionales”. El TJCA creó unos parámetros que permiten determinar si una autoridad queda incluida en el concepto “jueces nacionales”, los cuales permiten que autoridades administrativas puedan acudir a la interpretación prejudicial.

Finalmente se concluye que todas las autoridades judiciales y administrativas que cumplan los requisitos establecidos en la 121-IP-2010, se constituyen en auténticos “jueces comunitarios” o “jueces andinos” y por ello se propone su inclusión como tales en el Sistema Andino de Solución de Controversias.

Referencias bibliográficas

ALTER, Karen J. HELFER, Laurence R. *Transplanting international courts. The law and politics of the Andean Tribunal of Justice*. Oxford University. 2017.

ÁNGEL PÉREZ, Darío Alberto. *La hermenéutica y los métodos de investigación en ciencias sociales*. En: *Estudios de Filosofía*. Universidad de Antioquia. 2011.

BURGOS SILVA, Germán. *Conflictos Comerciales Internacionales: el acceso al mecanismo de solución de controversias de la OMC*. Bogotá: Universidad Libre. 2012.

GARCÍA BRITO, Gustavo. *Análisis de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR”)*. En: *Foro. Revista de Derecho* No. 22. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador. 2014. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5270/1/09-Jurisprudencia.pdf> fecha de consulta 26/03/2017.

INDACOCHEA JÁUREGUI, Juan Manuel. *La marca táctil o de textura en el ámbito de la comunidad andina: a propósito de la interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino: inconveniencias jurídicas y políticas de la actuación colombiana*. *Journal of International Law EAFIT*. Vol 7, 01, enero – junio 2016.

INSIGNARES, Silvana. *El derecho comunitario andino. Una herramienta en la integración andina*. En: TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric (editor). *Crisis y perspectiva*

comparada de los procesos de integración. Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.

ISAAC, Guy. Manual de Derecho comunitario general. Barcelona: Editorial Ariel. 4 ed. 1997.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá D.C.: Legis Editores–Ediciones Uniandes, 2002.

MANGAS MARTÍN, Araceli. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Madrid: editorial Tecnos. 2015.

MOLINA PORTILLA, Diana María. Sistema Interamericano, empresas transnacionales mineras y estados de origen: improcedencia de la excepción de falta de jurisdicción entre estados miembros. En. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. 2016, pp. 57-92. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.siet>

MONTEZUMA MARTINEZ, Juan Palo. Los precios excesivos en el derecho de la competencia colombiano. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol 1 núm. 1, pp. 145-162. Disponible en: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2552>

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. La Alianza del Pacífico y la integración jurídica latinoamericana. Antecedentes, balance y perspectivas. En: La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015.

REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés. El “juez andino” en temas de propiedad intelectual: aplicación en el ámbito peruano. En: Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Derecho PUCP. No. 74. 2015, pp 127-152. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13590> (consultado: 26/03/2017).

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Manual de procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias. Lima: Realidades S.A. 2008.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Manual de Marcas. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Manual-de-marcas.pdf> (consultado el 26/03/2017).

TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. El derecho andino en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 35-IP-2014. Caso Marca LUBRAL, Glanton Ltda Vs Aldicom Operadores Ltda.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 57-IP-2012. ETB Vs. Comcel.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 01-IP-87. Caso Aktiebolaget VOLVO.

Tribunal de Justicia de la comunidad Andina. 04-IP-89 Caso Kosta Azul.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 090-IP-2011. Sunat Perú Vs. Tribunal Fiscal del Perú.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 149-IP-2011, Caso Marca Pradaxa. Boehringer Ingelheim Vs. Indecopi.

La evolución de concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 14-IP-2007. Caso Marca Mayca y Nata. Industrias Mayka Vs. Manufactura y Kreación Ltda.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 178-IP-2011. Caso Marca RAPID CLEAR, Neutrogena Corporation Vs. Indecopi.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 324-IP-2014. Caso Marca Baby Apple, Importaciones SIU Vs Indecopi.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 38-IP-2014. Caso marca Ocean Nutrition Canadá.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 3-AI-2010. Caso ETB SA ESP Vs República de Colombia, sección tercera del Consejo de Estado.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 3-AI-2010. Caso: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Vs. República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de Labores Gestión, 2015.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 121-IP-2014. Caso Marca Exponáutica Perú. Marfor Producciones Vs. Profesionales Marítimos.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 177-IP-2011 (Marca Tony, Kellogg Company Vs Indecopi.

VELASCO ORDÓÑEZ, Pablo. El uso como elemento dinamizador de los sistemas de protección marcaria. En: EL NUEVO DERECHO DE MARCAS, perspectivas en Colombia, Estados Unidos y la Unión Europea. Manuel Guerrero (Editor). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.

VIGIL TOLEDO, Ricardo. La estructura jurídica de la Comunidad Andina. 2ed. Quito: Corporación Editora Nacional Universidad Andina Simón Bolívar. 2011.