

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?¹

ESTHER ANAYA VERA²
RODRIGO POLANCO LAZO³

RESUMEN

El presente trabajo estudia el rol que actualmente tiene el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (CAN) en la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de dicha inversión. Asimismo, efectúa un análisis prospectivo del rol que podría tener en la resolución de dichos conflictos, teniendo en cuenta que algunos países de la región han decidido excluirse del principal foro de solución de estas controversias –el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

- 1 Este documento fue elaborado en el marco del Seminario *SLADI* 2015. Para citar el artículo: Anaya Vera, E. & Polanco Lazo, R. (2016). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿un nuevo foro de solución de controversias de solución extranjera?, en *Revista Con-Texto*, n.º 46 EE, pp. 31-55. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n46EE.03>
- 2 Magíster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Carlos III de Madrid - España y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora del Área de Jurisprudencia Supranacional e Internacional de la Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, editada por Thomson Reuters (anaya.ea@pucp.edu.pe).
- 3 Magíster en Derecho Económico, abogado y profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. LL.M. International Legal Studies, New York University (NYU). Investigador y Ph.D. Fellow (SECO), World Trade Institute (WTI), Universidad de Berna, Suiza (rodrigo.polanco@wti.org). Hoy, los AIJ se presentan en al menos tres formas: como tratados bilaterales de inversión (TBI) entre dos Estados, como acuerdos de inversión firmados por grupos de Estados en una misma región y como capítulos de inversión integrados en los acuerdos preferenciales de comercio a nivel bilateral o regional. CHAISSE, JULIEN. TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making. En: *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (C.L. LIM, DEBORAH K. ELMS y PATRICK LOW, eds.). Cambridge University Press, 2012, p. 147. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD, más conocida por su sigla en inglés: UNCTAD) informó que a fines del año 2013, el régimen de estos acuerdos comprendía un total de 2.902 TBI y 334 "otros acuerdos", totalizando 3.236 acuerdos internacionales de inversión.

(CIADI)— y que los Estados miembros de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) se encuentran estudiando la generación de una alternativa regional para la solución de estas disputas.

Palabras clave: Arbitraje inversionista - Estado, inversión extranjera, Comunidad Andina, UNASUR.

SUMARIO

I. El arbitraje inversionista - Estado como mecanismo de solución de controversias de inversión extranjera. II. Regulación de la inversión extranjera en la Comunidad Andina. III. El Sistema Andino de Solución de Controversias. 1. La solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 2. La acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 2.1. Procedimiento administrativo comunitario ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. 2.2. Procedimiento judicial comunitario ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. IV. Inversionistas extranjeros y el Sistema Andino de Solución de Controversias. V. A modo de conclusión.

I. EL ARBITRAJE INVERSIONISTA - ESTADO COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN EXTRANJERA

En las últimas décadas, a nivel internacional se ha consolidado un régimen de solución de diferencias que permite a los inversionistas extranjeros iniciar arbitrajes en contra de los Estados receptores de inversión, sobre la base del consentimiento dado por estos países en diversos acuerdos internacionales de inversión (AII)⁴, tratados que tienen por objeto la promoción y protección (y en algunos casos la liberalización) de la inversión extranjera, mediante el establecimiento de estándares de tratamiento y protección⁵.

Los AII consagran una serie de obligaciones de los Estados destinadas a garantizar un ambiente de negocios estable y favorable para los inversionistas extranjeros. Estas se refieren al tratamiento que las autoridades nacionales deben brindar a inversionistas extranjeros y sus inversiones en el país receptor, de manera que se asegure que los inver-

- 4 Hoy, los AII se presentan en al menos tres formas: como tratados bilaterales de inversión (TBI) entre dos Estados, como acuerdos de inversión firmados por grupos de Estados en una misma región y como capítulos de inversión integrados en los acuerdos preferenciales de comercio a nivel bilateral o regional. CHAISE, JULIEN. TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making. En: *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (C.L. Lim, Deborah K. Elms y Patrick Low, eds.). Cambridge University Press, 2012. p. 147. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD, más conocida por su sigla en inglés: UNCTAD) informó que a fines del año 2013, el régimen de estos acuerdos comprendía un total de 2.902 TBI y 334 "otros acuerdos", totalizando 3.236 acuerdos internacionales de inversión.
- 5 MUCHLINSKI, PETER. *Multinational Enterprises and the Law*. 2 ed. Oxford University Press, 2007, p. 97, 578.

sionistas extranjeros tienen la capacidad de realizar ciertas operaciones clave relacionadas con su inversión⁶. Dentro de estos derechos se encuentran la protección respecto de expropiaciones arbitrarias; la compensación por las pérdidas debidas a conflictos armados, disturbios civiles o estado de emergencia; la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión cubierta, y el compromiso con estándares de protección conforme al derecho internacional de las inversiones, como son el trato nacional (TN), la cláusula de la nación más favorecida (NMF), el trato justo y equitativo (TJE) y la protección y seguridad plenas (PSP), entre otros⁷.

Por regla general, los referidos AII contienen diversas alternativas de resolución de estas diferencias⁸, que incluyen los tribunales del Estado receptor de la inversión, mecanismos de solución de controversias entre los Estados parte del tratado y la conciliación o arbitraje entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, siendo este último método el más utilizado en la gran mayoría de los casos⁹.

A medida que el uso del arbitraje inversionista - Estado se ha incrementado de forma espectacular en los últimos años –sobre todo en América Latina–¹⁰, la capacidad de los inversionistas extranjeros de elegir este sistema de solución de controversias ha sido cuestionada progresivamente. Los críticos de este régimen a menudo señalan que permite a árbitros privados decidir la legalidad de las políticas públicas y de los actos soberanos de un Estado, manifestando, asimismo, preocupación por sus altos costos, falta de transparencia, excesiva duración de los procedimientos arbitrales, problemas de imparcialidad

6 UNCTAD. World Investment Report 2012: Toward a New Generation of Investment Policies, p. 136.

7 CHAISE. Op. cit., p. 149.

8 En algunas ocasiones, los AII establecen que la elección de una de estas alternativas entre los tribunales domésticos y el arbitraje internacional es final e irrevocable (principio denominado comúnmente “*fork-in-the-road*”). Ejemplos de estas cláusulas se encuentran en diversos AII suscritos por los Estados miembros de la CAN, como el artículo X del TBI Bolivia - Chile (1994), artículo 11 del TBI Colombia - Suiza (2006), artículo 9 del TBI China - Ecuador (1994) y artículo 26 (2)(e) del TBI Canadá - Perú (2006). Sin embargo, la efectividad de dichas disposiciones es relativa, ya que la jurisprudencia ha establecido, de manera constante, que esta opción definitiva es solo aplicable en caso de identidad absoluta de la disputa y de las partes en conflicto, algo que no ocurre si, por ejemplo, el inversionista extranjero actúa a nivel doméstico con una filial en el Estado receptor, y a nivel internacional lo hace con una sociedad matriz. Asimismo, no cualquier ejercicio de recursos judiciales o administrativos gatillaría esta opción jurisdiccional, dado que muchos AII también contienen cláusulas que garantizan acciones y remedios efectivos para proteger sus derechos, los que se pueden ver vulnerados si una cláusula “*for-in-the-road*” se interpreta de manera muy estricta. SCHREUER, CHRISTOPH. *Traveling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*. En: 5 Journal of World Investment & Trade 231, 247-49, 2004.

9 DOLZER, RUDOLF y SCHREUER, CHRISTOPH. *Principles of international investment law*. Oxford University Press, 2012, p. 221.

10 La UNCTAD ha informado que dentro los arbitrajes basados en AII conocidos a nivel mundial hasta diciembre de 2013 (568 casos), Argentina registra el número más alto de casos (53), seguida por Venezuela (36). Otros dos países latinoamericanos se encuentran dentro de los 20 Estados receptores más demandados: Ecuador (6, con 22 casos), México (7, con 21 casos), Bolivia (14, con 11 casos), Costa Rica y Perú (ambos 20, con 8 casos). United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *World Investment Report 2014. Investing in SDGs: An Action Plan*. United Nations, 2014, p. 114.

e independencia de los árbitros, falta de coherencia entre laudos arbitrales y, en general, una creciente percepción de falta de legitimidad del sistema¹¹.

Latinoamérica ha liderado la reacción en contra del arbitraje de inversiones. Sobre la base de las críticas anteriormente referidas, Bolivia¹², Ecuador¹³ y Venezuela¹⁴ han denunciado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁵, el principal foro de solución de estas disputas. Asimismo, han terminado algunos tratados bilaterales de inversión que conferirían jurisdicción al CIADI o a otras formas de arbitraje internacional, principalmente ad hoc, en su mayoría conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones

- 11 Véanse entre otros: UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note n.º 2 [en línea], Junio 2013 [revisado 15 Julio 2014]. Disponible en internet: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf; VAN HARTEN, GUS. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press, 2007, y WAIBEL, MICHAEL, KAUSHAL, ASHA, CHUNG, KYO-HWA y BALCHIN, CLAIRE (eds.). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010.
- 12 Bolivia había firmado la Convención CIADI el 3 de mayo de 1991, depositó su ratificación el 23 de junio de 1995 y la denunció el 2 de mayo de 2007, con vigencia desde el 3 de noviembre de ese mismo año. En el año 2009, denunció unilateralmente su TBI con Holanda (1994); en el año 2010, terminó el Tratado de Libre Comercio con México (1995), que incluía un capítulo de inversiones, el cual fue reemplazado por un nuevo TLC sin ese capítulo, en vigencia desde el 7 de junio de 2010; en el año 2012, Bolivia denunció unilateralmente su TBI con Estados Unidos (2001) y España (2002), y en el año 2013, hizo lo mismo con los TBI con Alemania (1990) y Suecia (1992) United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Bolivia, Plurinational State of - Bilateral Investment Treaties (BITs). Disponible en internet: Investment Policy Hub <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/24#iialInnerMenu>.
- 13 Ecuador había firmado la Convención CIADI el 15 de enero de 1986, encontrándose vigente desde el 14 de febrero de ese mismo año, y la denunció el 6 de julio de 2009, con vigencia desde el 7 de enero de 2010. En el año 2008, terminó nueve TBI: con Cuba (1997), República Dominicana (1999), El Salvador (1996), Guatemala (2005), Honduras (2000), Nicaragua (2000), Paraguay (1994), Rumania (1996) y Uruguay (1985). En el año 2010, terminó los TBI con Alemania (1965) y Finlandia (en vigencia desde 2001). A la fecha, se encuentra en proceso de terminar los restantes TBI. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Ecuador - Bilateral Investment Treaties (BITs). Disponible en internet: Investment Policy Hub <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/61#iialInnerMenu>.
- 14 Venezuela había firmado la Convención CIADI el 18 de enero de 1993, encontrándose vigente desde el 1.º de junio de 1995, y la denunció el 24 de enero de 2012, con vigencia desde el 25 de julio de ese mismo año. En el año 2008, terminó el TBI con Holanda (1993). United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Venezuela, Bolivarian Republic of - Bilateral Investment Treaties (BITs). Disponible en internet: Investment Policy Hub <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/228#iialInnerMenu>.
- 15 El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, también conocido como la Convención CIADI, se abrió para la firma en Washington en 1965 y entró en vigencia en 1966. Hoy, 159 Estados han firmado dicha Convención, de los cuales 150 han depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). International Centre for Settlement of Investment Disputes. Member States. Disponible en internet: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por su sigla en inglés, UNCITRAL)¹⁶.

Aunque los efectos de las referidas denuncias y terminaciones no operan de manera automática¹⁷, Ecuador, Bolivia y Venezuela han promovido la creación de un centro regional para la solución de controversias en materia de inversión extranjera en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)¹⁸, el que ha sido apoyado por los demás países integrantes de dicha organización, así como de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)¹⁹ y del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)²⁰.

La idea de un mecanismo regional para la resolución de diferencias relativas a inversiones extranjeras no es nueva. La competencia de la Corte Centroamericana de Justicia (Corte de Cartago), que funcionó entre 1907 y 1918, permitía conocer este tipo

- 16 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). UN Doc. A/RES/65/22. New York: United Nations, 2011.
- 17 Para un análisis de las consecuencias de las denuncias y terminaciones de los AII, véanse, entre otros: LAVOPA, FEDERICO M., BARREIROS, LUCAS E. y BRUNO, M. VICTORIA. How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties. 16:4 J Int Economic Law 869, 2013. BURGER, LAURENCE y NICHOLSON, JAMES. Opting Out of ICSID and BITs: Legal and Economic Effects. 11:3 Transnational Dispute Management (TDM), 2014. Disponible en internet: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2121>. POLANCO LAZO, RODRIGO. Denuncia de Tratados de Inversiones en Latinoamérica. Causas y Consecuencias. En: ÁLVAREZ, JOSÉ MANUEL, GRANDO, MICHELLE y HESTERMEYER, HOLGER (eds.). Estado y futuro del derecho económico internacional en América Latina, I Conferencia bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 600.
- 18 UNASUR fue creada en virtud del tratado firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008. Sus Estados miembros son Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana, Surinam y Chile. La propuesta de creación de un centro regional de arbitraje de inversiones fue planteada por Ecuador en el año 2009, y un Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR fue creado en el año 2010. A la fecha, dicho grupo de trabajo ha sesionado en nueve ocasiones.
- 19 ALBA fue creada en virtud del acuerdo firmado en La Habana, el 14 de diciembre de 2004. Sus Estados miembros son actualmente Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, Dominica, Ecuador, San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda y Santa Lucía. El proyecto de UNASUR ha sido expresamente apoyado por los países integrantes de ALBA, en su Declaración en la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales, de 22 de abril 2013.
- 20 MERCOSUR fue creado en virtud del tratado firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991, y actualmente está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, encontrándose pendiente de ratificación la accesión de Bolivia. El proyecto de UNASUR ha sido implícitamente apoyado por los países integrantes de MERCOSUR, a través de la decisión de fecha 29 de junio de 2012 (MERCOSUR/CMC/DEC n.º 24/12), al establecer en esta materia la necesidad de impulsar la articulación y complementación de las políticas, acuerdos y compromisos asumidos en MERCOSUR con las iniciativas de similar contenido desarrolladas en la UNASUR, a fin de optimizar los recursos, evitar la superposición de tareas y potenciar los esfuerzos desplegados en los esquemas de integración en América del Sur. Además, tanto el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en MERCOSUR (1993), como el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR (1994) se encuentran hoy derogados. SUÑE, NATASHA y CARVALHO DE VASCONCELOS, RAPHAEL. Inversiones y solución de controversias en el Mercosur. En: 1:2 Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión 195, 2013.

de disputas, aunque durante su existencia no conoció ningún caso referido a inversión extranjera²¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1979, también puede tratar disputas relacionadas con inversión extranjera, al conocer casos referidos al derecho a la propiedad privada²². Hace más de una década, autores como WITKER y BANDERAS propusieron el establecimiento de un sistema similar al CIADI en América Latina, de acuerdo a sus propias características regionales, el cual reduciría los costos de traducción y de traslados, considerando la cercanía física de los países de la zona, así como de sus sistemas legales²³. En 2009, UNCTAD propuso, en conjunto con la Academia Centro América, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el establecimiento de un mecanismo de asesoramiento en derecho internacional de inversiones y de solución de controversias inversionista - Estado en Latinoamérica. Sin embargo, el proyecto de tratado resultante de esas negociaciones no fue firmado por ningún Estado²⁴.

En ese contexto, el presente artículo propone evaluar el funcionamiento de otro mecanismo regional de solución de controversias con competencia en materia de inversión extranjera, antes de crear uno nuevo. Se trata del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina (CAN)²⁵, cuyo Tribunal de Justicia permanente y supranacional fue creado mediante tratado del 28 de mayo de 1979, diez años después de iniciado el proceso de integración andino (1969). No obstante, la institución jurisdiccional de la CAN recién inició sus funciones el 2 de enero de 1984 y, posteriormente, mediante el Protocolo de Cochabamba, vigente desde el 25 de agosto de 1999, se le designó el nombre de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN)²⁶.

- 21 ORREGO VICUÑA, FRANCISCO. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*. Cambridge University Press, 2004, p. 49.
- 22 Véase el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 noviembre de 2007, Series C n.º 170, en párrafos 173-218), donde se estableció que el derecho de propiedad de inversionistas y dueños de una compañía fue violado por Ecuador luego de la incautación de una propiedad en el contexto de una investigación sobre tráfico de drogas. Véase LIXINSKI, LUCAS. *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*. En: *European Journal of International Law* (2010) 21 (3), pp. 585-604, nota 72.
- 23 Véanse, entre otros: WITKER, JORGE. Aspectos regulatorio-institucionales de la inversión extranjera directa (IED). En: *Regulación de flujos financieros internacionales* (KAPLAN, MARCOS y MANRIQUE, IRMA, coord.). Serie Doctrina Jurídica no. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2001, pp. 40-47, y BANDERAS, JUAN. La significación de nuevos temas en esquemas de integración a nivel de zonas de libre comercio. En: *V Seminario Internacional: Dimensión Jurídica de la Integración*, ALADI, 1998, pp. 140-144.
- 24 UNCTAD. *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, 2013, p. 114; POLANCO LAZO, RODRIGO. *Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention? 11:1 Transnational Dispute Management (TDM)*. Disponible en internet: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2037>.
- 25 La Comunidad Andina fue creada mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969, entre Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Chile se retiró del Pacto Andino en 1976. Venezuela se integró como miembro el año 1973, pero se retiró el año 2006.
- 26 A partir de esta reforma, se dotó al Tribunal de Justicia de función arbitral, abriendo la posibilidad de

II. REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA COMUNIDAD ANDINA

La CAN regula la inversión extranjera en la subregión, a través de la Decisión 291 de 12 de marzo de 1991: Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Conforme a su artículo 1.º, se consideran inversión extranjera directa (IED): "los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios. Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones (...)".

La referida Decisión 291 también dispone que sus países miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, podrán considerar como aporte de capital, entre otras formas, las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas y patentes, las cuales se encuentran reguladas supranacionalmente por la normativa andina, mediante la Decisión 486 de 14 de septiembre de 2000 (Régimen Común de Propiedad Industrial) y la Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos), entre otras.

El artículo 2 de la citada Decisión 291 establece el principio de trato nacional respecto de los inversionistas extranjeros, al disponer que tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro. Asimismo, en los artículos 4 y 5, se les reconoce expresamente el derecho de libre transferencia al exterior, en divisas libremente convertibles, tanto de sus utilidades netas, como de la liquidación de su inversión.

Al respecto, es preciso señalar que la citada Decisión 291 de la CAN, al regular la inversión extranjera en la subregión, da amplia libertad a los países miembros para legislar internamente y celebrar acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones con terceros países. En este sentido, en la subregión Andina se cuenta con tres fuentes de derecho sobre el tema: la normativa nacional, la normativa comunitaria y los acuerdos bilaterales y multilaterales²⁷.

someter a jurisdicción comunitaria disputas de carácter internacional y permitiendo el acceso de los particulares a la nueva jurisdicción arbitral. SIERRALTA, ANÍBAL. Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional. Disponible en internet: <http://eclacpos.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/SIERRALTA-MECANISMOS%20SOLUCI%C3%93N%20CONTROVERSIAS%20COMUNIDAD.pdf>.

27 De acuerdo a lo informado por UNCTAD, Bolivia hoy mantiene vigentes 15 TBI (con Reino Unido, Suiza, Italia, Perú, Argentina, China, Francia, Rumania, Dinamarca, Corea del Sur, Ecuador, Cuba, Chile, Austria, Bélgica/Luxemburgo); Colombia tiene 5 TBI en vigor (España, Suiza, Perú, China e India), junto a cuatro tratados de libre comercio con capítulos de inversión (Estados Unidos, Chile, Canadá y con la Asociación Europea de Libre Comercio –AELC o EFTA–, conformada por Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia); Ecuador mantiene vigentes 16 TBI (Suiza, Venezuela, Reino Unido, Argentina, Chile, Francia, Estados Unidos, Canadá, España, China, Bolivia, Alemania, Perú, Holanda, Suecia e Italia), y Perú

No obstante, siempre que la materia controvertida esté relacionada con la normativa comunitaria andina, la controversia entre un país miembro de la CAN y un particular –concepto que incluye a los inversionistas extranjeros, ya sean personas naturales o jurídicas– debe ser sometida ante el Tribunal de Justicia supranacional de la subregión, ya sea mediante una acción de incumplimiento o una interpretación prejudicial.

Lo referido, conforme lo dispone el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, que señala lo siguiente: “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

En este sentido, conforme lo corrobora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN, el sistema de arbitraje es considerado como un juez nacional para efectos de la obligación de solicitar directamente interpretación prejudicial al tribunal supranacional en los casos que se refieran a la normativa comunitaria andina²⁸. En efecto, el Tribunal de Justicia de la CAN, en su sentencia expedida el 26 de agosto del 2011, dentro del proceso de incumplimiento 03-AI-2010, incluyó en el concepto de juez nacional al sistema de arbitraje²⁹. Asimismo, este tribunal supranacional, en su Interpretación Prejudicial 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012, concluyó:

tiene 31 TBI en vigor (Tailandia, Suiza, Corea del Sur, Reino Unido, Suecia, Paraguay, Rumania, China, Dinamarca, República Checa, Bolivia, Noruega, Italia, Portugal, Malasia, Holanda, España, Francia, Finlandia, Argentina, El Salvador, Australia, Alemania, Venezuela, Ecuador, Cuba, Canadá, Bélgica/Luxemburgo, Japón y Colombia) junto a nueve tratados de libre comercio con capítulos de inversión (Estados Unidos, Chile, Canadá, Singapur, China, Corea del Sur, México, Costa Rica, y Panamá). Véase: UNCTAD, Investment Policy Hub, “IIAs by Economy”. Disponible en internet: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iialInnerMenu>.

- 28 Conforme a los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los jueces nacionales de cada uno de los países miembros de la CAN se encuentran obligados a consultar al Tribunal Andino acerca de la legalidad de una norma contenida en una decisión, resolución o convenio, cuando una parte dentro de un proceso o el propio juez nacional cuestionen su validez y la consideren inaplicable al caso concreto. SIERRALTA, ANÍBAL. *supra*.
- 29 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Sentencia en el Proceso 03-AI-2010. Al respecto, el TJCAN mencionó: “...Se debe considerar, además, que los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos pero sí ejecutarlos. Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales, para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales. Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre

Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto; en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

Por consiguiente, y tal como lo demuestra la citada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no solo es un foro de solución de controversias de inversión extranjera, sino que desde el punto de vista de la CAN, es el foro obligatorio cuando la disputa está relacionada con la interpretación o aplicación de la normativa comunitaria andina.

III. EL SISTEMA ANDINO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A partir del contexto referido anteriormente, a continuación detallaremos en qué consiste el Sistema Andino de Solución de Controversias y su aporte a la seguridad jurídica e institucionalización de la subregión, lo que incluye garantizar el respeto de los derechos de los particulares que invierten en el espacio comunitario, originados en la normativa andina, quienes para estos efectos pueden utilizar dos instrumentos ante el Tribunal Andino: la solicitud de interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento.

Asimismo, cabe destacar que la institucionalidad y seguridad jurídica que aporta el Tribunal de Justicia de la CAN a la subregión contribuyen a mejorar la calidad de vida de los habitantes de sus países miembros, finalidad última de la Comunidad Andina que ha sido interpretada jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la CAN, haciendo prevalecer a la protección de la vida, la salud y el medio ambiente sobre cualquier interés³⁰.

ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso (...). En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria...".

30 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia. Sentencia del 27 de enero de 2010 en el Proceso por Incumplimiento 05-AI-2008: "... Con todo lo mencionado hasta el momento, queda en evidencia que la finalidad última de la Decisión 436, más allá de la regulación comercial y armonización formal del registro y control de plaguicidas, es la protección a la vida, a la salud y al medio ambiente. También es profundamente incuestionable, que la interpretación de cualquier disposición de la mencionada Decisión se debe realizar de conformidad con esta finalidad esencial...". Afirmación que ha sido reiterada jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la CAN en su sentencia del 16 de julio de 2013 en el proceso por incumplimiento 01-AI-2012.

1. La solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Para la exigibilidad de los derechos de los particulares que invierten en la subregión, el Sistema Andino de Solución de Controversias incluye a los sistemas de arbitraje y las jurisdicciones nacionales de los países miembros. En virtud de los principios de primacía, aplicación directa y efecto inmediato de la normativa andina, el Tribunal de Justicia de la CAN ha señalado:

El ordenamiento jurídico comunitario andino, por regla general, y en virtud de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los países miembros. En tal sentido, los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente³¹.

Por lo tanto, cuando un juez nacional o sistema de arbitraje conoce un caso en donde se deben interpretar y/o aplicar normas comunitarias andinas, en virtud del principio de cooperación judicial con el Tribunal de Justicia de la CAN y las características propias de la normativa andina, actuará como juez comunitario, es decir, como garante del ordenamiento jurídico andino³². En este sentido, la consulta de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la CAN es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional³³. A lo que ha agregado el Tribunal de Justicia de la CAN, con relación al juez nacional:

“... su labor no sólo se limita a aplicar una norma a determinado caso concreto, sino que su actividad consiste en estructurar su quehacer judicial dentro del escenario jurídico subregional, aplicando, balanceando y armonizando la normativa nacional con la comunitaria, dándole la primacía a la segunda sobre temas específicos reglados por la misma...”³⁴.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN ha dispuesto, en su artículo 31, que los particulares –concepto que incluye a los inversionistas extranjeros– tienen derecho a acudir ante los tribunales competentes, de conformidad con las prescripciones de su derecho interno –lo que, en el caso de los inversionistas extranjeros, corresponde a los del Estado receptor de la inversión–, cuando sus derechos resulten afectados por el incumplimiento de los países miembros de su obligación de adoptar las medidas que

31 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Interpretación Prejudicial 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012.

32 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Interpretación Prejudicial 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012.

33 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Interpretación Prejudicial 106-IP-2009 del 21 de abril de 2010. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en la Interpretación Prejudicial 01-IP-2010 del 19 de mayo de 2010.

34 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Sentencia expedida el 26 de agosto de 2011, en el proceso de incumplimiento 3-AI-2010.

sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Ello incluye la adopción o empleo de alguna medida que sea contraria al ordenamiento comunitario o que, de algún modo, obstaculice su aplicación.

De esta manera, los inversionistas extranjeros que al haber surgido una disputa en relación con su inversión han decidido optar por la jurisdicción nacional o el sistema de arbitraje del Estado receptor de la inversión (y siempre que estos sean de única o última instancia para la solución de la diferencia) podrán solicitar la suspensión de dichos procesos, si consideran que se han visto vulnerados los derechos que les reconoce la citada Decisión 291 de 12 de marzo de 1991 u otra norma andina. Dichos tribunales u órganos arbitrales tienen la obligación de suspender el proceso³⁵ y deben solicitar directamente, mediante simple oficio (sin necesidad de exequátur), al Tribunal de Justicia de la CAN su interpretación prejudicial de la normativa andina en cuestión³⁶, al ser esta la institución comunitaria jurisdiccional que salvaguarda la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino en la subregión³⁷.

Más aún, puede sostenerse que en estos casos, el juez nacional o los árbitros, en única o última instancia, están obligados a solicitar de oficio la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la CAN, sin que esto signifique que se atenta contra su independencia, pues, para estos efectos, el juez nacional o los árbitros actúan como jueces comunitarios³⁸.

Al respecto, es preciso destacar que el requisito de solicitud de interpretación prejudicial en los casos sometidos a única o última instancia, en virtud de los principios de aplicación directa y efecto inmediato de la normativa comunitaria andina, se encuentra automáticamente incorporado a la normativa procesal interna de los países miembros de la CAN, con carácter imperativo.

La falta de solicitud de interpretación prejudicial, en estos casos, constituye una vulneración del derecho al debido proceso y, con ello, la sentencia o laudo arbitral sería susceptible de nulidad en la jurisdicción nacional. Asimismo, si la normativa interna lo permite, al estar vulnerando la sentencia dictada el derecho fundamental a un debido proceso, el inversionista extranjero podría entablar acciones constitucionales como la tutela, el amparo, la acción de protección, etc³⁹. Al respecto, la abogada MARÍA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER ha señalado:

Contra una sentencia que haya adquirido calidad de cosa juzgada y que adolezca del vicio antes señalado cabría, en principio, demandar su nulidad, alegando que se ha

35 Comunidad Andina. Tratado de Creación del TJCAN. Artículos 33 y 124 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN.

36 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN. Artículos 32 y 121 de su Estatuto.

37 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN. Artículo 32.

38 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Interpretación Prejudicial 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012 (Actor: Comunicación Celular Comcel S.A.).

39 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Interpretación Prejudicial 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012 (Actor: Comunicación Celular Comcel S.A.).

afectado el debido proceso (nulidad de cosa juzgada fraudulenta). Asimismo, podría intentarse una acción de amparo, alegando que se trata de una resolución judicial emanada de un proceso irregular que viola el derecho a un debido proceso. En ambos procesos, el juez que resuelva como última instancia también se encontraría obligado a solicitar interpretación prejudicial, ya que para resolver, necesariamente tendría que remitirse al Tratado de Creación del TJCAN⁴⁰.

A modo de ejemplo, a partir de lo referido en la sentencia de casación de la Corte Suprema de Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 31 de agosto del 2001, expediente 256-2001, en la causa 195-00 "Alicorp S.A. c/ Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca – Director Nacional de la Propiedad Industrial", se declaró la nulidad de la sentencia en cuestión y se repuso la causa al estado en el cual se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal de Justicia de la CAN, al estar el caso relacionado con el Derecho Comunitario Andino⁴¹.

La necesidad de interpretación prejudicial en materias comunitarias no es exclusiva de la Comunidad Andina. De manera homóloga, en el marco del Derecho de la Unión Europea, en España, mediante sentencia STC 58/2004 del Tribunal Constitucional, se declaró fundado un recurso de amparo por incumplimiento de la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia comunitario⁴². En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, al anular la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, actuó como el Tribunal Supremo de Ecuador, es decir, como verdadero juez comunitario, al restablecer ambos las reglas del debido proceso y aplicar el derecho comunitario en los casos en que la consulta a los tribunales de justicia supranacionales es obligatoria⁴³.

Asimismo, es preciso resaltar que de no solicitarse la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN en los casos en los cuales es obligatoria, el país miembro

40 GÁLVEZ KRÜGER, MARÍA ANTONIETA. Comentarios sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En: Revista *Thémis*. Época 2, n.º 42. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 142-143.

41 La Corte Suprema de Ecuador ya había sostenido este criterio en la sentencia de la 3.ª Sala de Casación Civil y Mercantil, del 5 de octubre de 1999, en la causa n.º 13-99 "New Yorker S.A./Procter & Gamble Interamericas, Inc.". BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO y PEROTTI, ALEJANDRO DANIEL. La teoría del acto aclarado. ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina? En: 14:1 *Dikaion* Revista de Fundamentación Jurídica, 2005. Disponible en internet: <<http://dikaionunisabanaedu.suvh6.com/index.php/dikaion/article/view/1324>>.

42 En este caso se impugnó una sentencia judicial, a través de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español, debido a que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (un órgano jurisdiccional ordinario de una comunidad autónoma) resolvió que entre la contradicción entre una norma comunitaria y una norma interna, se aplicaba esta última. HERRERA GARCÍA, ALFONSO. Tribunal constitucional y Unión Europea. El caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional de Europa. En: *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Enero-Junio, 2007. n.º 16, p. 418.

43 VIGIL TOLEDO, RICARDO. Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Quito, 2006, pp. 26-29.

estaría incurriendo en vulneración flagrante del Derecho Comunitario Andino y, por consiguiente, sería posible una denuncia por parte del particular afectado –inclusive si tiene el carácter de inversionista extranjero– ante la Secretaría General de la CAN y, de darse el caso, ante el propio Tribunal de Justicia supranacional. Al respecto, el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN ha dispuesto que “Los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”.

De la misma forma que en la jurisdicción interna, la sentencia de incumplimiento adoptada por el Tribunal de Justicia de la CAN constituye título legal y suficiente para que el inversionista extranjero pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, sin mediar exequátur u homologación alguna⁴⁴. Es en este sentido que el artículo 36 del Tratado de Creación del TJCAN, con relación a la solicitud de interpretación prejudicial, dispone expresamente: “Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección”.

Sin embargo, cabe tener presente que en el caso de los jueces nacionales o sistemas de arbitraje que no son de única o última instancia, la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la CAN es facultativa y puede ser presentada directamente de oficio o a solicitud de parte, sin que para ello se requiera suspender el proceso ni esperar hasta que el Tribunal de Justicia de la CAN adopte la interpretación prejudicial solicitada⁴⁵.

Admitida la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria o facultativa, el Tribunal de Justicia de la CAN debe dictar sentencia dentro del término de treinta (30) días calendario⁴⁶, la cual tiene que limitarse a precisar el contenido y alcance de la normativa andina referida al caso concreto, sin calificar los hechos materia del proceso jurisdiccional interno⁴⁷.

Recibida la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN, el juez nacional o sistema de arbitraje solicitante está obligado a adoptarla en su sentencia⁴⁸. Por consiguiente, el juez nacional o sistema de arbitraje no solo debe remitirse a la interpretación prejudicial en su sentencia o laudo, sino que debe acatarla de manera integral y de conformidad con el sentido de esta⁴⁹.

44 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y su Estatuto.

45 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN. Artículo 33.

46 Comunidad Andina. Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN. Artículo 126.

47 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN. Artículo 34.

48 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN. Artículo 35.

49 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Interpretación Prejudicial 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012.

2. La acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Tribunal de Justicia de la CAN⁵⁰ es la instancia comunitaria máxima para exigir el respeto del ordenamiento jurídico andino, al ser la institución jurisdiccional de carácter supranacional y comunitario instituida para declarar el derecho andino, dirimir las controversias que surjan de este y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en el territorio de todos los países miembros, con absoluta imparcialidad e independencia⁵¹.

Por consiguiente, el carácter supranacional y comunitario del Tribunal de Justicia de la CAN lo convierte en la instancia máxima para garantizar el respeto de los derechos de los particulares que invierten en la subregión, conforme lo dispone el artículo 35 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN, al señalar: "Los procedimientos previstos en el presente Estatuto tienen por objeto asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción...". Ello incluye los derechos que se les reconocen a los inversionistas extranjeros en la ya referida Decisión 291 de 12 de marzo de 1991, o en otra norma andina.

La conducta del país miembro de la CAN objeto de denuncia o demanda podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o por la realización de cualesquier acto u omisión opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación⁵².

En este sentido, la Comunidad Andina es el único proceso de integración regional en toda América que ha logrado que sus países miembros acepten el nivel de supranacionalidad aportado por su normativa comunitaria y Tribunal de Justicia permanente.

A continuación se detallará el procedimiento administrativo comunitario que debe seguir un inversionista extranjero ante la Secretaría General de la CAN para denunciar la afectación de sus derechos por un posible incumplimiento del ordenamiento jurídico de la CAN por parte de uno de sus países miembros. Asimismo, se detallará el procedimiento jurisdiccional comunitario que debe seguir un inversionista extranjero ante el Tribunal de Justicia de la CAN, una vez agotado el procedimiento administrativo comunitario.

2.1. Procedimiento administrativo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina

La Secretaría General, institución ejecutiva de la CAN que actúa exclusivamente en función de los intereses de la subregión, tiene entre sus principales funciones velar por el cumpli-

50 El Tribunal está integrado por cuatro magistrados, quienes deben ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Los magistrados son designados por un período de seis años, se renuevan parcialmente cada tres años y pueden ser reelegidos por una sola vez. Fuente: Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN.

51 Véase: Comunidad Andina, Tratado de Creación y Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN.

52 Ibid.

miento del Derecho Comunitario Andino⁵³. Para tal efecto, es la instancia administrativa comunitaria competente para iniciar, de oficio o a petición de parte, una investigación contra un país miembro por su posible incumplimiento del ordenamiento jurídico andino.

En este sentido, un inversionista extranjero afectado en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro de la CAN a sus obligaciones originadas en el Derecho Comunitario Andino que decida reclamar ante instancias comunitarias y no del Estado receptor de la inversión por la misma causa⁵⁴ deberá, primero, denunciar el caso ante la Secretaría General de la CAN, a través de un escrito enviado físicamente a la sede de esta institución comunitaria⁵⁵ o virtualmente a su dirección electrónica⁵⁶, cumpliendo con los siguientes requisitos:⁵⁷

a) Identificación completa del reclamante, con indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como del número de teléfono, telefax o correo electrónico que tuviere;

b) Expresión de que actúa conforme al artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, al tratarse de un reclamo formulado por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos;

c) Declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional (del Estado receptor de la inversión);

d) Identificación y descripción de la medida o situación reclamada de que se trate, acompañada de toda la información disponible que permita el mejor pronunciamiento de la Secretaría General;

e) Identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento, y

f) Razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un país miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN identificadas.

El procedimiento administrativo comunitario ante la Secretaría General de la CAN (SGCAN) es gratuito, no requiere de abogado y se caracteriza por su celeridad, eficacia y economía procesal. En este sentido, la SGCAN dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de la denuncia, debe analizar la documentación presentada, para determinar si cumple con los requisitos exigidos que permitan iniciar la investigación. De lo contrario, notificará por escrito al inversionista extranjero denunciante sobre cualquier omisión o insuficiencia en el escrito, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles

53 Comunidad Andina. Acuerdo de Cartagena. Artículo 30a.

54 El artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN excluye expresamente la posibilidad de que un particular acuda simultáneamente a instancias nacionales y comunitarias por la misma causa.

55 Dirección de la Secretaría General de la CAN: Av. Paseo de la República 3895, San Isidro, Lima 27 – Perú.

56 Correo electrónico: contacto@comunidadandina.org.

57 Comunidad Andina. Decisión 623. Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Artículo 14.

para su corrección, transcurrido el cual, o siendo insuficiente la corrección, se desestimará la denuncia⁵⁸.

La SGCAN, iniciada la investigación, debe enviar al país miembro denunciado una nota de observaciones, adjuntado copia del reclamo presentado por el inversionista extranjero que identifica y describe el alegado incumplimiento. Esta nota deberá indicar el plazo concedido para que el país miembro responda, el cual, dependiendo de la gravedad del caso, no deberá exceder de sesenta (60) días calendario, y si se trata de incumplimientos flagrantes⁵⁹, no deberá exceder de veinte (20) días hábiles⁶⁰.

La nota de observaciones formulada deber ser notificada simultáneamente al país investigado, a los demás países miembros y al inversionista extranjero denunciante, a quienes se les otorga el mismo plazo para presentar la información que consideren pertinente.

La SGCAN, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo otorgado en la nota de observaciones para que responda el país miembro reclamado, debe emitir un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones emanadas de la normativa andina⁶¹. De dictaminarse el incumplimiento, la resolución de la SGCAN debe indicar un plazo compatible con la urgencia del caso, no menor de quince (15) días ni mayor de treinta (30) días calendario, para que el país miembro en cuestión informe sobre las medidas dirigidas a corregir el incumplimiento o exprese su posición con relación al dictamen⁶².

Si el país miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo luego del plazo otorgado para la cesación del incumplimiento, la Secretaría General debe solicitar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia supranacional a la brevedad posible⁶³, dando por concluido el procedimiento administrativo comunitario por incumplimiento.

Asimismo, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los países miembros podrán colaborar con las investigaciones que realice la Secretaría General en el desarrollo de sus funciones y, en tal sentido, suministrar información sobre el asunto materia de investigación, dentro del plazo otorgado para contestar la nota de observaciones o para realizar gestiones dirigidas a subsanar el incumplimiento⁶⁴.

58 Comunidad Andina. Decisión 623. Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Artículo 15.

59 La Decisión 623 de la CAN define el carácter de flagrante en su artículo 24, de la siguiente manera: "Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad".

60 Comunidad Andina. Decisión 623. Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Artículo 16.

61 Comunidad Andina. Op. cit., artículo 20.

62 Comunidad Andina. Op. cit., artículo 21.

63 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. Artículo 23.

64 Comunidad Andina. Decisión 623. Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Artículo 25.

2.2. Procedimiento judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El inversionista extranjero denunciante está facultado para presentar directamente su demanda por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la CAN, contra el país miembro que estaría vulnerando sus derechos, únicamente si se presentan los siguientes tres supuestos⁶⁵:

1. Si dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a la fecha de presentación de la denuncia ante la Secretaría General, esta institución comunitaria no cumple con emitir dictamen.
2. Si dentro de los sesenta (60) días siguientes a la emisión del dictamen de incumplimiento contra el país miembro denunciado, la Secretaría General no cumple con demandar ante el Tribunal de Justicia de la CAN.
3. Si concluido el procedimiento administrativo comunitario por incumplimiento, la Secretaría General dictamina el cumplimiento del país miembro, sin concordar con lo que ha sido denunciado por el inversionista extranjero.

El proceso judicial ante el Tribunal Justicia de la CAN no tiene costo alguno, excepto por los gastos en que el Tribunal deba incurrir para la expedición de copias, la práctica de inspecciones judiciales o la actuación de peritos, según arancel, tarifa o costo que aprobará el Tribunal⁶⁶. Únicamente se generarán costas si en la demanda o su contestación las partes las han solicitado, siendo incluidas en el contenido de la sentencia.

La demanda que presenta el particular ante el Tribunal de Justicia de la CAN debe reunir requisitos mínimos que se detallan del artículo 45 al 55 de su Estatuto, entre los cuales se destaca estar suscrita por el particular o su representante legal y un abogado con matrícula del Colegio de Abogados de un país miembro de la CAN.

Admitida la demanda, el país miembro demandado dispone de cuarenta (40) días calendario contados a partir de la fecha de la notificación de la demanda, para contestarla⁶⁷ y formular las excepciones previas que considere pertinentes.

Una vez admitida a trámite la contestación de la demanda, con las excepciones previas que se formulen, el Tribunal le da traslado a la otra parte, para que presente sus observaciones en un plazo máximo de diez (10) días calendario contados desde su notificación, concluido el cual el Tribunal de Justicia resolverá, con carácter previo, las

65 Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. Artículo 24.

66 Comunidad Andina. Estatuto del TJCAN. Artículo 38.

67 Para mayor referencia, se sugiere revisar el Estatuto del TJCAN, de los artículos 56 al 62.

excepciones presentadas⁶⁸. El Tribunal declarará, de oficio o a solicitud de parte, la nulidad insubsanable del proceso, en los siguientes casos⁶⁹:

- a) Cuando corresponda a distinta jurisdicción;
- b) Cuando el Tribunal carezca de competencia;
- c) Cuando no se hayan cumplido los trámites previos necesarios para acudir ante el Tribunal.

Dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento del término previsto para la contestación de la demanda, se abre el período probatorio⁷⁰, se decretan las pruebas que se consideran procedentes y conducentes y, de ser necesario, se fija el término para practicarlas, plazo que no podrá exceder de treinta (30) días calendario, contados a partir de la ejecutoria del auto que las decrete, sin perjuicio de que, por causas justificadas, el Tribunal pueda extenderlo hasta por un lapso igual.

El Tribunal de Justicia de la CAN, cuando lo considere necesario para el cumplimiento de sus funciones, podrá solicitar directamente a los jueces nacionales del Estado receptor de la inversión u otras autoridades de los países miembros, colaboración para la práctica de pruebas y el cumplimiento de otras diligencias judiciales⁷¹.

A la expiración del término de prueba, si lo hubiere, o al darse por contestada la demanda, el Tribunal definirá, si es del caso, la celebración de audiencia pública⁷² o, en su defecto, emitirá el auto para que las partes presenten por escrito sus alegatos de conclusiones⁷³. Para ello, el Tribunal de Justicia de la CAN ordenará poner el expediente a disposición de las partes en la Secretaría del Tribunal, por un término común de quince (15) días calendario.

Al respecto, es preciso destacar que el Sistema Andino de Solución de Controversias reconoce un importante beneficio a los particulares –incluyendo a los inversionistas extranjeros– para garantizar la exigibilidad de sus derechos: las medidas cautelares, a través de las cuales el Tribunal de Justicia de la CAN, antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento, si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si esta

68 Las excepciones previas que pueden ser presentadas por la parte demandada ante el TJCAN son las siguientes: falta de jurisdicción, falta de competencia del Tribunal, incapacidad o indebida representación de las partes, inexistencia del demandante o demandado, falta de requisitos formales de la demanda, indebida acumulación de pretensiones, proceso pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, cosa juzgada, caducidad de la acción, falta de agotamiento de la vía administrativa comunitaria previa ante la Secretaría General de la CAN, indebida naturaleza de la acción y falta de objeto de la demanda.

69 Comunidad Andina. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículos 64 y 65.

70 Comunidad Andina. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 75.

71 Comunidad Andina. Artículo 44 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y artículo 80 de su Estatuto.

72 Para mayor detalle sobre las audiencias, se sugiere revisar el Estatuto del TJCAN del artículo 82 al 85.

73 Sobre la presentación de alegatos de conclusiones, se sugiere revisar el artículo 86 del Estatuto del TJCAN.

causare o pudiere causar al demandante o a la subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación⁷⁴.

Vencido el plazo para alegar, el Tribunal procede a dictar sentencia⁷⁵ dentro de los sesenta (60) días siguientes. La sentencia incluirá el pronunciamiento del Tribunal en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la CAN tienen fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada, a partir del día siguiente al de su notificación, y son aplicables directamente en el territorio de los países miembros, sin necesidad de homologación o exequátur⁷⁶. Asimismo, la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal de Justicia de la CAN en acción promovida por un inversionista extranjero constituye título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización por daños y perjuicios que correspondiere⁷⁷.

Dentro del término de los quince (15) días siguientes al de la notificación de la sentencia, las partes podrán solicitar la aclaración de los puntos que, a su juicio, resultaren ambiguos o dudosos. Asimismo, una vez notificada la sentencia, el Secretario del Tribunal la remitirá a la Secretaría General, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Contra una sentencia firme, únicamente cabe demanda de revisión por quienes hayan sido parte en el proceso, siempre que esté fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del mismo y hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión. La demanda de revisión debe ser presentada dentro de los noventa (90) días siguientes a aquel en que el demandante conoció del hecho en que la fundamenta y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia de incumplimiento. Su interposición no interrumpe la ejecución de la sentencia⁷⁸.

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 (90) días siguientes a su notificación⁷⁹.

Si dicho país miembro no cumpliera con lo dispuesto en la sentencia, el Tribunal de Justicia de la CAN, mediante procedimiento sumario por desacato a la sentencia y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales los demás países miembros podrán restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del

74 Comunidad Andina. Artículo 28 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y artículo 109 de su Estatuto.

75 Los requisitos que debe contener toda sentencia dictada por el TJCAN se detallan del artículo 90 al 98 de su Estatuto.

76 Comunidad Andina. Artículo 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 91 y 110 de su Estatuto.

77 Comunidad Andina. Artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y el artículo 110 de su Estatuto.

78 Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la CAN. Estatuto. Artículo 95.

79 Comunidad Andina. Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y el artículo 111 de su Estatuto.

Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remitido, u otra medida que considere más idónea⁸⁰, al estar vulnerando el derecho comunitario y ya no solo un interés particular, incluyendo el de un inversionista extranjero.

IV. INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y EL SISTEMA ANDINO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En el contexto anteriormente referido, diversos inversionistas extranjeros o empresas de capital foráneo⁸¹ han demandado a los países miembros de la CAN el respeto de sus derechos originados en la normativa andina, ante el Tribunal de Justicia de la CAN, de manera directa, por medio de acciones de incumplimiento o a través de interpretaciones prejudiciales solicitadas por el juez nacional. Entre los años 2000 y 2013, el Tribunal de Justicia de la CAN se ha pronunció a través de acciones de incumplimiento o interpretaciones prejudiciales en 2.305 procesos, un promedio de 165 casos por año, de los cuales el mayor número de procesos corresponden a interpretaciones prejudiciales⁸². Ese mismo patrón se sigue en los procesos iniciados por inversionistas extranjeros.

Todos los países de la Comunidad Andina han sido demandados por la vía de acciones de incumplimiento, en procesos vinculados con inversionistas extranjeros. A modo de ejemplo, la Sociedad Interamericana Game Technology Ltda. (Proceso TJCAN 03-AI-2006) demandó a Ecuador por su supuesto incumplimiento de las normas comunitarias al dictar una serie de normas que se señalaban contrarias al Programa de Liberación de Servicios, al regular aspectos sustanciales en relación con la prestación del servicio de operación de juegos de suerte y azar. Dicha demanda fue declarada sin lugar.

En el caso de Colombia (Proceso 22-AI-2002), se interpuso una acción de incumplimiento por las sociedades Merck Colombia, Frosst Laboratories INC, Schering Colombiana, Boehringer Ingelheim, GlaxoSmithkline y Parke Davis, en contra de la República de Colombia, por presunto incumplimiento de las normas comunitarias en materia de

80 Comunidad Andina. Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y los artículos 116 y 117 de su Estatuto.

81 Vivax Pharmaceuticals (Proceso TJCAN 127-AI-2004), Farmagro Bayer S.A. (Proceso TJCAN 5-AI-08), Volvo (Proceso TJCAN 1-IP-87), Nike (Proceso TJCAN 7-IP-2006), Kimberly-Clark (Proceso TJCAN 5-IP-93), Colgate Palmolive Company (Proceso TJCAN 12-IP-95), Elizabeth Arden Inc. (Proceso TJCAN 4-IP-94), Pfizer Inc. (Proceso TJCAN 192-IP-2005), Monsanto Company (Proceso TJCAN 07-IP-94), Cigarrera Biggott (Proceso TJCAN 11-IP-96), Procter & Gamble Company (Proceso TJCAN 106-IP-2002), Philip Morris (Proceso TJCAN 104-IP-2000), Arcor (Proceso TJCAN 13-IP-2001), Mc Donald's Corporation (Proceso TJCAN 101-IP-2000), Bavaria S.A. (Proceso TJCAN 7-IP-2002), Starbucks Corporation (Proceso TJCAN 104-IP-2002), Santander Investment Bank (Proceso TJCAN 42-IP-2003), J.P. Morgan Chase & Co. (Proceso TJCAN 40-IP-2004), Pepsico Inc. (Proceso TJCAN 58-IP-2006), Texaco Inc. (Proceso TJCAN 65-IP-2006), Johnson & Johnson Inc. (Proceso TJCAN 61-IP-2006), Farmex S.A. y otros (Proceso TJCAN 01-AI-2011), entre otras varias empresas de inversión extranjera.

82 Tribunal de Justicia de la CAN. Disponible en internet: <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>.

propiedad industrial al conceder el registro de determinadas marcas comerciales. Dicha demanda fue desistida por parte de los demandantes.

Con respecto de Bolivia, en el Proceso 44-AI-2000, el Secretario General de la CAN solicitó el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el incumplimiento por parte del Gobierno de Bolivia consistente en la negativa a renovar el permiso de operación de transporte aéreo no regular de carga internacional a la empresa Cielos del Perú S.A. La demanda fue finalmente desechada, al determinar el tribunal que Bolivia había renovado el referido permiso de transporte aéreo con anterioridad a la presentación de la demanda.

Incluso Venezuela fue objeto de una de estas acciones, antes de retirarse de la CAN. En el caso Vivax Pharmaceuticals (Proceso TJCAN 127-AI-2004), Venezuela fue demandada por supuesta concesión de patentes en vulneración a las normas comunitarias, en perjuicio de inversionistas extranjeros, aunque finalmente dicha demanda fue declarada sin lugar.

Sin embargo, ejemplos de demandas acogidas encontramos en los casos Farmagro Bayer S.A. contra Perú (Proceso TJCAN 5-AI-08), referido al tratamiento diferente establecido por Perú a los agricultores-importadores-usuarios (AIU) para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola, y Farmex S.A. y otros contra Perú (Proceso TJCAN 01-AI-2011), también referido al incumplimiento de las normas comunitarias por parte de ese país, al hacer menos exigentes los requisitos para la modificación del registro nacional de un plaguicida químico de uso agrícola por ampliación del país de origen. En ambos casos, Perú fue condenado a dejar sin efecto todas las normas nacionales objeto del incumplimiento y todos los registros concedidos con base en estas, debiendo además pagar las costas del procedimiento en el proceso TJCAN 01-AI-2011.

Interpretaciones prejudiciales han sido requeridas en reiteradas ocasiones por diversas empresas e inversionistas extranjeros, con mucha más frecuencia que las acciones de incumplimiento. Salvo Bolivia, todos los demás países de la Comunidad Andina han sido objeto de interpretaciones prejudiciales relacionadas con disputas con inversionistas extranjeros.

El país de la CAN que más registra este tipo de procesos es Colombia. A modo de ejemplo, Volvo ha solicitado esta interpretación dentro de procesos que ha iniciado por infracción a su propiedad intelectual (Proceso TJCAN 1-IP-87); asimismo, la Sociedad West Pharmaceutical Services, Inc. solicitó esta interpretación en un proceso de nulidad de marca en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (Proceso 160-IP-2013). El Consejo del Estado de la República de Colombia ha solicitado esta interpretación respecto de requerimientos efectuados por Kimberly-Clark Corporation (Proceso TJCAN 5-IP-93), Colgate Palmolive Company (Procesos TJCAN 12-IP-95 y 118-IP-2013), Elizabeth Arden Inc. (Proceso TJCAN 04-IP-94), Pfizer Inc. (Proceso TJCAN 192-IP-2005), Procter & Gamble Company (Proceso TJCAN 106-IP-2002), Philip Morris (Proceso TJCAN 104-IP-2000), Arcor (Proceso TJCAN 13-IP-2001), Bavaria S.A. (Proceso TJCAN 7-IP-2002), Starbucks Corporation (Proceso TJCAN 104-IP-2002), Santander Investment Bank (Proceso TJCAN 42-IP-2003) y J.P. Morgan Chase & Co. (Proceso TJCAN 40-IP-2004).

En el caso de Perú, Volvo ha solicitado esta interpretación dentro de procesos que ha iniciado por infracción a su propiedad intelectual (Proceso 089-IP-2011 y Proceso 101-IP-2013). A su vez, la Sala Permanente de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú ha solicitado esta interpretación respecto de requerimientos efectuados por Nike (Proceso TJCAN 7-IP-2006), Texaco Inc. (Proceso TJCAN 65-IP-2006) y Johnson & Johnson Inc. (Proceso TJCAN 61-IP-2006), entre otros.

Con respecto a Ecuador, el Tribunal Distrital no. 1 de lo Contencioso Administrativo, inscrito en Quito, ha requerido esta interpretación a solicitud de Cigarrera Bigott (Proceso TJCAN 11-IP-96). Lo propio ocurrió con la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, respecto a una solicitud presentada por Mc Donald's Corporation (Proceso TJCAN 101-IP-2000), y con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Primera Sala, respecto a una solicitud presentada por Pepsico Inc. (Proceso TJCAN 58-IP-2006), entre otras empresas de inversión extranjera.

De los actuales miembros de la Comunidad Andina, Bolivia es el que registra, en términos globales, menos procedimientos de interpretación prejudicial. De los dos casos que aparecen actualmente registrados, al menos uno de ellos (Proceso 79-IP-2009) se refiere indirectamente a un inversionista extranjero, ya que en este caso, la Fábrica de Mermeladas y Caramelos Watt's Casal Ltda. solicitó que se declare la nulidad de la resolución administrativa expedida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual de Bolivia que concedió la solicitud de un registro marcario a favor de Société des Produits Nestlé S.A.

Algo similar ocurre con Venezuela, país que si bien actualmente no es miembro de la CAN, registra dos casos de interpretación prejudicial. Uno de ellos (Proceso 24-IP-98) fue requerido por la empresa venezolana Promotora Cedel C.A., en un juicio de indemnización de perjuicios intentado en contra de la empresa Microsoft Corporation, quien, en un proceso anterior, había requerido y obtenido el secuestro de bienes de la demandante, para determinar si existía violación de su derecho de autor en el material secuestrado.

Como se puede apreciar, la gran mayoría de los casos iniciados a la fecha por inversionistas extranjeros ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tienen relación con la afectación de derechos de propiedad industrial, en especial marcas y patentes, uno de los derechos que se encuentran protegidos por las normas comunitarias (Decisiones 291 de 1991, 351 de 1993 y 486 de 2000), y que también se encuentran expresamente protegidos en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por los países miembros de la Comunidad Andina⁸³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Sistema Andino de Solución de Controversias es uno de los mecanismos regionales existentes que puede ser utilizado para la resolución de determinados conflictos entre

83 Véase, por ejemplo, el artículo 2 d) del TBI entre Bolivia y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa (1990); artículo 2 d), TBI entre Colombia e India (2009); artículo 1 (d) TBI entre Ecuador y Suecia (2001), y el artículo 1 (f), TBI entre Perú y Japón (2008).

inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión extranjera que son miembros de la Comunidad Andina.

Con todo, debe mencionarse que el ámbito de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es más limitado que aquel correspondiente a los tribunales arbitrales en AII, dado que las normas comunitarias en materia de inversión extranjera solo contienen parte de los derechos que, tradicionalmente, dichos tratados consideran como parte de la protección de los inversionistas extranjeros. Así, como hemos visto, la Decisión 291 de 1991 consagra el trato nacional y los derechos de libre transferencia y convertibilidad, pero deja fuera garantías hoy extendidas en la gran mayoría de los AII como son el trato justo y equitativo, la protección y la seguridad plenas y la compensación en caso de expropiaciones regulatorias o indirectas⁸⁴.

Asimismo, el sistema del TJCAN no considera la determinación directa de indemnizaciones —el remedio tradicionalmente solicitado en los arbitrajes internacionales de inversiones—⁸⁵, aunque sus sentencias pueden servir de base para iniciar un juicio por indemnización de perjuicios por parte del inversionista extranjero afectado.

No obstante lo anterior, el procedimiento del Sistema Andino de Solución de Controversias tiene ciertos aspectos positivos que vale la pena destacar, y que pueden interesar a los inversionistas extranjeros, como la posibilidad de obtener medidas cautelares (un aspecto jurisprudencialmente debatido en los arbitrajes internacionales de inversión)⁸⁶; tiene normas de transparencia y publicidad⁸⁷; permite la intervención de terceros coadyuvantes⁸⁸; considera la posibilidad (y en algunos casos la obligación) de

84 DOLZER, RUDOLF y SCHREUER, CHRISTOPH. *supra*.

85 Sobre este tema, véase: SABAH, BORZU. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*. Oxford University Press, 2011.

86 Aunque existen diversas reglas de arbitraje que expresamente reconocen la facultad de los tribunales arbitrales de conceder medidas cautelares de carácter vinculante (entre ellas el artículo 47 de la Convención CIADI, el artículo 26 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (2010) y el artículo 28 de la de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) del año 2012), existe jurisprudencia contradictoria acerca del estándar de "necesidad" que se requiere para otorgar estas medidas, problema que se acrecienta al existir múltiples tribunales arbitrales interpretando dichas normas. Véase: SAROOSHI, DAN. *Provisional Measures and Investment Treaty Arbitration*. En: 29:3 *Arbitration International* 361, 2013.

87 Las obligaciones de transparencia de la Comunidad Andina se encuentran en diversas normas, como la Resolución 852 del 17 de septiembre de 2004, que establece las normas sobre acceso del público al acervo documental de la Comunidad Andina. Asimismo, conforme al artículo 94 del Estatuto del TJCAN, una vez notificada la sentencia, el Secretario del Tribunal la comunicará a la Secretaría General para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Ello contrasta con las normas de transparencia de los arbitrajes internacionales, donde, en general, se prohíbe la publicación de los laudos sin el consentimiento de las partes. Así se establece en el artículo 48(5) Convención CIADI y en los artículos 28.2 y 34.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2012). Lo propio ocurre en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (reglas 32.5 y 34.5), salvo que los Estados parte se hayan sometido expresamente al Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (2014).

88 Véanse, por ejemplo, los casos *Vivax Pharmaceuticals* (Proceso TJCAN 127-AI-2004) y *Farmagro Bayer S.A.* (Proceso TJCAN 5-AI-08), entre muchos otros.

solicitar interpretaciones prejudiciales (lo que minimiza la posibilidad de que exista jurisprudencia contradictoria en una misma materia)⁸⁹, y, en general, ofrece procedimientos rápidos y expeditos, en comparación con otros tribunales internacionales y supranacionales, incluyendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A modo de ejemplo, los procesos de interpretación prejudicial ante el TJCAN demoran en promedio dos meses, mientras que la consulta prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea demora en promedio dos años⁹⁰.

Asimismo, el Sistema Andino de Solución de Controversias de la CAN hace posible un mayor acceso de los particulares a la justicia supranacional, en comparación con su homólogo europeo. En esta línea, únicamente el Derecho Comunitario Andino faculta a los particulares a demandar ante el Tribunal de Justicia supranacional, agotada la fase prejudicial ante la Secretaría General de la CAN.

Además de lo referido en los párrafos anteriores, el sistema comunitario considera la posibilidad de sanciones de los demás países miembros de la CAN al país miembro infractor, conjuntamente con la facultad del particular para demandar la indemnización por daños y perjuicios ante un juez nacional competente.

Todas estas características convierten al Tribunal de Justicia de la CAN en un foro de solución de controversias en materia de inversión extranjera que ofrece garantías distintas, pero sustanciales a los inversionistas extranjeros que deseen utilizarlo, contribuyendo significativamente, al mismo tiempo, a la seguridad jurídica e institucionalización de la subregión Andina.

En este contexto, una propuesta para optimizar el ejercicio de la función del Tribunal de Justicia de la CAN, en cuanto garante máximo del cumplimiento del ordenamiento jurídico andino y los derechos que origina a los particulares, entre los cuales se encuentran los inversionistas extranjeros, tendría que estar orientada a dotarlo de una mayor capacidad coercitiva, la cual se encuentra limitada hasta la fecha a la imposición de sanciones de tipo comercial a cargo de los demás países miembros.

Lo referido, no obstante otorgársele al Tribunal de Justicia de la CAN, mediante el artículo 27 de su tratado de creación, la facultad de optar por la imposición de otro tipo de sanciones eficaces, acordes con la particularidad de cada caso. Ello, dado que, conforme lo dispone el citado artículo, el ejercicio de esta atribución debe estar precisado por las condiciones y límites que desarrolle su Estatuto, lo cual no se ha llevado a cabo en la Decisión 500 (2001) de la CAN que lo contiene.

En este sentido, lo que se necesitaría es una propuesta de modificación del artículo 119 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN que precise los alcances de su potestad

89 El problema de decisiones inconsistentes o contradictorias es, precisamente, uno de los aspectos que se critica al sistema de arbitraje inversionista-Estado. Véase: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap*. (2013): 2 12 at 3.

90 SASAKI OTANI, MARÍA ÁNGELA. El Sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. vol. XII, pp. 301-337.

para imponer otros tipos de sanciones que se adecuen más a las circunstancias específicas de cada caso⁹¹, como lo podrían ser las multas coercitivas, modalidad de sanción que impone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para exigir el cumplimiento de sus sentencias.

Al estar aprobado el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN mediante una Decisión, norma jurídica andina de carácter derivado, su modificación no requiere de ratificación por parte de los poderes legislativos de sus países miembros, sino, únicamente, de la aprobación de esta modificación, mediante Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para ser incorporada al Ordenamiento Jurídico de la CAN⁹².

Por consiguiente, a partir de la referida modificación, la potestad del Tribunal de Justicia de la CAN para sancionar al país miembro que incumple su sentencia podría verse fortalecida, al permitírsele endurecer sus sanciones combinando la imposición de multas coercitivas con sanciones de tipo comercial, si el caso así lo ameritase⁹³.

Al respecto, únicamente cabría preguntarse si este contexto amerita un análisis sobre la posibilidad de considerar la incorporación del remedio tradicionalmente solicitado en los arbitrajes internacionales de inversiones: la determinación directa de indemnizaciones, puesto que conforme se ha mencionado líneas arriba, solo se dispone jurídicamente el reconocimiento de la sentencia de incumplimiento del TJCAN como título legal y suficiente para iniciar un proceso por indemnización de daños y perjuicios a favor del inversionista extranjero afectado en sus derechos comunitarios, ante el juez nacional competente.

La práctica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como las lecciones aprendidas después de más de una década de funcionamiento, en los términos que se han expresado en este trabajo, pueden servir no solo para mejorar el Sistema Andino de Solución de Controversias, sino también como un ejemplo para considerar la creación de mecanismos regionales de solución de diferencias, especialmente cuando ello se encuentra en discusión en el seno de ALBA, MERCOSUR y UNASUR, a raíz del proyecto de centro regional para la solución de controversias en materia de inversión extranjera, en el que dicha unión se encuentra actualmente trabajando. Asimismo, puede servir de experiencia para encontrar el balance adecuado y la complementariedad entre los mecanismos domésticos, regionales e internacionales, que inevitablemente entran en juego, en este tipo de controversias.

91 Véase SASAKI OTANI. Op. cit., p. 337.

92 Como resultado de las modificaciones al Acuerdo de Cartagena (Tratado Constitutivo de la CAN) introducidas por el Protocolo de Trujillo, así como las derivadas del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba), corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobar las modificaciones al Estatuto de Tribunal de Justicia. En: Comunidad Andina. Decisión 500: Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Preámbulo.

93 Para mayor referencia sobre propuestas de reforma del sistema sancionador del Tribunal de Justicia de la CAN, se sugiere ver: SASAKI OTANI. Op. cit.