

El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino

JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ¹

RESUMEN

Una de las tendencias contemporáneas del Derecho Administrativo es el reconocimiento de su existencia más allá de las fronteras de un Estado. Bajo esa premisa, se busca demostrar que en la Comunidad Andina de Naciones se configuran los elementos suficientes para afirmar que existe un Derecho Administrativo Comunitario Andino, en la medida en que de las normas andinas se desprende la existencia de una función administrativa andina, una organización administrativa al seno del Sistema Andino de Integración, un sistema de fuentes administrativas andina y un contencioso administrativo comunitario.

Palabras clave: Derecho comunitario, Comunidad Andina de Naciones, Sistema Andino de Integración, Contencioso comunitario.

Administrative Law in the Andean Community of Nations

ABSTRACT

One of the contemporary tendencies of Administrative Law is the recognition of its existence beyond the borders of a State. Under such premise, this paper aims to demonstrate that in the Andean Community of Nations sufficient elements to consider the existence of an Andean administrative Law. In the Andean

1 Abogado y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Administrativo y contratación pública de la misma universidad. Correo: jorge.santos@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 20 de agosto de 2013; fecha de aceptación: 25 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Santos Rodríguez, Jorge Enrique (2013). "El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 21-44.

statutes and rules, it is possible to identify an administrative function, as well as an administrative organization inside the Andean Integration System; and a system of Andean administrative rules and an administrative justice system.

Keywords: Communitarian Law, Andean Community Of Nations, Andean Integration System, Communitarian Justice System.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo tradicional ha sido construido bajo la idea de que se trata de un subsistema normativo estrictamente interno en el sentido de ser un asunto propio de los Estados. No obstante, en la actualidad, esa conclusión no resulta acertada, pues lo cierto es que una buena cantidad de actores en el contexto supranacional o transnacional ejercen una especie de función administrativa y se someten a una especie de Derecho supranacional o transnacional, cuyo alcance depende necesariamente del tipo de órgano de que se trate y de la manera como se ejerza esa función administrativa.

En todo caso, lo cierto es que en la actualidad cada vez con mayor fuerza se desvirtúa la idea tradicional de que el Derecho Administrativo corresponde a un Derecho interno de los Estados, y se acepta con mayor amplitud que organizaciones fuera de los Estados pueden tener su propio Derecho Administrativo.

El escenario en el cual, quizás, esta idea se refleja con mayor intensidad es de las organizaciones internacionales, como la Organización de Naciones Unidas –ONU–, la Organización de Estados Americanos –OEA– o la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, cuya organización interna suele revelar la existencia de una administración propia de la respectiva organización, sometida a su propio régimen jurídico, el cual puede ser denominado como el Derecho Administrativo de la ONU, de la OEA o de la OIT, sin que resulte acertado afirmar que existe un Derecho Administrativo de las organizaciones internacionales, sin desconocer, por supuesto, que en muchas ocasiones esas organizaciones tienen rasgos comunes entre ellas y regulaciones similares aplicables a sus órganos administrativos.

Dentro de esas organizaciones internacionales, por su especialidad, se destacan las organizaciones comunitarias (Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, Mercado Común del Sur –Mercosur–, etc.), las cuales no se basan en el tradicional esquema de cooperación propio del Derecho internacional, sino en una idea de integración, la cual ha dado lugar a que se reconozca la existencia del Derecho comunitario como una rama del Derecho especial y autónoma del Derecho internacional y de los derechos internos de los países que las conforman. El Derecho comunitario es, entonces, el Derecho propio de esas organizaciones comunitarias.

Ahora bien, frente a esas organizaciones comunitarias y, particularmente, al Derecho que las rige, aparece la inquietud en el sentido de si existe un De-

recho Administrativo propio de la organización comunitaria, es decir, que si existe un Derecho Administrativo comunitario. Al respecto, debe señalarse que aunque las diversas organizaciones comunitarias compartan algunas notas comunes, la respuesta a esa inquietud depende estrictamente de la estructura y normatividad propia de cada una de las organizaciones comunitarias.

En el presente trabajo, buscamos dar respuesta positiva a la inquietud planteada concretamente en relación con la Comunidad Andina de Naciones. Para el efecto, en primer lugar analizaremos si es posible afirmar que existe una administración pública comunitaria andina, tanto desde el punto de vista funcional como desde la perspectiva orgánica (I); a continuación, verificaremos si es posible afirmar que existen unas fuentes de Derecho aplicables a esa administración pública, es decir, si existe un ordenamiento jurídico-administrativo andino (II), y finalmente, si existe un sistema de protección judicial frente a la actividad de esa administración pública comunitaria (III).

Con fundamento en la verificación de los anteriores puntos podemos constatar la existencia de un Derecho Administrativo dentro de la Comunidad Andina de Naciones, tanto de organización como de funcionamiento. Sin embargo, dada la extensión de este trabajo y el propósito fijado, el contenido material de ese Derecho Administrativo será apenas mencionado pero no desarrollado.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA

La primera cuestión que aparece en la determinación de la existencia de un Derecho Administrativo propio de la Comunidad Andina de Naciones se refiere a la solución del interrogante sobre la existencia de una administración pública comunitaria.

Al respecto, debe destacarse que la propia doctrina del Derecho Administrativo ha expresado que el concepto de administración pública puede ser entendido en un sentido material o funcional y en uno subjetivo u orgánico (RIVERO, 1984)². En sentido material, la administración pública se concreta en la noción de función administrativa como aquella función pública que es diferente a las funciones judicial y legislativa³. En cambio, en sentido orgánico,

2 Igualmente, cfr. MONTAÑA PLATA (2011: 121 y 122): "El uso común que se le da a la expresión «administración» implica un tratamiento material (dinámico) y uno subjetivo (estructural); este uso se extiende a la comprensión de la administración pública y ha estado presente en múltiples construcciones teóricas y doctrinarias que de este argumento ha hecho el derecho administrativo, por concebirlo desde siempre como su objeto principal. Resulta imposible separar ambas perspectivas y, por el contrario, se hace necesario apreciarlas de manera complementaria, de modo que sirvan para explicar y justificar un concepto que da sentido al derecho administrativo como es el de la administración pública".

3 Este concepto es originario de la doctrina germana: cfr. MERKL (2004: 11): "La administración es aquella actividad del Estado que no es legislación ni justicia". Sobre este concepto de administración y función administrativa, cfr. PAREJO ALFONSO (2009: 247 y ss.).

la administración pública hace referencia al conjunto de órganos que tienen como misión principal el ejercicio de esa función administrativa⁴.

En ese orden de ideas, para verificar si efectivamente se reconoce la existencia de una administración pública dentro del Sistema Andino de Integración, resulta necesario analizar el citado problema tanto en sentido funcional (A) como desde una perspectiva orgánica (B), como pasamos a hacerlo.

A. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN

De los tratados constitutivos de la Comunidad Andina de Naciones, aunque con un cierto grado de indeterminación, puede deducirse que se establecen una especie de funciones públicas comunitarias⁵. Así, de acuerdo con las actividades jurídicas que se establecieron en los tratados constitutivos a los diversos órganos de la Sistema Andino de Integración, es claro que se consagran las funciones de normativa o legislativa, judicial o de solución de controversias y administrativa, pero además, se consagra la función de dirección política, que es propia y especial de los sistemas comunitarios.

Ahora bien, debe precisarse que frente a la realidad comunitaria, a diferencia de lo que ocurre al interior de los Estados, la separación de funciones entre los diversos órganos del Sistema Andino de Integración no es tan clara, sino que más bien existe una especie de integración de funciones dentro de los diversos órganos, lo cual es explicable por la especial naturaleza y origen de la Comunidad Andina de Naciones y el hecho de que se encuentre en proceso de formación.

Al respecto, la doctrina del Derecho comunitario europeo, aplicable al Derecho andino por haber este evolucionado pretendiendo semejar las realidades europeas, ha identificado diversas razones por las cuales se explica la existencia de esa integración de funciones: (i) la necesidad de un equilibrio entre los intereses de los Estados miembros y las exigencias supranacionales de la organización, el cual solo puede ser alcanzado mediante el entrelazamiento entre roles y funciones en los cuales participen diversos órganos comunitarios; (ii) en el sistema comunitario no existen diversas fuentes de poder y distintas legitimaciones; (iii) no es posible aún reconocer la existencia de un poder público como tal dentro de la organización comunitaria, en el cual se manifieste una exigencia de articulación y control mutuo como ocurre dentro de

4 Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (2011, n° 89): "la *administración pública* está integrada por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de actividades y funciones administrativas".

5 Sobre la existencia de funciones públicas comunitarias, aunque referido a la Unión Europea, pero aplicable a la situación de la Comunidad Andina de Naciones, cfr. P. CHITI (2002: 141 y ss.) y PAREJO ALFONSO (2003: 61 y ss.).

los Estados, y (iv) la evolución propia del sistema jurídico de la Comunidad impide concluir que se trate de un nuevo Estado con las exigencias propias de los Estados⁶.

A las anteriores razones debe agregarse que la integración de funciones analizada aparece más como una expresión acentuada del principio de colaboración entre poderes públicos que como una integración propia de los Estados absolutistas⁷. En efecto, a pesar de esa integración de funciones, es claro, de una parte, que las funciones públicas comunitarias como tales pueden ser identificadas y, de otra, que cada uno de esos órganos ejerce una misión principal que se identifica con una de las funciones públicas comunitarias.

En este sentido, la existencia de la función de dirección política de la Comunidad Andina de Naciones se encuentra reconocida en diversas normas del Acuerdo de Cartagena, y tiene como contenido la de emitir órdenes y adoptar las decisiones necesarias para que se impulse la integración entre los Estados miembros de la CAN. Así, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 12, le corresponde al Consejo Presidencial Andino, entre otros, "definir la política de integración subregional andina" y "evaluar el desarrollo y los resultados del proceso de integración subregional andina". Igualmente, como expresión de esta función, en el artículo 16 se atribuye al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, entre otras, las competencias de "formular la política exterior de los países miembros en los asuntos que sean de interés subregional" y "formular... la política general del proceso de integración subregional andina". Por último, esta función también corresponde al Parlamento Andino, que es, de acuerdo con el artículo 1 del Tratado constitutivo, el "órgano deliberante común del proceso de integración subregional".

A su vez, la función normativa o legislativa dentro de la Comunidad Andina de Naciones se concreta en una función similar a la existente dentro de los Estados en el sentido de ser "la producción de normas jurídicas, esto es, de disposiciones generales y abstractas" (PÉREZ ROYO, 2005: 748). La existencia de esta función se encuentra consagrada en los artículos 16 y 22 del Acuerdo de Cartagena, en el cual se les asignan competencias normativas al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión de la Comunidad Andina. En realidad, la competencia general para expedir normas de alcance comunitario corresponde a la Comisión, mientras que el Consejo tiene competencias normativas en los aspectos explícitamente señalados por el Acuerdo de Cartagena y protocolos modificatorios⁸.

Por su parte, la función judicial o de solución de conflictos de contenido o con trascendencia andina, a pesar de que no estaba consagrada en el texto

6 Cfr. CHITI (Ob. cit.: 142 y 143).

7 En relación con la evolución del principio de separación de poderes y concretamente sobre el principio de colaboración entre poderes (cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, 2011: 279 y ss.).

8 Cfr. QUINDIMIL LÓPEZ (2006: 65 y ss.).

inicial del Acuerdo de Cartagena, con posterioridad fue materia de un tratado específico y tal función pasó a formar parte del Acuerdo de Cartagena⁹. En efecto, el artículo 40 del Acuerdo de Cartagena señala que el "Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina" y el artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal señala: "Créase el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y competencia que se establecen en el presente tratado". Como puede verse, es claro que los tratados constitutivos consagran la existencia de una función jurisdiccional comunitaria andina, la cual es atribuida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al cual nos referiremos más adelante.

Finalmente, en lo que más interesa al presente trabajo, el Acuerdo de Cartagena también consagra la existencia de una función ejecutiva y de otras funciones a cargo de diversas clases de entidades, las cuales pueden ser englobadas bajo la idea de función administrativa comunitaria andina, al tenor del concepto residual de función administrativa explicado atrás. En efecto, el artículo 29 del Acuerdo de Cartagena señala que "la Secretaría General es órgano ejecutivo de la Comunidad Andina", lo cual equivale a decir que es el órgano administrativo o encargado del ejercicio de la función administrativa comunitaria, al punto que la doctrina lo ha calificado como "el órgano de ejecución administrativa" de la CAN¹⁰.

La idea de que a la Secretaría General se le encarga de las funciones administrativas de la CAN se encuentra ratificada por el artículo 1 de la Decisión 409 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la cual contiene el reglamento de dicho órgano. En efecto, en el citado artículo se prevé lo siguiente:

Artículo 1. La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado, dentro del ámbito de sus competencias, de administrar el proceso de la integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración, de velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y con capacidad para presentar iniciativas y propuestas de Decisión.

Como puede verse, las misiones entregadas a la Secretaría General son de administración del funcionamiento del sistema de integración subregional, atribuyéndosele funciones de control administrativo, de iniciativa normativa, de desarrollo normativo y de ejecución de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina. Es decir, que se le atribuyen funciones administrativas¹¹.

9 Cfr. MORALES MOLINA (1982: 433 y ss.).

10 Cfr. TREMOLADA ÁLVAREZ (2006: 25).

11 Sobre la Secretaría General de la CAN, cfr. QUINDIMIL LÓPEZ (Ob. cit.: 92 y ss.).

Adicionalmente, en materia de funciones administrativas, el Acuerdo de Cartagena prevé que otros órganos ejecutaran funciones de asesoría, financieras y de apoyo cultural y cultural, las cuales, siendo funciones públicas comunitarias, no corresponden ni a una función normativa ni a una función judicial, sino que constituyen actividades públicas diferentes, las cuales caben dentro del concepto residual de función administrativa que hemos expuesto atrás, ratificando de esta manera la existencia de una función administrativa comunitaria andina.

B. LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DENTRO DEL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN

El Sistema Andino de Integración se encuentra conformado por una muy amplia diversidad de órganos e instituciones, que cumplen diferentes clases de funciones públicas al interior de la CAN. Estos órganos, de la misma manera que ocurre en el Derecho europeo, pueden ser calificados como unos "órganos propios, permanente e independientes, destinados a ejercer sus funciones con vistas a la realización de los objetivos de interés común" (SOBRINO HEREDIA, 1996: 32 y 33).

Este Sistema, entonces, "comprende y agrupa a todos los órganos donde se destacan las instituciones políticas por encontrarse en el centro del esquema institucional: está integrado por cinco órganos políticos, un órgano administrativo, dos órganos sociales consultivos, dos instituciones financieras, un foro socio-laboral, un convenio en salud, una institución en educación, además, de varios consejos y comités consultivos" (TREMOLADA ÁLVAREZ, Ob. cit.: 24). En efecto, en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, en su versión modificada por el Protocolo de Trujillo, se expresa que la conformación del citado Sistema Andino de Integración, así:

- El Consejo Presidencial Andino;
- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- La Comisión de la Comunidad Andina;
- La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- El Parlamento Andino;
- El Consejo Consultivo Empresarial;
- El Consejo Consultivo Laboral;
- La Corporación Andina de Fomento;
- El Fondo Latinoamericano de Reservas;
- El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
- La Universidad Andina Simón Bolívar;

- Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión, y,
- Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

Para conformar el concepto de "administración pública comunitaria" con base en esa diversidad de instituciones y órganos mencionados, debe recordarse que la administración pública hace referencia al conjunto de órganos que tienen como misión principal el ejercicio de la función administrativa comunitaria. En consecuencia, de acuerdo con el análisis global de las funciones que se le asignan a cada uno de ellos a partir del artículo 11 del Acuerdo de Cartagena, puede señalarse que la "administración pública comunitaria" está compuesta por los siguientes órganos:

En primer lugar, la Secretaría General de la Comunidad Andina, creada mediante el Protocolo de Trujillo de 1996, el cual es uno de los órganos principales de la CAN, cuya organización interna, de acuerdo con los artículos 5 y siguientes de su reglamento (Decisión 409), es encabezada por un Secretario General, seguida de unos Directores Generales y personal técnico y administrativo.

Pero además de la Secretaría General, conforman la citada administración, las siguientes instituciones que ocupan un lugar secundario dentro de la organización del Sistema Andino de Integración:

- Las instituciones consultivas (Consejo Consultivo Empresarial y Consejo Consultivo Laboral).
- Las instituciones financieras (Corporación Andina de Fomento y Fondo Latinoamericano de Reservas).
- El Convenio Simón Rodríguez.
- La Universidad Andina Simón Bolívar.
- Los Consejos Consultivos.
- Los demás órganos e instituciones que se creen al interior del Sistema Andino de Integración a las que se les encarguen funciones administrativas comunitarias.

Los anteriores órganos se caracterizan por ejercer la función administrativa comunitaria, es decir, por llevar a cabo funciones dentro del ámbito comunitario de la CAN diferentes a las demás funciones públicas comunitarias (dirección política, normativa o legislativa y judicial o de solución de controversias).

II. EL SISTEMA DE FUENTES APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA

El segundo punto relevante en la determinación de la existencia de un Derecho Administrativo propio de la Comunidad Andina de Naciones tiene que ver con

el reconocimiento de la existencia de un sistema de fuente o de una especie de ordenamiento jurídico-administrativo¹². Es decir, que el segundo elemento que nos permite constatar la existencia de un Derecho Administrativo comunitario andino es la existencia de unas normas aplicables a la administración pública comunitaria expuesta en el punto anterior.

En el sistema comunitario andino no cabe la menor duda de que existe un conjunto de normas aplicables tanto a la organización como a la actividad de la administración pública comunitaria. En este sentido, no puede perderse de vista que "el derecho comunitario europeo está ante todo constituido por reglas de derecho administrativo y notablemente de derecho administrativo económico", de tal manera que "la expresión «comunidad de derecho» utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede ser perfectamente utilizada como comunidad de Derecho Administrativo" (SCHWARZE, 1994: 8), consideración que puede ser también extendida a la Comunidad Andina de Naciones. Es decir, que el bloque normativo que integra el ordenamiento jurídico comunitario es, ante todo, un bloque de normas de Derecho Administrativo y, por lo mismo, aplicable a la administración pública comunitaria.

Para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico comunitario andino, deben estudiarse separadamente las peculiaridades de la normatividad comunitaria (A) y las fuentes particulares consagradas por los textos en el ordenamiento andino (B).

A. LAS PECULIARIDADES DE LA NORMATIVIDAD COMUNITARIA

A partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Derecho Comunitario europeo se han desarrollado unos rasgos peculiares de la normatividad comunitaria. Estos caracteres especiales del Derecho comunitario han sido resumidos por la doctrina, en los siguientes términos:

- La norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados: es la *aplicabilidad inmediata*;
- La norma comunitaria es susceptible de crear, por ella misma, derecho y obligaciones para los particulares; es la *aplicabilidad directa*, y
- La norma comunitaria ocupa en él un rango de prioridad sobre cualquier norma nacional: es la *primacía* (ISAAC, 1996: 189).

De acuerdo con lo anterior, las normas comunitarias se caracterizan y se individualizan, respecto de las demás normas generales de Derecho internacional

12 Recuérdese que el ordenamiento jurídico-administrativo "es la parte del ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la administración pública" (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008: 43).

y de las normas ordinarias de Derecho interno, en que gozan, de una parte, de eficacia directa y, de otra, de supremacía.

Así, las normas comunitarias, una vez adoptadas de acuerdo con los procedimientos comunitarios y en cierta medida nacionales –al menos para el Derecho primario–, se aplican en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la respectiva organización comunitaria con eficacia vinculante, no solo para los propios Estados sino incluso para los particulares, y de manera muy especial con primacía o supremacía sobre las normas de Derecho interno, cualquiera que sea su rango y aun cuando ellas sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria¹³.

En el Derecho comunitario andino, estos caracteres de las normas comunitarias se encuentran explícitamente reconocidos en los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su versión posterior al Protocolo de Cochabamba de 1996¹⁴.

El artículo 2 se refiere a la eficacia directa en cuanto dispone que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina “obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas”, en tanto que los Estados miembros forman parte de ese Consejo y de esa Comisión. A su vez, en el artículo 3 se expresa que las mismas Decisiones y las Resoluciones de la Secretaría General “serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”, lo cual implica que ya no solo son aplicables a los Estados miembros, sino también a sus habitantes desde que se cumple la formalidad de publicación.

En cuanto a la primacía, el artículo 4 la consagra al fijar la obligación de hacer para los Estados miembros en el sentido de “adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, y la obligación de no hacer, de “no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

Estas características de las normas comunitarias andinas han sido reiteradamente destacadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Un buen resumen de la posición del Tribunal se encuentra en la siguiente exposición:

Características de gran trascendencia que también surgen de los cinco primeros artículos del Tratado Constitutivo del Tribunal y que exornan la normatividad comunitaria, son tanto la *aplicabilidad directa* de ésta en todo el territorio que conforma la comunidad, el cual está integrado, como se sabe, por la unión de

13 Sobre las peculiaridades de las normas comunitarias, cfr. CHITI (Ob. cit.: 77 y ss.); MENGOZZI (2000: 144 y ss.), y MUÑOZ MACHADO (1986: 508 y ss.).

14 Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (2009: 19 y ss.).

todos y cada uno de los cinco países que hoy la integran, acompañada aquella de su connotación de efecto directo, como la que se refiere a la preeminencia de las normas comunitarias, sean de derecho originario o de derecho derivado, sobre las normas jurídicas de derecho interno aplicables en todos y cada uno de dichos países.

El Tribunal, con apego a los más autorizados criterios doctrinarios ha destacado la importancia de estas características hasta el punto de considerar que la existencia misma del derecho comunitario andino depende de la presencia de tales atributos...

Pues bien, en la Comunidad Andina de Naciones la aplicabilidad directa del derecho comunitario deriva de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario. El Tratado de Creación del Tribunal establece en el artículo 2 que "las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión"; en su artículo 3 que "Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior" y que sólo "cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro; y en su artículo 4 que "Las Resoluciones de la Junta entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento". Estas características se reafirman y profundizan con la expedición del Protocolo de Cochabamba, instrumento por el cual se introducen al Tratado de Creación del Tribunal Andino importantes modificaciones. Es así como hoy, los artículos 2º y 3º, del Tratado, codificado por la Decisión 472 de la Comisión, respectivamente establecen...

En conclusión, las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares.

Un tercer elemento que debe considerarse para caracterizar al Derecho Comunitario es el que dice relación con su preeminencia, esto es, aquella virtualidad que tienen sus normas de prevalecer sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas.

Ahora bien, en aplicación y como corolario de los principios y características anteriormente descritos, en el artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal, en el que se tutelan tanto la aplicabilidad directa e inmediata y el consecuente efecto directo, ambos derivados de la indispensable preeminencia de su ordenamiento jurídico, se le imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo: una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial, y, otra,

de no hacer, conducente a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario¹⁵.

En ese orden de ideas, puede concluirse que los principios de eficacia directa y primacía o prevalencia del Derecho comunitario, inicialmente construidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han sido adoptados normativamente en la Comunidad Andina de Naciones por parte del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y han sido aplicados uniformemente por parte de la jurisprudencia de ese Tribunal.

B. LAS FUENTES PARTICULARES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO

En los ordenamientos jurídicos de las organizaciones comunitarias se suelen distinguir dos clases de normas: de una parte, las originarias o primarias que están constituidas por los tratados o convenciones internacionales que dieron origen a la creación de la organización comunitaria, junto con sus protocolos y demás actos modificatorios, y de otra, las derivadas o secundarias, que son el conjunto de decisiones, resoluciones y demás disposiciones expedidas o adoptadas por los órganos e instituciones comunitarios en ejercicio de las competencias cedidas por los Estados con ocasión de la suscripción de los tratados o convenciones constitutivas de la organización comunitaria¹⁶.

En el Derecho comunitario andino, la aceptación de esta diferenciación se encuentra explícitamente consagrada en el artículo 2 la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). En efecto, la citada norma señala que "el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario", señalando a continuación que las normas de derecho primario "están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios", mientras que las normas de derecho secundario o derivado "están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino"¹⁷.

15 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 07-AI-99.

16 Sobre los conceptos de Derecho comunitario primario y secundario, cfr. MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2005: 332 y ss.) e ISAAC (Ob. cit.: 192 y ss.).

17 Sobre la distinción entre derecho comunitario andino primario y secundario, cfr. SÁCHICA (1985: 129 y ss.).

Esta norma es perfectamente coherente con el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, en el cual se hace una enumeración de las fuentes que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario andino, en los siguientes términos: (i) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; (ii) el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios; (iii) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; (iv) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y (v) los Convenios de Complementación Industrial y los demás convenios que adopten los Estados miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina¹⁸.

1. El Derecho andino primario

Como lo expresamos atrás, el Derecho andino primario se encuentra conformado por los tratados y convenciones internacionales que dieron origen a lo que hoy se denomina Comunidad Andina de Naciones, junto con los protocolos y demás actos modificatorios o adicionales. Al respecto, debe señalarse que una de las características de los ordenamientos jurídicos comunitarios es precisamente la ausencia de una constitución formalmente adoptada –muy a pesar del esfuerzo europeo de sacar adelante una “constitución europea”–, por lo cual la doctrina ha concluido que estos tratados o convenciones originarios pueden ser calificados en realidad como la Constitución Política de la respectiva organización comunitaria¹⁹.

En ese orden de ideas, la “Constitución Andina” se encuentra conformada principalmente por el Acuerdo de Cartagena de 1969, que fue el tratado internacional que dio vida al Pacto o Grupo Andino y que después, a partir del Protocolo de Trujillo de 1996, se transformó en lo que actualmente se denomina Comunidad Andina de Naciones.

Este Acuerdo de Cartagena, como lo expresamos en el punto anterior sobre la administración pública comunitaria, sin lugar a dudas forma parte del ordenamiento jurídico-administrativo andino, en tanto que consagra múltiples disposiciones que son aplicables tanto a la organización como al funcionamiento de esa administración pública andina.

18 Para una exposición detallada de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, cfr. QUINDIMIL LÓPEZ (Ob. cit.: 174 y ss.).

19 Cfr. MUÑOZ MACHADO (2006: 464 y 465): “Europa no ha tenido nunca una Constitución, si por tal debe entenderse un texto escrito, producto de la voluntad constituyente del pueblo soberano, que regula la organización y actividad de los poderes públicos, declara los derechos de los ciudadanos y consagra las garantías necesarias para su producción... Son muchos los estudiosos del derecho comunitario que han expresado buenas justificaciones para utilizar el término Constitución al referirse al conjunto de normas comunitarias principales que se agrupan en los tratados”.

Pero además del Acuerdo de Cartagena, forma parte de manera muy importante del ordenamiento jurídico-administrativo andino, también como expresión de la "Constitución Andina", el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la medida en que dicho Tratado establece los mecanismos de protección de los derechos de los Estados miembros de la Comunidad y de sus habitantes.

En ese orden de ideas, puede concluirse que la norma fundamental del ordenamiento jurídico-administrativo andino se encuentra en el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, junto con sus protocolos modificatorios, en especial los Protocolos de Sucre, Trujillo y Cochabamba, normas que establecen regulaciones sobre la organización, funcionamiento y control de la administración pública comunitaria andina.

2. El Derecho andino derivado

Como lo anunciamos atrás, el Derecho andino secundario o derivado se concreta en las normas jurídicas emitidas por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que han recibido la cesión de competencias normativas por parte de los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Al respecto, debe señalarse que, como vimos, el Sistema Andino de Integración es muy complejo en el sentido de que se encuentra conformado por un importante número de órganos. Sin embargo, como también lo expresamos, el Tratado de Creación de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no otorga competencias normativas a todos los órganos e instituciones del citado Sistema Andino de Integración.

En efecto, las competencias normativas o de producción de Derecho se encuentran reservadas para la Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina. A su vez, los tratados también otorgan competencias normativas, aunque simplemente reglamentarias o administrativas, a la Secretaría General. De esta manera, el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina únicamente reconoce como fuentes del ordenamiento jurídico andino a las normas provenientes de estos tres órganos.

Sin embargo, desde el punto de vista jerárquico, las normas de los tres órganos citados no pueden ser tratadas de la misma manera. Así, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina gozan de la categoría más alta dentro del Derecho derivado, de tal manera que ocupan una posición similar a la de la "ley" dentro de los Estados. La diferencia que existe entre las Decisiones de cada uno de los órganos no se basa en términos de jerarquía sino de distribución de competencias, pues el Acuerdo de Cartagena otorga funciones normativas diferentes a cada uno de ellos.

Por debajo de esas decisiones, se encuentran las Resoluciones de la Secretaría General, los cuales, en concordancia con la función ejecutiva que se asigna a este órgano en el artículo 29 del Acuerdo de Cartagena, tienen por objeto permitir la correcta ejecución de las Decisiones del Consejo y de la Comisión. En ese orden de ideas, estas normas se asimilan a los "reglamentos" propios de los derechos internos de los Estados, y se ubican jerárquicamente en una posición inferior.

De otra parte, desde el punto de vista de los asuntos que son materia de regulación por la normatividad andina secundaria, no cabe duda de que muchas de las normas que pertenecen a esta categoría son parte de lo que hemos denominado ordenamiento jurídico-administrativo andino, pues consagran normas aplicables a la organización y funcionamiento de la administración pública comunitaria.

Así, por ejemplo, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores ha establecido el Reglamento de la Secretaría General que actualmente se encuentra contenido en la Decisión 409, norma que establece con detalle el régimen de organización y funcionamiento de dicho órgano del Sistema Andino de Integración, señalando incluso reglas laborales para la vinculación de personal a dicho órgano.

Por su parte, como ejemplo de normas de contenido administrativo de la Comisión de la Comunidad Andina se encuentra el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General actualmente contenido en la Decisión 425, norma en la cual se fijan principio y formalidades para la actuación administrativa de la Secretaría General. Se trata de una Decisión muy importante, pues consagra el esquema que regula las actuaciones materiales, tanto generales como particulares, de la Secretaría General, constituyendo la base del Derecho Administrativo material de la Comunidad Andina de Naciones. Un ejemplo adicional de normas de contenido administrativo de la Comisión se encuentra en los presupuestos que anualmente aprueba para algunos de los órganos del Sistema Andino de Integración, en particular de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia.

Finalmente, como las Resoluciones de la Secretaría General constituyen un instrumento para la debida ejecución de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, en la medida en que las mismas se refieran a materias propiamente administrativas, dichas Resoluciones también lo harán y, de esa manera, constituirán fuentes del Derecho Administrativo comunitario y forman parte del ordenamiento jurídico-administrativo andino.

III. EL CONTENCIOSO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA

En primer lugar, debe hacerse notar que la doctrina de manera muy precisa ha vinculado el reconocimiento la existencia de un Derecho Administrativo a la consagración de unos adecuados mecanismos judiciales de control de la actividad administrativa por parte de tribunales estrictamente judiciales e independientes, de la actividad de la respectiva administración pública. En este sentido, la doctrina ha expresado que "no habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa" (GORDILLO, 2009: v-5).

Como puede verse, se ha considerado como un elemento esencial para la existencia de un verdadero Derecho Administrativo, el reconocimiento de unos mecanismos adecuados de control de la actuación de la administración pública y, en especial, el reconocimiento de un control de carácter judicial, independiente de la propia administración que actúa.

Frente a esa idea, no cabe la menor duda de que en la Comunidad Andina de Naciones existe todo un sistema complejo de control judicial de las actuaciones de los órganos e instituciones comunitarias y, especialmente, de la administración pública comunitaria andina en los términos expuestos. Para la comprensión de ese sistema de control judicial, de una parte, deben presentarse el órgano de control judicial comunitario (A) y, de otra, los mecanismos de control judicial de las actuaciones de los órganos e instituciones comunitarios (B).

A. EL ÓRGANO DE CONTROL JUDICIAL COMUNITARIO

Una de las principales críticas que se hizo a la conformación inicial del Pacto Andino en el texto original del Acuerdo de Cartagena era, precisamente, la ausencia de un órgano judicial permanente instituido para la solución de las controversias sobre asuntos comunitarios o con interés o afectación comunitaria. Esta misma crítica se presenta actualmente respecto de otros sistemas comunitarios, como el del Mercosur, en donde, incluso con posterioridad al Protocolo de Olivos de 2002 y la creación del Tribunal Permanente de Revisión, en efecto no existe un órgano judicial permanente que actúe con competencias generales en asuntos comunitarios y debe solucionar sus conflictos con la actuación de tribunales de arbitramento *ad hoc*.

Como respuesta a esas críticas y con la finalidad de hacer más fuerte la integración subregional, en 1979 se suscribió el Tratado de Creación del Tri-

bunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena²⁰. Sin embargo, dicho Tribunal no pudo entrar en funcionamiento sino hasta 1984, luego de la ratificación del Tratado por los países miembros del Pacto Andino, momento a partir del cual ha venido funcionando de manera continua. Después, para efectos de adecuar el Tribunal a la realidad de la CAN creada con ocasión del Protocolo de Trujillo, mediante el Protocolo de Cochabamba de 1996 se modificó el nombre al actual de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²¹.

Este Tribunal, según el artículo 5 del Tratado, es el "órgano jurisdiccional" de la Comunidad Andina, lo cual implica que se trata de uno de los órganos principales del Sistema Andino de Integración y de un órgano de carácter permanente dentro de la organización y funcionamiento de la CAN. Se encuentra compuesto por un magistrado de cada uno de los países miembros de la CAN, de tal manera que en la actualidad, luego de la salida de Venezuela de la CAN, tiene solo cuatro magistrados, quienes actúan con un período fijo y ejercen el cargo con dedicación exclusiva. En efecto, de acuerdo con el artículo 6 del Tratado, "los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no".

En relación con las funciones del Tribunal consagradas en el Tratado, debe destacarse, en primer lugar, que es el principal órgano competente para resolver las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas andinas (art. 42), pues, aunque con intervención del Tribunal, los jueces nacionales también pueden aplicar el Derecho andino; de otra parte, que ejerce competencia en el territorio de todos los Estados miembros (art. 12) y, finalmente, que para el cumplimiento de sus decisiones no se requiere homologación o exequátur sino que son directamente vinculantes para los Estados miembros y sus habitantes (art. 41).

A su vez, respecto de las competencias atribuidas por el Tratado al Tribunal, se destaca que conoce sobre la validez de los actos de los órganos comunitarios mediante la acción de nulidad (arts. 17 a 22), sobre la omisión en el cumplimiento de las funciones de los órganos comunitarios mediante el recurso por omisión (art. 37) y sobre las controversias laborales al interior del Sistema Andino de Integración (art. 40); que es competente para juzgar el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones emanadas de la normativa comunitaria mediante la acción de incumplimiento (arts. 23 a 31) y para interpretar con fuerza vinculante el ordenamiento jurídico comunitario mediante la interpretación prejudicial (arts. 32 a 36), y que puede dirimir

20 En relación con la creación inicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cfr. MORALES MOLINA (Ob. cit.: 433 y ss.).

21 Sobre la evolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cfr. QUINDIMIL LÓPEZ (Ob. cit.: 323 y ss.).

mediante arbitraje las controversias relacionadas con contratos suscritos por órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (arts. 38 y 39).

Los detalles de la elección de los magistrados, así como la organización y el funcionamiento interno del Tribunal, junto con los detalles procesales para el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas se encuentran desarrollados en el Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que contiene el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En conclusión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones es un órgano jurisdiccional de carácter permanente, instituido con competencia excluyente para resolver los conflictos que involucren la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en el sentido de que si el juez nacional habrá de aplicar el derecho comunitario, aún en ese caso debe estar presente la intervención del Tribunal. Además, se trata de un órgano independiente tanto de los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, como de los Estados miembros de la Comunidad, cuyas decisiones son directamente vinculantes para sus destinatarios, sean órganos comunitarios, Estados miembros o terceros.

B. LOS MECANISMOS DE CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece como instrumentos de control judicial la acción de nulidad, la excepción de inaplicación, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y las acciones laborales. Sin embargo, frente a esa amplia gama de instrumentos, para efectos del presente trabajo, solo interesan aquellos que tienen relación con la actuación de la administración pública comunitaria.

1. La acción de nulidad y la excepción de inaplicación

En primer lugar, aparece la *acción de nulidad*, consagrada en el artículo 17 del Tratado, según el cual corresponde al Tribunal declarar la nulidad, entre otros actos, de las Resoluciones de la Secretaría General de la CAN, "dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder". Según la doctrina,

La acción de nulidad es un medio jurídico establecido por el orden comunitario para garantizar la legalidad de los actos de los órganos de la Comunidad por vía del control de su conformidad con las normas comunitarias que les sirven de fundamento.

El objeto de la acción es la declaratoria de nulidad del acto del órgano por ser contrario a Derecho, lo que presupone que se hayan cumplido los requisitos de legitimación, activa y pasiva, que se trate de un acto susceptible de ser demandado por vía de nulidad, y que se haya configurado el motivo de violación del orden comunitario (TROCONIS VILLARREAL, s.f.).

Esta acción de nulidad, como puede verse, es la consagración del tradicional *recours pour excès de pouvoir français*²², en tanto que se trata de un contencioso de anulación puramente, sin que se prevea la posibilidad de restablecimiento de situaciones subjetivas o de indemnización económica. En efecto, si se analizan con detenimiento las normas del Tratado y del Estatuto del Tribunal, en ninguna de ellas se prevé la posibilidad de un restablecimiento económico más allá del deber de las autoridades comunitarias de dar cumplimiento a las órdenes del Tribunal.

Aparece, entonces, de manera clara, que el juez comunitario se limita a anular la Resolución de la Secretaría General de la CAN, pero aun cuando la misma hubiera dado lugar a la causación de un daño, no puede ordenar su reparación, en tanto que la acción de nulidad es un contencioso puramente objetivo, con lo cual puede extenderse la crítica que RIVERO (2002: 63 y ss.) hacía al recurso por exceso de poder francés que no lograba el remedio entero de la situación litigiosa.

En cuanto a los motivos que fundamentan el ejercicio de la acción de nulidad, de acuerdo con el citado artículo 17 del Tratado y 101 del Estatuto, de manera similar a lo que ocurre en el Derecho comunitario europeo, éstos son idénticos a los vicios por los cuales puede ejercerse el contencioso de anulación en el Derecho continental. Así, dentro de la fórmula de violación de norma superior se deben entender cobijados la falta de competencia, los vicios sustanciales de forma, la violación de los Tratados o de cualquier norma comunitaria superior y la desviación de poder²³.

Particularmente respecto de las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, el artículo 12 de la Decisión 425 (reglamento de procedimientos administrativos), establece que las mismas son nulas de plenos derechos cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución y cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.

Sobre esta acción, importa destacar también que no se trata de una acción pública. Por el contrario, a pesar de tratarse de un contencioso objetivo, el Tratado y el Estatuto exigen una cierta legitimación para su ejercicio. Así, en

22 Sobre este recurso, cfr. DE LAUBADÈRE et GAUDEMET (2001, n° 977 y ss.).

23 En relación con la aplicación de los motivos de anulación de la tradición continental, cfr. MENGOZZI (Ob. cit.: 247 y ss.).

primer lugar, pueden incoar la acción de nulidad los Estados miembros, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General en cualquier caso. Pero además, pueden ejercer la acción, las personas naturales y jurídicas, siempre y cuando la decisión demandada afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos²⁴.

Finalmente, el artículo 20 del Tratado señala que la acción de nulidad tiene un plazo de caducidad de dos años contados a partir de la publicación del acto a impugnar. Ahora bien, vencido ese plazo se abre la puerta del ejercicio de otro medio control regulado en el mismo artículo: la *excepción de inaplicación*.

En virtud de este mecanismo, si ha operado la caducidad de la acción de nulidad, "cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione". Es decir, que se trata de un mecanismo de defensa en conflictos que se tramitan ante jueces nacionales.

Sin embargo, ello no significa que será solucionado por el juez nacional, sino que también es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En efecto, según el mismo artículo 20, presentada la excepción de inaplicabilidad, "el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél"²⁵.

2. LA FUNCIÓN ARBITRAL

En segundo lugar, aparece la *función arbitral*. El artículo 38 del Tratado establece que el Tribunal es competente "para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden". El mismo artículo 38 Tratado advierte también que "los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

24 Sobre la legitimación de los terceros para demandar los actos comunitarios, cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Proceso 14-AN-01). En esta sentencia se resalta la interpretación amplia que deben tener la frase "que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos" que sustituyó la idea del texto inicial del Tratado que exigía la demostración de que la norma demandada le era aplicable y le causaba un perjuicio.

25 Sobre la excepción de inaplicación, cfr. QUINDIMIL LÓPEZ (Ob. cit.: 390 y ss.).

Como puede verse, se atribuye una función arbitral al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sin embargo, como cualquier caso de arbitraje, su aplicación no es obligatoria sino que, en tanto que la norma dispone "cuando las partes así lo acuerden", depende de la voluntad de las partes que se encuentran en el litigio, es decir, que es necesaria la existencia de una especie de "pacto arbitral" que habilite al Tribunal para actuar, que constituya la manifestación de la voluntad de las partes en controversia en el sentido de que la misma sea solucionada por el Tribunal en ejercicio de su función arbitral.

En dicho pacto arbitral, además de someterse inequívocamente las partes al laudo que emita el Tribunal, el cual, según el mismo artículo 38, "será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada país miembro", deberán determinar si la función será ejercida en Derecho o en equidad.

De otra parte, se destaca que esta competencia arbitral otorgada al Tribunal no se refiere ya a actos unilaterales de los órganos del Sistema Andino de Integración, como ocurre en la acción de nulidad, sino que está circunscrita a conflictos contractuales, pero no de cualquier clase, sino aquellos que impliquen que la solución de la controversia deba darse mediante la aplicación de normas comunitarias andinas. En cuanto a los sujetos del contrato, la norma advierte que puede tratarse de contratos suscritos entre dos órganos comunitarios, de contratos suscritos entre órganos comunitarios y particulares y de contratos suscritos entre dos particulares.

En consecuencia, para que el Tribunal lleve a cabo su función arbitral se requiere, en primer lugar, que se trate de una controversia de contenido contractual. Pero, además, dicha controversia debe suponer la aplicación o interpretación de aspectos regidos por el ordenamiento jurídico andino. Por último, será necesaria la habilitación expresa de las partes para que el Tribunal pueda actuar, mediante la celebración de un pacto arbitral.

Finalmente, sobre el ejercicio de esta función, es preciso destacar que, según la doctrina, "hasta el momento el ejercicio de la función arbitral por parte del Tribunal Andino no se ha regulado ni se ha presentado ningún caso" (TREMOLADA ÁLVAREZ, Ob. cit.: 73), de tal manera que es una competencia prevista en los textos pero cuya eficacia real aún no se produce.

3. LA JURISDICCIÓN LABORAL

El tercero de los mecanismos previstos en el Tratado que tiene incidencia sobre la acción de la administración pública comunitaria se encuentra en lo que se denomina la *jurisdicción laboral*. El artículo 40 del Tratado se limita a señalar que "el Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración".

Esta previsión del Tratado se encuentra desarrollada en el capítulo v del título tercero del Estatuto del Tribunal (Decisión 500), en el cual se prevé que

las acciones laborales que se pueden ejercer ante el Tribunal, tienen por objeto dirimir las controversias originadas en una relación laboral que se presenten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados.

Según el Estatuto, el conflicto laboral deberá ser solucionado por el Tribunal, de una parte, con base en las normas del "Convenio Sede que resulte aplicable" (art. 136) y, de otra, en aplicación de "los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los Países Miembros" (art. 135). Esta normatividad es, a todas luces, incierta, y dependerá de la labor del Tribunal la forma de entender su contenido y los mecanismos de aplicación a las relaciones laborales con los órganos comunitarios.

Se trata de una competencia muy importante otorgada al Tribunal, que permite superar un buen número de controversias que se habían producido al interior de las jurisdiccionales laborales internas en relación con los trabajadores al servicio de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, muchas de las cuales habían concluido en que al amparo de los principios de Derecho internacional los órganos andinos resultaban excluidos de responsabilidad o se obtenían soluciones dispares²⁶. Así, con la consagración de estas acciones laborales, se logra una efectiva protección de los derechos de los trabajadores al servicio de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

Pero, además, es pertinente destacar que estas acciones laborales son, quizás, las únicas que permiten al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declarar la responsabilidad patrimonial de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración e imponer condenas pecuniarias y aun órdenes de hacer. No obstante, a fin de garantizar de manera real la tutela judicial efectiva, sería necesario también establecer mecanismos que garanticen el pago de esas condenas pecuniarias, de los cuales carece actualmente el ordenamiento jurídico andino.

BIBLIOGRAFÍA

CHITI, MARIO P. (2002). *Derecho Administrativo europeo*, trad. de la 1ª ed. Italiana. Madrid: Civitas.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de mayo de 2003, expediente 20.429.

26 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, expedientes 20.429 y 29.650, en las cuales se reflejan las discusiones y los problemas que puede suscitar la aplicación de las normas laborales contenidas en los "convenios-sede".

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de noviembre de 2008, expediente 29.650.

DE LAUBADÈRE, ANDRÉ et YVES GAUDEMET (2001). *Traité de droit administratif*, t. 1, Droit administratif général. Paris: Igdj, n° 977 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, 12ª ed. Bogotá-Lima: Temis-Palestra.

GORDILLO, AGUSTÍN (2009). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Parte general, 10ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

ISAAC, GUY (1996). *Manual de Derecho comunitario europeo*, trad. de la 4ª ed. Francesa. Madrid: Ariel.

MANGAS MARTÍN, ARACELI y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS (2005). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.

MENGOZZI, PAOLO (2000). *Derecho comunitario y de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.

MERKL, ADOLFO (2004). *Teoría general del Derecho Administrativo*. Granada: Comares.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO (s.f.). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MORALES MOLINA, HERNANDO (1982). "Comentario al Tratado sobre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", en *Estudios jurídicos*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (1986). "Los principios de articulación de las relaciones entre Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva", en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t. 1. Madrid: Editorial Civitas.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, t. II, El ordenamiento jurídico. Madrid: Iustel.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2003). *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2009). *El concepto de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PÉREZ ROYO, JAVIER (2005). *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed. Madrid: Marcial Pons.

QUINDIMIL LÓPEZ, JORGE ANTONIO (2006). *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- RIVERO, JEAN (2002). "El hurón en el Palacio Real o reflexiones ingenuas sobre el recurso por exceso de poder", en *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- RIVERO, JEAN (2011). *Derecho Administrativo*, trad. de la 9ª ed. francesa, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, n° 1.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ LIBARDO (2009). "El Derecho Administrativo frente a la internacionalización del Derecho y en particular frente al Derecho comunitario", en MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA (ed.). *Retos y perspectivas del Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO (2011). *Derecho Administrativo – General y colombiano*, 17ª ed., Bogotá, Temis, n° 89.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO (2011a). "Bases de la organización administrativa: El principio de separación de poderes", en *Retos de la organización administrativa contemporánea. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia.
- SÁCHICA, LUIS CARLOS (1985). *Introducción al Derecho comunitario andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- SCHWARZE, JÜRGEN (1994). *Droit administratif européen*, vol. 1, Bruselas, Bruylant y Office des publications officiels des Communautés européennes.
- SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL (1996). "Derecho comunitario europeo", en *Seminario internacional: integración, derechos y tribunales comunitarios*. Sucre: Editorial Judicial.
- TREMOLADA ÁLVAREZ, ERIC (2006). *El Derecho andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 12 de noviembre de 1999, Proceso 07-AI-99, Caso: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú – INDECOPI.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 1º de febrero de 2002, Proceso 14-AN-01, Caso: Demanda de César Moyano Bonilla contra la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.
- TROCONIS VILLARREAL, MOISÉS (s.f.). "Integración y jurisdicción en la Comunidad Andina", en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Testimonio comunitario*. Disponible en http://www.comunidadandina.org/public/libro_37.htm. Consultado el 1 de junio de 2012.