

# ACCION DE INCUMPLIMIENTO, MECANISMO DE PROTECCION JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES<sup>1</sup>

Lady Milena Rodríguez Medina<sup>2</sup>

## Resumen:

La comunidad andina de naciones se origino por medio del acuerdo de Cartagena celebrado en el año 1969, el cual dio lugar a la creación de un conjunto de normas jurídicas llamado ordenamiento jurídico comunitario y para hacer cumplir dicho ordenamiento se creó el órgano judicial conocido como el tribunal de justicia andino (TJCA). Entre las competencias otorgadas al tribunal existe la acción de incumplimiento, la cual se interpone por medio de la secretaria general de la comunidad andina, los países miembros o cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por dicho incumplimiento, pertenecientes o no al país que ha incumplido la normatividad andina. Dichos incumplimientos acarrear unas consecuencias jurídicas transnacionales lo que ocasiona la responsabilidad de responder por eventuales perjuicios debido al incumplimiento de la norma andina.

## Palabras clave:

Comunidad Andina de Naciones, ordenamiento jurídico Comunitario, Acción de Incumplimiento, Secretaría General y Tribunal de Justicia Andino.

## Abstract:

The Andean Community of Nations originated by the Cartagena Agreement concluded in 1969, which resulted in the creation of a body of law called the Community legal order and to enforce that order was established judicial body known as the Andean Court of Justice (TJCA). Among the powers granted to the court action for breach exists, which stands by the Secretary General of the Andean Community member countries or any natural or legal person is affected by such failure, within and outside the country Andean legislation has failed. Such violations carry a transnational legal consequences which causes a responsibility to answer for any damage due to violation of the Andean law.

---

<sup>1</sup> Este artículo es el resultado de la investigación titulada "Derecho de Defensa Transnacional: La Acción de Incumplimiento de la CAN", adelantada dentro del grupo de estudios jurídicos en la línea de derecho procesal, de la facultad de Derecho de la Universidad CES.

<sup>2</sup> Estudiante de de la Facultad de Derecho de la Universidad CES, integrante del Grupo de Estudios Jurídicos en la línea de derecho procesal de la misma Universidad. Correo electrónico: lady1986@hotmail.com.

**Key words:**

Andean Community of Nations, Community law, default action, General Secretariat and the Andean Court of justice.

## Introducción:

Los países a medida que va pasando el tiempo se dan cuenta que no pueden dejar a un lado la posibilidad de tener una normatividad que regule a varias naciones en un mismo tema, pues con el intercambio de prestación de servicios o de bienes entre ellos es indispensable tener un órgano judicial que regule estos contratos de carácter internacional, ya que la legislación interna de cada país es muy diferente y puede llegar a ocasionar conflictos entre ellos.

Colombia hace parte de la comunidad andina de naciones junto con otros países suramericanos como lo son: Bolivia, Ecuador y Perú. En la actualidad ésta comunidad es un mecanismo de cuatro países miembros cuyo objetivo es poder alcanzar un desarrollo autónomo, equilibrado e integral.

Esta integración andina tuvo inicio con la suscripción del acuerdo de Cartagena el día 26 de mayo del año 1969. Existe de esta manera una integración económica andina de los países miembros los cuales ceden en determinados asuntos sus facultades legislativas y judiciales a un organismo internacional el cual regula este tipo de tratados internacionales y que tiene como objeto integrar el derecho interno de cada país de manera uniforme, en caso de conflicto la norma o el derecho **supranacional** desplaza a la norma interna sin derogarla. Por consiguiente las decisiones tomadas por la CAN son obligatorias y prevalecen sobre el derecho interno de cada nación. Se conformó de esta manera un ordenamiento jurídico supranacional que se caracteriza por ser completamente autónomo, por lo que está encaminado a salvaguardar el derecho comunitario de las eventuales vulneraciones realizadas por los países miembros al incumplir la norma.

Es posible imponer la norma Comunitaria de acuerdo al principio internacional "Pacta Sunt Servanda", ya que los países miembros al firmar el tratado internacional quedan obligados de inmediato a respetar dicho tratado y acatar sus normas que son de aplicabilidad directa que prevalecen sobre el derecho interno.<sup>3</sup>

Por medio del derecho comunitario que va de la mano del derecho transnacional se ha implementado nuevos mecanismos que dan garantías procesales a los particulares desde el punto de vista del derecho de defensa, como lo es poder ejercer la acción de incumplimiento frente al desacatamiento de la norma andina de los países miembros. Esta medida es considerada a partir del año 1991 ya que se procuró asegurar el debido desempeño de las labores del Tribunal de Justicia Andino y se hizo énfasis en cuanto a que permitiéndoles a los particulares defender sus derechos se lograba respetar la legalidad andina. En el año 1995 por medio del proyecto "Modificatorio del

---

<sup>3</sup> "Pacta sunt servanda. Locución latina que traduce "lo pactado obliga". Según la convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969, en su artículo 26 señala que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de Buena Fe".

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” que se suscribió en Quito Ecuador, se logra otorgar mayor participación a los particulares con la acción privada de incumplimiento, la cual facilita la acción privada de indemnización por la vía nacional.

El profesor Michele Taruffo da un significado general del carácter **transnacional** dice: “se refiere a cualquier tipo de litigio que surja entre las partes (ciudadanos particulares, compañías, estados - nación, organizaciones internacionales, empresas multinacionales etc.) que pertenecen a diferentes jurisdicciones nacionales”<sup>4</sup>. Según el significado anterior estas disputas transnacionales son más frecuentes, por lo que es necesario tener un órgano de justicia procesal como lo es el tribunal de justicia andino quien es el encargado de hacer cumplir el derecho supranacional a los países miembros.

La **jurisdicción transnacional** contempla la cesión de la soberanía de los propios estados y de esta manera se logra que la jurisdicción deje de ser una atribución o función única de cada estado y se haga una cesión a favor de órganos supranacionales cuyo objetivo es pronunciarse en cuanto a temas litigiosos que se derivan entre estados y personas o que juzgan sobre la responsabilidad de los individuos.

El **derecho procesal transnacional** es aquel derecho a la integración, es decir, aparece de las uniones de los estados, como se expresa a continuación:

“Este derecho a la integración se define como una constelación de preceptos legales, provenientes de órganos comunitarios creados a través de un Tratado y que son aplicables a los países comprometidos en un proceso de integración; tales normas comunitarias, son un ordenamiento jurídico distinto de los ordenamientos nacionales, y su legalidad, es controlada por tribunales supranacionales o de rango comunitario”<sup>5</sup>.

En este orden de ideas, se observa que hay una coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos nacionales con el transnacional, el cual funciona así: el juez quien interpreta la norma es el comunitario pero quien la aplica es el juez nacional. Quedando de esta manera muy claro que el orden jurídico transnacional prevalece sobre el nacional por mandato expreso de la norma comunitaria (ordenamiento jurídico comunitario). El juez nacional está entonces subordinado a los dos derechos, es decir, a las normas internas y a las de la comunidad.

Por medio de este tipo de mecanismos se puede acceder a otras instancias para tener la resolución de un conflicto entre las partes, debido a que la globalización lleva a las diferentes naciones a realizar tratados internacionales ya que para que la economía de cada una de ellas subsista, es necesario intercambiar servicios o bienes con otros países, por lo que gozamos de otros

---

<sup>4</sup> Sello editorial Universidad de Medellín (2011), MEMORIAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL LA JURISDICCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS.

<sup>5</sup> “Asociación Nacional de Industriales. Tratado Constitutivo del Tribunal Andino. En: Revista Andi. No. 49 (1980). P. 110”.

derechos y no solo del derecho interno si no de la justicia nacional y transnacional que velan por el cumplimiento de las normas jurídicas establecidas para cada tratado internacional, como lo es este caso el de la comunidad andina de naciones.

En la obra “Fruta Prohibida” el autor Mauricio Capella hace referencia a temas como la globalización y transnacionalización del mundo moderno, dando de esta manera una visión del escenario mundial en el cual se desenvuelven los países que enfrentan o son miembros de tratados internacionales, donde la economía trasciende al campo jurídico quien tiene como finalidad regular este tipo de situaciones. Se destaca lo siguiente:

“La mundialización impone una nueva estructura o campo de poder, la forma estado pierde su primacía al subordinarse a un soberano privado supraestatal de carácter difuso, con una asignación de funciones nuevas en este campo interrelacionado”

“Los poderes estatales encuentran limitaciones externas y superiores en ciertos ámbitos de su actuación. Imponen éstos límites la progresiva concentración y la actual transnacionalización del poder económico...”

“Hay, efectivamente, un nuevo poder que impone a los Estados determinadas políticas, sobretudo en la configuración del ámbito económico, ese poder posee un carácter supraestatal”

“El soberano privado supraestatal de carácter difuso no es sin embargo un poder totalmente independiente: actúa interrelacionadamente con los Estados permeables...”

“El soberano difuso no sólo es capaz de imponer sus propias políticas a los Estados penetrando la voluntad de las instituciones de éstos sino que además impide llevar a la práctica las políticas decisivas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con las suyas propias” Subraya fuera de texto”<sup>6</sup>.

### **Comunidad Andina de Naciones:**

Esta comunidad como ya se ha expresado anteriormente nació en el año 1969 consecuencia del tratado de Cartagena que fue firmado por varios de los países suramericanos y que en la actualidad lo conforman Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador. El objetivo de estos países con dicha alianza es obtener un buen desarrollo desde el punto de vista económico que sea autónomo, equilibrado e integral.

La comunidad andina de naciones es:

---

<sup>6</sup> CAPELLA, Mauricio. “FRUTA PROHIBIDA: Una aproximación histórico – teórica al estudio del Derecho y del Estado”. Editorial Trotta. España - Madrid. 2006. Págs. 239, 257, 259 y 260.

“una comunidad de cuatro países que decidimos unirnos voluntariamente con el objetivo de alcanzar un desarrollo más acelerado, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana. Nos hemos propuesto avanzar en la profundización de una **integración integral** que contribuya de manera efectiva al desarrollo humano sustentable y equitativo para vivir bien, con respeto por la diversidad y las asimetrías que aglutine las diferentes visiones, modelos y enfoques y que sea convergente hacia la formación de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur)”<sup>7</sup>.

Los objetivos de la comunidad andina de naciones son los siguientes:

“Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social;

Acelerar su crecimiento y la generación de ocupación;

Facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano;

Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional;

Fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros;

Procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”<sup>8</sup>.

Con el nacimiento de la comunidad surgió la necesidad de crear un conjunto de normas jurídicas que regularan dicho tratado, hoy conocidas con el nombre del ordenamiento jurídico comunitario, (en esencia son el acuerdo de Cartagena, el tratado de creación del tribunal y las normas que lo complementan). Este ordenamiento cuenta con cinco características que son: autonomía, aplicación inmediata, primacía, preservación y efecto directo. Por lo que las normas comunitarias no requieren de procedimientos de recepción del ordenamiento interno para que surjan sus efectos jurídicos pues son de obligatorio e inmediato cumplimiento en cuanto a todos sus efectos o instancias por los órganos de la comunidad andina y los particulares. Éstos particulares o ciudadanos comunes adquieren obligaciones y derechos cuyo cumplimiento los pueden exigir o hacer cumplir en los tribunales nacionales o ante la instancia administrativa y judicial comunitaria.

Esta comunidad cuenta con el poder de crear normas jurídicas, hacer cumplir e imponer sus decisiones, posee una estructura orgánica independiente y además contiene una autonomía financiera; las decisiones tomadas por sus órganos son de estricto cumplimiento para los países miembros, es decir, son

---

<sup>7</sup>CAN , 2011 en: [http:// www.comunidadandina.org/quienes.htm](http://www.comunidadandina.org/quienes.htm)

<sup>8</sup> CAN , 2011 en: [http:// www.comunidadandina.org/quienes.htm](http://www.comunidadandina.org/quienes.htm)

obligatorias ya que el ordenamiento jurídico es imperativo y de obligatoria observancia. El ordenamiento comunitario contempla unos principios los cuales son:

- Primacía del derecho comunitario andino: este principio se refiere a que en la normatividad interna prevalece la constitución y a ésta se le impone el ordenamiento transnacional aunque eso no significa que dicho ordenamiento pueda derogar normas o leyes de carácter nacional, las hace inaplicables por ser contrarias al ordenamiento andino.
- Aplicación directa del derecho comunitario andino: aquí se hace referencia al principio Pacta Sunt Servanda, es decir, así no esté la norma andina en el ordenamiento interno de los países miembros se aplica es la normatividad de la CAN.
- Aplicación inmediata del derecho comunitario andino: contempla que aunque la ley interna no haya acogido la normatividad andina, los países miembros no pueden dejar de aplicar el ordenamiento andino. Están obligados a respetar el ordenamiento comunitario.
- Reciprocidad andina: quiere decir que los estados miembros por haber realizado la suscripción del tratado han adquirido derechos pero sucesivamente con esos derechos obtienen obligaciones que deberán cumplir. Así mismo, de acuerdo a sus intereses comunitarios legitiman el ordenamiento jurídico andino.

En consecuencia del nacimiento de la comunidad andina de naciones, y del surgimiento del ordenamiento jurídico comunitario, 10 años después apareció el tratado que le dio existencia al órgano judicial el Tribunal de Justicia Andino, quien tiene como función actuar en el campo de la definición de la solución de los conflictos causados por la aplicación del derecho comunitario andino. Está conformado este organismo por cinco magistrados los cuales son de dedicación exclusiva, tiempo completo y actúan de acuerdo a las atribuciones y competencias que les ha sido otorgada. Este tribunal tiene sede en la ciudad de Quito.

Los órganos ejecutivos para administrar y resolver los procedimientos y las controversias derivadas de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad andina son La Secretaría General y el Tribunal de Justicia. así como lo establece el acuerdo de Cartagena, la Secretaría General debe velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y para ello dispone de un poder resolutorio propio, tales como, requisitos específicos de origen, determinación de restricciones y gravámenes, diferimientos arancelarios, salvaguardias, dumping, subsidios y competencia comercial de acuerdo a lo establecido en la Decisión 425. De igual manera dispone de un poder resolutorio en las materias que la Comisión de la Comunidad Andina o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores le delegue las que pueden ser de naturaleza normativa o administrativa.

La Secretaría General, además, administra la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, mediante un procedimiento regulado por el Reglamento de la

Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, establecido mediante la Decisión 623.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su parte, es el órgano jurisdiccional encargado de dirimir, en forma definitiva, las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario. Sus competencias se encuentran previstas en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y desarrolladas en su Estatuto, Decisión 500.

El tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino, modificado por el protocolo modificatorio que entro en vigencia en agosto de 1999 le atribuyo al TJCA en los artículos 17 a 40 los siguientes poderes o competencias: la Interpretación prejudicial, la Acción de nulidad, Acción de incumplimiento, la Función Arbitral, la Jurisdicción Laboral y el recurso por omisión o inactividad. La acción de incumplimiento, el tema a tratar de este artículo, mecanismo encargado de sancionar a aquellos países que infrinjan la normatividad andina. Ya que su incumplimiento trae consecuencias jurídicas transnacionales como lo son: la declaratoria de incumplimiento y la privación de ciertos derechos que se adquirieron al ser parte de la CAN<sup>9</sup>.

La acción de incumplimiento está consagrada en los artículos 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El tribunal está facultado para conocer de la denuncia o acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la secretaria general de la comunidad andina, por parte de los países miembros o por particulares, es decir, las personas naturales o jurídicas que se vean afectados por el incumplimiento de otros países sean o no ciudadanos del país incumplido. Lo que los hace sujetos vigilantes del ordenamiento andino y hacen uso del verdadero derecho de defensa ya que por medio de esta acción obligan a las naciones a cumplir con sus obligaciones ante este organismo supra estatal.

Al respecto la publicación del Dr. Alejandro Daniel Perotti, en la revista Dikaion No. 8, ampliamente trata el tema de acción de incumplimiento como uno de los deberes – poderes del Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, resaltando al respecto lo siguiente<sup>10</sup>:

“A través de este recurso se coloca en competencia del tribunal la posibilidad de constatar y condenar toda actividad contraria al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena de algún Estado Miembro...”<sup>11</sup>

Así mismo y haciendo alusión a la naturaleza jurídica de este recurso, retoma lo que establece el propio Tribunal al señalar:

---

<sup>9</sup> Los deberes – poderes del Tribunal de conformidad con el Tratado de Creación del mismo en sus artículos 17 a 40 son: Interpretación prejudicial, Acción de nulidad, Acción de incumplimiento, Función Arbitral y Jurisdicción Laboral.

<sup>10</sup> Bibliografía consultada para la presentación del Proyecto de investigación, derecho de defensa transnacional: “la acción de Incumplimiento de la CAN”

<sup>11</sup> Perotti, 1999: p. 15

“Es una acción autónoma, propia, independiente y sui – géneris, derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecutividad del tratado de Integración Económica”<sup>12</sup>.

La acción de incumplimiento es el instrumento o mecanismo por medio del cual el órgano judicial de la comunidad tiene la obligación de vigilar el cumplimiento de las obligaciones que adquirieron los países miembros al firmar y ratificar el tratado, es decir, de acatar y por ningún motivo obstaculizar la aplicación de la normatividad jurídica que constituye el acuerdo de Cartagena.

La acción de incumplimiento es muy importante ya que es el mecanismo mediante el cual se logra el mejoramiento de la vida de las personas que habitan las naciones que son miembro, ya que como los particulares cuentan con este tipo de garantías y herramientas jurídicas llegan o logran ser parte activa, permitiéndoles exigir sus derechos mediante el derecho a la defensa desde un punto de vista transnacional, es decir, que va mas allá del derecho interno del que hacen parte o al que pertenecen. Logrando sentencia constituida previa emitida en sede transnacional que se convierte en título legal suficiente para poder acceder al reclamo de indemnización de perjuicios que se lleva a cabo ante el juez nacional. Como está estipulado en el artículo 30 del tratado de creación del tribunal:

Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

Estas personas pueden optar por ejercer su derecho a la defensa por medio de la acción de responsabilidad estatal y no por medio de la acción de incumplimiento, ya que se excluyen estas acciones entre sí, es decir, el particular puede iniciar la acción de responsabilidad estatal correspondiente a nivel interno, en lugar de la acción de incumplimiento ya que ésta no es prevalente, pero sí excluyente.

Los países miembros que ratificaron el acuerdo de Cartagena, los protocolos modificatorios y el tratado de creación del Tribunal de Justicia han adquirido la obligación de cumplir con lo estipulado en ellos y por ende acatar los principios de aplicación directa y de preeminencia de la normatividad Andina sobre el derecho interno. Los artículos 1 y 5 del tratado del tribunal son los que regulan que los países miembros no adopten ni empleen medidas contrarias y que se asegure la legalidad y cumplimiento del Ordenamiento Jurídico Comunitario.

El incumplimiento de la normatividad Andina puede darse en ocasión a la actuación u omisión de los poderes del estado, es decir, la actuación u omisión la ocasionan los órganos del estado que desacaten las obligaciones derivadas del Ordenamiento Jurídico Comunitario. Este incumplimiento acarrea una

---

<sup>12</sup> Perotti, 1999: p. 16

consecuencia la cual es que genera una responsabilidad directa frente a las personas jurídicas o naturales de los estados miembros.

Las personas jurídicas o naturales que se encuentren afectadas por el incumplimiento de la Normatividad Andina cuentan con una garantía la cual es que pueden reclamar sus derechos ante la normatividad interna, es decir, ante el juez nacional. Como lo estipula el artículo Artículo 31 del tratado de creación del tribunal:

Artículo 31: Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Por motivo de la acción de incumplimiento el estado solo responde desde el punto de vista del ámbito nacional por lo que puede reparar la violación o incumplimiento que se le haya probado de manera individual. Como así se estipula en el artículo 27 del tribunal.

Artículo 27: Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

Los países miembros de la comunidad andina de naciones están obligados a cumplir con la normatividad jurídica Andina, a no cometer ninguna medida contraria o actuación que atente contra el debido desarrollo del ordenamiento jurídico transnacional y además de vigilar el cumplimiento del mismo.

Las Naciones Miembros desde el momento que entraron a ser parte de la CAN poseen unos derechos pero también deben de cumplir con un conjunto de normas jurídicas que los obliga a su permanente observancia so pena de incurrir en incumplimiento y como consecuencia de ello se deriva el deber de reparar el derecho violado al país miembro o a la persona natural o jurídica que resulto afectada.

### **Procedimiento de la acción de incumplimiento en la Comunidad Andina de Naciones:**

La Acción de Incumplimiento contiene dos fases o etapas las cuales son: etapa previa, es de tipo administrativa o prejudicial: se inicia de oficio o también a petición de parte y se ejerce ante la Secretaria General para intentar llegar a una solución extrajudicial. Etapa judicial: se lleva a cabo ante el tribunal de justicia andino, se ejecuta cuando un país miembro realice una conducta que se considera contraria al ordenamiento jurídico comunitario para que cumpla con las obligaciones que adquirió al ser miembro de la Comunidad Andina de Naciones.

En el procedimiento administrativo o prejudicial se introdujo la especificidad de etapas y plazos que se deben seguir ante la Secretaria por medio del Protocolo de Cochabamba de igual manera este protocolo precisa forma de los petitorios, plazos y etapas por parte de los particulares y los países miembros de la CAN.

La etapa administrativa de la acción de incumplimiento es una etapa como la que tiene establecido el ordenamiento jurídico Colombiano en materia de derecho público, conocida como la vía gubernativa que se debe llevar a cabo con antelación e algunos procesos para lograr acceder a la justicia contenciosa administrativa.

El libro, El Testimonio Comunitario del Tribunal de Justicia Andino nos amplía la noción anterior:

“la acción de incumplimiento es esencialmente de naturaleza contenciosa y la sentencia que en ella se origina no es meramente declarativa en el sentido de que se limite a la definir la existencia la existencia o no de un derecho o de una obligación, sino que impone (o exime, según el caso) el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer, pues tal como lo señala el artículo 27 del tratado, “si la sentencia fuere de incumplimiento el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedara obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

Como presupuesto procesal de la acción de incumplimiento se establece la necesidad de agotar, ante la Secretaria General y también por parte de ésta, unos actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el “agotamiento de la vía gubernativa” en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Tres son los pasos previos a la interposición de la demanda ante el tribunal, bien sea que ella se proponga por la Secretaria General o bien que la formule alguno de los países miembros o un particular: a) la formulación de observaciones por escrito, hecha por la Secretaria General al País Miembro al que se le imputa el incumplimiento (observaciones que se formulan de oficio, o por queja o reclamo que presente un país miembro o personas particulares); b) la respuesta del país cuya conducta es objeto de las observaciones, la cual deberá realizarse dentro de un plazo que no excederá de sesenta días; y c) la elaboración y emisión de un dictamen por la Secretaria General, el cual puede ser de incumplimiento, en el caso de que así resulte cuando el País Miembro reclamado no haya dado respuesta a las observaciones o que éstas no sean satisfactorias; o, correlativamente, de cumplimiento si las explicaciones rendidas así lo ameritan”<sup>13</sup>.

La Acción de Incumplimiento procede cuando un país miembro desconoce o violenta la normatividad jurídica comunitaria y puede ser interpuesta por medio

---

<sup>13</sup> Registro de autor: 020159 (2004). Testimonio comunitario, tribunal de justicia de la comunidad andina. Quito: Artes graficas señal. Impreseñal Cía. Ltda. Pág 120.

de la secretaria general de la comunidad andina, los países miembros o cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por dicho incumplimiento, pertenecientes o no al país que ha incumplido la normatividad andina. Existe incumplimiento cuando se expiden normas nacionales que son contrarias al ordenamiento andino (Acción), se omite ó realiza acciones opuestas al ordenamiento jurídico comunitario o que lo obstaculicen y cuando se incurre en omisión de no expedir normas tendientes al cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

La comisión de la CAN expidió el “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento” en relación a la etapa administrativa o prejudicial, otorgando a la Secretaria General la facultad para poder exigir información que verse en cuanto salvaguardar el debido cumplimiento del ordenamiento jurídico de la comunidad, de modo que las autoridades, funcionarios y particulares de las naciones miembros tienen el deber de colaborar en investigaciones, dar información con ocasión de que se tenga un indicio de que existe un incumplimiento por parte de un estado miembro.

Cuando la etapa administrativa o prejudicial es de oficio, la Secretaria General formula por escrito las observaciones y debe emitir un dictamen motivado, puede ser este dictamen de cumplimiento o incumplimiento. Si el estado persiste en el incumplimiento la Secretaria debe interponer la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia Andino y se está dando lugar a la segunda etapa que es la judicial.

La acción de incumplimiento cuando es iniciada a petición de parte, se debe tramitar ante la Secretaria General de la Comunidad Andina de Naciones, ésta tiene 5 días para que analice el contenido y los anexos de la reclamación, si a la reclamación le hacen falta requisitos se le da a la parte accionante 15 días para que los subsane; pasados esos 15 días la Secretaria General tiene 3 días para pronunciarse al respecto. Después de esto la Secretaria iniciara una investigación que le sirve para poder formularle al país miembro acusado de infringir el incumplimiento una nota con las observaciones pertinentes al caso en concreto y éste tiene un término de dos meses para realizar los descargos respectivos.

La investigación en curso se le notifica a las partes involucradas y a renglón seguido a los países miembros con el objetivo de conceder un plazo para que estos presenten la información que a su criterio consideren pertinente. El país miembro puede pedir que se le otorgue unos días más de plazo en función a dar respuesta a la nota de observaciones el cual no puede ser superior a 10 días. Vencido este plazo para el país miembro, la Secretaria General debe emitir una Resolución debidamente motivada, la cual contiene el dictamen respecto del cual se pronunciará sobre el incumplimiento o no de la norma comunitaria objeto del litigio.

Se puede interponer ante la Resolución el recurso de reconsideración dentro de los 45 días siguientes a la debida notificación. En caso de hacer uso de

dicho recurso la Secretaria cuenta para resolverlo con 30 días los cuales son prorrogables hasta por 15 días más. La Resolución debidamente motivada debe de ser publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, dentro de los 60 días después que se publico dicha Resolución, la Secretaria General debe interponer la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia Andino, si la secretaria no lo hace quedan facultados el país miembro o el particular afectado para iniciar la acción de incumplimiento.

Las partes en la demanda y en la contestación de la demanda deben anexar los documentos que sustentan sus pretensiones o argumentos, pues este es el momento adecuado para aportar los medios probatorios que crean pertinentes al trámite de acción de incumplimiento. En el desarrollo de la acción, se realiza una audiencia pública en la que los magistrados pueden de oficio hacerle preguntas a las partes, culminada dicha audiencia las partes cuentan con 8 días para presentar sus respectivas conclusiones.

En caso de que el Tribunal se pronuncie o dictare sentencia declarativa del incumplimiento, el país miembro que incumplió la norma jurídica comunitaria quedara obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento y para esto tiene un plazo de hasta 90 días desde su respectiva notificación. Si el país miembro hace caso omiso a la obligación señalada, como consecuencia se le puede restringir, suspender parcial o totalmente los beneficios que le otorga el Acuerdo de Cartagena.

Se contempla asimismo la apertura de un procedimiento sumario por desacato a la sentencia recaída en una acción de incumplimiento, la cual puede generar que el Tribunal autorice sanciones económicas que harán efectivas los demás Países Miembros contra el País Miembro sentenciado, y las que generalmente han consistido en la aplicación de un gravamen del 5% sobre los 5 productos originarios del País Miembro sentenciado que más son importados por los demás Países Miembros<sup>14</sup>.

### **Eficacia y Providencias en la acción de incumplimiento:**

La Comunidad Andina de Naciones posee la acción de incumplimiento como el mecanismo jurídico que le permite a los países miembros o a los particulares hacer efectivos sus derechos, los cuales fueron adquiridos al momento de firmar el acuerdo de Cartagena.

La acción de incumplimiento puede ser interpuesta por la secretaria general, los países miembros o por particulares la cual se tramita por medio del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando es por vía judicial, sin embargo por

---

<sup>14</sup> Corrales, L. Montoya, A. Quintero S. (2010). Resultados de investigación, Derecho de Defensa Transnacional: La Acción de Incumplimiento de la CAN. Medellín: Universidad CES. Artículos 23 a 29 del tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

motivo del incumplimiento de las obligaciones multilaterales de los países miembros se puede acceder a interponer acciones legales por los particulares ante los tribunales internos, debido a las consecuencias jurídicas y patrimoniales que dicho incumplimiento les ha ocasionado, de esta manera se logra el resarcimiento de los perjuicios que les causo el país miembro incumplido. El tratado de creación del tribunal así lo estipula ya que le permite a las personas jurídicas o naturales (particulares) en caso de incumplimiento de la Normatividad Jurídica Andina por parte de los estados miembros, acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr el resarcimiento del daño causado.

Ante el tribunal andino se obtiene es la base de la acción de reparación para interponer en la jurisdicción nacional, es decir, la sentencia de incumplimiento proferida por el Tribunal Andino otorga título ejecutivo legal suficiente para poder acceder al reclamo de indemnización de perjuicios que se lleva a cabo ante el juez nacional, sirve como prueba de que el país miembro si incumplió con la norma transnacional y así lograr que el juez nacional tase los perjuicios correspondientes.

La sentencia del juez de la comunidad andina es de carácter declarativa, es decir, se pronuncia sobre el incumplimiento y hace referencia a la condena del pago de las costas procesales, prueba únicamente el hecho y la culpa. Dicha decisión judicial deja por fuera el tema del pago de los perjuicios o las indemnizaciones, motivo por el cual los particulares para poder ejercer este derecho tiene que recurrir a otras acciones diferentes a la de incumplimiento.

Para que el particular pueda pedir los perjuicios o indemnización a un país miembro por el incumplimiento debe hacer uso del ordenamiento jurídico interno de su país, por medio de la acción de reparación directa. Como lo provee el tratado de creación del tribunal en los artículos 30 y 31, en cuanto a la obtención del daño causado, los particulares sean personas jurídicas o naturales deben interponer la demanda ante el contencioso administrativo de su país.

El juez de la comunidad andina solo declara el incumplimiento mas no la condena, por lo que por medio de la acción de reparación directa contemplada en el ordenamiento interno, se hace efectivo la reclamación del derecho de indemnización por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la Normatividad Andina, por lo que es el juez nacional es quien tiene competencia para declarar la causación del daño, estimar el valor del mismo y condenar al pago de los perjuicios. La Sentencia emitida por el Tribunal de Justicia le sirve al afectado como título legal y suficiente que facilita la prueba para poder reclamar sus derechos en el ordenamiento interno.

La Acción de Incumplimiento de la comunidad andina de naciones desde el punto de vista de los particulares no es eficaz ya que en realidad el resultado de la acción no cumple con lo deseado por las personas que la interponen, es decir, un particular acude a la acción de incumplimiento para que se declare que un país miembro a incumplido la normatividad andina y como consecuencia de éste le ha ocasionado unos perjuicios los cuales le dan derecho para reclamar la respectiva indemnización por el daño causado. Pero ocurre que la sentencia emitida por el Tribunal es de carácter declarativa y solo se pronuncia en cuanto a si existió o no incumplimiento y deja por fuera la indemnización por los daños ocasionados.

La sentencia del Tribunal es ineficaz en cuanto a los perjuicios pero por otro lado es eficiente, ya que le facilita al particular el acceso a la justicia de orden nacional pues ésta providencia constituye título legal suficiente que podrá aportar como prueba al proceso donde se discutirá la responsabilidad del estado por los hechos constitutivos del incumplimiento.

El particular está obligado a demostrar en el proceso el perjuicio y el nexo causal para poder que el juez nacional declare a su favor el valor y la condena respectiva que da a lugar.

El proyecto de investigación en el cual está basado este artículo con apoyo de la jurisprudencia y la doctrina que lo complementan, evidencian que la Acción de Incumplimiento es una herramienta transnacional la cual pueden hacer uso de ella los particulares o países miembros que resulten afectados por el desacatamiento de un país miembro de la Norma Andina, además es un mecanismo de protección ya que por medio de ella se hace el control de legalidad, es decir, los países miembros y los particulares están obligados a denunciar todo tipo de incumplimiento del Ordenamiento Jurídico Comunitario y de esta manera controlar que el conjunto de normas transnacionales se cumpla en total cabalidad.

Este mecanismo jurídico aunque en instancias del tribunal Andino no se pronuncie sobre los perjuicios ocasionados consecuencia del incumplimiento de la norma supranacional es la base para lograr dicho restablecimiento del derecho, es decir, constituye la sentencia del Tribunal título legal suficiente para aportar en un proceso de jurisdicción interna sin necesidad de probar que dicho incumplimiento existió porque ya ese hecho esta probado.

### **Conclusiones:**

Colombia es uno de los cuatro países miembros del organismo supraestatal-transnacional denominado la Comunidad Andina de Naciones, motivo por el cual goza de derechos pero también de obligaciones como lo son cumplir y aplicar el ordenamiento jurídico Andino. La CAN cuenta con varias herramientas jurídicas una de ellas es la Acción de Incumplimiento, mecanismo mediante el cual se garantiza el derecho de defensa, esta acción la puede interponer la secretaria general de la comunidad andina, los países miembros

o cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por dicho incumplimiento, pertenecientes o no al país que ha incumplido la normatividad.

La Acción de Incumplimiento por ser una herramienta procesal transnacional posibilita a un particular o país miembro de obtener pronunciamientos o sentencias sancionatorias del Tribunal de Justicia Andino, órgano judicial encargado de dirimir los conflictos que se originan del incumplimiento del derecho comunitario.

Las providencias del Tribunal de Justicia Andino consecuencia de la aplicación de la acción de incumplimiento son de carácter declarativo, motivo por el cual deja a un lado el tema de las indemnizaciones por los perjuicios causados por el incumplimiento de la Norma Jurídica Andina y por consiguiente no se logra el restablecimiento del derecho, por lo que se afirma que dicha acción no es eficaz en cuanto al derecho de defensa que poseen los particulares.

Los particulares para obtener el restablecimiento del derecho deben acudir al juez nacional que es el facultado para declarar el valor del perjuicio haciendo uso de la acción de reparación directa por vía de lo contencioso administrativo. La sentencia del tribunal establece título legal suficiente que el particular podrá aportar como prueba al proceso ante el juez competente de su país.

la acción de incumplimiento vista como acción del particular no es eficaz en cuanto no alcanza el resultado que se desea y para el cual se concibió la acción a favor del particular, cual es la indemnización del daño causado con el incumplimiento del país infractor sino que es eficiente en cuanto facilita el acceso a la justicia nacional constituyéndose en título legal suficiente para la iniciación del proceso en el cual se discutirá la responsabilidad estatal por los hechos constitutivos del incumplimiento, debiendo el particular probar el perjuicio y el nexo causal para que el juez nacional proceda a declarar la condena respectiva y estimar el valor de la misma<sup>15</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones le brinda a los particulares el derecho de interponer la Acción de Incumplimiento libremente, es decir, solo tiene como requisito que el particular haya resultado afectado por el incumplimiento de la norma comunitaria por parte de un país miembro y que acuda a una etapa administrativa o prejudicial que se adelanta ante la Secretaria General. Esta etapa administrativa se compara con la de agotar la vía gubernativa en el derecho nacional.

El tribunal no cuenta con la doble instancia por lo que ante sus providencias solo opera el recurso de revisión ante el mismo juez que emitió la decisión y es quien confirma o revoca el fallo.

En este orden de ideas las providencias emitidas por ejercer la acción de incumplimiento solo se pronuncian sobre el incumplimiento y condena en costas dejando por fuera la indemnización de los perjuicios por lo que no

---

<sup>15</sup> Corrales L.M, Quintero S, Montoya. A. (2010). Derecho de Defensa Transnacional: La Acción de Incumplimiento de la CAN. Medellín. Universidad Ces.

cumplen con el objetivo de restablecer el derecho de los particulares y de esta manera se concluye que no gozan de eficacia si no eficiencia pues las providencias emitidas por el tribunal están revestidas de título legal suficiente que sirven para anexarlas como prueba en un proceso ante el juez nacional.

Los particulares aunque con la sentencia del Tribunal de Justicia Andino no obtengan la indemnización del perjuicio si tienen una ventaja probatoria ya que al ejercer la acción de reparación directa ante la jurisdicción interna, no buscan que se declare el incumplimiento al país que infringió la norma si no que en base en esa sentencia que es título legal suficiente se le reconozcan los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento y se ordene el pago de los mismos.

La acción de incumplimiento es una herramienta de protección de la Comunidad Andina de Naciones ya que por medio de las denuncias interpuestas por la Secretaria General, los Países Miembros o los Particulares se hace el control de legalidad, es decir, por medio de las denuncias se sanciona al país que está incumplimiento el Ordenamiento Jurídico Comunitario y es obligado a cumplir con la normatividad, ya que al firmar el tratado de Cartagena cada país miembro adquirió unos derechos y obligaciones legítimamente consagrados en el tratado internacional.

## Referencias:

Capella, J. R. (2006) Fruta Prohibida. Una aproximación histórica – teoría al estudio del Derecho y del Estado. Madrid: Editorial Trotta.

Espindolla, C y Rodríguez, D. L. (2008). El Sistema Jurídico Andino ¿Utopía o Realidad Jurídica? Revista Criterio Jurídico. Vol. 8. No. 1. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

Perotti, A. (1999). Los Tribunales Comunitarios en los Procesos de Integración. El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Revista Díkaion, No. 8. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Guy, A. (2000) Manual de Derecho Comunitario General. Quinta edición. Madrid: Ariel.

Sáchica, L. C. (1990). Introducción al Derecho Comunitario Andino. Bogotá: Editorial Temis.

Taruffo, M. (2006). Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil. Edición 1ª. Bogotá: Editorial TEMIS.

Taruffo, M. (2011). La jurisdicción y la protección internacional de los derechos: escrito sobre una propuesta para la armonización del procedimiento civil. Edición 1ª. Medellín: Sello editorial universidad de Medellín.

Pico, G. (1995). Jurisprudencia del tribunal de justicia del acuerdo de Cartagena. Tomo III. Buenos aires: Editorial Grafica integral, Albarracín.

Registro de autor: 020159 (2004). Testimonio comunitario, tribunal de justicia de la comunidad andina. Quito: Artes graficas señal. Impreseñal Cía. Ltda.



