

# Acciones de incumplimiento planteadas por entidades corporativas en la Comunidad Andina: entre la flexibilidad y la cautela

*Noncompliance actions filed by corporate entities in the  
Andean Community: between flexibility and caution*

CARLOS SEBASTIÁN GARCÉS VÁSCONEZ\*

**Recibido / Received:** 03/01/2024

**Aceptado / Accepted:** 21/03/2024

**DOI:** <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3196>

**Citación:**

Garcés Vásconez, C. “Admisibilidad de acciones de incumplimiento planteadas por entidades jurídicas corporativas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3196>

---

\* Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Abogado Asesor, Av. 12 de Octubre & Luis Cordero, Quito 170143, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: csgarces@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0000-1552-8148>.

## RESUMEN

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el órgano jurisdiccional garante de la plena vigencia del ordenamiento jurídico comunitario andino en los Estados parte del Acuerdo de Cartagena. Cuando un país miembro incumple alguno de sus compromisos u obligaciones adquiridos en el marco del proceso de integración subregional, puede demandarse tal conducta ante el tribunal comunitario. Sin embargo, la admisión de este tipo de acciones judiciales está reglamentada y no cualquier demanda de incumplimiento es admitida a trámite. El presente estudio ofrece una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria en relación con la admisibilidad de las acciones de incumplimiento incoadas por entidades corporativas en representación de sus afiliadas. También ofrece algunas consideraciones prácticas generales para que prosperen demandas de esta naturaleza, evitando su rechazo *in limine*.

## PALABRAS CLAVE

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; acción de incumplimiento; requisitos de admisibilidad de la demanda; entidades corporativas; prueba de afectación; simetría representacional

## ABSTRACT

*The Court of Justice of the Andean Community is the jurisdictional body that guarantees the full validity of the Andean community legal system in the states party to the Cartagena Agreement. When a member country does not comply with any of its commitments or obligations acquired within the framework of the sub-regional integration process, such conduct can be brought before the community court. However, the admission of this type of judicial action is regulated and not every claim of non-compliance is automatically processed.*

*This study provides a comprehensive examination of the regulatory, jurisprudential, and doctrinal review concerning admissibility of non-compliance actions brought by corporate entities on behalf of their affiliates. It also offers general practical considerations for claims of this nature to prosper, avoiding their rejection in limine.*

## KEY WORDS

*Court of Justice of the Andean Community; claim of non-compliance; requisites of admissibility for claims; corporative entities; proof of affectation; representational symmetry*

## 1. INTRODUCCIÓN

El territorio que ocupa la Comunidad Andina es hogar para aproximadamente 115 millones de ciudadanos andinos<sup>1</sup>, todos ellos beneficiados por los acuerdos y compromisos alcanzados por los Estados parte del Acuerdo de Cartagena. Para garantizar la plena vigencia de estos arreglos de orden internacional, el sistema de la Comunidad Andina prevé la existencia de un órgano jurisdiccional autónomo e independiente, competente para atender, entre otras cosas, los reclamos que presenten: el órgano ejecutivo del sistema; los países signatarios; y ciertas personas naturales y jurídicas, por el incumplimiento de las obligaciones de cualquier país miembro.

Si bien esta “acción de incumplimiento andina” debe ser ejercida por un actor perteneciente a una de las tres categorías antes enumeradas en defensa de sus propios derechos o intereses, el tribunal de la Comunidad Andina ha reconocido la posibilidad de que también sea ejercida en representación de los derechos o intereses de terceros, por un grupo particular de sujetos: el de las entidades jurídicas corporativas. Se trata de entidades de base asociativa, generalmente, sin fines de lucro, constituidas por acuerdo entre los miembros de una misma clase para la defensa y promoción de sus derechos e intereses. A diferencia de las categorías enumeradas, las entidades corporativas defienden los intereses de sus miembros y no los propios en particular. La modalidad en la que interviene este tipo de entidades no está contemplada expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario andino, pero se ha demostrado, jurisprudencialmente, en el auto de 6 de noviembre de 2023 dentro del Proceso 03-AI-2023, la pertinencia de su incorporación al proceso para representar los derechos subjetivos e intereses legítimos de terceros relacionados.

¿Cuál es el tratamiento que el órgano jurisdiccional les ha brindado y cómo debe evaluarse la admisibilidad de sus demandas? Más aun, ¿cuál es y cómo ha evolucionado el estándar que aplica el tribunal de la Comunidad Andina para verificar el cumplimiento de los requisitos formales de estos actos de proposición? ¿Podría calificarse este estándar como flexible o restrictivo?

En el presente estudio se propone analizar la normativa comunitaria andina aplicable, la jurisprudencia contemporánea del tribunal, y la doctrina vigente para responder a estas preguntas. Así, se explicarán algunos de los estándares que ha establecido la corte internacional y se demostrará de qué manera han evolucionado armónicamente hasta su estudio más reciente: el criterio de la simetría representacional. A partir de una adecuada sistematización

1 Secretaría General de la Comunidad Andina, *La Comunidad Andina (CAN)*, (Lima: Comunidad Andina, 2023). <https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/#:~:text=La%20Comunidad%20Andina%2C%20integrada%20por,115%20millones%20de%20ciudadanos%20andinos.>

teórica, se ofrece una herramienta práctica para los abogados que litiguen en la jurisdicción comunitaria andina, especialmente para aquellos que representen a entidades corporativas.

## 2. LA COMUNIDAD ANDINA Y SU TRIBUNAL DE JUSTICIA

La Comunidad Andina es un proceso de integración subregional establecido el 26 de mayo de 1969 entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador y Perú, y el Estado Plurinacional de Bolivia<sup>2</sup>. Se trata de una de las estructuras políticas, jurídicas y económicas más longevas de su tipo en América Latina. En términos del Acuerdo de Integración Subregional Andino (en adelante Acuerdo de Cartagena), la Comunidad Andina fue pensada para:

Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano<sup>3</sup>.

En el marco de este proceso de integración, se estableció el Sistema Andino de Integración (en adelante SAI) como un conjunto de órganos e instituciones cuya finalidad es permitir una coordinación efectiva para profundizar la integración subregional andina; promover su proyección externa; y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración<sup>4</sup>. El SAI está integrado por un órgano político rector (el Consejo Presidencial Andino); dos órganos legislativos (el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina); un órgano ejecutivo (la Secretaría General de la Comunidad Andina); un órgano deliberante (el Parlamento Andino); un órgano jurisdiccional (el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina); la Universidad Andina Simón Bolívar; el Convenio Simón Rodríguez; y una serie de consejos consultivos y organismos financieros adscritos<sup>5</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA o simplemente Tribunal) se constituyó el 28 de mayo de 1979 con la firma del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena<sup>6</sup>. Desde sus inicios, el TJCA se ha desempeñado como el máximo órgano, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y

2 Venezuela se incorporó al Acuerdo de Cartagena el 13 de febrero de 1973 y se retiró el 22 de abril de 2006. Chile, por su parte, denunció el Tratado el 30 de octubre de 1976.

3 Artículo 1, Anexo de la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina [Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003.

4 Id., artículo 7.

5 Id., artículo 6.

6 Actualmente, la versión actualizada y consolidada de este instrumento reposa en el Anexo de la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina [Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999.

asegurar su aplicación e interpretación uniforme<sup>7</sup>. Sus competencias pueden resumirse en los siguientes términos:

El TJCA resuelve controversias entre los países miembros, entre estos y los órganos e instituciones del SAI y entre ellos y los ciudadanos andinos (personas naturales o jurídicas) cuando estos encuentran afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo. Asimismo, a través de la absolucón de solicitudes de interpretación prejudicial el TJCA garantiza la aplicación coherente y uniforme del derecho comunitario andino por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, sean estos últimos jueces del poder judicial, árbitros o magistrados de una corte o tribunal constitucional<sup>8</sup>.

En ejercicio de su particular jurisdicción, el TJCA es competente para conocer controversias en el marco de los siguientes procedimientos:

- i) Acción de nulidad
- ii) Acción de incumplimiento
- iii) Sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento
- iv) Interpretación prejudicial
- v) Recurso por omisión o inactividad
- vi) Acción laboral
- vii) Arbitrajes que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre estos y terceros
- viii) Cuestión prejudicial de validez.

### 3. LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA COMUNIDAD ANDINA

La acción de incumplimiento se rige por lo dispuesto en la sección segunda del Capítulo III del Tratado de Creación del TJCA y el Capítulo II del Título Tercero de su Estatuto. Generalmente, estas acciones componen cerca del cincuenta por ciento de las causas de jurisdicción directa —no se incluyen solicitudes de interpretación prejudicial— que recibe el TJCA cada año<sup>9</sup>.

Lo primero que debe tenerse en mente cuando se habla de la acción de incumplimiento andina es que se trata de un mecanismo para garantizar el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos por los países miembros de la Comunidad Andina en el marco del Acuerdo de Cartagena

7 Artículo 4, Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores [Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001.

8 Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, “Capítulo III. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, ed. Hugo R. Gómez Apac (Portoviejo: Editorial San Gregorio, 2019), [https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO\\_DERECHO.pdf](https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf).

9 Ver, Informes Anuales de Gestión: 2020-2022, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, [https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/transparencia/informes/informes\\_gestion/](https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/transparencia/informes/informes_gestion/).

y las demás normas primarias<sup>10</sup> y secundarias<sup>11</sup> del ordenamiento jurídico comunitario andino. En otras palabras, el legitimado pasivo de una acción de incumplimiento siempre será un país miembro de la Comunidad Andina.

Lo anterior se refleja claramente en el artículo 107 del Estatuto del TJCA, que dispone lo siguiente:

Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura 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 cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación<sup>12</sup>.

La norma citada no solo establece quién puede ser demandado en acción de incumplimiento, sino también el tipo de conductas y decisiones que pueden ser impugnadas por esta vía. El segundo párrafo del artículo de referencia indica que el incumplimiento de un país miembro puede manifestarse en:

- i) La expedición de normas internas (leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.) contrarias al derecho andino
- ii) La no expedición de normas internas que den cumplimiento al ordenamiento jurídico comunitario andino (no implementación de normativa interna requerida por la normativa andina)
- iii) Actos u omisiones (sentencias, actos administrativos, hechos administrativos, inacción de autoridades nacionales competentes, etc.) opuestos a la normativa comunitaria.

Por otro lado, los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCA y 108 de su Estatuto establecen quiénes pueden ser titulares de esta acción:

Tratado de Creación del TJCA.-

Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del

10 Son normas de derecho primario (llamadas también normas constitucionales) el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado de Creación del TJCA y sus protocolos modificatorios y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. En términos generales, estos son instrumentos suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración andina.

11 Son norma de derecho secundario (llamadas también normas derivadas) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y otros convenios de complementación industrial y análogos. En esencia, estos son instrumentos emitidos por los órganos del SAI en el ámbito de sus competencias.

12 Artículo 107, Estatuto del TJCA.

plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.

Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa<sup>13</sup>.

Estatuto del TJCA. -

Artículo 108.- Titulares de la acción

Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General<sup>14</sup>.

Como se aprecia, pueden ser titulares de una acción de incumplimiento: la Secretaría General de la Comunidad Andina, otros países miembros, y las personas naturales o jurídicas cuyos derechos se vean afectados por el supuesto incumplimiento.

Es importante mencionar que la versión original de 1979 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no contemplaba la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas comparezcan directamente ante

<sup>13</sup> Artículos 23 y 24, Tratado de Creación del TJCA.

<sup>14</sup> Artículo 108, Estatuto del TJCA.

el TJCA en el marco de una acción de incumplimiento. De conformidad con el artículo 27 de esta versión, estos sujetos podían acudir únicamente ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno en los casos que sus derechos resulten afectados por el incumplimiento de un país miembro<sup>15</sup>.

No fue sino hasta la firma del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1996 (también conocido como el Protocolo de Cochabamba) que se incluyó el texto del actual artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA. Dicho artículo reconoce la capacidad de las personas naturales y jurídicas para plantear una acción de incumplimiento ante el TJCA por su propia cuenta cuando sus derechos sean afectados por el supuesto incumplimiento de un país miembro. Sin embargo, esta participación vino condicionada al cumplimiento de un requisito del cual la Secretaría General de la Comunidad Andina y los países miembros están exentos: probar que la conducta impugnada afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos<sup>16</sup>.

Tomando en cuenta lo anterior, es posible inferir que el ordenamiento jurídico comunitario andino mantiene una opción preferente por las acciones de incumplimiento incoadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (interpelante natural en este tipo de acciones), seguidas por las que planteen los países miembros (que previamente deberán elevar su reclamo ante la Secretaría General). Solo de manera excepcional se admite que personas naturales y jurídicas activen esta vía judicial, siempre y cuando sean capaces de demostrar una afectación causada por el supuesto incumplimiento.

El requisito particular que el ordenamiento comunitario impone a los particulares que pretenden impulsar una acción de incumplimiento recuerda a las líneas que Agustín Gordillo dedica a la relación doctrinaria entre afectación y legitimación:

En el proceso judicial tradicional, la legitimación deriva de tener o no derechos subjetivos afectados por la litis que se plantea; en el procedimiento administrativo la legitimación no sólo puede surgir de un derecho subjetivo sino también de un interés legítimo afectado. En algunos casos, por excepción, puede serlo por un interés simple, pero la regla es que sea necesario un derecho subjetivo o un interés legítimo y que el interés simple sea insuficiente.

[...]

La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está en que en el interés simple el interés es común a todos los habitantes, mientras que en el interés legítimo debe pertenecer a “una categoría definida y limitada” de individuos. [...] Las circunstancias que rodean al acto o hecho cuestionado deben trazar un círculo de

15 Artículo 27, Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Cartagena, 1979. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/224102>

16 Artículo 49, literal b), Estatuto del TJCA.



interés, definido con precisión suficiente; [...] puede así tratarse de una medida administrativa que afecte a todos los comerciantes, o a todos los usuarios de un servicio público, etc. pero no a todos los contribuyentes del Estado, o a todos los ciudadanos o habitantes; [...] puede, en cambio, tratarse de todos los contribuyentes o habitantes de una comuna determinada; [...] lo importante en esta concepción, hoy superada en el derecho argentino, era que el círculo no se ampliara “hasta las dimensiones de la colectividad nacional”<sup>17</sup>.

El TJCA ha elaborado toda una línea jurisprudencial sobre la naturaleza de la afectación que los particulares deben demostrar cuando plantean una acción de incumplimiento. Por ejemplo, se ha sostenido armónicamente que la afectación debe ser actual, inmediata, concreta, real y directa:

Para acreditar la afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo no basta con identificar un derecho subjetivo o interés legítimo, sino que es necesario demostrar, por un lado, que la afectación es concreta, real y directa y, por el otro, que la respuesta del presunto afectado a dicha afectación es oportuna, pues debe haber una correspondencia natural entre la afectación y la respuesta del afectado.

[...]

Continuando con el desarrollo jurisprudencial antes descrito, este Tribunal considera pertinente explicar en el presente Auto que **la afectación al derecho subjetivo o al interés legítimo debe ser actual e inmediata, real y concreta, y directa**. Dado que la afectación debe ser actual e inmediata, la respuesta del afectado debe ser oportuna [...] (énfasis en el original)<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior<sup>19</sup>, el TJCA también ha explicado que la afectación del particular no necesariamente debe ser actual en el sentido de generar un perjuicio material en tiempo presente, sino que también puede verificarse en aquellas situaciones jurídicas que expongan al particular a un potencial perjuicio material futuro. En esa línea de pensamiento, el Tribunal explicó lo siguiente:

**Afectación de un derecho subjetivo.** Se refiere a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación, y al deber de éste de demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo, que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado.

**Afectación a un interés legítimo.** No se trata de que el recurrente deba tener un

17 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), 180-184.

18 Proceso 03-AI-2017, Flores Maravilla S.A. c. República de Colombia, TJCA, Auto sobre recurso de reconsideración, 17 de noviembre de 2017, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3143 del 24 de noviembre de 2017, párr. 3.2.3. y 3.2.6.

19 Para otros fallos del TJCA donde se mantuvo el mismo criterio, ver:

- Proceso 03-AI-2021, Compañía Cervecera AMBEV Perú S.A.C. c. República del Perú, TJCA, Auto sobre las excepciones previas, 5 de octubre de 2022, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5052 del 5 de octubre de 2022, párr. 3.1.3.9 y 3.1.3.10;

- Proceso 04-AI-2021, Compañía Cervecera San Juan S.A. c. la República del Perú, Auto sobre las excepciones previas, 13 de diciembre de 2022, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5090 del 14 de diciembre de 2022, párr. 3.1.3.9 y 3.1.3.10; y

- Proceso 02-AI-2021, Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. c. República del Perú, Auto sobre las excepciones previas, 13 de diciembre de 2022, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5091 del 14 de diciembre de 2022, párr. 3.1.3.9 y 3.1.3.10.

interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno particular en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de acción o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter real o potencial, patrimonial o moral. (Énfasis en el original)<sup>20</sup>.

Esta aparente contradicción en la jurisprudencia del TJCA fue resuelta mediante Auto del 6 de noviembre de 2023, dentro del Proceso 03-AI-2023, en el cual el Tribunal indicó lo siguiente:

Para empezar, debe mencionarse que la jurisprudencia reciente del Tribunal ha sostenido armónicamente que la afectación que debe probarse al tenor del literal b) del artículo 49 del Estatuto del Tribunal [...] tiene que ser actual, inmediata, concreta, real y directa [...] Ahora bien, lo anterior no necesariamente debe verse reflejado en una afectación económica actual o en la imposición efectiva de una sanción administrativa. Especialmente cuando el presunto incumplimiento se refleja en una norma de efectos generales, la afectación actual podría verificarse si los efectos de la norma involucran actualmente, de manera específica y directa, a particulares de la misma clase o en la misma posición que el demandante. En ese sentido, no cabe duda de que una persona **actualmente** sujeta a una norma presuntamente contraria al ordenamiento comunitario andino, que **potencialmente** estaría sujeta a represalias vinculadas, se encuentra legitimada para plantear una acción de incumplimiento [...] (énfasis en el original)<sup>21</sup>.

La posición que adoptó el TJCA sobre la dimensión temporal de la afectación de las personas naturales y jurídicas es, en ese sentido, muy similar a la propuesta doctrinaria de Gordillo sobre la misma cuestión. El autor explica que:

Si bien en principio el interés debe ser actual, [...] ello no es absoluto. Por de pronto, es importante señalar que hay interés actual no sólo cuando se produce o ha producido un daño material [...] o moral, sino también cuando el daño está próximo a cumplirse y cuando se efectúa una modificación reglamentaria a la situación jurídica del particular. Es que las disposiciones generales afectan en forma actual e inmediata los intereses de las personas que deben someterse a ellas o cuyas situaciones jurídicas son de alguna manera modificadas por ellas<sup>22</sup>.

En virtud de todo lo expuesto en este acápite, puede resumirse a la acción de incumplimiento como el mecanismo judicial comunitario mediante el cual se garantiza el cumplimiento de obligaciones y compromisos contraídos por los países miembros. De ordinario, podrán activar esta vía la Secretaría General de la Comunidad Andina y los demás países miembros. Sin embargo, también podrán activarla personas naturales y jurídicas cuando demuestren que sus

20 Proceso 01-AI-2015, Ángela Vélez Escallón c. República de Colombia, Sentencia, TJCA, 7 de julio de 2017, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3100 del 25 de septiembre de 2017, párr. 1.7.

21 Proceso 03-AI-2023, Sociedad Nacional de Industrias et al. c. República del Perú, TJCA, Auto de admisión a trámite, 6 de noviembre de 2023, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5359 del 7 de noviembre de 2023, párr. 3.1.20. y 3.1.21.

22 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 192.

derechos subjetivos o intereses legítimos sufran una afectación actual o potencial, inmediata, concreta, real y directa.

#### 4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS EN REPRESENTACIÓN DE SUS MIEMBROS

Son titulares usuales de la acción de incumplimiento andina la Secretaría General de la Comunidad Andina, los países miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por el incumplimiento de un país miembro.

Es importante destacar que el interés que cada uno de los anteriores de subsanar un supuesto incumplimiento de la norma andina es distinto, lo cual se refleja en su posición en el proceso. Por un lado, la Secretaría General de la Comunidad Andina tiene el deber expreso y objetivo de velar por el cumplimiento de la normativa andina<sup>23</sup>. Por otro lado, los países miembros tendrán interés en mantener la plena vigencia de los compromisos y obligaciones alcanzados con sus contrapartes en el marco del acuerdo de integración subregional. Las personas naturales y jurídicas, por su parte, estarán interesadas en poner fin a cualquier afectación subjetiva que se haya producido en su contra por el incumplimiento de un país miembro, situación que deberán probar como requisito para la admisión a trámite de su demanda<sup>24</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que el TJCA se ha mostrado flexible al momento de evaluar la admisibilidad de una acción de incumplimiento. En ese sentido, por vía jurisprudencial, ha matizado el espectro de actores que pueden incoar una acción de este tipo. El caso, por antonomasia, es el de las asociaciones gremiales, que, para efectos ilustrativos de este estudio, se retraerán a su género próximo: las entidades corporativas.

##### 4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS

Una entidad corporativa es una “entidad de base personal asociativa creada para el cumplimiento de una finalidad de interés común para sus asociados”<sup>25</sup>. En el Código Civil boliviano<sup>26</sup> y peruano<sup>27</sup> se las conoce como “asociaciones”; mientras que, en las legislaciones colombiana<sup>28</sup> y ecuatoria-

23 Artículo 30, literal a), Acuerdo de Cartagena.

24 Artículo 49, literal b), Estatuto del TJCA.

25 Real Academia Española, “Corporación”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023, <https://dcej.rac.es/lema/corporaci%C3%B3n>.

26 Artículo 52, Decreto Ley 12760 [Código Civil boliviano], Gaceta Oficial de Bolivia del 6 de agosto de 1975, elevado a rango de ley mediante Ley 1071 del 18 de junio de 2018.

27 Artículo 80, Decreto Legislativo 295 [Código Civil peruano], Diario Oficial El Peruano del 14 de noviembre de 1984, reformado por última vez el 25 de noviembre de 2023.

28 Artículo 633, Ley 84 de 1873 [Código Civil colombiano], Diario Oficial 2867 del 31 de mayo de 1873, reformado por última vez el 17 de noviembre de 2023.

na<sup>29</sup> tienen el nombre de “corporaciones”. En su condición de personas jurídicas, las entidades corporativas son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones por su propia cuenta, de ser representadas judicial y extrajudicialmente<sup>30</sup>. Sin embargo, el rasgo esencial de estas entidades es que el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones gira en torno al bien común de sus miembros, el bien público en general o el de una colectividad en particular<sup>31</sup>. En otras palabras, se trata de personas jurídicas de orden asociativo constituidas con el propósito de buscar y promover el bien de terceros distintos a la entidad misma. Las entidades corporativas son sujetos de derecho predestinados al beneficio de otros.

Lo anterior se correlaciona con la usual carencia de ánimo de lucro en este tipo de sociedades. Al respecto, el Consejo de Estado de Colombia ha explicado lo siguiente:

[...] la corporación en términos generales es una persona jurídica desprovista de ánimo de lucro que se rige en principio, por las normas de la legislación civil y específicamente, por las disposiciones especiales relacionadas con las entidades sin ánimo de lucro [...]. Característica esencial de estas últimas, como su denominación lo indica, es la ausencia del ánimo de lucro, lo que quiere decir que ellas no responden al interés capitalista de obtener una utilidad como remuneración de la inversión. Los beneficios o rendimientos económicos que pueden reportar, no están destinados a repartirse a favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio, independientemente de que se destinen a su objeto<sup>32</sup>.

Por lo general, las corporaciones se integran por el mismo tipo de personas que la asociación pretende representar. Sin perjuicio de la regulación específica a la que se sujetan en cada país miembro, incluyen: colegios profesionales, cámaras industriales y empresariales, gremios y sindicatos, asociaciones de estudiantes, etc. Los colegios profesionales no son profesionales, pero promueven sus actividades. Las asociaciones de estudiantes no son estudiantes, pero representan sus intereses. Los sindicatos no son trabajadores, pero defienden sus derechos. Lo propio de las entidades corporativas es representar el interés común de sus miembros y no el particular. O mejor dicho, el interés particular de las entidades corporativas radica en la defensa y promoción del interés común de sus miembros. Sin embargo, dependiendo de la naturaleza de cada corporación y del contenido de sus estatutos, su poder de representación, para “hablar en nombre de sus miembros”, será mayor o menor, lo cual se reflejará en su capacidad para intervenir judicialmente ante el TJCA.

29 Artículo 564, Código Civil ecuatoriano [CC], R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 14 de marzo de 2022.

30 Id.

31 Artículo 9, Decreto Ejecutivo 193 [Reglamento para el otorgamiento de personalidad jurídica a las organizaciones sociales], R.O. Suplemento 109 del 27 octubre de 2017.

32 Radicación 11001-03-06-000-2020-00233-00 (2457), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de diciembre de 2020, 9, <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/241/11001-03-06-000-2020-00233-00.pdf>.

## 4.2. CAPACIDAD REPRESENTACIONAL DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS FUERA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Distintas legislaciones en el mundo han fijado estándares para que entidades corporativas puedan representar procesalmente los intereses de sus miembros, ya sea en la vía administrativa o en la judicial. Tal es el caso del segundo inciso del artículo 18 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) de España y el literal b) del artículo 19 de la misma norma:

Artículo 18.

[...]

Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

Artículo 19.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos<sup>33</sup>.

Sobre los artículos citados, Alberto Palomar y Francisco Javier Fuertes indican lo siguiente:

Los art. 18 y 19, LJCA contienen una relación de entidades susceptibles de ser titulares de derechos e intereses y a las que, por lo tanto, se les otorga legitimación para la defensa de esos intereses en el orden contencioso-administrativo, eso sí, en el ámbito concreto de esos derechos. **Ello supone la existencia de legitimación cuando se vean afectados derechos e intereses en el espacio de las funciones que tienen atribuidas y, por la misma razón, la ausencia de legitimación para la impugnación de actos o disposiciones que no afectan los derechos o intereses de las personas que conforman el colectivo, por ser preciso la existencia de una conexión específica entre el acto disposición que se pretende impugnar y las competencias atribuidas a la entidad, no siendo suficiente un mero interés abstracto genérico** [...] ya que, en caso contrario, ello equivaldría a reconocerles acción para impugnar los actos administrativos dictados en sectores muy amplios del ordenamiento y, por ende, a reconocerles facultades de impugnación con una amplitud sólo reservada a la acción popular [...] (énfasis añadido)<sup>34</sup>.

Jorge Rodríguez-Zapata va más lejos en su análisis sobre el interés de las entidades y describe el alcance de otro concepto de gran relevancia en esta discusión:

El interés colectivo es distinto de la simple suma de unos intereses individuales. El interés colectivo afecta por igual y en común a todos los miembros del grupo

<sup>33</sup> Artículo 18, Ley 29/1998 [Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa], BOE 167 del 28 de junio de 1998.

<sup>34</sup> Alberto Palomar y Francisco Javier Fuertes, *Práctico Contencioso-administrativo* (Barcelona: Vlex, 2014). <https://vlex.es/source/11330>.

de que se trate, y pertenece por entero a todos esos miembros. Se asemeja de esta forma al interés difuso, que pertenece también a una pluralidad de sujetos, pero que, a diferencia del interés colectivo, esa pluralidad no puede ser concretada en una colectividad determinada.

Los intereses colectivos pueden ser ejercitados por grupos, corporaciones o asociaciones, siempre que ostenten la representación necesaria de tales intereses para tener la legitimación de su defensa en el proceso [...] y ostenten interés legítimo<sup>35</sup>.

Como puede apreciarse, la legislación española otorga legitimación, en el orden contencioso-administrativo, a las entidades referidas en los artículos 18 y 19 de la LJCA en la medida que exista una afectación a los derechos e intereses de las personas que conforman el colectivo y exista una conexión entre los actos impugnados y las competencias de la entidad. Como mencionan Palomar y Fuertes<sup>36</sup>, este criterio serviría para restringir su capacidad de impugnar actos administrativos dictados en sectores muy amplios, ajenos a la órbita de interés de las entidades. Sin embargo, el parámetro descrito resulta sumamente parecido a lo que Gordillo explica sobre la relación que existe entre la afectación de cualquier actor y su legitimidad en la causa, pese a que el mismo doctrinario argentino afirma que este criterio ha entrado en desuso en su país en años recientes<sup>37</sup>.

### 4.3. CAPACIDAD REPRESENTACIONAL DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

La normativa comunitaria andina no es tan abarcadora como la legislación española. En lugar de establecer un parámetro general para la legitimación de cualquier entidad corporativa, ha reconocido la capacidad representacional de ciertas entidades concretas, como es el caso de las sociedades de gestión colectiva. El artículo 49 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena [Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos] establece lo siguiente:

Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales<sup>38</sup>.

Aunque la norma citada generalmente fundamenta la legitimación de las sociedades de gestión colectiva en procedimientos administrativos y judiciales en sede nacional, también legitima su intervención en el marco de procesos

35 Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, "La legitimación en el proceso contencioso-administrativo", *Revista de Jurisprudencia* 1, (septiembre de 2016), <https://elderecho.com/la-legitimacion-en-el-proceso-contencioso-administrativo>.

36 Alberto Palomar y Francisco Javier Fuertes, *Práctico Contencioso-administrativo*, <https://vlex.es/source/11330>.

37 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 184.

38 Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena [Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 145 del 21 de diciembre de 1993.

llevados ante el TJCA. Lo anterior se verifica en el proceso 01-AI-2019, en el cual la Sociedad de Autores y Compositores (en adelante SAYCO) impugnó la Ley 1493 de la República de Colombia, por medio de la cual se otorgaban ciertas competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva a la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA). Si bien SAYCO presentaba un interés directo, en calidad de entidad directamente afectada por la conducta de Colombia, también se reconoció su condición como representante de titulares de derechos de autor y derechos conexos. Al respecto, el Tribunal indicó lo siguiente:

Conforme a lo previsto en el Artículo 108 del Estatuto del TJCA, las personas jurídicas pueden ser titulares de la Acción de Incumplimiento. La demandante es una Sociedad de Gestión Colectiva, de naturaleza sui generis, encargada de defender los derechos morales y patrimoniales de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, la cual goza de una legitimación para actuar en tal calidad, pues así le reconoce la Decisión 351. SAYCO, en calidad de demandante, afirma en su demanda que la expedición de la Ley 1493 afecta la gestión de la [sic] Sociedades de Gestión Colectiva, es decir, los intereses y derechos de la sociedad accionante.

SAYCO sostiene que la Ley 1493 creó una serie de facultades en favor de la DNDA, como son la de control, la toma de posesión, medidas cautelares como la suspensión de dignatarios, o la facultad de ordenar reformas estatutarias, las cuales al ser aplicadas por la DNDA [...] afectarían sus intereses y derechos, pues exceden lo dispuesto por la normativa andina. Así, manifiesta que las medidas de intervencionismo llevaron a que los socios de SAYCO dejaran de tener voto, voluntad o control sobre las personas que dirigían la sociedad.

Por lo antes expuesto, las demandantes cumplen con el requisito de legitimidad activa previsto en el Artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA y 108 del Estatuto del TJCA, ya que la normativa expedida por Colombia podría afectar sus derechos<sup>39</sup>.

En el proceso de referencia, el tribunal reconoció la capacidad representacional de SAYCO con base en una norma comunitaria que la preveía expresamente. Pero existen otros procesos en los que el TJCA concedió este reconocimiento y admitió como demandantes a otro tipo de entidades corporativas sin que exista una norma específica aplicable al caso. En el proceso 114-AI-2004, por ejemplo, la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (en adelante ASINFAR) planteó una acción de incumplimiento contra la República de Colombia por la adopción y aplicación del Decreto 2085 de 2002, mediante el cual se reglamentaba y modificaba el régimen de protección de los datos de prueba en el marco de la obtención del registro sanitario de nuevas entidades químicas en el área de los medicamentos. El TJCA admitió la demanda de ASINFAR con base en la siguiente consideración:

De conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, podrán acudir a la Secretaría General o en su caso al Tribunal, solicitando la declaratoria

39 Proceso 01-AI-2019, Sociedad de Autores y Compositores de Colombia c. República de Colombia, TJCA, Auto de admisión a trámite, 28 de agosto de 2019, párr. 4.2.6.1. a 4.2.6.3.

de incumplimiento de un País Miembro, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos. Por su parte el artículo 49 literal b) del Estatuto del Tribunal dispone que “Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”.

[...]

En el caso de autos, la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR), para sustentar su legitimación en la presente acción de incumplimiento, señala que “[...] *ASINFAR posee interés legítimo para acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por cuanto sus agremiados se han visto afectados desfavorablemente con la expedición del Decreto 2085 de 2002 y el cambio en el sistema de protección a la información no divulgada que éste establece. La Industria Farmacéutica de capital nacional que ASINFAR representa, es la destinataria directa de las cargas introducidas por el Decreto 2085 que no están previstas en las normas andinas que se estiman violadas y que impiden la entrada al mercado de los productos farmacéuticos no patentados, por períodos que ya van en cuatro (4) años* [...]”.

Si bien la actora no se refiere a la exigencia de ser titular de un derecho subjetivo conforme lo exige el artículo 25 de su Tratado de Creación del Tribunal, al revisar la documentación por ella aportada junto con su escrito de demanda, consistente en un certificado de existencia y representación legal de ASINFAR donde se manifiesta que su objeto es defender los intereses de la industria que agremia [...]; un certificado SRS 300-1120 expedido por el INVIMA, [...] donde consta que los agremiados de ASINFAR son titulares, fabricantes e importadores en diferentes Registros Sanitarios de medicamentos a los que se aplica las normas contenidas en el Decreto 2085 [...]; y una respuesta SLR 300- 202 del INVIMA, [...] al derecho de petición de ASINFAR sobre la protección del Decreto 2085 la expedición de un acto administrativo para que terceros interesados puedan controvertir los eventuales derechos exclusivos que pueden concederse en desarrollo del Decreto 2085 [...], el Tribunal considera que al ser la demandante una persona jurídica que agremia a varios laboratorios destinatarios de las disposiciones previstas en el Decreto 2085 del 19 de septiembre de 2002, cuya promulgación y aplicación por parte del Gobierno de la República de Colombia constituiría el presunto incumplimiento del ordenamiento comunitario demandado, existen derechos subjetivos de las compañías representadas por ASINFAR que estarían siendo afectados (énfasis en el original)<sup>40</sup>.

Lo anterior resulta sumamente ilustrativo porque el TJCA se percató de que, efectivamente, ASINFAR comparecía para reivindicar los derechos de sus miembros, no los suyos. A diferencia de lo ocurrido con SAYCO, aquí la demandante no tenía una base legal que prevea su capacidad para representar judicialmente a sus asociados y el asunto controvertido no tenía incidencia alguna en los derechos o intereses directos de ASINFAR. No obstante, el TJCA reconoció su legitimidad activa sobre la base de que la demandante agremiaba a varios de los destinatarios de los efectos del acto impugnado y los derechos subjetivos de tales destinatarios estarían siendo afectados por tal acto impugnado.

<sup>40</sup> Proceso 114-AI-2004, Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas c. República de Colombia, TJCA, Sentencia, 8 de diciembre de 2005, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1295 del 9 de febrero de 2006, 21-22.



Este criterio se ha aplicado también para evaluar la admisibilidad de acciones de nulidad, pues el literal b) del artículo 48 del Estatuto del TJCA, sobre los requisitos adicionales de la demanda en acción de nulidad, es idéntico al literal b) del artículo 49 de la misma norma, sobre los requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento: “Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”<sup>41</sup>.

En el proceso 01-AN-2019, por mencionar un caso, la Asociación Andina de Transportistas Internacionales por Carretera (Capítulo Ecuador) (en adelante ANDINATIC) demandó la nulidad de la Decisión 837 de la Comisión de la Comunidad Andina (Transporte Internacional de Mercancías por Carretera), porque supuestamente sometía a sus asociados a controles arbitrarios e imponía impedimentos para que renueven sus permisos de circulación. Al respecto, el TJCA señaló lo siguiente:

El Literal b) del Artículo 48 del Estatuto del TJCA señala que si el actor es una persona natural o jurídica, debe indicar las pruebas que demuestren que la norma impugnada afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Sobre el particular, ANDINATIC ha cumplido con señalar los motivos y las pruebas que demostrarían que la Decisión 837 afectaría el derecho de sus asociados de brindar el servicio de transporte terrestre, pues no podrían renovar sus permisos de circulación. Asimismo, se les afectaría en su interés legítimo debido a que dichos asociados estarían sometidos a controles de aduana y tránsito arbitrarios, en razón a la inseguridad que genera una norma inviable. La demandante afirma que la vigencia de la Decisión 837 tendrá efectos económicos devastadores en las empresas de transporte.

[...] De acuerdo con lo expuesto, se ha verificado el cumplimiento de los requisitos previstos en el Artículo 20 del Tratado de Creación del TJCA; y, los Artículos 45, 46, 47, 48 y 103 del Estatuto del TJCA, razón por la cual, corresponde admitir la demanda de acción de nulidad presentada por ANDINATIC<sup>42</sup>.

En el proceso, al igual que con ASINFAR, el TJCA únicamente verificó que ANDINATIC represente al grupo de personas destinatarias de los efectos de la Decisión impugnada y que tal acto, efectivamente, pueda generar una afectación a los derechos e intereses de estas personas. De esta manera, se evidencia que el Tribunal ha mantenido un criterio homogéneo en el marco de su análisis de acciones de incumplimiento y acciones de nulidad.

Como ha podido apreciarse, el TJCA creó jurisprudencialmente un parámetro para admitir entidades corporativas como demandantes en acción de incumplimiento. El estándar exigía que las entidades agremien a personas naturales y jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos sean afectados

<sup>41</sup> Artículo 48, literal b), Estatuto del TJCA.

<sup>42</sup> Proceso 01-AN-2019, Asociación Andina de Transportistas Internacionales por Carretera ANDINATIC (Capítulo Ecuador) c. Comisión de la Comunidad Andina, TJCA, Auto de admisión a trámite, 28 de agosto de 2019, párr. 3.3.2 y 3.3.5.

por los actos impugnados por la entidad. En ese sentido, no se trataba de una ampliación a lo que prescribe el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA y los artículos 49 y 108 de su Estatuto, sino un matiz, una aclaración, de cómo puede ejercerse válidamente la titularidad sobre la acción de incumplimiento en representación de personas naturales y jurídicas afectadas por la conducta impugnada.

#### **4.4. EL CRITERIO DE LA SIMETRÍA REPRESENTACIONAL ESTABLECIDO POR EL TJCA**

El estándar jurisprudencial que fue descrito en la sección anterior hubiera sido suficiente para responder a numerosas causas impulsadas ante la corte internacional por entidades corporativas. Sin embargo, casuísticamente se probó su insuficiencia. En efecto, el parámetro era silencioso sobre una problemática latente en el debate: ¿en qué medida la entidad corporativa debe representar los derechos e intereses de sus agremiados para poder defenderlos judicialmente?

Parece razonable que una sociedad de importadores reclame por una reforma legislativa que entorpezca el despacho aduanero de mercancías provenientes de otros países miembros o que una asociación de diseñadores gráficos impugne un reglamento que niegue el carácter artístico de sus obras. Pero ¿podría un club deportivo iniciar estos reclamos si entre sus socios hay unos cuantos importadores o algunos diseñadores gráficos? Parece sentido común responder con un rotundo no. Sin embargo, el sentido común muchas veces debe explicarse para extraer los principios racionales que lo guían.

Eso fue precisamente lo que ocurrió en el proceso 03-AI-2023<sup>43</sup>. En este caso, el litisconsorcio conformado por la Sociedad Nacional de Industrial (en adelante SNI) de Perú, la empresa ITN S.A. y la señora Susana Ruiz Chang plantearon una acción de incumplimiento contra la República del Perú por su normativa sobre el etiquetado de alimentos que contengan componentes de organismos genéticamente modificados. El TJCA ordenó que la demanda se regularice explicando, entre otras cosas, cuáles serían las afectaciones directas que sufriría cada una de las demandantes. En relación con la SNI, el litisconsorcio respondió que actuaría en calidad de gremio industrial legitimado para representar los intereses de sus asociados, los cuales serían personas naturales y jurídicas que estarían siendo afectadas por el supuesto incumplimiento de Perú.

Hasta ese punto, el argumento de las demandantes hubiera encajado perfectamente con el estándar jurisprudencial del TJCA descrito en la sección

<sup>43</sup> Se advierte que el proceso de referencia sigue en trámite y no se emitirá opinión alguna sobre el fondo de su controversia. En el presente artículo se abordarán, únicamente, los criterios del TJCA expresados en sus autos publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. El contenido de este artículo no representa una postura oficial del TJCA sobre ninguna cuestión de fondo en el proceso 03-AI-2023.

anterior, pues había un gremio y personas agremiadas potencialmente afectadas. Sin embargo, el tribunal se percató de una diferencia esencial con los casos estudiados anteriormente:

Para sustentar su posición, las demandantes mencionan la Sentencia del 8 de diciembre de 2005 que adoptó este Tribunal en el marco del Proceso 114-AI-2004 [...], en la cual se reconoció la legitimación activa de la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas para representar los intereses de ciertos laboratorios destinatarios de las disposiciones previstas en cierta norma colombiana.

El precedente citado por las demandantes debe ser diferenciado de la presente causa. En efecto, en el Proceso 114-AI-2004 la demandante era una asociación farmacéutica impugnando la expedición de una norma colombiana que reglamentaba aspectos relacionados con la información suministrada para obtener el registro sanitario de nuevas entidades químicas en el área de los medicamentos. Como puede observarse, existía una perfecta simetría entre la medida infractora, los agentes económicos afectados por la medida y el ámbito de representación de la asociación demandante [...] Por el contrario, una de las demandantes en este caso es la SNI, la cual fue constituida como una asociación sin fines de lucro «integrada por miembros industriales, que son las personas naturales o jurídicas [...] que realicen cualesquiera actividades industriales manufactureras» [...] Según la narración de los hechos incluida en la demanda, la SNI impugna el supuesto incumplimiento de Perú manifiesto en su norma nacional y ciertos actos administrativos, informes, oficios y cartas que, en su conjunto, contendrían la orden de indicar la presencia de componentes genéticamente modificados en el etiquetado de productos alimenticios sin que exista la reglamentación técnica adecuada para su cumplimiento [...] Como se puede apreciar en la propia narración de la SNI, la medida supuestamente incumplidora del Perú concernía particularmente a los agentes económicos que produzcan, empaquen, almacenen y comercialicen productos alimenticios que contengan componentes genéticamente modificados.

A diferencia de lo que ocurrió en el Proceso 114-AI-2004, la asociación demandante en esta causa representa, en todo caso, los intereses de un enorme y variopinto sector económico en el cual podrían o no estar involucrados los agentes económicos sujetos a la medida impugnada. Si bien entre los miembros de la SNI podrían haber varios agentes económicos sujetos a la medida impugnada, también contará con numerosos miembros que no estarán vinculados a la controversia de ninguna manera. En otras palabras, en la presente causa no existe simetría entre la medida supuestamente infractora, los agentes económicos supuestamente afectados por la medida y el ámbito de representación de la asociación demandante. [...]

En efecto, en el Proceso 114-AI-2004 se admitió la participación de la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, porque la totalidad de sus agremiadas (sino la mayoría), estaba siendo afectada por la medida impugnada. En consecuencia, el interés de la asociación era concreto y específico [...] En cambio, en este caso la SNI representa una enorme variedad de agentes industriales peruanos, entre los cuales algunos podrían estar siendo afectados por la medida impugnada y otros no. Por lo tanto, el interés de la sociedad es abstracto y difuso, insuficiente para subsumirse al criterio plasmado en la sentencia del Proceso 114-AI-2004.

Conforme a lo anterior, se observa que la SNI no tiene la capacidad inherente de representar judicialmente a sus asociadas presuntamente afectadas en este proceso<sup>44</sup>.

44 Proceso 03-AI-2023, párr. 3.1.29. y 3.1.36.

La jurisprudencia citada aporta un criterio adicional al que el TJCA llevaba aplicando al analizar demandas planteadas por entidades corporativas: el criterio de la simetría representacional. A la luz de este estándar, no basta con que la entidad demandante agremie personas naturales o jurídicas de la clase afectada por la medida impugnada, sino que debe verificarse una correlación de proporcionalidad entre: el alcance de la medida impugnada; el número de particulares presuntamente afectados; y, el ámbito de representación de la entidad corporativa que pretende representar a los particulares presuntamente afectados.

El criterio es perfectamente razonable. Imaginemos, por ejemplo, que en Bolivia se aprueba una ley que obliga a todas las empresas titulares de patentes en materiales especiales de construcción a otorgar una licencia gratuita a contratistas del Estado para la explotación de sus invenciones sin otra motivación aparente que incentivar la obra pública. Evidentemente, esta ley entraría en tensión con el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, lo que justificaría el planteamiento de una acción de incumplimiento. Si la demanda fuera planteada por una asociación de empresas titulares de patentes en materiales especiales de construcción, existiría simetría entre el alcance de la medida, el número de empresas perjudicadas y el ámbito de representación de la asociación; dicho de otro modo, la entidad corporativa representaría suficientemente al grupo de particulares directamente afectados por la conducta impugnada.

Pero no tendría mucho sentido que la acción de incumplimiento sea planteada por una sociedad boliviana de titulares de patentes (en general) o por el colegio nacional de constructores. En el primer caso, el universo de afiliados sería demasiado amplio, tanto que el interés de las empresas afectadas se evaporaría entre los cientos que podrían discutirse al interior de la sociedad. Incluso, si se esgrimiera el argumento del respaldo solidario de otros titulares de patentes a la protesta de las empresas afectadas, sería extraño que empresas farmacéuticas, corporaciones desarrolladoras de *hardware* o proveedores de telecomunicaciones participen como legitimados activos en una controversia en absoluto relacionada con ellos, sin mencionar que sería contrario al requisito de demostración de una afectación actual o potencial, inmediata, concreta, real y directa.

En el segundo caso, en cambio, podría generarse un serio conflicto de intereses. El colegio de constructores podría acoger, no solo a las empresas titulares de patentes en materiales especiales de construcción, sino también a otras que no sean titulares de patente alguna pero que sean contratistas del Estado. En efecto, el segundo grupo de empresas se beneficiaría enormemente de la concesión de una licencia gratuita sobre las invenciones de las empresas del primer grupo, por lo que seguramente guardaría silencio ante la adopción

de la ley impugnada o incluso la defendería. En el supuesto de que el colegio de constructores presentara una demanda en acción de incumplimiento, existe un altísimo riesgo de que, a mitad del proceso, su defensa técnica se vea obligada a desistir de la acción por presión interna de las empresas que se beneficien de la licencia gratuita. Pese a que ambos grupos empresariales podrían tener algún interés en esta acción, serían intereses contrapuestos; y su confluencia en una misma entidad corporativa (el colegio de constructores) anularía su capacidad representacional para el caso concreto.

El escenario hipotético descrito evidencia la importancia de que exista simetría entre los tres elementos previamente enumerados y demuestra que el criterio adoptado por el TJCA en su jurisprudencia reciente constituye un desarrollo lógico necesario de los parámetros que llevaba varios años empleando en el análisis de admisibilidad de demandas incoadas por entidades corporativas. Por otro lado, el estándar es consistente con la tendencia de la normativa comunitaria a limitar racionalmente la capacidad de particulares de impulsar acciones de incumplimiento por su propia cuenta, ya que, como se explicó en párrafos anteriores, este escenario es realmente excepcional.

Nótese además que, como en su jurisprudencia anterior, el TJCA no modificó ni añadió nada al contenido de la normativa comunitaria procesal. Simplemente amplió el análisis sobre cómo puede una entidad corporativa representar los intereses de particulares afectados y, al mismo tiempo, demostrar un interés concreto y específico para el impulso de la causa. En una palabra, el criterio jurídico de la simetría representacional constituye una orientación general para la correcta aplicación de la normativa procesal comunitaria andina existente.

#### **4.5. OTRAS FORMAS DE ACREDITAR LA REPRESENTATIVIDAD DE LA ENTIDAD CORPORATIVA**

El criterio de la simetría representacional constituye el mayor avance del TJCA en la materia discutida hasta la fecha, pero el tribunal fue cuidadoso en dejar algunas alternativas disponibles cuando el parámetro no puede cumplirse. En efecto, atendiendo al lenguaje específico empleado por la corte, se evidencia que el criterio de la simetría representacional es útil para evaluar la “capacidad inherente” de las entidades corporativas de representar judicialmente a sus asociadas. Sin embargo, una entidad corporativa puede adquirir “capacidad accesoria” para ejercer tal representación.

Al respecto, el TJCA manifestó lo siguiente:

Si una sociedad no contara con la capacidad inherente para representar judicialmente los intereses de sus asociadas en una acción de incumplimiento, según

los parámetros descritos en los párrafos anteriores, podría aun así reconocerse su legitimidad activa para participar en el proceso si tuviera la facultad estatutaria expresa de hacerlo o si contara con la procuración judicial correspondiente. En cualquiera de estos casos, por supuesto, actuaría como representante de terceros que, a su vez, tendrían que demostrar su propia legitimación activa.

En su escrito de regularización las demandantes afirmaron que el estatuto de la SNI le conferiría la capacidad de defender, promover y representar los intereses de sus asociados a nivel nacional e internacional. Ahora bien, revisado el estatuto aportado por las demandantes, se observa que, si bien la sociedad tiene entre sus funciones representar los intereses generales de los sectores industriales que conforman sus asociados, no cuenta con una función de representación judicial explícita. Es tan importante y técnicamente compleja la administración de una procuración judicial que no se la puede inferir mediante la interpretación extensiva de una cláusula de representación genérica, como la que se tiene en este caso. Por lo tanto, este Tribunal no considera que el Estatuto de la SNI le faculte para representar judicialmente a una parte de sus miembros, con el propósito de iniciar la presente acción de incumplimiento.

De la revisión del expediente procesal tampoco se identifica poder judicial alguno otorgado a la SNI por uno o más de sus asociados que estén siendo directamente afectados por el supuesto incumplimiento del Perú para que los represente judicialmente en la presente causa. Incluso si existiera, tendría que explicarse tal afectación. Por lo tanto, no se ha verificado capacidad suficiente de la SNI para representar judicialmente a sus asociados en este proceso.

[...]

Es menester enfatizar que, si la SNI pretende apersonarse en calidad de representante de sus asociadas en la presente causa, este Tribunal debe verificar la legitimidad activa de sus miembros; y eso incluye verificar, por ejemplo, que las asociadas cumplan los requisitos adicionales previstos en el artículo 49 del Estatuto del Tribunal<sup>45</sup>.

El criterio anterior salvaguarda la posibilidad de que personas naturales o jurídicas recurran de manera consciente e informada a entidades corporativas para ser representadas judicialmente por ellas. A diferencia de lo que ocurre con la “capacidad inherente” de representación, los particulares en este escenario otorgan un mandato expreso de representación a la entidad al someterse a sus estatutos o, de plano, cuando le otorgan una procuración judicial. Esta representación, por supuesto, de ninguna manera podría extenderse a terceros, incluso si pertenecen a la misma clase que los particulares que sí la otorgan.

Por un lado, el TJCA parece reconocer la representación judicial que emana expresamente de los estatutos de una entidad corporativa. Para que se otorgue este reconocimiento, como se vio en el proceso 03-AI-2023, no basta con una cláusula amplia y genérica de representación como la que podría tener cualquier lobby empresarial, sino que es indispensable una cláusula que explícitamente autorice a la entidad a representar judicialmente a sus

<sup>45</sup> Proceso 03-AI-2023, párr. 3.1.37. y 3.1.41.

agremiados. La razón por la que esto es necesario es porque así los asociados pueden saber de antemano si la entidad a la que se incorporan va a desempeñar eventualmente este tipo de funciones. Lo que se pretende evitar son sorpresas indeseables en medio de la tramitación de un proceso.

Por otro lado, el tribunal parece reconocer la representación judicial originada en una procuración judicial válida. A diferencia del mecanismo anterior, esta surtiría efectos en un proceso específico cuando un número concreto de particulares otorgue tal procuración a la entidad. Además, en el marco de este mecanismo no sería necesario que el particular esté asociado a la entidad, pues la procuración nacería de un contrato privado de mandato y no de un acto societario. Por su especificidad y claridad, la procuración judicial expresa es el mecanismo más seguro e incuestionable para que el TJCA reconozca la capacidad representacional de una entidad corporativa, aunque también sea la vía menos dinámica.

Sea cual sea el caso, es muy importante recordar que el tribunal de la Comunidad Andina se remite a la normativa interna de los países miembros sobre el otorgamiento de poderes, de manera que la defensa técnica de las partes en un proceso, en el que intervengan entidades corporativas, deberá ser cuidadosa en respetar tales lineamientos, los cuales podrían ser de tipo societario, contractual o notarial<sup>46</sup>.

Por último, es conveniente destacar lo que señaló el TJCA en el último párrafo de la cita anterior. En efecto, si una entidad corporativa comparece en ejercicio de facultades de representación judicial, ya sea por el contenido expreso de sus estatutos o por el otorgamiento de una procuración judicial, no queda por ello exento de demostrar la afectación actual o potencial, inmediata, concreta, real y directa de quien le haya otorgado ese poder.

## **5. APLICACIÓN DEL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 49 DEL ESTATUTO DEL TJCA EN EL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD DE UNA DEMANDA PLANTEADA POR UNA ENTIDAD CORPORATIVA**

Hasta este punto se ha analizado el marco teórico empleado por el TJCA para admitir la intervención de entidades corporativas en una acción de incumplimiento. Sin embargo, el estándar trazado se concreta en el cumplimiento del requisito previsto en el literal b) del artículo 49 del Estatuto del tribunal sobre la presentación de la demanda.

---

<sup>46</sup> Ver, artículo 41, Estatuto del TJCA.

Los requisitos generales de cualquier demanda presentada ante el TJCA se encuentran en los artículos 45, 46 y 47 de su Estatuto. Entre ellos, se indica que toda demanda debe ser suscrita por la parte actora y su abogado; identificar al demandante y al demandado; definir el objeto de la demanda; establecer los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; ofrecer las pruebas que deban ser practicadas; acreditar la existencia de la persona jurídica demandante; y certificar el poder del abogado de la demandante para intervenir en el proceso. No obstante, para la acción de incumplimiento se deben cumplir también los siguientes requisitos:

**Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento**

La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) La copia del dictamen motivado emitido por la Secretaría General. De ser el caso, la demostración de que han transcurrido más de setenta y cinco días desde la fecha de presentación del reclamo, y la manifestación de que la Secretaría General no ha emitido su dictamen;
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,**
- c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional (énfasis añadido)<sup>47</sup>.

Como puede observarse, es un requisito indispensable para presentar una acción de incumplimiento demostrar la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo. Esta regla también aplica cuando la demanda es presentada por una entidad corporativa, con la diferencia de que, además, se debe probar la capacidad representacional de la entidad.

Si se quiere probar capacidad inherente de representación, debe evidenciarse en el escrito de demanda y en las pruebas aportadas: (i) que la entidad agremia personas naturales o jurídicas de la clase afectada por la conducta impugnada; (ii) que tales personas sufren o podrían sufrir una afectación del tipo reconocido por el TJCA; y, (iii) que existe simetría representacional entre la medida impugnada, el número de particulares afectado y la capacidad de representación de la entidad corporativa demandante. La jurisprudencia del tribunal parece indicar que el estándar de análisis empleado en este caso obedece a la discreción y sana crítica del TJCA.

En cambio, si se quiere probar capacidad accesoria de representación, debe demostrarse con evidencia concreta que la entidad está autorizada para representar judicialmente a las personas naturales o jurídicas afectadas por la

<sup>47</sup> Artículo 49, Estatuto del TJCA.



medida impugnada. Para ello, la demanda debe contener: una copia del estatuto vigente de la entidad demandante, identificando una cláusula de representación judicial expresa; o, un poder judicial conferido por los particulares que deseen ser representados judicialmente por la entidad.

El estándar de análisis, en este caso, parece requerir evidencia clara y suficiente de las facultades de la entidad demandante. Si la entidad demandante cumple con los requisitos enumerados en los artículos 45, 46, 47 y 49 del Estatuto del TJCA, además de los aquí mencionados, es altamente posible que el tribunal admita a trámite su acción de incumplimiento.

## 6. CONCLUSIÓN

A lo largo de este estudio se explicó la importancia de la acción de incumplimiento del TJCA para garantizar la plena vigencia del ordenamiento comunitario andino en los países miembros de la Comunidad Andina. También se analizaron los presupuestos para que las personas naturales y jurídicas sean reconocidas como legitimados activos en tal procedimiento, haciendo énfasis en la jurisprudencia reciente del tribunal sobre la admisibilidad de acciones planteadas por entidades corporativas en representación de particulares afectados por el incumplimiento de los países miembros.

Fruto del desarrollo jurisprudencial del TJCA en la materia, actualmente existe un estándar abarcador; que, si bien no es irrestrictamente abierto, ha progresado con cautela hacia un diseño cada vez más flexible y consciente de la multiplicidad de actores que participan en el proceso de integración. Las entidades corporativas que impulsen acciones de incumplimiento deberán demostrar capacidad inherente de representación, cumpliendo el criterio de simetría representacional, o capacidad accesorio de representación, para lo cual deberán demostrar sus facultades expresamente definidas en sus estatutos o en una procuración judicial válida, según lo que establezca la regulación nacional aplicable vigente.

A manera de ejemplo, la capacidad inherente de representación podría ejercerse cuando un país miembro implemente una medida presuntamente contraria a la normativa comunitaria andina que afecte a un sector económico determinado (v.g. automotriz, textil, de servicios médicos) y el reclamo por incumplimiento lo plantee una sociedad integrada por agentes económicos de ese sector en particular. Por otro, la capacidad accesorio de representación podría ejercerse si la política del país miembro afecta a un sector específico del mercado y el reclamo por incumplimiento lo presenta una entidad corporativa que, aunque no agremia principalmente a particulares del sector económico afectado, cuenta con un poder especial, otorgado por agentes económicos de esa categoría, para entablar esa acción.

Si bien el parámetro antedicho ha sido verificado específicamente para el caso de la acción de incumplimiento andina, es consistente con la doctrina contemporánea y la legislación y jurisprudencia de otros países, de manera que podría alimentar un debate más general sobre la representatividad de las entidades corporativas. Por otro lado, no sería extraño que este estándar se amplíe en el futuro y el TJCA lo aplique en el estudio de acciones de nulidad. Solo el tiempo lo dirá.