

SERGIO SALINAS ALCEGA (ed.)



DESARROLLOS
JURISPRUDENCIALES
DE LOS TRIBUNALES
DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA Y
DE LA COMUNIDAD
ANDINA

Desarrollos jurisprudenciales de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y de la Comunidad Andina

SERGIO SALINAS ALCEGA (ED.)

**F. JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ, AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS,
ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ, ÉMMA ORTIZ ARGINIEGAS Y SERGIO
SALINAS ALCEGA**

Desarrollos jurisprudenciales de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y de la Comunidad Andina

DESARROLLOS jurisprudenciales de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y de la Comunidad Andina / Sergio Salinas Alcega (ed.) ; F. Jesús Carrera Hernández... [et al.]. — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019

132 p. ; 22 cm

ISBN 978-84-17655-92-9

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea—Jurisprudencia. 2. Tribunales internacionales—Jurisprudencia—Andes (Región)

SALINAS ALCEGA, Sergio

CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús

541.645.5(4-672UE)

341.645.5(84/86)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Sergio Salinas Alcega
© De la presente edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza
(Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social)
1.ª edición, 2019

Prensas de la Universidad de Zaragoza. Edificio de Ciencias Geológicas, c/ Pedro Cerbuna, 12
50009 Zaragoza, España. Tel.: 976 761 530. Fax: 976 761 065
puz@unizar.es <http://puz.unizar.es>

 Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

1

PRESENTACIÓN

El papel de los órganos de justicia en el contexto de los procesos de integración regional se revela como crucial con el objetivo de garantizar que dichos procesos se apoyan en el respeto de la norma. En ese sentido el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede considerarse como paradigmático a la vista de la relevancia del proceso de integración europea desde la perspectiva de su origen y profundidad. El proyecto que actualmente representa la Unión Europea se ha convertido en un referente de los que se desarrollan en otras partes del mundo. Eso no significa ni mucho menos que el modelo deba simplemente copiarse en ese traslado a otros marcos regionales sino que, con la debida adaptación de las circunstancias de cada caso, puede plantearse como un buen punto de partida para el desarrollo de esos otros procesos que se encuentran en fases más incipientes de su desarrollo.

Uno de esos supuestos es el que representa la Comunidad Andina, proceso que engloba a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos orígenes se retrotraen hasta finales de la década de los años sesenta y en cuyo seno funciona el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Quito, creado el 29 de mayo de 1974 y que comenzó a funcionar en 1984. La función de este Tribunal es similar a la que el Tribunal de Luxemburgo desarrolla en el marco del proceso de integración europea: interpretar y garantizar la aplicación de las normas de los respectivos Derechos de cada

uno de esos procesos, asegurando el cumplimiento de las obligaciones que de los mismos resultan para sus destinatarios.

El libro que se pone a disposición del lector intenta avanzar en el análisis de algunos de los instrumentos a través de los cuales ambos Tribunales desarrollan esa función, con el objetivo de intentar identificar elementos trasladables de uno a otro de esos procesos. Este libro es el resultado de un proyecto conjunto coordinado por las Universidades de Zaragoza y Nacional Autónoma de Bucaramanga (Colombia), y desarrollado durante dos años por profesores de ambas instituciones además de otros de las Universidades de La Rioja y Valladolid, y que llevaba por título *Desarrollos jurisprudenciales de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y de la Comunidad Andina: la cuestión prejudicial y la acción de incumplimiento*. Este proyecto es considerado por sus coordinadores como un primer paso, en el que la atención se centra en el análisis del recurso de incumplimiento y la cuestión prejudicial, y que se espera que tenga continuidad en otros proyectos con los que se complete el análisis de las herramientas de los Tribunales citados.

Esperamos que con ello se aporte desde la academia una visión que contribuya al reforzamiento de ambos órganos puesto que su éxito redundará en un desarrollo equilibrado de los respectivos procesos de integración de los que solo pueden resultar aportes positivos para los Estados participantes.

SERGIO SALINAS ALCEGA

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS

Facultad de Ciencias Políticas y Políticas

CEL UNAB

Zaragoza y Bucaramanga, 29 de octubre de 2018

EL LUGAR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA: PERFIL Y MECANISMOS DE FUNCIONAMIENTO

Sergio Salinas Alcega*

Universidad de Zaragoza

2.1. Introducción

La condición del Derecho como fundamento de la integración europea convierte al Tribunal de Justicia en una pieza central de dicho proceso, siendo la única de las Instituciones de la Unión Europea cuya función no aparece compartida con otras Instituciones. Mientras Consejo de la Unión, Comisión Europea y Parlamento Europeo ejercen conjuntamente las funciones legislativa y ejecutiva, añadiéndose en el caso de la segunda el papel de las Administraciones de los Estados miembros, el Tribunal representa el poder judicial,¹ asumiendo el control de legalidad de la actuación de los distintos sujetos destinatarios de las normas del Derecho de la Unión Europea.

Precisamente por esa circunstancia, el lugar del Tribunal de Justicia en el diseño institucional de la Unión Europea no se ha visto alterado de manera relevante desde el comienzo del proceso de integración con la creación

* Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales. <ssalinas@unizar.es>.

1 Tal como se establece en el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante «TUE»), que le asigna la tarea de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

de las Comunidades Europeas por medio de los Tratados de París y Roma en la década de los años cincuenta.² Ello no significa que el Tribunal no haya experimentado modificaciones relevantes en otros aspectos como su configuración, evolucionando como veremos a lo largo de nuestro análisis hacia una suerte de Administración de Justicia europea, o la extensión de su ámbito competencial, que igualmente se ha ampliado como consecuencia tanto del aumento del número de Estados miembros de la Unión Europa como de la aparición de nuevos sectores de actividad en los que se ha producido una cesión del ejercicio de competencias por parte de los Estados miembros. De hecho, en este mismo momento el Tribunal se encuentra en el marco de un proceso de reforma que se prolongará hasta el fin de la presente década, tal como se irá detallando posteriormente.

En sentido estricto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es un tribunal internacional, naturaleza que comparte con órganos jurisdiccionales como la Corte Internacional de Justicia o los tribunales regionales de derechos humanos (Tribunal de Estrasburgo y Corte de San José) entre otros. Sin embargo, su condición de Institución que desarrolla su función judicial en el marco del proceso de integración internacional más desarrollado hasta el momento le proporciona ciertas diferencias. Una de ellas, particularmente relevante, es la que se refiere a su jurisdicción. En este punto el Tribunal de Justicia se aparta del modelo tradicional, por lo que es descrito como un órgano judicial internacional de jurisdicción obligatoria si bien esta afirmación debe ser matizada. En cualquier caso es cierto que no se sigue el modelo tradicional, representado por la Corte de La Haya, en el que la jurisdicción es voluntaria, de forma que el tribunal internacional solo puede conocer de controversias, previa aceptación de los Estados concernidos.³ Frente a ese esquema en el marco de la Unión

2 El Tratado de París de 18 de abril de 1951, por el que se creaba la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, entraba en vigor el 23 de julio de 1952 dejando de estar en vigor el 23 de julio de 2002. Por su parte los Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957 creaban la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, entrando en vigor el 1 de enero de 1958.

3 Así se señala en el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en donde se afirma que: «Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte [...].».

Europea sus Estados miembros no pueden negarse a aceptar que el Tribunal de Luxemburgo conozca de controversias que les conciernen en relación con los Tratados. Sin embargo, ello en realidad no es tanto porque el Tribunal de Luxemburgo tenga jurisdicción obligatoria *stricto sensu*, sino porque el carácter exclusivo de su competencia para conocer acerca del Derecho de la Unión Europea ha sido plenamente aceptado por esos mismos Estados al incorporarse a la Unión a través de la firma de los Tratados, encontrándose tras el Tratado de Lisboa esa referencia en el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante «*TFUE*»), conforme al cual

Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.⁴

Una segunda peculiaridad es que en la práctica las funciones que desempeña el Tribunal de Justicia lo sitúan a medio camino entre las propias de los tribunales internacionales y las que corresponde a los tribunales internos, en algún caso incluso cercanas a las funciones propias de los Tribunales constitucionales nacionales. En efecto, en una primera aproximación el Tribunal de Justicia se ajustaría a las funciones propias de un tribunal internacional dado que su objetivo sería exigir a los Estados parte de un tratado el cumplimiento de las obligaciones que para ellos resultan del mismo. Pero en la práctica el papel del Tribunal de Luxemburgo va mucho más allá, desempeñando funciones que recuerdan a las propias de una jurisdicción contencioso-administrativa, al conocer de las demandas presentadas por los destinatarios de las normas frente a las Instituciones, o incluso a las de un tribunal constitucional, resolviendo conflictos de competencias entre las distintas Instituciones.

El potencial que resulta de su abanico de competencias en cuanto a la influencia en el desarrollo del proceso de integración ha sido materiali-

⁴ Ese mecanismo no es exclusivo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sino que puede encontrarse también en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por medio de la renuncia de los Estados parte, incluida en el artículo 55 del Convenio europeo de derechos humanos, a acudir a cualquier otro medio de arreglo para resolver cualquier diferencia relativa a la interpretación o aplicación del citado Convenio.

zado en la práctica por el Tribunal, cuya contribución a la creación del ordenamiento jurídico propio de dicho proceso es capital. Una simple muestra de ese protagonismo sería la identificación por medio de su jurisprudencia de los principios de primacía y efecto directo⁵ o del de responsabilidad de los Estados por incumplimiento de las normas del Derecho de la integración⁶ e igualmente podía argumentarse como demostración de ese protagonismo la puesta en marcha del mecanismo de protección de derechos fundamentales en el marco de la Unión, a través de un sistema *pretoriano*, con el que el propio Tribunal colmaba los vacíos de los Tratados que reflejaban una vertiente economicista, al menos en principio, propia de un proceso acorde con la filosofía funcionalista de los Padres fundadores.

Todo ello convierte el estudio del Tribunal de Justicia en un elemento central para una adecuada comprensión del funcionamiento de la Unión Europea desde una perspectiva fundamental como es la jurídica. El objetivo de esta parte es precisamente la presentación, a grandes rasgos, de los rasgos principales de esta Institución, su perfil y sus mecanismos de funcionamiento, así como una exposición sucinta de las principales herramientas a través de las que desempeña la función que le ha sido asignada. El estudio del Tribunal de Justicia será completado más tarde por los profesores Francisco José Carrera y Enrique Jesús Martínez, que se centrarán en dos de los recursos que, tanto cuantitativa como cualitativamente, se configuran como herramientas principales del Tribunal y que serán, respectivamente, el recurso por incumplimiento con el que se controla el respeto por los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en el marco del Derecho de la Unión Europea y la cuestión prejudicial, instrumento con el que se garantiza la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión por los Jueces de todos los Estados miembros.

5 Puede citarse a este respecto como pronunciamientos señeros las sentencias de 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos*, as. 26/62, y de 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, as. 6/64.

6 Como en el caso anterior deben citarse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, as. ac. C-6/90 y C-9/90, y de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, as. ac. 46/93 y C-48/93.

2.2. Perfil del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En este segundo apartado prestaremos atención a la configuración del Tribunal de Justicia, lo que incluye desde un análisis, aunque sea somero, de su evolución hasta su composición y los recursos tanto humanos como procesales con los que desempeña su función jurisdiccional.

2.2.1. El proceso de crecimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La evolución del Tribunal viene marcada prácticamente desde su origen por un proceso de reforzamiento de su posición mediante la ampliación tanto de las instancias que lo conforman como de su ámbito competencial. A continuación analizaremos cada uno de esos dos planos.

A. Hacia la conformación de una Administración de Justicia europea

El primer aspecto al que debe hacerse necesariamente referencia en este dibujo del perfil del Tribunal de Justicia es el relativo a su crecimiento orgánico, que le ha llevado a pasar de un único órgano, con ocasión del Tratado por el que se creaba la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en 1951, a una diversificación de órganos en la actualidad. Ello no obsta que deba advertirse que desde el principio el Tribunal de Justicia comparte esa función de aplicación del Derecho de la Unión con los tribunales nacionales que se configuran como Jueces de Derecho de la Unión, encargados de la aplicación de las normas de este ordenamiento; siendo además la primera instancia en la que se dirime el principio de primacía a través de su obligación de no aplicar las disposiciones de sus respectivos ordenamientos nacionales contrarias a una disposición normativa de la Unión Europea. Por otra parte si bien con el tiempo se ha ido avanzando hacia la creación de diversas instancias o niveles en el contexto de esa Administración de Justicia europea, llegándose a tres en la práctica tal como se verá a continuación, recientemente ese proceso expansivo parece haber experimentado un cambio de tendencia.

Por lo que respecta a la aparición de sucesivas instancias es obligado comenzar por apuntar que la misma se produce por la necesidad de abordar, de manera razonable en una instancia encargada de impartir justicia,

el notable incremento de la carga de trabajo lo que en principio podría considerarse como una demostración del éxito tanto del proceso de integración europea *in toto* como del Tribunal en sentido específico, pero que en último término puede conducir al Tribunal al fracaso en el desempeño adecuado de su función jurisdiccional. El primer paso se refleja en el Acta Única Europea, primera revisión general de los Tratados originarios firmada los días 17 y 26 de febrero de 1986, que incluía en el artículo 168A del Tratado de la Comunidad Económica Europea la posibilidad de agregar al Tribunal de Justicia un nuevo órgano jurisdiccional. Esa posibilidad no tardó mucho tiempo en hacerse efectiva y en octubre de 1988, mediante Decisión del Consejo,⁷ se creaba el Tribunal de Primera Instancia que comenzaba a funcionar de manera efectiva en 1989. El objetivo era mejorar la capacidad de respuesta del Tribunal de Justicia mediante la detacción de su carga de trabajo de los recursos de los funcionarios y agentes de las Comunidades Europeas, cuyo conocimiento se asignaba a la nueva instancia en aquel momento constituida.

La aparición del Tribunal de Primera Instancia conllevó un alivio más bien temporal y el incremento de la carga de trabajo condujo a un nuevo paso en la vía de la creación de nuevas instancias. El artículo 225A del Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, agregaba la posibilidad de crear Salas jurisdiccionales, encargadas de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos en materias específicas, siendo la primera de ellas en constituirse, mediante Decisión del Consejo de 2004,⁸ el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, que pasaba a asumir los recursos de funcionarios y agentes de la Unión Europea que antes correspondían al Tribunal de Primera Instancia, que a su vez descargaba al Tribunal de Justicia de parte de su carga de trabajo asumiendo ciertas categorías de recursos como veremos más tarde.

El resultado de lo dicho hasta ahora dibuja una Administración de Justicia con tres niveles y con la posibilidad de recurso de casación plantea-

7 Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988 (*Diario Oficial* n.º L 319, de 259 de noviembre de 1988).

8 Decisión 2004/752/CE, Euroatom, del Consejo de 2 de noviembre de 2004, por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*Diario Oficial* n.º L 333, de 9 de noviembre).

do ante la instancia superior frente a las decisiones de cada nivel. Ese escenario de tres niveles o instancias sigue existiendo tras el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entraba en vigor el 1 de diciembre de 2009, contemplándose en el artículo 257 del TFUE la posibilidad de creación de Salas jurisdiccionales, si bien se sustituye esa denominación por la de tribunales especializados. Sin embargo, tras la desaparición del Tribunal de la Función Pública, a la que se aludirá más tarde, los tres niveles se han reducido, al menos provisionalmente, a dos: el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, cuya denominación tras el Tratado de Lisboa es la de Tribunal General.

B. La ampliación del ámbito de competencia del Tribunal de Justicia

El proceso de crecimiento del Tribunal de Justicia no se limita a la aparición de nuevas instancias incluidas en la Administración de Justicia europea sino que incluye también otros planos. Uno de los principales vectores de expansión es el que se refiere a su ámbito competencial, que ha experimentado un crecimiento importante tanto en el plano geográfico como en el sustantivo o material. El crecimiento en el primer plano no exige una explicación demasiado detenida puesto que se produce como consecuencia de los sucesivos procesos de ampliación de las Comunidades Europeas y luego Unión Europea, pasando de los seis Estados miembros originales (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos) hasta los veintiocho en la actualidad.⁹ La ampliación en sentido material sí que merece que nos detengamos algo más en ella. Un primer factor que explica ese incremento de ámbitos de acción sobre los que se proyecta la competencia de las Instituciones es la aparición de nuevas políticas en el marco de las diversas revisiones de los Tratados constitutivos, pudiendo citar a modo de ejemplo la puesta en marcha de la política de protección de los consumidores o la política medioambiental con ocasión del Acta

9 La posible materialización del *Brexit* supondría por vez primera una reversión del proceso de ampliación de la Unión, si bien debe señalarse que cinco Estados tienen en este momento la condición de candidatos a la adhesión (Albania, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Serbia y Turquía) y otros dos la de candidatos potenciales, que podrían pasar a la condición de candidatos una vez que cumplan los requisitos de entrada en la Unión Europea (Bosnia-Herzegovina y Kosovo).

Única Europea o la Política de cooperación al desarrollo en el marco del Tratado de Maastricht.

Un ejemplo particular de esa ampliación competencial se produce precisamente respecto de unos sectores de actividad de la Unión creados por el Tratado de Maastricht y que si bien en aquel momento no estaban incluidos en el ámbito de competencia del Tribunal, posteriormente sí lo estarían. En efecto el citado Tratado de Maastricht alumbraba una Unión Europea concebida como una suerte de caja en cuyo interior se introducía lo ya existente con anterioridad, es decir el proceso de integración representado por las Comunidades Europeas con sus respectivos Tratados, y dos sectores nuevos que se apartaban del modelo integrador para ajustarse a mecanismos más propios de la cooperación intergubernamental. Se trataba de lo que en un primer momento se identificaba como Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante «PESC») y Asuntos de Justicia e Interior (en adelante «AJI»), que se introducían como Segundo y Tercer Pilar del Tratado de la Unión Europea (en adelante «TUE»), siendo el Primer Pilar los ámbitos de acción sobre los que se proyectaba el método integrador y en los que el Tribunal de Justicia ejercía su competencia para la garantía de la interpretación y aplicación de las normas propias de ese Pilar.

El caso es que respecto de esos sectores, al menos del segundo de ellos como veremos, se ha producido un proceso de *comunitarización*, entendido como una sustitución de los métodos de cooperación intergubernamental por los propios del método integrador, entre ellos y de manera muy particular su sumisión al control judicial por el Tribunal de Justicia, que culminaba con el Tratado de Lisboa que venía a poner fin a esa estructura de Pilares. Sin embargo, en realidad esa afirmación es tan solo parcialmente exacta puesto que respecto de la PESC la desaparición del Segundo Pilar fue más formal que real, manteniéndose en ese ámbito las reglas y procedimientos particulares propios de un ámbito de cooperación intergubernamental. De hecho, tal como se establece expresamente en los artículos 24.2 del TUE y 275 del TFUE, se trata del único ámbito de actividad de la Unión Europea al que no se extiende, al menos como principio, la competencia del Tribunal de Justicia. Ello no obsta que el apartado 2.º del citado artículo 275 del TFUE establezca dos supuestos excepcionales en los que sí se contempla la competencia del Tribunal de Luxemburgo. Ese artículo viene a señalar que

[...] el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

La primera excepción no es en realidad una atribución de competencia al Tribunal en el ámbito PESC sino más bien el reconocimiento de su capacidad para dilucidar si una cuestión debe considerarse como perteneciente a ese ámbito o debe entrar en el marco del proceso integrador. En definitiva esa referencia alude a la competencia del Tribunal para garantizar que no se produce una utilización del método intergubernamental para la adopción de decisiones que en función del reparto de competencias entre ambos modelos establecido en los Tratados debería hacerse conforme al método integrador. Un ejemplo del ejercicio de esa función por el Tribunal de Justicia en relación con la garantía de separación de obligaciones resultantes del método integrador y de la PESC es su sentencia de 24 de junio de 2014, que resuelve un recurso de anulación de la Comisión frente a la Decisión 2011/640/PESC del Consejo.¹⁰ El Parlamento Europeo esgrimía que el que el Acuerdo al que aludía esa Decisión se refiriese exclusivamente al ámbito de la PESC no invalidaba la obligación del Consejo, contemplada en el artículo 218.6 del TFUE, de informar al Parlamento Europeo de la decisión de celebración de un Acuerdo internacional, ello a pesar de que el citado artículo añade: «[...] con excepción de los acuerdos que se refieran exclusivamente a la [PESC]». A pesar de esta referencia el Tribunal argumentaba el alcance general de lo recogido en ese artículo, que debe aplicarse, en principio, a todos los Acuerdos internacionales negociados y celebrados por la Unión en todos los ámbitos de actuación de esta, incluida la PESC.¹¹

10 Decisión 2011/640/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2011, relativa a la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega, por la fuerza naval dirigida por la Unión Europea a la República de Mauricio, de sospechosos de piratería y de los bienes incautados relacionados, y sobre las condiciones de trato de tales sospechosos después de su entrega (*Diario Oficial* n.º L 254, de 30 de septiembre).

11 Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2014, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*, as. C-658/11, especialmente par. 52 y 72.

La segunda excepción sí que puede entenderse como el reconocimiento al Tribunal de una cierta capacidad de intromisión en el ámbito de la PESC, al referirse a su competencia para conocer de recursos de anulación contra decisiones del Consejo que establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas,¹² que ha cobrado un fuerte protagonismo en el contexto de la reacción internacional contra el terrorismo a partir del 11 de septiembre de 2001, en concreto mediante la utilización de las *Smart-sanctions* y su traslación al Derecho de la Unión, y en especial a su compatibilización con el respeto de los derechos fundamentales existente en este marco, cuestión en la que el Tribunal de Justicia ha jugado un papel muy relevante pudiendo citar como ejemplo su pronunciamiento en el asunto *Kadi*.¹³

A diferencia de la situación existente en relación con la PESC, la desaparición de esa estructura de Pilares es completa en el ámbito de los AJI, en la actualidad denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, sometido plenamente al control del Tribunal de Justicia,¹⁴ con una única excepción. En efecto, tal como se recoge en el artículo 276 del TFUE, este

No será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.

12 La cuestión era concretada por el propio Tribunal mediante sentencia de 28 de marzo de 2017, *PJSC Rosneft Oil Company contra Her Majesty's Treasury y otros*, as. C-72/15, que respondía a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales respecto de la validez de varias disposiciones del Consejo relativas a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania. En esa ocasión el Tribunal aprovechaba para recordar su jurisprudencia relativa a la naturaleza de ese tipo de medidas restrictivas, afirmando que: «[...] se asemejan tanto a los actos de alcance general, en la medida en que prohíben a una categoría general y abstracta de destinatarios poner recursos económicos a disposición de entidades cuyos nombres figuran en sus anexos, como a decisiones individuales adoptadas frente a tales entidades».

13 Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013, *Comisión Europea y otros contra Yassin Abdullah Kadi*, as. ac. C-584/10 P, 593/10 P y 595/10 P.

14 Este ámbito, que se regula en los artículos 67 a 89 del TFUE, incluye la política de la Unión en materia de control de fronteras, asilo e inmigración así como la cooperación judicial en materia civil y penal y la cooperación policial.

La conclusión es por tanto que el Tribunal de Justicia presenta un amplio ámbito material de competencia que, más allá de la excepción que se acaba de señalar, únicamente tiene a las decisiones adoptadas en el marco de la PESC como actuación de la Unión Europea fuera de su función de garantía de la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión. Y aun en este ámbito, en el que la exclusión de la competencia del Tribunal no deja de tener una cierta lógica dada la naturaleza intergubernamental que todavía presenta la cooperación entre los Estados miembros, la segunda de las habilitaciones reconocidas en el artículo 275 del TFUE permite al Tribunal garantizar que cualquier decisión en este plano PESC respeta los estándares de protección de los derechos fundamentales establecidos en el marco de la Unión.

2.2.2. La condición de Juez, y Abogado General, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Otro aspecto de capital importancia de cara al estudio de la forma en la que el Tribunal desarrolla su función es el que se refiere a los factores presentes en la configuración del estatuto de sus miembros. A continuación abordaremos, aunque sea de forma somera, la composición del Tribunal de Justicia tanto en lo que respecta a la cualificación exigida a los Jueces como a su procedimiento de designación, pero prestando también atención a otros actores muy relevantes en el funcionamiento de esta Institución como son los Abogados Generales. Para ello, estudiaremos de manera separada esta cuestión respecto a cada una de las instancias actualmente existentes centrándonos primero en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pasar con posterioridad al Tribunal General.

En lo que respecta al Tribunal de Justicia debemos comenzar por mencionar el principio de un Juez por Estado miembro, presente desde el comienzo y que en la actualidad se establece de manera expresa en el apartado 2.º del artículo 19 del TUE. Este principio se ha intentado conciliar con la imparcialidad del Tribunal a través del argumento de la necesidad de que en el marco de esta Institución se tenga un adecuado conocimiento de los

ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.¹⁵ De hecho esa imparcialidad e independencia se consagra de manera expresa en el citado artículo 19.2 del TUE así como en el artículo 253 del TFUE, en el contexto del procedimiento de designación de los Jueces del Tribunal, señalándose que estos serán

[...] elegidos entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean juríscultos de reconocida competencia.

La imparcialidad e independencia de los miembros del Tribunal, reflejada también en el artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia, se reforza mediante un régimen de incompatibilidades contemplado en el artículo 4 del Estatuto, que les impide asumir cualquier función política o administrativa o cualquier actividad profesional, remunerada o no, con el objeto de que no pueda interferir en modo alguno con el desempeño de su función de Juez, si bien en el caso de actividad profesional se contempla una posibilidad excepcional de autorización por el Consejo. Desde otro punto de vista esa independencia se garantiza con un régimen de privilegios, al que se refiere el artículo 3 del Estatuto, que incluye su inmunidad de jurisdicción absoluta durante su mandato, que se extiende a actos oficiales tras la terminación de este. De hecho los Jueces del Tribunal de Justicia únicamente deben rendir cuentas ante el propio Tribunal, señalándose que tan solo el Pleno de este puede levantar la inmunidad antes apuntada o cesar, por decisión unánime, a uno de sus miembros.

15 Ese principio únicamente se ha visto alterado de manera temporal en aquellos casos en los que el número par de Estados miembros exigía una modificación para conseguir que el funcionamiento del Pleno contase con un número impar de Jueces que hiciese imposible un empate en las deliberaciones. A ello ha de añadirse el caso de la única Sala jurisdiccional establecida hasta el momento y, como ya se apuntó, desaparecida, el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, en el que se rompía ese principio de un Juez por Estado miembro al establecerse, conforme al artículo 2 del Anexo de la Decisión de creación de este órgano, que estaría formado por siete Jueces. No obstante, se intentaba garantizar una cierta distribución regional de los Jueces que conformaban ese Tribunal al señalar en el artículo 3.1 del mismo Anexo que: «[...] Al designar a los jueces, el Consejo cuidará que la composición del Tribunal sea equilibrada, atendiendo a una base geográfica lo más amplia posible entre los nacionales de los Estados miembros y en lo que se refiere a los sistemas jurídicos nacionales representados».

Los artículos 19.2 del TUE y 253 del TFUE establecen el procedimiento a seguir para la designación de los Jueces del Tribunal, si bien el Tratado de Lisboa ha venido a incluir una novedad relevante. Así, los Jueces siguen designándose de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros, pero ahora se introduce una exigencia adicional mediante la creación en el artículo 255 del TFUE de un comité encargado de juzgar la idoneidad de los candidatos propuestos por cada Estado antes de su designación. Este sistema de examen previo ya existe en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien en este caso tiene un carácter más político puesto que es realizado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, aunque también se lleva a cabo un examen técnico previo destinado a asesorar a los Gobiernos en relación con la terna de candidatos que se someterán a la elección por la Asamblea Parlamentaria.¹⁶ En el caso del Tribunal de Luxemburgo este examen previo, cuya superación resulta imprescindible para la designación posterior de los Jueces y Abogados Generales por acuerdo de los Gobiernos de los Estados miembros, tiene una naturaleza meramente técnica y corresponde como ya se ha dicho a un comité que, de conformidad con lo recogido en el artículo 255.2 del TFUE, está compuesto por

[...] siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo.¹⁷

Los Jueces elegidos por ese procedimiento son designados por un mandato de seis años renovables, procediéndose a la renovación de los

16 El procedimiento de designación de los Jueces del Tribunal de Estrasburgo señala que antes de la votación por la Asamblea Parlamentaria, un comité de sus miembros con experiencia jurídica entrevistará a los candidatos, incluyendo su currículum, recomendando su inclusión, o no, en la lista sometida a posterior votación por la Asamblea Parlamentaria. Este comité lleva a cabo una suerte de identificación, no vinculante, de los candidatos más adecuados, si bien en caso de considerar que los candidatos no están debidamente cualificados puede obligar a los Estados a presentar una nueva lista. Véase al respecto <<http://website-pace.net/web/as-cdh/main;jsessionid=2D96F8B3CEECFC6CFD3C832F516F8F79>>.

17 El mandato que ese artículo 255.2 TFUE daba al Consejo para establecer las normas de designación de los miembros del Comité así como su composición se hacía efectivo mediante la Decisión 2010/124/UE, de 25 de febrero de 2010 (*Diario Oficial* n.º L 50, de 27 de febrero de 2010).

mismos de forma parcial, cada tres años, intentando garantizar una adecuada continuidad en la jurisprudencia del Tribunal. Los Jueces eligen de entre ellos al Presidente del Tribunal que desempeñará esa función por un periodo de tres años, renovable. La figura del Presidente adquiere relevancia especialmente en el plano procesal, como veremos más tarde al describir el procedimiento a seguir ante el Tribunal, a ello se añaden funciones de dirección de los servicios y de presidencia de vistas y deliberaciones.

Junto a los Jueces corresponde un papel importante a los Abogados Generales que comparten con los primeros no solo su condición de miembros del Tribunal de Justicia sino un buen número de previsiones como las relativas a las condiciones de entrada o el procedimiento de designación, debiendo someterse igualmente, como ya se ha apuntado, al examen del comité técnico del artículo 255 TFUE. En un principio la labor que, conforme a los artículos 19.2 del TUE y 252.1 del TFUE, corresponde a los Abogados Generales es la de *asistir* a los Jueces. Esa mención genérica es concretada en el segundo apartado del artículo 252 del TFUE, en el que se señala que la función de los Abogados Generales es la de presentar conclusiones motivadas sobre los asuntos que requieran su intervención. En un primer momento la existencia de Conclusiones del Abogado General se extendía a cualquier asunto que llegase al Tribunal de Justicia; el incremento de la carga de trabajo condujo a la reducción de los asuntos en relación con los que debe existir Conclusión del Abogado General, que en la actualidad se limitan a aquellos en los que se plantee una cuestión de Derecho nueva.¹⁸ Esas Conclusiones, que consisten en una propuesta de solución del litigio, comprendiendo tanto el análisis de los hechos como de los fundamentos de Derecho pertinentes al caso y una sugerencia de fallo, carecen de vinculatoriedad alguna para los Jueces y no producen ningún tipo de efecto para las partes en el litigio, pero suponen una ayuda para el trabajo del Tribunal, que no aborda el asunto desde cero sino que cuenta con el examen previo llevado a cabo por el Abogado General.

El Tratado de Lisboa, en el artículo 252 del TFUE, sigue fijando en ocho el número de Abogados Generales, ya establecido con anterioridad, si bien

18 En ese sentido el apartado 5.º del artículo 20 del Estatuto del Tribunal establece que: «Si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del Abogado General».

incorpora la posibilidad de aumentar ese número por Decisión del Consejo por unanimidad. Esos ocho Abogados Generales se repartían en dos categorías, asignando uno con carácter permanente a cada uno de los Estados más poblados de la Unión (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) y atribuyéndose los otros tres por turno rotatorio entre los demás Estados miembros. La posibilidad de incremento del número de Abogados Generales se hacía realidad mediante la Decisión 2013/336/UE,¹⁹ por la que se pasaba a nueve Abogados Generales, asignando a Polonia un puesto permanente, a partir del 1 de julio de 2013, y más tarde, a partir del 7 de octubre de 2015, a once Abogados Generales mediante la extensión de tres a cinco del número de puestos que entran en el procedimiento rotatorio de asignación de los Estados miembros que carecen de Abogado General con carácter permanente.

Por lo que respecta al Tribunal General debe señalarse igualmente el juego del principio de un Juez por Estado miembro ya apuntado en relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien en este caso con particularidades ya que en un primer momento se establecía de forma implícita. Así, el artículo 254 del TFUE señala que el número de Jueces del Tribunal General sería establecido por el Estatuto del Tribunal de Justicia y este, en su artículo 48, fijaba ese número en veintiocho, es decir un Juez por Estado miembro. Esa situación cambiaría de forma clara a partir del proceso de reforma iniciado en 2015 para intentar atajar el problema ya comentado de sobrecarga de trabajo.²⁰ Ese proceso, articulado a través del Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422,²¹ afronta ese problema desde una aproximación distinta a la seguida hasta entonces consistente como ya se ha apuntado en la creación de nuevas instancias; en lugar de eso se elimina

19 Decisión 2013/336/UE, de 25 de junio de 2013, por la que se aumenta el número de Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Diario Oficial* n.º L 179, de 29 de junio de 2013).

20 Para poner cifras que permitan hacerse una idea de la carga de trabajo de ambos Tribunales puede señalarse que en 2016 se presentaron un total de 1604 asuntos y se resolvieron 1628, y que la duración media de procedimiento en ese año era de 17,7 meses en el Tribunal de Justicia y 18,7 en el caso del Tribunal General. Court of Justice of the European Union (2017), *Annual Report 2016. The Year in Review*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, p. 15.

21 Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifica el Protocolo n.º 3 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Diario Oficial* n.º L 341, de 24 de diciembre de 2015).

el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea trasladando, tal como se señala en su Considerando 9.º, la tarea al Tribunal General. En contraprestación se establece un proceso concebido en tres fases que deberá conducir a un número total de Jueces del Tribunal General de cincuenta y seis, dos propuestos por cada Estado miembro. En ese sentido el artículo 1 del citado Reglamento concreta esas fases apuntando que el número de Jueces pasará a cuarenta, es decir doce nuevos Jueces, el 25 de diciembre de 2015, ascendiendo a cuarenta y siete a partir del 1 de septiembre de 2016 y llegando a dos Jueces por Estado miembro a partir del 1 de septiembre de 2019. En cualquier caso ese proceso de reforma no parece darse por cerrado puesto que tal como señala el artículo 3 del Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422, el Tribunal de Justicia enviará al Parlamento Europeo y al Consejo un Informe relativo a la eficacia del Tribunal General, concretamente a la utilidad de ese incremento del número de Jueces y a la posibilidad de adoptar otras medidas estructurales como la creación de salas especializadas.

El Tribunal General comparte con el Tribunal de Justicia el procedimiento de designación de los Jueces, incluyendo lo relativo al examen previo por el comité técnico previsto en el artículo 255 del TFUE e igualmente su mandato es de seis años renovables, sometidos a procesos de renovación parcial cada tres años. La diferencia principal en lo que atañe a la composición de ambos Tribunales, más allá del número de Jueces que resulta de lo que se acaba de apuntar respecto del Tribunal General, es la presencia de Abogados Generales. Así el artículo 19.2 del TUE señala la existencia de Jueces y Abogados Generales para el Tribunal de Justicia pero solo de Jueces para el Tribunal General. Esta diferencia se matiza en el artículo 254 del TFUE, que abre la posibilidad de que el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión disponga que el Tribunal General esté asistido por Abogados Generales. Por el momento el Estatuto del Tribunal no ha hecho uso de esa posibilidad sino que, según se señala en su artículo 49, se prevé que esa función de Abogado General puede ser desempeñada por uno de sus Jueces, que como en el caso de los Abogados Generales en el Tribunal de Justicia, presentará Conclusiones motivadas sobre los asuntos que corresponda, quedando como es lógico inhabilitado para intervenir como Juez posteriormente en relación con ese mismo asunto.

2.3. Funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Una vez descrito el perfil del Tribunal de Justicia, que permite percibir elementos diferenciadores respecto de otros tribunales internacionales como la competencia *obligatoria*, pasamos ahora a describir los aspectos principales de su mecanismo de funcionamiento, para lo cual abordaremos en primer lugar las dos dimensiones de su función: consultiva y contenciosa, prestando atención en este caso al sistema de recursos que luego será desarrollado en lo que respecta al recurso por incumplimiento y la cuestión prejudicial en capítulos específicos. Este capítulo se cerrará con el estudio de los principios y elementos esenciales del procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia.

A. El ejercicio por el Tribunal de Justicia de sus funciones consultiva y contenciosa

La función principal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es, conforme a su naturaleza jurisdiccional, la relativa a la resolución mediante sentencia de las controversias que le son planteadas por los distintos legitimados. Sin embargo, con ello no se agotan sus funciones en el esquema de funcionamiento institucional de la Unión Europea. El Tribunal asume otra función relevante, que se reproduce en otros tribunales internacionales como la propia Corte de La Haya, conforme al artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, como es la de naturaleza consultiva. En el caso del Tribunal de Luxemburgo esa función consultiva se enmarca en el proceso de celebración de Acuerdos internacionales por la Unión en el que, tal y como se recoge en el artículo 218.11 del TFUE se reserva al Tribunal, como no podía ser de otra manera en un sistema de Derecho, el control último de legalidad de cualquier Acuerdo internacional con los Tratados.

Esa función de control no se ejerce por propia iniciativa del Tribunal sino que debe ser instada por los legitimados, que conforme al citado artículo 218.11 son los Estados miembros y las Instituciones que intervienen en el proceso de celebración de Acuerdos internacionales por la Unión Europea (Consejo, Comisión y Parlamento). De esa manera, el Tribunal desempeña una labor de control de legalidad tanto formal como material, garantizando no solo el respeto del equilibrio institucional en relación con

el papel que corresponde a cada una de esas Instituciones sino también que el contenido del Acuerdo corresponda con lo recogido en los Tratados, no entrando de manera indebida, por ejemplo, en materias cuya competencia no ha sido atribuida a la Unión Europea.

La función que corresponde al Tribunal en este ámbito destaca por dos rasgos principales: su carácter previo y la vinculatoriedad de su pronunciamiento. De ambos rasgos resulta una intervención efectiva del Tribunal en el sentido de que su disconformidad respecto a la compatibilidad del texto objeto de negociación con los Tratados debe conducir a la no conclusión de aquél, tal como se recoge expresamente en el citado artículo 218.11 del TFUE *in fine* al señalar que,

En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de este o revisión de los Tratados.

El papel del Tribunal en este proceso y su contribución a la acción exterior de la Unión Europea en el ámbito convencional están lejos de ser irrelevantes, con pronunciamientos que podrían calificarse como impactantes. Baste como ejemplo los dos Dictámenes adoptados en sentido negativo por el Tribunal de Luxemburgo respecto a la adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950,²² que por el momento han impedido el cumplimiento del mandato que se recoge en el artículo 6.2 del TUE.²³ Debe añadirse en el contexto de esta función de control de legalidad de los Acuerdos concluidos por la Unión Europea que desarrolla el Tribunal, que este control *a priori* se complementa con otro control *a posteriori* que puede ejercerse a través del sistema de recursos, especialmente mediante el recurso de anulación.

En cualquier caso, como se señalaba anteriormente, la función principal del Tribunal de Luxemburgo es la contenciosa que se desarrolla a través de un sistema de recursos con los que se garantiza el control jurisdiccional

22 Dictámenes 2/94, de 28 de marzo de 1996, y 2/13, de 18 de diciembre de 2014.

23 Este artículo establece que: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

del cumplimiento por los diversos destinatarios de las obligaciones que resultan de los Tratados. Precisamente, esa diversidad de destinatarios justifica la existencia de este sistema integrado de recursos que representa uno de los elementos diferenciales del Tribunal de Luxemburgo respecto de otros tribunales internacionales. Así pueden distinguirse, entre los destinatarios principales, los Estados miembros y las propias Instituciones de la Unión, garantizándose el control del Tribunal mediante el recurso de incumplimiento en el primer caso (artículos 258 a 260 del TFUE) y los de anulación y omisión en el segundo caso (artículos 263 a 266 del TFUE).

Una tercera categoría de destinatarios de las obligaciones impuestas por los Tratados es la de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea si bien, en este caso, la garantía del cumplimiento de esas obligaciones corresponde a los tribunales nacionales en su condición, ya apuntada con anterioridad de Jueces de Derecho de la Unión Europea. Una de las razones que justifica esa diferencia de control puede ser la necesidad de evitar la asfixia definitiva del Tribunal de Luxemburgo cuyo problema ya existente de la sobrecarga de trabajo se agudizaría hasta lo insopportable si tuvieran acceso a él directamente los particulares de los veintiocho Estados miembros. Por esa razón la presencia de los particulares en el procedimiento ante el Tribunal se limita a su consideración como demandantes en determinados recursos, especialmente los de anulación y omisión, y ello de forma restrictiva.²⁴ Así las personas físicas o jurídicas carecen de capacidad para plantear recurso de incumplimiento contra un Estado miembro o para solicitar del Tribunal, mediante una cuestión prejudicial, su juicio sobre la interpretación o aplicación de una norma de la Unión Europea si bien el papel de los particulares en el marco de cada uno de estos recursos será abordado en sus correspondientes capítulos.

Precisamente, la cuestión prejudicial, contemplada en el artículo 267 del TFUE, cierra lo que podría considerarse como el núcleo central del sistema de recursos, junto a los ya citados de incumplimiento, anulación y

²⁴ Los artículos 263.4 y 265.3 del TFUE establecen las condiciones en las que las personas físicas o jurídicas pueden plantear los recursos de anulación y omisión destacando que en cualquier caso deben tener un interés específico en el acto que se trate, en concreto el primero de esos artículos se refiere a que el acto impugnado les afecte directa e individualmente.

omisión o carencia. Mediante esta herramienta el Tribunal de Luxemburgo desempeña una labor cercana a la que en el plano interno desarrollan algunos altos tribunales al garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma.²⁵ El sistema integrado de recursos se completa con otros como el de responsabilidad extracontractual de la Unión por los daños causados por sus instituciones o agentes en el cumplimiento de sus funciones (artículos 268 y 340 del TFUE), la excepción de ilegalidad, que intenta compensar la legitimación restringida de los particulares en el marco del recurso de anulación permitiendo a las partes en un litigio en el que se cuestione la validez de un acto de alcance general plantear esa cuestión de validez al Tribunal aunque haya expirado el plazo de presentación del recurso de anulación (artículo 277 del TFUE) o el recurso de casación ya referido anteriormente y que representa el nexo de unión entre las distintas instancias que permite identificar la existencia de una suerte de Administración de Justicia europea, estableciendo la posibilidad de acudir al Tribunal General en relación con decisiones de tribunales especializados y al Tribunal de Justicia frente a las decisiones del Tribunal General (artículos 256 y 257 del TFUE).

B. Aspectos básicos del procedimiento ante el Tribunal de Justicia

La primera cuestión de carácter procedural a la que debe prestarse atención es la que se refiere al reparto de asuntos entre las distintas instancias que conforman lo que hemos denominado como Administración de Justicia de la Unión Europea, que en este momento y tras la desaparición del Tribunal de la Función Pública se limitan al Tribunal de Justicia y al Tribunal General. Esa distribución viene recogida en el artículo 256 del TFUE que señala qué tipo de recursos corresponde conocer al Tribunal General, quedando delimitada a sensu contrario la competencia del Tribunal de Justicia. Así el apartado 1.º del citado artículo establece que el Tri-

25 El peso de este tipo de recurso en el conjunto de la actividad del Tribunal de Justicia al que, como veremos, se asigna la competencia para conocer de estas cuestiones prejudiciales, es muy grande. A este respecto puede señalarse cómo de los 704 asuntos cerrados en 2016, 453 correspondían a cuestiones prejudiciales, frente a 49 recursos directos y 189 recursos de casación de decisiones del Tribunal General. Court of Justice of the European Union (2017), *Annual Report 2016...*, p. 27.

bunal General es competente para conocer en primera instancia de los recursos de anulación (artículo 263 del TFUE), omisión (artículo 265 del TFUE), responsabilidad extracontractual (artículo 268 del TFUE), de funcionarios y agentes de la Unión Europea contra las Instituciones (artículo 270 del TFUE) y de aquellos planteados en virtud de una cláusula compromisoria (artículo 272 del TFUE). El apartado 1.º del citado artículo 256 añade la posibilidad de que alguno de estos recursos pudiera corresponder a un tribunal especializado, como ocurría hasta hace poco con el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, cuya desaparición ha supuesto, como ya se dijo, el retorno de la competencia en este tipo de recursos de funcionarios y agentes de la Unión contra las Instituciones al Tribunal General, tal como se establece en el artículo 50 bis del Estatuto del Tribunal. Además, el mismo apartado 1.º del artículo 256 del TFUE señala otro posible límite de la competencia del Tribunal General al referirse a la posibilidad de que el Estatuto del Tribunal de Justicia reserve la competencia respecto de alguno de los recursos señalados al Tribunal de Justicia, y el artículo 51 del Estatuto hace uso de esa posibilidad detrayendo de la competencia del Tribunal General los recursos de anulación y omisión interpuestos por un Estado miembro o una Institución contra actos o abstenciones de Consejo, Parlamento y Comisión.²⁶ De todo ello resulta que, aunque no de manera absoluta puesto que existen algunas excepciones ya apuntadas, la competencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General viene marcada principalmente por la condición del demandante. Así puede señalarse que, como principio, corresponde al Tribunal de Justicia conocer de los recursos planteados por Estados miembros o Instituciones y al Tribunal General los presentados por personas físicas o jurídicas.

Por otra parte, el ámbito de competencia de ambos tribunales se completa con la atribución que se hace en el apartado 3.º del artículo 256 del TFUE, al Tribunal General de la competencia en relación con cuestiones prejudiciales en materias que así lo disponga el Estatuto del Tribunal de Justicia. Esa previsión se acompaña de garantías como la posibilidad de remisión por parte del Tribunal General al Tribunal de Justicia en caso de que

26 Si bien se reconoce al Tribunal General la competencia en este tipo de recursos frente a actos del Consejo en materia de ayudas de Estado, de medidas de protección comercial o del ejercicio de competencias de ejecución.

considere que se trata de un asunto que pueda comprometer la unidad o coherencia del Derecho de la Unión o la posibilidad de reexamen con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia de la resolución dictada por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales. En cualquier caso la competencia del Tribunal General en materia prejudicial se condiciona, como ya se ha dicho, a que el Estatuto señale alguna materia respecto de la que quepa ese pronunciamiento prejudicial por el Tribunal General, cuestión que por el momento no se ha producido, lo que atribuye aunque sea de manera implícita la competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

Un último aspecto a tener en cuenta en esta delimitación del ámbito competencial de cada uno de los dos tribunales es el relativo a los correspondientes recursos de casación, propios de su inserción en una Administración de Justicia europea. En este sentido los apartados 2.º y 1.º del artículo 256 y el apartado 3.º del artículo 257 del TFUE establecen la competencia del General para pronunciarse sobre recursos contra las resoluciones de los tribunales especializados y del Tribunal de Justicia respecto de las resoluciones dictadas por el Tribunal General, si bien la primera posibilidad ha quedado por el momento limitada al plano puramente teórico tras la desaparición del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea.

El siguiente elemento a analizar en el funcionamiento del Tribunal de Justicia es el relativo a su organización en el plano interno. El riesgo de la sobrecarga de trabajo al que ya se ha aludido no es un factor que afecte exclusivamente al Tribunal de Luxemburgo sino que de alguna forma es común a todos los tribunales internacionales con un ámbito de competencia amplio, pero lo cierto es que el caso del Tribunal de Justicia es especialmente relevante a este respecto dada la amplitud de su ámbito material de competencias y el elevado número de destinatarios de su jurisdicción. En ese sentido se han puesto en marcha diversas líneas de acción intentando evitar el riesgo ya advertido hace veinte siglos por Lucio Anneo Séneca en el adagio conforme al cual *Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía*. Algunas de esas líneas de acción ya se han apuntado como, por ejemplo, la creación de varias instancias, la limitación de la legitimación del particular para acceder al Tribunal o el reciente proceso de reforma del Tribunal General con la duplicación prevista del número de Jueces, pero una de las primeras herramientas puestas en marcha para responder al ries-

go de la sobrecarga de trabajo es la división interna de los tribunales en varias instancias que multiplican la capacidad para asumir asuntos. En ese sentido el artículo 251 del TFUE distingue tres niveles en principio al establecer:

El Tribunal de Justicia actuará en Salas o en Gran Sala, de conformidad con las normas establecidas al respecto en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cuando el Estatuto así lo disponga, el Tribunal de Justicia también podrá actuar en Pleno.

Esta previsión organizativa es efectivamente desarrollada en el Estatuto del Tribunal cuyo artículo 16 viene a concretar los distintos niveles o formaciones en lo que se refiere al Tribunal de Justicia *stricto sensu*, distinguiendo de mayor a menor el Pleno, la Gran Sala y las Salas de cinco y tres Jueces. Comenzando por el Pleno debe subrayarse el carácter excepcional de su intervención debido en muy buena medida al incremento del número de Jueces como consecuencia del proceso de ampliación de la Unión Europea. Un Pleno con veintiocho Jueces, como es la situación en este momento, parece chocar con el funcionamiento adecuado, como ya se adelantó, de un órgano que asume la función jurisdiccional. Por esa razón, el Estatuto contempla su actuación en casos de destitución o cese de miembros de otras Instituciones u órganos, como el Defensor del Pueblo (artículo 228.2 del TFUE), la Comisión (artículos 245.2 y 247 del TFUE) o el Tribunal de Cuentas (artículo 286.6 del TFUE). A ello se añade una posibilidad excepcional de intervención del Pleno en caso de que el propio Tribunal así lo considere en relación con asuntos de importancia excepcional.

El papel que en principio correspondería al Pleno es ocupado por la Gran Sala, conformada por quince jueces y que integra en su composición tanto al Presidente como al Vicepresidente del Tribunal así como tres de los Presidentes de las Salas de cinco Jueces. La previsión del artículo 16 del Estatuto del Tribunal, que se limita a señalar que la Gran Sala únicamente actuará a solicitud de un Estado miembro o una Institución parte en el proceso, se concreta, aunque de forma implícita, en el artículo 60.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se refiere a la atribución de asuntos a las Salas de tres o cinco jueces en la medida en que por su dificultad, importancia o circunstancias particulares no requieran su atribución a la Gran Sala. De lo dicho hasta ahora en relación con el Pleno

y la Gran Sala resulta que las Salas de tres o cinco jueces son las formaciones en las que normalmente actúa el Tribunal de Justicia. Ni el Estatuto ni el Reglamento de Procedimiento concretan criterio alguno respecto a la asignación de un asunto a una u otra de esas formaciones del Tribunal; en la práctica el criterio establecido es el de la existencia o no de jurisprudencia consolidada en la materia, en caso de que el Tribunal vaya a crear nueva jurisprudencia el asunto se suele someter a una Sala de cinco jueces, asegurando un debate entre un número mayor de actores de la sentencia que abrirá una nueva línea jurisprudencial. Por el contrario, si se trata de un asunto sobre una materia en la que ya el Tribunal se ha pronunciado con anterioridad y su papel ahora, al menos en principio, sería el de aplicar su propia línea jurisprudencial, se asigna a una Sala de tres jueces. En cualquier caso esa asignación a una formación no impide que, según se recoge en el artículo 60.3 del Reglamento de Procedimiento, esa formación pueda, en cualquier etapa del procedimiento, solicitar la remisión del asunto a una formación superior.

Por lo que respecta al Tribunal General debe señalarse que no existe en el TUE una mención expresa a su funcionamiento en formaciones diversas, como sí hace el artículo 251 del TFUE respecto del Tribunal de Justicia. Ello no impide que, en la medida en que está aquejado de los mismos problemas,²⁷ el Tribunal General funcione también en formaciones diversas como instrumento para maximizar su capacidad de resolución de un número mayor de asuntos. Es en el artículo 50 del Estatuto del Tribunal de Justicia en donde se establece que el Tribunal General actuará en Salas de tres y cinco Jueces, a lo que se añade como posibilidad, sometida a su desarrollo en el Reglamento de Procedimiento, su actuación en Pleno, como órgano unipersonal o en Gran Sala. El Reglamento de Procedimiento del Tribunal viene a completar esas previsiones contemplando la actuación del Tribunal a esos niveles e identificando los mismos criterios que en el caso del Tribunal de Justicia para la atribución de un asunto a la Gran Sala, es decir su importancia, dificultad o circunstancias particulares (artículo 28). Esos criterios en sentido opuesto sirven, conforme al

27 Baste con señalar que frente a los 704 asuntos resueltos en 2016 por el Tribunal de Justicia el Tribunal General resolvió 755. Court of Justice of the European Union (2017), *Annual Report 2016...*, p. 29.

artículo 29 del Reglamento, para la asignación de asuntos a un Juez único, es decir, la escasa importancia del asunto o la ausencia de dificultad o de circunstancias especiales.

Entrando ya en el procedimiento propiamente dicho debe señalarse que el mismo está presidido por los principios acusatorio y contradictorio, siendo en todo caso de carácter público en cuanto a las vistas, salvo decisión en contrario del propio Tribunal. El principio acusatorio se refiere a que el Tribunal únicamente actúa a instancia de parte y se recoge en el artículo 21 del Estatuto del Tribunal en el que se señala que el procedimiento únicamente podrá iniciarse por medio de una demanda. Por su parte, el principio contradictorio significa que cada una de las partes tiene oportunidad de expresar sus posiciones y recibe cualquier notificación relevante para el desarrollo del procedimiento. En relación con este punto debe establecerse una diferencia entre la cuestión prejudicial y el resto de recursos puesto que la primera no es *stricto sensu* un recurso sino un mecanismo de cooperación entre el Juez nacional y el europeo.

Antes de entrar en el proceso en sí mismo conviene apuntar dos elementos relevantes de su desarrollo. El primero se refiere a la necesidad de identificar una lengua de procedimiento, que cobra relevancia en un entorno con veinticuatro lenguas oficiales como es la Unión Europea. Para simplificar los problemas de traducción e interpretación que se producirían en caso de dar entrada en cada procedimiento a todas las lenguas oficiales se identifica una de ellas, que es la utilizada para la comunicación procesal con las partes.²⁸ En el caso de la cuestión prejudicial la lengua elegida es, como parece lógico, la del órgano judicial que plantea la solicitud, para el resto de los recursos en principio la lengua de procedimiento es la que elige el demandante, pero en el caso de que este sea un Estado miembro o una persona física o jurídica nacional de un Estado miembro la lengua de procedimiento es la oficial en ese Estado, cabiendo la posibilidad de elegir una en caso de que haya más de una. Esa elección de una lengua de procedimiento se arrastra a los recursos de casación, en los que sigue siendo la que

28 Ese régimen viene establecido en los artículos 36 a 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y artículos 44 a 49 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.

se determinó en primera instancia. Esas reglas no impiden que previa petición conjunta de las partes en el procedimiento el Presidente del Tribunal pueda autorizar el recurso a otra lengua. La determinación de esa lengua de procedimiento no alcanza, sin embargo, a la intervención de Jueces, cuyas deliberaciones internas se desarrollan en francés, y Abogados Generales, ni a los Estados miembros cuando intervienen en el procedimiento, puesto que pueden siempre expresarse en su propia lengua e incluso se permite que testigos y peritos puedan expresarse en otra lengua si no dominan la de procedimiento.

La segunda cuestión previa es que, conforme al artículo 19 del Estatuto del Tribunal, es obligada la representación de las partes por medio de abogado autorizado para ejercer en uno de los Estados miembros. Por su parte, las Instituciones cuentan con sus propios servicios jurídicos que asumen su representación en los procesos ante el Tribunal de Justicia y los Estados miembros optan por esta misma solución, como en el caso de España con el Servicio de la Abogacía del Estado,²⁹ o encomendar su defensa a abogados *privados*, como en el caso del Reino Unido.

El proceso, tal como señala el artículo 20 del Estatuto del Tribunal, se divide en dos fases: escrita y oral. El objetivo de la fase escrita es que las partes, por medio de los escritos de demanda y contestación, y en su caso de réplica y dúplica, puedan expresar su *petitum* en el caso del demandante y sus argumentos en contra del mismo en el caso del demandado. Es importante tener en cuenta que demanda y contestación fijan las pretensiones de cada una de las partes, que no podrán introducir nuevos argumentos posteriormente salvo que se haya producido la aparición de elementos nuevos de hecho o de Derecho no conocidos con anterioridad. La fase escrita se completa con la decisión de si es necesaria la existencia de Conclusiones del Abogado General, que corresponde al propio Tribunal oído el Abogado General en función de si el asunto presenta o no alguna cuestión de Derecho nueva, y con el posible planteamiento por el Tribu-

29 Así se señala en el artículo 1.5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas (*Boletín Oficial del Estado* n.º 285, de 28 de noviembre de 1987) y en el artículo 1.3.j) del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado (*Boletín Oficial del Estado* n.º 188, de 7 de agosto de 2003).

nal de preguntas a las partes para su respuesta por escrito. Esta fase es igualmente el momento procesal oportuno para examinar la posibilidad de diligencias de prueba o para la solicitud de medidas provisionales o de intervención de terceros.

Establecidas las posiciones de las partes se pasa a la fase oral cuya existencia no es obligatoria pudiendo eliminarse por el Presidente, conforme al artículo 76.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, a propuesta del Juez ponente y tras oír al Abogado General en caso de que considere que dispone de información suficiente para resolver resultante de las diligencias practicadas en la fase escrita.³⁰ Ello no obsta que, según se señala en el apartado 3.º del mismo artículo 76, cualquier interesado que no haya participado en la fase escrita presente solicitud motivada para la celebración de fase oral. El objetivo principal de esta fase oral es que el Tribunal escuche a las partes, y en su caso a testigos y peritos, pudiendo plantear a todos ellos las cuestiones que estime oportunas. Tras esta fase oral se produce la lectura, en su caso, de las Conclusiones del Abogado General y tras la correspondiente deliberación el Tribunal emite su sentencia jurídicamente obligatoria sin que quepan opiniones disidentes por parte de los Jueces. Esta sentencia es susceptible de recurso de revisión, interpretación y oposición además del correspondiente de casación.

2.4. Conclusiones

Llamado a ocupar desde el principio un lugar central en un proceso como el de integración europea, basado de manera fundamental en el Derecho, el Tribunal de Justicia se ha consolidado con el tiempo hasta el punto de convertirse en un actor privilegiado que a través de su función jurisdiccional, tanto en su vertiente consultiva como contenciosa, ha contribuido a moldear el ordenamiento jurídico del proceso de integración que representa la diferencia principal de este respecto de otros intentos que se desarrollan en otras partes del planeta. Baste con recordar aportes como

30 Por lo que respecta a la posibilidad de no celebración de la fase oral en el procedimiento ante el Tribunal General véase el artículo 106.3 de su Reglamento de Procedimiento.

el ya mencionado en páginas anteriores en relación con el principio de primacía del Derecho de la Unión respecto de los Derechos nacionales, que a pesar de su trascendencia no estaba recogido en los Tratados y que el Tribunal identificaba muy pronto calificándolo como una condición de existencia del Derecho de la integración. O en ese mismo sentido el sistema de protección *pretoriana* de los derechos fundamentales construido prácticamente de la nada por el Tribunal, ante el silencio que los Tratados originarios observaban en la materia dada su orientación puramente económica.

Cabe destacar igualmente el papel que el Tribunal de Luxemburgo está llamado a desempeñar en relación con la garantía del principio de equilibrio institucional, sirviendo como árbitro de la tensión existente entre Instituciones que comparten las funciones legislativa y ejecutiva. Por todo ello, no es posible una adecuada comprensión de la actual Unión Europea desde una perspectiva jurídica, aunque no solo desde esta sino prácticamente desde cualquiera, sin conocer de manera suficiente el perfil y los mecanismos de funcionamiento del Tribunal de Justicia. Ese ha sido el objetivo de estas páginas que pretenden poner al lector en antecedentes para una mejor comprensión de los dos capítulos dedicados al recurso de incumplimiento y a la cuestión prejudicial, con los que de manera directa en el primer caso e indirecta en el segundo, por medio de la garantía de la actuación uniforme de los Jueces nacionales de todos los Estados miembros, se asegura que no se menoscaba el ya citado principio de primacía de la norma europea respecto de la nacional, sin el cual el ordenamiento de la Unión y por extensión el propio proyecto de integración quedarían convertidos en papel mojado, privando a todos los ciudadanos de los Estados miembros de un motor de desarrollo y progreso económico, social y político sin precedentes que consiguió levantar a Europa de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial.

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, R. (2014), *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 5.^a edición, Civitas, Madrid.

BARENTS, R. (2016), *Remedies and procedures before the EU Courts*, Kluwer, Alphen aan den Rijn.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. (1997), *La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario*, McGraw-Hill, Madrid.

LEÓN JIMÉNEZ, R. (2007), *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Reus, Madrid.

MANGAS MARTÍN, A., y D. J. LIÑÁN NOGUERAS (2016), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9.^a edición, Tecnos, Madrid.

POIARES MADURO, M. (2018), «60 Years of The European Court of Justice: From “Benign Neglect” to The Centre of European Politics», *Revue du droit de l’Union Européenne*, n.^o 1, pp. 93-105.

RUIZ-JARABO COLOMER, D. (1993), *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid.

EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO DE ESTADO EN EL MARCO DEL SISTEMA JURISDICCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

F. Jesús Carrera Hernández*

Universidad de La Rioja

3.1. Introducción

El respeto del Derecho, de las normas de convivencia, constituye un eslabón esencial para la persistencia de cualquier sociedad organizada. Más allá de las medidas de autotutela aún presentes en muchas situaciones en el ámbito internacional, estas mismas sociedades se dotan de instrumentos de actuación, más o menos eficaces, a través de los cuales reaccionan colectivamente frente a las violaciones de las normas que integran su ordenamiento jurídico. Los Tribunales de justicia son un elemento indispensable desde este punto de vista, conociendo de las infracciones cometidas por los individuos cuando merecen una reprobación o sanción, o cuando es necesario restablecer los derechos desconocidos en relación con otros individuos.

En el ámbito de la Unión Europea, y sin entrar en otras consideraciones, la reacción a través de cauces jurisdiccionales contra un infractor encuentra una doble vía de canalización. En primer lugar, consecuencia del peculiar sistema de distribución de competencias establecido, en la mayo-

* Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales, <francisco-jesus.carrera@unirioja.es>. Este trabajo también forma parte del proyecto de investigación DER2015-63297-P (MINECO-FEDER).

ría de los casos es la jurisdicción nacional, conforme al sistema de recursos previsto en cada Estado, la encargada de conocer de asuntos muy diversos que traen causa de la existencia de una previa infracción del Derecho de la Unión Europea (UE). Si, por ejemplo, en un Estado se incumple o no se aplica correctamente un Reglamento de la UE, el afectado en un caso concreto (operador privado o entidad pública) podrá utilizar los mecanismos procedimentales previstos en su ordenamiento jurídico (incluida la vía administrativa) para hacer valer sus derechos o exigir el respeto de la normativa de la UE. El asunto puede derivar hacia la jurisdicción ordinaria de ese Estado, solicitándose la aplicación de la normativa de la UE y consiguiendo que se eliminen las consecuencias de un incumplimiento en el caso concreto. En la mayoría de los casos, la decisión del juez interno servirá para apartar la aplicación de una normativa o práctica administrativa nacional contraria al Derecho de la UE. Es el juego combinado de los principios de la eficacia directa y de la primacía del Derecho de la Unión Europea el que permitirá solucionar en sede jurisdiccional interna el problema suscitado. Esto no significa, no obstante, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea permanezca necesariamente ajeno o ausente. Es necesario recordar que el TJ puede ser llamado a intervenir a través de la cuestión prejudicial. En una situación como la descrita lo más probable es que al juez nacional le surja una duda razonable en torno al significado de la norma de la UE aplicable al caso; duda cuya resolución le permita dilucidar si efectivamente la norma nacional es contraria al Derecho de la UE. En estos casos, la intervención del TJ interpretando la norma del Derecho de la UE, permitirá que el juez nacional pueda dictar sentencia en cuanto al fondo con pleno conocimiento de causa. En definitiva, como puede observarse, la cuestión prejudicial en interpretación del Derecho de la Unión Europea es un mecanismo jurisdiccional, en su modalidad de diálogo entre jueces, que se encuentra también al servicio de la lucha contra las violaciones del Derecho de la Unión Europea. Todo ello, unido a la aplicación del principio de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho de la UE, permitirá ventilar buena parte de las infracciones que se producen cotidianamente.

Con independencia de ello, en segundo lugar, los Tratados han previsto y regulado un recurso directo que puede ser presentado ante el Tribunal de Justicia en los casos en los que un Estado miembro incumple el Derecho de la UE. El recurso por incumplimiento, regulado en los arts. 258 a

260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), es la figura procesal específica, en manos del Tribunal de Luxemburgo, destinada a controlar el respeto del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros. Como ha señalado el TJ, «el procedimiento por incumplimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Derecho comunitario».¹ Actualmente, su conocimiento compete al Tribunal de Justicia. El Tribunal General no ha asumido competencias en relación con este recurso.

Se trata de un recurso que, sin negar su relevancia, tiene un escaso peso en el trabajo cotidiano de la Institución. En 2016 el TJ se ha enfrentado a 31 recursos por incumplimiento, lo que representa una clara disminución comparado con años anteriores. La duración media del procedimiento ha sido de 19,3 meses.²

3.2. Objeto del Recurso: la noción de incumplimiento de Estado

Los arts. 258, 259 y 260 TFUE precisan el objeto del recurso por incumplimiento cuando señalan que la excitación de esta figura procesal puede producirse si «un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados». A partir de estas disposiciones, conviene precisar el significado de los dos principales elementos que conforman su contenido: las nociones de Estado miembro y de incumplimiento. Vayamos por partes, aunque comenzando por este último elemento.

1 TJ, sentencia de 24 de abril de 2007, *Comisión c. Países Bajos*, C-523/04, FJ 28.

2 Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Informe anual 2016. Actividad judicial, Luxemburgo 2017. Disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_es_web.pdf>.

Durante el mismo año el Tribunal de Justicia resolvió 704 asuntos. Si tenemos en cuenta el número total de asuntos resueltos por todos los componentes de la Institución (Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal de la Función Pública), la cifra asciende a 1628.

A. La noción de incumplimiento: infracción de una obligación que le incumbe en virtud de los Tratados

Los Estados miembros están obligados a respetar todos los compromisos adquiridos a través del conjunto de actos que integran el Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, su violación puede permitir excitar este recurso. En contra de lo que pudiera pensarse tras una rápida lectura del art. 258 TFUE, el incumplimiento existe también cuando se violan obligaciones contenidas en fuentes diferentes a los «Tratados». Se trata de una importante y lógica puntualización realizada por el TJ hace décadas en relación con el TCECA: «attendu que la Haute Autorité peut constater un manquement d'un État membre tant par rapport à une disposition du traité que par rapport à une décision prise par elle».³

Por tanto, el recurso por incumplimiento puede presentarse contra cualquier Estado miembro que haya incumplido sus obligaciones contenidas en cualquier norma del Derecho de la Unión Europea, siempre que se encuentre en vigor y tenga carácter obligatorio para el Estado afectado. Puede tratarse de normas del Derecho originario (por ejemplo, una violación del Tratado de la Unión Europea o del Tratado de Funcionamiento de la UE)⁴ o del Derecho derivado (cualquier acto obligatorio adoptado por las Instituciones u órganos),⁵ pero también los acuerdos internacionales celebrados por la UE⁶ o los principios genera-

3 TJ, sentencia de 8 de marzo de 1960, *RFA c. AA*, 3/59, p. 133.

4 Conviene no olvidar, no obstante, que los Tratados excluyen en ocasiones la aplicación del recurso por incumplimiento en determinados ámbitos. Así ocurre en relación con el procedimiento por déficit público excesivo (art. 126.10 TFUE), en materia de PESC (art. 275 TFUE) y en determinados ámbitos materiales del espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 276 TFUE).

5 A retener que si un acto de Derecho derivado es anulado por el TJUE, en ocasiones se mantienen sus efectos hasta la adopción de un nuevo acto por la Institución competente. En estos casos, a pesar de la declaración de nulidad, el acto seguirá siendo obligatorio y, si incumplimiento, puede generar un recurso de estas características ante el TJ (vid. al respecto TJ, sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión c. Austria*, C-205/98).

6 En el asunto *Haegemann* el TJ señaló que los acuerdos internacionales celebrados por la UE forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (sentencia de 30 de abril de 1974, *Haegemann*, 181/73). Del mismo modo en *Kupferberg* puso de manifiesto que «el Tratado constitutivo de la Comunidad ha atribuido a las Instituciones no solamente la potestad de adoptar actos aplicables en la Comunidad, sino también la de celebrar acuer-

les del Derecho, incluso las sentencias del TJUE. Estos compromisos deben ser respetados siempre. Pocas excepciones pueden servir para eludir la declaración de incumplimiento por parte del Estado afectado, siendo irrelevante que el incumplimiento apenas genere consecuencias perjudiciales.⁷ Como ha sido señalado,⁸ el TJ no admite como justificación de un incumplimiento alegaciones vinculadas al principio de reciprocidad (*exceptio non adimplete contractus*), o a la ambigüedad de las normas violadas. Tampoco sirven las alegaciones vinculadas a la existencia de circunstancias de fuerza mayor por la mediación de circunstancias políticas imprevisibles, dificultades constitucionales o administrativas que afecten al Estado o dificultades económicas o sociales. Cuando la fuerza mayor consista en una imposibilidad absoluta de ejecutar una obligación por concurrir circunstancias excepcionales, imprevisibles e independientes de la voluntad del Estado, el TJ podría avalarlas si se demuestra que el Estado desplegó la diligencia necesaria para evitar tales circunstancias.⁹

Los Estados miembros tampoco pueden justificar su incumplimiento alegando que el acto incumplido adolece de un vicio de nulidad, lo que supondría admitir la utilización de la excepción de ilegalidad como medio de defensa en el marco de los recursos por incumplimiento. El TJCE solo ha admitido, expresa o implícitamente, este tipo de alegaciones cuando estamos en presencia de casos de nulidad radical lo que, conectado con la elaboración de una doctrina sobre la inexistencia de los actos en Derecho de la UE, puede permitir utilizar esta alegación como medio de defensa en

dos con terceros países y con organizaciones internacionales con arreglo a las disposiciones del Tratado. Según el apartado 2 del artículo 228, estos acuerdos vinculan a los Estados miembros de igual manera que a las mencionadas Instituciones» (TJ, sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, 104/81).

Esta situación abarca igualmente a los acuerdos mixtos (vid. por ejemplo, TJ, sentencia de 30 de mayo de 2006, *Comisión c. Irlanda*, C-459/03).

Por otro lado, el TJ también ha reconocido situaciones que pueden generar un incumplimiento incluso antes de que se haya celebrado un acuerdo internacional por la Unión Europea (vid. sentencia de 14 de julio de 2005, *Comisión c. Alemania*, C-433/03).

⁷ Vid. TJ, sentencia de 6 de diciembre de 2007, *Comisión c. Alemania*, C-456/05, FJ 22.

⁸ Llopis (2012: 241-248).

⁹ Ibíd., p. 247.

los recursos por incumplimiento en situaciones extremadamente graves que el Estado tendrá que demostrar.¹⁰

B. La noción de Estado miembro

El recurso por incumplimiento debe ser presentado contra un Estado miembro, entendiendo por tal el conjunto del Estado.¹¹ El TJ ha señalado al respecto que la responsabilidad de un Estado miembro en relación con este recurso se compromete cualquiera que sea el órgano del Estado cuya acción o inacción está en el origen del incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucional independiente.¹²

El incumplimiento, por tanto, puede ser causa de una acción (adoptar una norma incompatible con el Derecho de la Unión Europea) o una inacción (no transponer una Directiva) de un Estado. En este último sentido, el TJ ha podido deducir un incumplimiento de Estado por omisión en relación con el comportamiento de particulares. Así ocurrió en el asunto

10 El TJCE ha entrado a conocer argumentos de defensa de los Estados demandados basados en la incompetencia de la Comunidad para la adopción de los actos, y con independencia de su naturaleza general o individual, en los siguientes asuntos: sentencia de 12 de octubre de 1978, *Comisión c. Bélgica, ayudas al transporte*, 156/77; sentencia de 18 de septiembre de 1986, *Comisión c. RFA*, 116/82; sentencia de 30 de junio de 1988, *Comisión c. Grecia*, 226/87; sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión c. España*, C-258/89.

En el asunto *Comisión c. Grecia* el TJ ha recordado los términos para la aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos al señalar que: «Con carácter excepcional, los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico comunitario deben ser considerados carentes de cualquier efecto jurídico, incluso provisional, es decir, jurídicamente inexistentes». Esta excepción tiene la finalidad de preservar un equilibrio entre las dos exigencias fundamentales, pero a veces contrapuestas, que debe satisfacer un ordenamiento jurídico, a saber, la estabilidad de las relaciones jurídicas y el respeto de la legalidad (TJ, sentencia de 5 de octubre de 2004, C-475/02, FJ 19). Sobre esta cuestión vid. F. J. Carrera Hernández (1997).

11 Hay que tener en cuenta, no obstante, el art. 271 d) TFUE al que me referiré más adelante, pues en estos casos el recurso se presenta contra un Banco central nacional.

12 TJ, sentencia de 5 de mayo de 1970, *Comisión c. Bélgica*, 77-69, FJ 15. En este caso el incumplimiento se debía al retraso, debido a la disolución de las Cámaras, en la tramitación parlamentaria de la norma que prevéía corregir el Derecho belga para adaptarlo a los Tratados, eliminando el tributo interno discriminatorio existente.

«Por órgano se entiende toda persona o entidad que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado de que se trate» (TJ, sentencia de 8 de julio de 2010, *Comisión c. Italia*, C-334/08, FJ 39).

Comisión c. Francia a raíz de los ataques a camioneros, especialmente españoles, cometidos por agricultores franceses ante la pasividad de las autoridades de este Estado.¹³

Desde el punto de vista del Derecho de la UE, poco importan las funciones que desempeñe el concreto órgano infractor (legislativa, ejecutiva o judicial), o que la infracción haya sido cometida por un órgano perteneciente a una estructura inferior del Estado.¹⁴ También es irrelevante que la «persona o entidad, habilitada para ejercer prerrogativas de poder público y actuando en esa calidad, infrinja la ley, se extralímite en sus competencias o contravenga las instrucciones de sus superiores jerárquicos».¹⁵

En muchas ocasiones, la infracción es consecuencia de la acción u omisión del legislador nacional. Los casos más frecuentes se refieren a situaciones en las que no se produce la transposición normativa de una Directiva de la UE en Derecho interno, o por hacerlo de forma incorrecta. En el caso de que la actuación proceda de una práctica administrativa, el TJ exige una demostración suficientemente documentada y pormenorizada de la práctica imputada, siendo necesario que dicha práctica administrativa presente cierto grado de continuidad y generalidad. Para declarar la existencia de una práctica general y continuada, la Comisión no puede basarse en una presunción.¹⁶ Sin embargo, y aunque teóricamente es posible el incumplimiento imputable al Estado como consecuencia de la actuación de sus órganos judiciales, en la práctica la cuestión resulta muy compleja.

Tradicionalmente, la Comisión no ha perseguido los «incumplimientos judiciales» a través de esta vía por diversas razones, entre las que destaca su visión en relación con el respeto a la independencia de los órganos judiciales. No obstante, hay varias sentencias que explicitan un renovado inte-

13 TJ, sentencia de 9 de diciembre de 1997, *Comisión c. Francia*, C-265/95.

14 Un ejemplo de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública por la Universidad Complutense de Madrid lo encontramos en TJ, sentencia de 18 de marzo de 2002, *Comisión c. España*, C-24/91.

15 TJ, sentencia de 8 de julio de 2010, Comisión c. Italia, C-334/08, FJ 39. A la sazón, se trataba de la falta de cobro de recursos propios de la UE debido a conductas fraudulentas de funcionarios de aduanas en Italia que actuaron en concierto con los responsables de una sociedad.

16 TJ, sentencia de 27 de abril de 2006, *Comisión c. Alemania*, C-441/02, FJ 49, 50 y 99.

rés por el problema. De hecho, en el Dictamen 1/09 el TJ ha dejado claro que en pronunciamientos anteriores ha reconocido la posibilidad de que un Estado se sitúe en situación de incumplimiento como consecuencia de la actuación de sus jueces. El TJ se estaba refiriendo a la sentencia que pronunciara en 2003 en el asunto *Comisión c. Italia*.¹⁷

En efecto, en este último asunto el TJ se pronunció sobre la actuación de los órganos judiciales nacionales a los efectos del recurso por incumplimiento en un doble sentido. Por un lado, con carácter general, señaló que «no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. La situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por este».¹⁸ Por otro lado, teniendo en cuenta el caso concreto, el TJ dedujo que Italia había incumplido el Derecho de la UE al «no modificar» el Derecho italiano «que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la *Corte suprema di cassazione*, de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias» (FJ 41). Este caso no es, por tanto, un ejemplo de incumplimiento de Estado imputable exclusivamente a la actuación del poder judicial. Se sitúa en la línea de los incumplimientos indirectos.¹⁹

Uno de los aspectos más interesantes vinculados al incumplimiento derivado directamente de la actuación judicial interna se refiere a la posibi-

17 TJ, Dictamen de 8 de marzo de 2011, 1/09. Aunque admitido, el TJ ha señalado que los criterios, ya expuestos, exigidos para derivar un incumplimiento de una práctica administrativa deben apreciarse con mucho más rigor si se pretende deducir un incumplimiento derivado de una práctica judicial, lo que no se cumplía en el caso: «si la Comisión pretende que se declare un incumplimiento por una práctica judicial, los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y señalados en el apartado 50 de esta sentencia serán de aplicación con mayor razón y con tanto más rigor» (TJ, sentencia de 7 de junio de 2007, *Comisión c. Grecia*, C-156/04, FJ 52).

18 TJ, sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión c. Italia*, as. C-129/00, FJ 32.

19 Sobre la distinción entre incumplimiento directo e indirecto vid. Materne (2012: 198).

lidad de interponer un recurso por incumplimiento contra un Estado cuando sus jueces no presentan una cuestión prejudicial ante el TJ. El asunto pudo haberse aclarado por el TJ en el asunto *Comisión c. España* (registradores de la propiedad), aunque finalmente la Comisión Europea no incluyó este motivo en su demanda contra España.²⁰ Ello prueba que la posición de la Comisión al respecto es actuar únicamente como último recurso. Como ha señalado Materne, cuando se constata un rechazo a reconocer el papel del TJ en el seno del ordenamiento comunitario (incumplimiento funcional).²¹ En cualquier caso, el TJ ha admitido sin ambigüedades la puesta en marcha del principio de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho de la UE cuando la infracción procede de la actuación de un juez nacional, si bien el TJ pide tener en cuenta «la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica [...] La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable».²²

20 «en lo referente a la admisibilidad del recurso en la medida en que podría entenderse que versa sobre la infracción del artículo 234 CE, es preciso recordar que, en el procedimiento administrativo previo y ante el Tribunal de Justicia, la Comisión destacó que la sentencia del Tribunal Supremo resulta de un recurso de casación en interés de la Ley y que dicho órgano jurisdiccional, en el marco del citado recurso de casación, no planteó ninguna cuestión al Tribunal de Justicia acerca de la aplicación de la Sexta Directiva a las actividades de los registradores-liquidadores. Sin embargo, en respuesta a una pregunta planteada por el Tribunal de Justicia en la vista, la Comisión señaló que su recurso no contempla la infracción del artículo 234 CE por el Reino de España» (TJ, sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión c. España*, C-154/08, FJ 64 y 65).

21 Materne (2012: 198).

22 TJ, sentencia de 39 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01. En *Traghetti del Mediterraneo* el TJ ha aclarado que «el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone asimismo a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable, tal como se precisa en los apartados 53 a 56 de la sentencia *Köbler*» (sentencia de 13 de junio de 2006, C-173/03).

Por otro lado, en el concepto Estado se incluyen todos los órganos del Estado, incluidos organismos públicos, pero también privados, sometidos al control del Estado. Por ejemplo, en el ámbito de la jurisprudencia relativa a las medidas de efecto equivalente el TJ ha tenido la ocasión de considerar medida estatal ciertos comportamientos que, en principio, no parecían obra del Estado, considerando que se había producido un incumplimiento atribuible al Estado. Así ocurrió en el asunto *Buy Irish* en relación con la campaña publicitaria lanzada por el *Irish Good Council*, incitando a la compra de productos irlandeses.²³ Más tarde se ha pronunciado el TJ en el mismo sentido en el asunto *Comisión c. Alemania*, en el que dedujo la existencia de una medida estatal a pesar de estar en presencia de una medida adoptada por una sociedad privada.²⁴

Por último, como he señalado, la legitimación pasiva, el autor del incumplimiento, es siempre un Estado miembro. No es posible interponer un recurso de incumplimiento contra una entidad administrativa inferior (Estado federado, Comunidad Autónoma, Länder, Región, Provincia, Municipio...). Es cierto que, en ocasiones, el incumplimiento puede ser consecuencia directa y única de la actuación de una de las entidades citadas, especialmente cuando la organización interna de un Estado miembro responde a un modelo de descentralización competencial. Sin embargo, el TFUE centra la responsabilidad del respeto del Derecho de la UE en los propios Estados miembros; en los sujetos de Derecho internacional que pertenecen a la UE. Así, en un asunto *Comisión c. Italia* el TJ ha señalado que «la aplicación del artículo 169 no puede depender de la circunstancia de que un Estado miembro haya encomendado a sus regiones la tarea de aplicar las Directivas. En efecto, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que un Estado miembro no puede ampararse en situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos previstos en las Directivas comunitarias. Si bien en el orden interno cada Estado miembro goza de libertad para atribuir como considere oportuno las competencias normativas, no es menos cierto que en virtud del artículo 169 es el único responsable frente a la Comuni-

23 TJ, sentencia de 24 de noviembre de 1982, 249/81.

24 TJ, sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Alemania*, C-325/00.

dad del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho comunitario».²⁵

Cuestión distinta es que, a nivel interno, el Estado establezca procedimientos para depurar responsabilidades entre los autores directos en caso de incumplimiento del Derecho de la UE. En España el Real Decreto 515/2013 ha puesto en pie un mecanismo general «para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea»²⁶ que resulta aplicable cuando estas administraciones o entidades incumplen «por acción u omisión el Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado con carácter ejecutivo». En el marco del recurso por incumplimiento el procedimiento se aplica cuando España es sancionada mediante una multa a tanto alzado o una multa coercitiva, aspecto que será abordado en el último epígrafe de este trabajo. No obstante, es un procedimiento que se aplica también en otros casos, en los términos previstos en el art. 3.2 del Real Decreto.²⁷

25 TJ, sentencia de 13 de diciembre de 1991, *Comisión c. Italia*, C-33/90, FJ 24. Un ejemplo de incumplimiento imputable a España por la actuación de una Comunidad Autónoma (Cataluña) puede verse en TJ, sentencia de 24 de marzo de 2011, *Comisión c. España*, C-400/08.

26 Real Decreto 515/2013 de 5 de julio, BOE núm. 161 de 6 de julio de 2013. Este Real Decreto viene a desarrollar la previsión genérica incluida en el art. 8 de la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Vid. al respecto Andrés (2013: 40) y Ordóñez (2015: 537).

27 En caso de correcciones financieras adoptadas mediante decisión de la Comisión, la minoración de las cuantías de las transferencias o fondos que a España le puedan corresponder del presupuesto de la Unión Europea o cualquier otro acto adoptado por una institución, órgano u organismo de la UE que implique responsabilidades financieras para el Estado o la merma de cualquier cantidad que le hubiere sido reconocida. Conforme a la DA primera, el procedimiento también resulta aplicable cuando España resulte incursa en un procedimiento de déficit público excesivo.

El Real Decreto ha incluido disposiciones específicas para los casos en que los incumplimientos se refieran a obligaciones relacionadas con el Fondo social europeo o los fondos europeos agrícolas (vid. DA 4.^a y 5.^a). A título de ejemplo, puede verse la «Resolución de 5 de octubre de 2017, del Fondo Español de Garantía Agraria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de septiembre de 2017, por el que se aprueba la terminación del procedimiento de repercusión de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea iniciado a la Comunidad Autónoma de La Rioja», BOE n.^o 253 de 20 de octubre de 2017.

No obstante, como ha sido señalado, «este procedimiento deja sin resolver cuestiones de vital importancia como es la derivación de responsabilidades como consecuen-

3.3. Legitimación activa

Los sujetos legitimados para la presentación de un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro son la Comisión Europea y los restantes Estados miembros. No obstante, también al Consejo de administración del Banco Europeo de inversiones puede presentar el recurso en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas de sus estatutos, en cuyo caso dicho Consejo actuará con las mismas competencias que el art. 258 TFUE atribuye a la Comisión Europea, que serán analizadas en el siguiente epígrafe (art. 271a) TFUE). Lo mismo ocurre con el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, que tiene también reconocidas las mismas competencias de la Comisión para presentar un recurso contra un Banco central nacional que incumpla las obligaciones que se derivan de los Tratados o de los Estatutos del Sistema europeo de bancos centrales y del Banco central europeo (art. 271.d) TFUE).²⁸

Los Estados miembros no han utilizado apenas este mecanismo contra otros socios. El hecho de que la Comisión esté investida de su importante función como guardiana de los Tratados lleva, en la práctica, a que se deje en manos de esta Institución la persecución de la práctica totalidad de incumplimientos, evitando enfrentamientos directos. Ello no impide, no obstante, que haya ejemplos prácticos, muy pocos, de recursos presentados Estado frente a Estado.²⁹ En estos casos, el art. 259 TFUE precisa que los Estados no pueden acudir directamente al TJ. Deben previamente someter el asunto a la Comisión Europea para que emita un Dictamen motivado. A partir de su emisión, o tras el transcurso de un plazo de tres meses si no lo emite, tendrán vía libre para presentar formalmente sin plazos un recurso por incumplimiento ante el TJ.

cia del reconocimiento por los jueces españoles de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión», Ordoñez Solís (2015: 6).

28 Vid. art. 35.6 del Protocolo sobre el Estatuto del SEBC y del BCE.

29 Vid. TJ, sentencia de 4 de octubre de 1979, *Francia c. Reino Unido*, 141/1978; TJ, auto de 27 de noviembre de 1992, *España c. Reino Unido*, C-349/92; TJ, sentencia de 16 de mayo de 2000, *Bélgica c. España*, C-388/1995; TJ, sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145/04; TJ, sentencia de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. Eslovaquia*, 364/10.

De todo lo que antecede se deduce que los particulares no pueden dirigirse directamente al TJ con objeto de que declare la existencia de un incumplimiento de Estado. Esto no significa que queden absolutamente desprotegidos en estas situaciones. Ya he señalado en la introducción a este trabajo que buena parte de las situaciones de incumplimiento se canalizan hacia la jurisdicción interna. Es allí, en relación con su caso concreto, donde los particulares podrán hacer valer sus derechos. El principio de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea también se encuentra a su servicio desde este punto de vista.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el Derecho de la UE ha creado varios mecanismos que permiten de alguna manera la participación de los particulares ante situaciones de incumplimiento. El instrumento más clásico es el que les permite presentar un escrito de denuncia ante la Comisión Europea con objeto de poner en su conocimiento una determinada situación existente en el interior de un Estado miembro relacionada con un incumplimiento de Estado. Lógicamente, no estamos en presencia de ningún recurso de carácter jurisdiccional en estos casos, ni pueden los remitentes exigir en ningún momento a la Comisión Europea la presentación de un recurso por incumplimiento (ni siguiera la apertura de un expediente de infracción) contra el infractor por más que prueben la realidad de la situación existente en el interior del Estado en causa. Se trata, no obstante, de un instrumento frecuentemente utilizado que debe ser valorado en sus justos términos.³⁰

Desde otro punto de vista, la posición de los particulares también se encuentra mejorada a través de otro procedimiento informal, no jurisdiccional, que les ha permitido en bastantes casos solventar en plazos razonables situaciones concretas en ámbitos materiales vinculados al mercado

30 En el informe de la Comisión relativo al control de la aplicación del Derecho de la UE en 2016 consta la presentación de 3783 denuncias durante dicho año. Si bien la mayoría fueron archivadas se abrieron 142 expedientes en el marco del procedimiento EU PILOT a raíz de las denuncias presentadas por particulares (COM (2017) 370 final, de 6 de julio de 2017).

El formulario para la presentación del escrito de denuncia *on line* puede encontrarse en <https://ec.europa.eu/assets/sg/report-a-breach/complaints_es/>.

interior de la Unión Europea. Es lo que ha ocurrido desde la puesta en marcha de SOLVIT. Se trata de una red para la resolución informal de problemas relacionados con una incorrecta aplicación de la normativa sobre mercado interior a la que puede acudirse siempre que no exista un procedimiento judicial en marcha. Prevista en el plan de acción del mercado interior de 1997, fue creada en julio de 2002.³¹ Su funcionamiento implica que el perjudicado se dirija al punto de contacto de su Estado (dentro de la Administración nacional). En España situada en el Ministerio de asuntos exteriores y cooperación) que, a su vez se dirigirá al punto de contacto del Estado miembro afectado para que, junto con la autoridad pública que ha originado el conflicto, ofrezca una solución. La utilización de este procedimiento no impide una posterior actuación judicial contra el Estado.

Como señalaba hace un instante, el peso principal de la persecución de los incumplimientos de Estado recae sobre la Comisión Europea. Ahora bien, lejos de situar su labor desde este punto de vista en el contexto de la presentación formal de demandas ante el TJ, es preciso tener en cuenta el ingente trabajo de vigilancia que permite poner fin a la mayoría de los incumplimientos que se producen sin acudir a la vía jurisdiccional. Los datos así lo ponen de manifiesto. Si en 2016 el TJ recibió 31 demandas por incumplimiento, la Comisión, al margen de las denuncias individuales ya mencionadas, abrió 520 investigaciones en el marco del procedimiento EU Pilot.

Este procedimiento EU Pilot, iniciado voluntariamente entre quince Estados miembros en abril de 2008 (actualmente se aplica a todos los Estados miembros), permite desarrollar un diálogo informal entre la Comisión Europea y los Estados miembros cuando se detecta un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.³² El diálogo se desarrolla en un lapso temporal que puede durar veinte semanas. Las explicaciones que

31 Los principios para la utilización de SOLVIT se recogieron en la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 2001, DO L 331 de 15.12.2001. Actualmente, estos principios se recogen en la Recomendación de la Comisión de 17 de septiembre de 2013 sobre los principios por los que se rige SOLVIT, DO L 249 de 19.9.2013, p. 10.

32 Vid. al respecto: <http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/eu_pilot/index_en.htm>.

ofrezca el Estado afectado son fundamentales a la hora de que la Comisión Europea decida abrir un procedimiento formal. Se trata de un procedimiento muy útil que permite solventar situaciones de incumplimiento durante esta fase previa. Así, durante 2016, si bien se tramitaron 875 expedientes EU PILOT, se archivaron 630 al recibir respuestas satisfactorias de los Estados, por lo que el índice de resolución ascendió al 72%.³³ No obstante, la política de la Comisión respecto de la utilización de este procedimiento ha sido explicitada recientemente, planeando serias dudas acerca de su continuidad:

las infracciones deben tratarse en el más breve plazo posible. La Comisión y los Estados miembros deben proceder con rapidez a investigar los incumplimientos de la ley. El diálogo estructurado para la resolución de problemas entre la Comisión y los Estados miembros, denominado «EU Pilot», se estableció para resolver rápidamente las posibles infracciones del Derecho de la UE en una fase temprana en los casos apropiados. No se trata de añadir una nueva fase prolongada al procedimiento de infracción, que es ya en sí mismo un medio de establecer un diálogo con el Estado miembro de que se trate para solucionar un problema. Por lo tanto, la Comisión incoará los procedimientos de infracción sin apoyarse en el mecanismo de resolución de problemas «EU Pilot», a menos que el recurso al mismo se considere de utilidad en un caso determinado.³⁴

3.4. Procedimiento

El procedimiento básico utilizado en la práctica es el recogido en el art. 258 TFUE, aplicable cuando es la Comisión Europea la que actúa contra el infractor. En estos casos, es preciso diferenciar dos fases:³⁵ una primera fase precontenciosa y una segunda fase que se desarrolla ante el TJ.

33 Vid. el Informe anual de la Comisión Europea relativo a 2016 sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE, ya citado.

34 Comunicación (2017/C 18/02) «Derecho de la UE. Mejores resultados gracias a una mejor aplicación», DO C 18 de 19.1.2017, p. 10.

35 Téngase en cuenta, no obstante, que en determinados casos la fase precontenciosa, tal y como se expone a continuación, se suprime. Vid. art. 108.2 TFUE en materia de ayudas de Estado; art. 114 TFUE relativo al mantenimiento en vigor de normas nacionales en caso de armonización de normativas vinculadas al mercado interior; art. 348.2 TFUE en materia de seguridad nacional.

A. Fase precontenciosa

La fase precontenciosa se desarrolla a través de un diálogo entre la Comisión Europea y el Estado miembro afectado, todo ello de forma previa a la intervención del Tribunal de Justicia.

Este fase, entendida en sentido amplio, abarca todo el conjunto de actuaciones desplegadas por la Comisión Europea con objeto de vigilar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros. La Comisión, a través de sus servicios, controla cotidianamente la aceptación de las normas comunitarias utilizando todos los medios a su alcance: investigaciones por iniciativa propia, denuncias presentadas por empresas y particulares, quejas presentadas por Estados y teniendo en cuenta la información que le transmiten los propios Estados miembros; por ejemplo, acerca del grado de transposición de las distintas Directivas adoptadas.

En un plano informal, como se ha indicado en el apartado anterior, la Comisión procede a la apertura de procedimientos EU Pilot cuando estima que un Estado miembro puede estar incumpliendo el Derecho de la Unión. La característica principal de los poderes de la Comisión europea durante esta fase (aunque es un rasgo que encontraremos a lo largo de todo el procedimiento) se resume en el término discrecionalidad. La Comisión es libre para decidir la apertura de un expediente contra un Estado miembro, continuarlo una vez abierto o archivarlo, o para pasar a fases ulteriores que se describen a continuación. Se trata de un procedimiento no obligatorio utilizado en los últimos años que ha venido a desplazar en la mayoría de los casos la práctica de envío de las denominadas cartas «pre-258»,³⁶ mediante las que la Comisión apertura un diálogo con el Estado miembro afectado. En cualquier caso, los Estados miembros deben respetar el deber de cooperación leal durante el diálogo desarrollado con la Comisión Europea. Su mero incumplimiento, puede servir de base para la presentación del recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Una buena parte de las situaciones de incumplimiento consiguen solventarse durante esta primera fase, por lo que la mayoría de los procedimientos informales no terminan trascendiendo, bien por infundados, bien por recibir una respuesta satisfactoria del Estado miembro afectado.

36 Vid. al respecto Llopis (2012: 264).

Cuando ello no es así, la Comisión Europea puede dar un paso más, aun en la fase precontenciosa. En esta ocasión, puede dirigir un Dictamen motivado al Estado miembro. Ahora nos situamos en la etapa formal de la fase, pues son aspectos ya previstos en el artículo 258 TFUE: «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar observaciones».

Esta redacción implica que, antes de emitir su dictamen, la Comisión debe de haberse dirigido previamente, y de forma necesaria, al Estado miembro afectado comunicándole el supuesto incumplimiento detectado con objeto de que pueda presentar las observaciones a que se refiere el art. 258 TFUE. En la práctica, ello se materializa en el envío por la Comisión de la denominada carta o escrito de requerimiento o emplazamiento. En cualquier caso, con independencia de la forma utilizada, la comunicación previa al Estado para que presente sus observaciones es una formalidad sustancial del procedimiento. El TJ ha señalado en este sentido que «resulta de la finalidad atribuida a esta fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento que la carta de emplazamiento tiene por objeto acotar el objeto del litigio e indicar al Estado miembro que es invitado a presentar observaciones, los elementos necesarios para la preparación de su defensa» y que «la posibilidad para el Estado miembro en cuestión de presentar sus observaciones constituye [...] una garantía esencial prevista por el Tratado. El respeto a esta garantía es una condición de la regularidad del procedimiento por infracción».³⁷

Desde el punto de vista del contenido de las cartas de requerimiento, el TJ ha precisado que,

si bien el dictamen motivado, al que se refiere el artículo 169 del Tratado, debe contener una exposición coherente y detallada de las razones por las que la Comisión ha llegado a la convicción de que el Estado interesado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, el escrito de requerimiento no puede someterse a exigencias de precisión tan estrictas, ya que este no podrá consistir más que en un primer resumen sucinto de las imputaciones. Nada impide, pues, a la Comisión detallar, en el dictamen

37 TJ, sentencia de 11 de julio de 1984, *Comisión c. Italia*, 51/83, FJ 4 y 5.

motivado, las imputaciones que ya formuló de manera más global en el escrito de requerimiento.³⁸

No obstante, aunque sin detalles, la carta de requerimiento sí sirve para fijar el objeto del litigio, por lo que, en caso de que la Comisión posteriormente desee ampliarlo, debe enviar cartas complementarias, permitiendo que el Estado miembro pueda presentar nuevas observaciones; por tanto, garantizando su derecho de defensa.

Si las observaciones que ha presentado el Estado, o su propia conducta, no convencen a la Comisión, el paso siguiente consiste en dirigir al Estado miembro el mencionado Dictamen motivado. Se trata igualmente de una formalidad sustancial del procedimiento, imprescindible si la Comisión europea pretende presentar el recurso ante el TJ. En este caso, la Comisión debe ofrecer todo lujo de detalles en relación con el incumplimiento detectado, como acaba de señalarse.

Lo lógico es que, si el Estado no se aviene ante el Dictamen recibido y en el plazo que se le haya fijado, la Comisión presente ya directamente el recurso ante el Tribunal de justicia, dando paso a la fase jurisdiccional. En cualquier caso, la Comisión sigue gozando de plena discrecionalidad sobre la pertinencia y el momento de apertura de esta fase que se sustancia ante el Tribunal de justicia:

En efecto, únicamente en el caso de que la Comisión entienda que el Estado miembro de que se trate ha incumplido una de las obligaciones que le incumben, emite un dictamen motivado. Por otra parte, si este Estado no se atiende a este dictamen en el plazo señalado por la Comisión, la institución está siempre facultada, pero no obligada, a someter el asunto al Tribunal de Justicia para que este declare el presunto incumplimiento.³⁹

Conviene retener que

una duración excesiva del procedimiento administrativo previo puede constituir un vicio que dé lugar a la inadmisibilidad de un recurso por incumplimiento. No obstante, se desprende de la jurisprudencia que tal conclusión se impone únicamente en aquellos supuestos en los que la Comisión, por su comportamiento, aumenta la dificultad de rebatir sus argumentos, lesio-

38 TJ, sentencia de 16 de septiembre de 1997, *Comisión c. Italia*, C-279/94, FJ 15.

39 TJ, sentencia de 14 de febrero de 1989, *Start Fruit c. Comisión*, C-247/87, FJ 12.

nando así el derecho de defensa del Estado miembro interesado, y que incumbe al Estado miembro interesado aportar la prueba de tal dificultad.⁴⁰

B. Fase jurisdiccional

La fase jurisdiccional se sustancia ante el Tribunal de Justicia y requiere la presentación del escrito de demanda contra el Estado afectado una vez cerrada la fase precontenciosa. El recurso puede ser presentado por cualquiera de los sujetos legitimados que se han indicado en su momento, aunque seguiré centrándome en este estadio de la exposición en los recursos presentados por la Comisión europea.

La Comisión, cumplidos los trámites sustanciales mencionados, puede presentar el recurso contra un Estado miembro en cualquier momento sin necesidad de realizar demostraciones adicionales. Ello implica que no necesita demostrar la existencia de un interés en ejercitar la acción ni indicar los motivos que la han llevado a interponer un recurso.⁴¹ Basta con que, a su juicio, persista un incumplimiento tras la expiración del plazo fijado en el Dictamen motivado.

En ocasiones, se ha planteado la cuestión de si la Comisión puede presentar el recurso por incumplimiento en los casos en los que el Estado haya puesto fin al incumplimiento con posterioridad al plazo que le había fijado la Comisión en su Dictamen. El TJ se ha pronunciado al respecto afirmativamente. En la práctica no suele hacerlo, pero nada impide que la Comisión continúe con el procedimiento con objeto de que el TJ declare que existió tal incumplimiento en su día, lo que es importante a los efectos de deducir una responsabilidad del Estado por incumplimiento. Desde

40 TJ, sentencia de 6 de octubre de 2009, *Comisión c. España*, C-562/07, FJ 21. «Resulta obligado observar, sin embargo, que, en el caso de autos, el Reino de España no ha formulado ninguna alegación específica en cuanto a que la duración excesiva de la fase administrativa previa y, en particular, el plazo transcurrido entre su respuesta al dictamen motivado y la interposición del presente recurso, afectase al ejercicio de su derecho de defensa. En efecto, dicho Estado miembro se limita a cuestionar la oportunidad de ejercitar, en el caso de autos, el derecho que asiste a la Comisión de interponer un recurso por incumplimiento» (Ibid., FJ 22).

41 Vid. TJ, sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión c. Francia*, C-333/99, FJ 24; TJ, sentencia de 13 de junio de 2002, *Comisión c. España*, C-474/99, FJ 25; TJ, sentencia de 8 de diciembre de 2005, *Comisión c. Luxemburgo*, FJ 65 y 66.

otro punto de vista «la circunstancia de que la Comisión haya renunciado, en su caso, a interponer recurso por incumplimiento contra un Estado miembro cuando este había puesto fin al incumplimiento alegado una vez transcurrido el plazo señalado en el dictamen motivado no puede... originar en dicho Estado miembro ni en los demás Estados miembros una confianza legítima que pueda afectar a la admisibilidad de una acción ejercitada por la Comisión». «Hay que añadir que la circunstancia de que la Comisión no introduzca un recurso... inmediatamente después del vencimiento del plazo fijado en el dictamen motivado tampoco puede generar en el Estado miembro interesado una confianza legítima en que el procedimiento por incumplimiento se ha archivado».⁴²

Presentado el recurso, el procedimiento se desarrollará ante el TJ conforme a una doble fase, escrita y oral, cuya exposición trasciende este trabajo por someterse a las reglas generales del procedimiento ante el Tribunal de Justicia. En todo caso, el procedimiento ante el TJ terminará con su sentencia. Esta sentencia puede declarar o no el incumplimiento de Estado. Esta es su verdadera naturaleza: estamos en presencia de una sentencia declarativa que se limita a constatar tal situación, sin que el TJ pueda adoptar ni indicar las medidas que debe adoptar el Estado para poner fin a la situación.

Ahora bien, la sentencia, aunque declarativa, es obligatoria, con efectos *erga omnes*. Corresponde al Estado miembro adoptar las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento: «si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal» (art. 260.1 TFUE). Estas medidas incluyen también, por tanto, la imposibilidad de seguir aplicando la normativa nacional contraria a la norma europea. Como ha señalado Materne, «l'arrêt en manquement, s'il n'entraîne pas l'annulation de l'acte national, constitue cependant une injonction impérative adressée à toutes les autorités nationales qui devront laisser inappliquée la norme nationale incompatible et y substituer le droit de l'Union directement applicable, et proceder à son abrogation».⁴³

42 TJ, sentencia de 6 de octubre de 2009, *Comisión c. España*, C-562/07, FJ 19 y 20.

43 Materne (2012: 333).

Hay una situación en la que el TJ puede no limitarse en su sentencia a declarar el incumplimiento de un Estado. En efecto, conforme al art. 260.3 TFUE, el TJ podrá imponer una suma a tanto alzado, o una multa coercitiva cuando el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión europea tenga por objeto perseguir el incumplimiento de la «obligación de informar sobre las medidas de transposición de una Directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo» (ordinario o especial).⁴⁴ Aunque la imposición de multas y sumas a tanto alzado se explica con carácter general en el siguiente epígrafe, hay que dejar constancia de esta situación ahora, pues se trata de una particularidad que entra en juego únicamente en el caso indicado. Es decir, desde la primera actuación judicial contra el infractor, la Comisión puede, si lo estima oportuno, indicar la imposición de tal «sanción»⁴⁵ económica, lo que sirve para otorgar una protección reforzada en este tipo concreto de incumplimientos sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial posterior (no será necesario presentar un recurso por incumplimiento de sentencia). Ahora bien, aunque el TJ no está obligado por la indicación de la Comisión a imponer la multa coercitiva o la suma a tanto alzado, lo cierto es que solo podrá hacerlo si lo ha pedido la Comisión europea. Y, en este

44 Aunque suele indicarse que este procedimiento solo debiera aplicarse cuando no se produce la transposición de una Directiva, lo cierto es que la Comisión ha fijado una postura diferente: «Conviene señalar que el incumplimiento contemplado en el artículo 260, apartado 3, cubre tanto la ausencia total de comunicación de cualesquiera medidas de transposición de una directiva como el hipotético caso de una comunicación incompleta de medidas de transposición. Este último caso puede producirse, sea cuando las medidas de transposición comunicadas no cubren todo el territorio del Estado miembro, sea cuando la comunicación es incompleta en cuanto a las medidas de transposición que corresponden a una parte de la directiva. Cuando el Estado miembro proporcione todas las explicaciones necesarias sobre la manera en que considera haber efectuado la transposición íntegra de la directiva, la Comisión podrá considerar que el Estado miembro no faltó a su obligación de comunicar las medidas de transposición y, por lo tanto, el artículo 260, apartado 3, no será aplicable. Un posible desacuerdo, referente al carácter suficiente de las medidas de transposición comunicadas o a normas jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico nacional, formará parte del procedimiento normal sobre la transposición correcta de la directiva, en virtud del artículo 258» (Comunicación de la Comisión (2011/C 12/01). Aplicación del artículo 260, apartado 3, del TFUE. DO C 12 de 15.01.2011, p. 1).

45 Sobre la naturaleza jurídica de las multas coercitivas y las sumas a tanto alzado vid. Frutos (2010: 418).

caso, el importe indicado por la Comisión juega como límite cuantitativo para el TJ.

Por último, los tratados no han previsto un plazo concreto para dar cumplimiento a la sentencia de incumplimiento del Tribunal de Justicia. Los Estados deben hacerlo en el plazo más breve posible,⁴⁶ lo que exigirá en muchos casos conceder al Estado miembro un plazo razonable para dar cumplimiento a la sentencia declarativa del incumplimiento.⁴⁷ Por ejemplo, si debe adoptar una nueva Ley para hacer efectiva la transposición de una Directiva, debe concedérsele un plazo suficiente que le permita desarrollar los procedimientos legislativos internos a tal efecto.

3.5. Incumplimiento de sentencia. El Sistema de sumas a tanto alzado y de multas coercitivas

Frente al incumplimiento de una sentencia que declare un incumplimiento por un Estado miembro los Tratados siempre han previsto la posibilidad de presentar un segundo recurso por incumplimiento (recurso por incumplimiento de sentencia) contra el infractor. En estos casos, se ha podido obtener una segunda sentencia que ha servido para constatar, por segunda vez, el incumplimiento en relación con una obligación impuesta por el Derecho de la Unión europea. Los caracteres de la sentencia en este segundo recurso han sido los mismos que los descritos en el epígrafe anterior. Nos hemos encontrado en una situación de debilidad para actuar contra un infractor persistente.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, sin embargo, los Tratados han reforzado los poderes de la Comisión europea y del Tribunal de Justicia a la hora de perseguir los incumplimientos. El art. 260.2 TFUE prevé la posibilidad de imponer al Estado afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva si el TJ declara que ha incumplido

46 Vid. por ejemplo TJ, sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Comisión c. Portugal*, C-457/07, FJ 38.

47 No obstante, el Estado sí debe iniciar inmediatamente los procedimientos necesarios para ejecutar la sentencia, por lo que, si no respetara esta última obligación, se puede presentar un recurso por incumplimiento de sentencia aunque no haya transcurrido dicho plazo razonable (vid. al respecto Van Rijn, 2008: 93).

una sentencia. En la práctica, la multa coercitiva implica el pago de una cantidad periódica (diaria, semestral...) durante el tiempo que dure el incumplimiento de la sentencia del TJ. Sin embargo, la suma a tanto alzado obliga al pago de un montante global.

La sentencia del TJ de 4 de julio de 2000 constituye el primer caso de aplicación de esta figura.⁴⁸ Ante el incumplimiento de Grecia, al no haber adoptado las medidas necesarias para eliminar en una de sus regiones los residuos tóxicos procedentes de bases militares, de la industria y de hospitales, vertidos a un torrente cercano al mar, y puesto que la Comisión no tenía conocimiento de ninguna actuación dirigida a dar ejecución a la sentencia que había emitido el TJ en 1992 declarando el incumplimiento, la Comisión inició un nuevo procedimiento en 1995. El TJ consideró que, al menos en parte, el incumplimiento persistía, y que debía imponer una multa coercitiva a Grecia de 20 000 euros por día de retraso en la ejecución de la sentencia de 1992 a partir del 4 de julio de 2000.

Obsérvese que, salvo en el supuesto indicado en el epígrafe anterior, la imposición de la «sanción» económica requiere una doble intervención del TJ. En primer término, declarando el incumplimiento. Más tarde, declarando el incumplimiento de la primera sentencia y, si lo estima oportuno, ahora ya imponiendo una suma a tanto alzado o una multa coercitiva.⁴⁹

El recurso por incumplimiento de sentencia consta también de dos fases, pues la Comisión, antes de dirigirse al TJ (fase judicial) debe comunicar al Estado su apreciación, en el sentido de que ha incumplido una sentencia del TJ, con objeto de que pueda presentar sus observaciones (fase precontenciosa). Es preciso resaltar que el TFUE solo exige a la Comisión dar la opción al Estado de presentar sus observaciones, lo que hace mediante el envío de una carta de requerimiento. Sin embargo, ahora ya no aparece ninguna mención a la necesidad de emitir un Dictamen motivado antes de acudir al TJ, modificación que ha servido para abreviar el procedimiento.

48 *Comisión c. Grecia*, C-387/97.

49 En relación con sentencias que afectan a España desde este punto de vista, vid. por ejemplo TJ, sentencia de 25 de noviembre de 2003, *Comisión c. España*, C-278/01; TJ, sentencia de 11 de diciembre de 2012, *Comisión c. España*, C-610/10.

No resulta pacífico en la doctrina si a lo largo de este procedimiento vuelve a entrar en juego la discrecionalidad de la Comisión europea en el momento de decidir la activación del art. 260.2 TFUE, al menos en lo que se refiere a la fase precontenciosa. En relación con la activación de la fase judicial, la letra del Tratado avala dicha discrecionalidad, pues solo la Comisión sabrá si «estima» que el Estado ha incumplido la sentencia (será el momento idóneo para valorar a la luz de las circunstancias concretas si ha transcurrido aquel plazo razonable); en ese caso, «podrá» someter el asunto al TJ. Ahora bien, si lo hace, «indicará» (imperativamente) el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que a su juicio se adapte a las circunstancias del caso concreto.

El momento idóneo para que la Comisión indique el importe de la suma a tanto alzado y/o de la multa coercitiva es el de la presentación de la demanda ante el TJ. El TFUE prevé que la Comisión fije un importe que pueda considerarse adaptado a las circunstancias del caso concreto.

Al no establecer reglas adicionales, la Comisión ha venido adoptando diversas comunicaciones en la que establece los criterios a retener para calcular las sumas a tanto alzado y las multas coercitivas. Actualmente, es preciso tener en cuenta la Comunicación de 2005 sobre la aplicación del art. 228 del Tratado CE (hoy artículo 260.1 y 2 TFUE),⁵⁰ junto con las actualizaciones anuales que se realizan para tener en cuenta la evolución de la inflación y del PIB de cada Estado.⁵¹

Ahora bien, desde la primera sentencia pronunciada por el TJ en relación con este tipo de procedimientos, dejó claro que las indicaciones que realiza al respecto la Comisión europea cuando presenta un recurso por incumplimiento de sentencia son meras referencias útiles y que no se considera vinculado por ellas. Ese es el valor que tienen las referidas Comunicaciones de la Comisión: «directrices como las contenidas en las Comunicaciones de la Comisión no vinculan al Tribunal de Justicia, sino que

50 SEC (2005) 1658.

51 Vid. Comunicación de la Comisión (2017/C 431/02). Actualización de los datos para calcular las sumas a tanto alzado y las multas coercitivas que propondrá la Comisión al Tribunal de Justicia en los procedimientos de infracción, DO C 431 de 15.12.2017, p. 3.

contribuyen a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de la actuación de dicha Institución».⁵²

El TJ, no solo no está vinculado por la cuantía que le propone la Comisión con carácter general, sino que tampoco está obligado a imponer la sanción a pesar de la indicación que le realiza la Comisión europea. Así, ha señalado el propio TJ que «la oportunidad de imponer una sanción pecuniaria y la elección de la sanción que mejor se ajusta a las circunstancias del asunto solo pueden ser apreciadas a la luz de las conclusiones a que llegue el Tribunal de Justicia en la sentencia que dicte con arreglo al artículo 228 CE, apartado 2 y, por tanto, están fuera de la esfera política».⁵³

Por otro lado, el TJ se ha pronunciado sobre la idoneidad de acudir a una u otra medida (suma a tanto alzado o multa coercitiva) destacando, en primer término, que ambas sirven al mismo objetivo («inducir a un Estado miembro infractor a ejecutar una sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento y, por ende, garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario»)⁵⁴ por lo que «la aplicación de una u otra de estas medidas depende de la idoneidad de cada una de ellas para cumplir el objetivo perseguido en función de las circunstancias del caso concreto» («Si la imposición de una multa coercitiva resulta especialmente adaptada para inducir a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento que, de no existir dicha medida, tendría tendencia a persistir, la imposición del pago de una suma a tanto alzado descansa más bien en la apreciación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro afectado en los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido largo tiempo después de la sentencia que inicialmente lo declaró». FJ 81). Si hasta el citado asunto *Comisión c. Francia* la Comisión había considerado que la multa coercitiva era el instrumento idóneo para asegurar la ejecución de la sentencia, tras

52 Por ejemplo, TJ sentencia de 10 de enero de 2008, *Comisión c. Portugal*, C-70/06, FJ 34.

53 As. C-304/02, FJ 90. Vid. sobre esta sentencia Wenneras (2006: 50).

Así, en algunos casos el TJ ha declarado el incumplimiento de una sentencia, pero no ha impuesto ninguna sanción, aunque la Comisión sí lo había solicitado. Vid. por ejemplo TJ, sentencia de 18 de julio de 2006, *Comisión c. Italia*, C-119/04.

54 TJ, sentencia de 12 de julio de 2005, *Comisión c. Francia*, C-304/02, FJ 80.

dicho asunto la Comisión suele indicar la imposición de ambas figuras. Se trata de una práctica iniciada a raíz de la misma sentencia pues el TJ señaló que «no cabe excluir el uso de los dos tipos de sanciones previstos [...] en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido durante largo tiempo y tiende a persistir».⁵⁵ En el caso, el TJ impuso simultáneamente el pago de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado, aunque la Comisión solo había solicitado una multa.

A la hora de fijar la sanción a imponer, el TJ señala que deben determinarse en función del grado de persuasión necesario para que el Estado modifique su comportamiento. Debe ser «adecuada a las circunstancias y [...] proporcionada al incumplimiento declarado [...]». «Los criterios de base que deben tomarse en consideración para garantizar la naturaleza coercitiva de la multa... son, en principio, la duración de la infracción» (a contar desde que se dictó la sentencia por incumplimiento), «su gravedad y la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución sobre los intereses privados y públicos así como la urgencia que exista de que el Estado miembro de que se trate cumpla sus obligaciones».⁵⁶

Como pregunta final debemos plantearnos qué ocurre si un Estado miembro incumple también esta sentencia en la que el TJ declara su incumplimiento de una sentencia anterior y le impone adicionalmente una multa y una suma. Mientras no ejecute la sentencia, la multa seguirá aplicándose y este extremo es vigilado por la Comisión europea. Pero ¿puede cobrarse del Estado las cantidades indebidas en caso de impago? El problema es que el art. 299 TFUE no considera títulos ejecutivos los actos que imponen obligaciones pecuniarias a los Estados. Como ha señalado

55 FJ 82. «Es competencia del Tribunal de Justicia apreciar en cada asunto, teniendo en cuenta sus características específicas, las sanciones pecuniarias que procede imponer. En estas circunstancias, el hecho de que en asuntos juzgados anteriormente no se hayan impuesto simultáneamente dichas medidas no constituye *per se* un obstáculo para tal imposición simultánea en un asunto posterior, siempre que resulte procedente habida cuenta de la naturaleza, la gravedad y la persistencia del incumplimiento declarado» (FJ 86).

56 TJ, sentencia de 12 de julio de 2005, *Comisión c. Francia*, C-304/02, FJ 103 y 104.

BLANC, el poder de la Comisión en estos casos reside en su función presupuestaria.⁵⁷ El Tribunal General ha señalado al respecto que,

habida cuenta de que una sentencia del Tribunal de Justicia, dictada con arreglo al artículo 228 CE, apartado 2, condena a un Estado miembro a pagar a la Comisión, en la cuenta «Recursos propios de la Comunidad Europea», una multa coercitiva, y de que la Comisión ejecuta el presupuesto en virtud del artículo 274 CE, le incumbe a esta recaudar las cantidades adeudadas al presupuesto de la Unión en ejecución de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los reglamentos adoptados en ejecución del artículo 279 CE.⁵⁸

Bibliografía

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2013), «Comunidades Autónomas y repercusión económica *ad intra* de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Catalana de dret públic*, n.º 47, pp. 40-60. DOI:10.2436/20.8030.01.11

BLANC, D. (2014), «Les procédures du recours en manquement, le traité, le juge et le gardien: entre unité et diversité en vue d'un renforcement de l'Union de Droit», en S. Mahieu (dir.), *Contentieux de l'Union Européenne*, Larcier, pp. 429-461.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. (1997), *La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario*, McGraw-Hill.

FRUTOS MIRANDA, J. (2010), «El procedimiento por inejecución de las sentencias declarativas de incumplimiento: estado de la cuestión», *REDE*, n.º 35, pp. 409-437.

LLOPIS CARRASCO, R. M. (2012), «El recurso por incumplimiento en el derecho de la UE», en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, tomo V, Sistema jurisdiccional de la UE*, CEU-San Pablo, Aranzadi, pp. 221-319.

LOUIS, J. V. (1987), «Le rôle de la Commission dans la procédure de manquement selon la jurisprudence de la Cour de Justice», en *Du droit international au droit de l'intégration*, Mélanges P. Pescatore, Nomos Verlag, pp. 387-409.

MATERNE, T. (2012): *La procédure en manquement d'État*, Larcier.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2015), «¿Cómo se derivan entre las administraciones españolas las responsabilidades financieras por el incumplimiento del derecho

57 BLANC (2014), p. 451.

58 TG, sentencia de 29 de marzo de 2011, *Portugal c. Comisión*, T-33/09, FJ 62.

de la Unión Europea?», *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 51, pp. 537-572.

PARDO IRANZO, V. (2013), «El recurso por incumplimiento», en *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Aranzadi, pp. 135-154.

PINGEL, I. (dir.) (2010): *De Rome á Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbin, Dalloz, Bruylant.

PRETE, L., y B. SMULDERS (2010), «The coming of age of infringement proceedings», *CMLRev.*, n.º 47, pp. 9-61.

VAN RIJN, Th. (2008), «Non-exécution des arrêts de la Cour de Justice par les États membres», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 44, pp. 83-122.

WENNERAS, P. (2006), «A new dawn for Commission enforcement under articles 226 and 228 EC: general and persistent (GAP) infringements, lump sums and penalty payments», *CMLRev*, n.º 43, pp. 31-62.

ASPECTOS BÁSICOS DEL FUNCIONAMIENTO DEL MECANISMO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Enrique J. Martínez Pérez*

Universidad de Valladolid

4.1. Introducción

La cuestión judicial se regula en el artículo 247 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los siguientes términos:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantea una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

* Profesor titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales.
<enriquejesus.martinez@uva.es>.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

La remisión judicial tiene por objeto garantizar la interpretación y la aplicación uniformes del Derecho de la Unión Europea, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con carácter prejudicial, cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.¹ Es una técnica, presente también en algunos sistemas jurídicos de los Estados miembros,² que permite al juez nacional (juez *a quo*) ante el que se está dirimiendo un litigio interno que exige la aplicación de una norma comunitaria, dirigirse al Tribunal de Justicia para que la interprete. Con este instrumento se pretenden evitar interpretaciones diferenciadas derivadas de las peculiaridades propias de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Se basa, pues, en una estrecha colaboración entre los órganos jurisdiccionales internos y europeos,³ en donde si no hay una relación jerárquica entre ellos, aquellos están obligados a respetar las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es cierto que su planteamiento provoca la

1 Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2016/C 439/01), DOUE C 439/1, de 25 de noviembre de 2016. En estas recomendaciones se recogen las características esenciales del procedimiento prejudicial y se ofrecen a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia todas las indicaciones prácticas necesarias para que este último pueda pronunciarse útilmente sobre las cuestiones planteadas.

2 Debe distinguirse, no obstante, esta institución de otras afines como el mecanismo implantado por el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango solicitar opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio o sus Protocolos. Las diferencias afectan a la legitimación («altos tribunales»), a su carácter facultativo, su alcance (limitada a la interpretación, no a validez), su finalidad (reforzamiento de la subsidiariedad) y sus efectos jurídicos (R. Alonso García, 2014: 179-186).

3 Sentencia de 1 de diciembre de 1965, *Schwarze*, C-16/65, ECLI:EU:C:1965:117, Ft.1.

suspensión del proceso que se está dilucidando a nivel nacional, ya que la contestación que ofrezca el Tribunal va a determinar su resultado, pero se respeta la autonomía de los tribunales nacionales.⁴ Aunque el Tribunal de Justicia adopta su decisión teniendo necesariamente en cuenta el contexto jurídico y fáctico del litigio principal, no es él quien aplica el Derecho de la Unión al litigio; se esfuerza por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión. No obstante, puede ocurrir que en ciertas ocasiones se extralímite y usurpe la competencia del juez nacional ante la dificultad que conlleva interpretar una norma sin solventar una controversia,⁵ convirtiéndose así, con el paso de los años, en una vía indirecta de la compatibilidad de los derechos nacionales con el derecho de la UE.⁶

Como se ha apuntado, estamos ante un procedimiento «con un marcado acento de orden público, en tanto que el artículo 267 del TFUE constituye una de las disposiciones fundamentales para el mantenimiento del orden y seguridad jurídica dentro de la UE».⁷ Muchos de los principios que rigen las relaciones entre el Derecho de la UE y los ordenamientos internos de los Estados han nacido en el contexto de este diálogo entre

4 Véase al respecto las Conclusiones del Abogado General presentadas el 22 de abril de 2009 en el asunto ČEZ, C-115/08, ECLI:EU:C:2009:242, apartado 20.

5 V. Bou Franch (dir.) (2014: 399).

6 Nos recuerda el profesor Ricardo Alonso García que podemos encontrar en la jurisprudencia cuestiones prejudiciales de interpretación en las que sin referirse claramente a una concreta norma interna se realiza un juicio de conformidad, como sería el caso, en relación con nuestro país, del asunto Transportes urbanos (Sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, apartado 49) en el que el Tribunal de Justicia dictaminó que «El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (R. Alonso García, 2014: 11-12).

7 M. Cienfuegos Mateo (2014: 6)

tribunales, como son los principios de eficacia directa o primacía del Derechos de la UE.⁸ Desde luego es el procedimiento más utilizado ante el Tribunal de Justicia. De los 739 asuntos iniciados en 2017 (cifra récord en la historia de la Institución) 533 fueron peticiones de decisión prejudicial (72,12 %), lo que representó un 13 % más respecto al año 2016.⁹ Veamos ahora los principales elementos que lo conforman.

4.2. El objeto de las cuestiones prejudiciales

La cuestión prejudicial, considerada como la piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión Europea,¹⁰ no es solo una vía para armonizar la aplicación del Derecho de la UE¹¹ sino también un modo adicional «para el control de la legalidad de los actos de las Instituciones, que contempla la protección jurisdiccional de los particulares, dado su limitado acceso al recurso de anulación».¹² A pesar de este doble objetivo, el TFUE no hace una regulación separada. Comencemos por la primera de ellas.

A. La cuestión prejudicial de interpretación

Pueden ser objeto de una cuestión prejudicial de interpretación tanto el derecho originario (los Tratados constitutivos y los Tratados que los modifican, así como los Tratados de Adhesión y sus Protocolos) como el derecho derivado, que comprende los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sean vinculantes o no vinculantes, como las recomendaciones y los dictámenes, típicos o atípicos. Igualmente, son admitidas peticiones de interpretación de las resoluciones del pro-

8 R. Alonso García (2011: 15-16).

9 *Informe Anual 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_es_web.pdf>).

10 J. L. Iglesias Buhiges (2013: 20).

11 El Tribunal de Justicia declaró ya en 1974 que el procedimiento prejudicial es «esencial para preservar el carácter [de la Unión] del Derecho instituido por el Tratado [y] tiene por objeto garantizar que, en cualesquier circunstancias, este Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados de la [Unión Europea]» (Sentencia de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen Düsseldorf*, C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3, apartado 2).

12 A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras (2016: 466).

pio Tribunal de Justicia, los acuerdos internacionales ratificados por la UE así como otras normas no escritas y los principios generales del derecho.¹³

Puede tener también conocimiento el Tribunal de peticiones relativas a la interpretación de *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Ahora bien, como en virtud del artículo 51, apartado 1, las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, para que prospere una cuestión prejudicial debe quedar de manera clara e inequívoca que una norma comunitaria diferente a la Carta es aplicable al litigio principal, pues sus disposiciones no pueden eventualmente ser invocadas por sí solas.¹⁴

Las peticiones judiciales abordan materias muy variadas, como los transportes y la fiscalidad, la protección de los consumidores, la política social y el medio ambiente. El aumento más importante se ha producido en el ámbito del título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), debido a la crisis migratoria y a las medidas nacionales adoptadas al respecto.¹⁵

B. La cuestión prejudicial de interpretación de validez

Los jueces nacionales pueden preguntar también sobre la validez de los actos normativos adoptados por las instituciones, órganos y organismos aplicables a la solución del litigio nacional. La competencia del Tribunal para conocer de las cuestiones prejudiciales de validez en este caso es más limitada. No comprende el derecho originario (los Tratados, las Actas de Adhesión y sus Protocolos), la legalidad de los tratados internacionales, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia o los actos no vinculantes.¹⁶

Respecto a las medidas adoptadas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común se excluye en principio la competencia del Tribunal de Justicia (art. 275 TFUE). No obstante, el propio Tribunal ha abierto

13 A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras (2016: 458).

14 *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, apartado 10.

15 *Informe Anual 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, p. 109.

16 V. Bou Franch (2014: 400-401).

recientemente la puerta a que los órganos jurisdiccionales internos recurran a la cuestión prejudicial en esta materia.¹⁷ En concreto, señaló que:

los artículos 19 TUE, 24 TUE y 40 TUE, el artículo 275 TFUE y el artículo 47 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE sobre la validez de actos que, como la Decisión 2014/512, hayan sido adoptados sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC, siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen, bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el artículo 40 TUE, bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas.¹⁸

Recordamos que el artículo 24 TUE, apartado 1, y el artículo 275 TFUE, párrafo segundo, atribuyen al Tribunal la competencia material para pronunciarse sobre la validez de actos de la Unión, en concreto, cuando se trata de medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas, de modo que sería contrario al principio de la tutela judicial efectiva excluir que los órganos jurisdiccionales internos puedan plantear cuestiones relativas a la validez de decisiones del Consejo por las que se establezca la adopción de dichas medidas.¹⁹

En este caso se trata de un incidente prejudicial estrechamente ligado a la vía procesal que contempla el recurso de anulación, destinada a controlar la legalidad de los actos de las Instituciones de la Unión Europea²⁰ y, por tanto, a proteger también los intereses de las personas físicas y jurídicas.²¹ De hecho, y al igual que los motivos de anulación, pueden ser invocadas tanto cuestiones de legalidad formal como de legalidad material.²²

Los órganos jurisdiccionales pueden desestimar los motivos de invalidez que las partes aleguen respecto a los actos de las Instituciones pero no tienen la facultad de declararlos inválidos, competencia reservada al Tribu-

17 Al respecto, P. Andrés Sáenz de Santa María (2017: 871-903).

18 Sentencia de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C72/15, EU:C:2017:236, apartado 81.

19 Ibíd., Apartado 76.

20 Sentencia de 23 de abril de 1986, *Los Verdes c. Parlamento Europeo*, ECLI:EU:C:1986:166, apartado 23.

21 A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras (2016: 467).

22 A. Sánchez Legido (1994: 276 y ss.).

nal de Justicia.²³ Consiguientemente, si tiene dudas sobre la validez está obligado a solicitar la intervención del Tribunal de Justicia indicando las razones correspondientes.²⁴

4.3. El planteamiento de la cuestión prejudicial

La cuestión prejudicial es un instrumento de colaboración procesal entre órganos jurisdiccionales que no puede ser activado ni por los Estados miembros ni por las instituciones europeas. Por tanto, es el juez interno el único que puede dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que interprete o determine la validez de una norma comunitaria. Es pues en este punto necesario preguntarse qué entiende el TJUE por órgano jurisdiccional, cuándo están obligados a plantear la cuestión prejudicial y cuáles son los elementos esenciales del procedimiento prejudicial.

A. ¿Quién puede plantearla?: el concepto de *órgano jurisdiccional*

La primera cuestión que debe resolver el Tribunal de Justicia ante una petición de decisión prejudicial es comprobar si estamos ante un órgano de naturaleza jurisdiccional de uno de los Estados miembros. Ante la existencia de realidades jurídicas muy diferentes, el Tribunal no descarta las solicitudes por el mero hecho de que no estemos ante un órgano calificado como jurisdiccional en el Derecho nacional,²⁵ ya que ha elaborado un concepto autónomo que ha dado lugar a que órganos que no forman parte del sistema jurisdiccional de los Estados miembros puedan presentar peticiones. Así pues, lo relevante no es la calificación jurídica del órgano, sino más bien sus características materiales, lo que exige que se examine los elementos estructurales y funcionales del órgano remitente.²⁶

23 Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, C- 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, apartados 16-18.

24 *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, apartado 7.

25 Así, por ejemplo, aunque el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic se considera en Derecho español un órgano administrativo, el TJUE ha reconocido su carácter jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE (Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, apartado 16 y ss.)

26 Conclusiones del Abogado General Jääskinen en el asunto *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664, apartado 13.

Los elementos que emplea el Tribunal para identificar el carácter de órgano jurisdiccional son: su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del referido órgano de normas jurídicas y su independencia.²⁷ A partir de estos criterios ha rechazado las peticiones de los órganos estrictamente administrativos (como el Tribunal de Cuentas) pero ha admitido los de algunas comisiones arbitrales (de derecho público) al cumplir los requisitos antes citados.²⁸

Por lo que se refiere a España, el Tribunal ha aceptado el carácter jurisdiccional, aunque no forma parte del Poder Judicial, del Tribunal de Defensa de la Competencia,²⁹ los Tribunales Económico-Administrativos³⁰ y el Tribunal Constitucional.³¹ En total, se han presentado 460 cuestiones judiciales: 1 del Tribunal Constitucional, 78 del Tribunal Supremo y el resto de otros órganos jurisdiccionales.³²

B. ¿Cuándo es obligatorio dirigirse al Tribunal?: *el juicio de relevancia*

El juez interno *puede* dirigirse al Tribunal de Justicia cuando considere que la interpretación o validez de una norma de derecho de la UE es necesaria para emitir un fallo judicial. En cambio, queda *obligado* a plantear la cuestión si se trata de un órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso (tercer párrafo del artículo 267 del TFUE). Esta obligación de someter una cuestión prejudicial se inserta en el marco de colaboración entre los órganos judiciales internos y el Tribunal de Justicia para una correcta aplicación e interpretación uniforme

27 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, EU:C:1997:413, apartado 23.

28 Sentencias de 24 de mayo de 2016, *MT Højgaard y Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347; de 27 de octubre de 2016, *Hörmann Reisen*, C-292/15, EU:C:2016:817, y de 8 de junio de 2017, *Medisanus*, C-296/15, EU:C:2017:431.

29 Sentencia de 16 de julio de 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada*, C-67/91, ECLI:EU:C:1992:330.

30 Sentencia de 1 de abril de 1993, *Diversinte y Iberlacta*, C-260/91, ECLI:EU:C:1993:136.

31 Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107

32 *Informe Anual 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, p. 129.

en el conjunto de Estados miembros del Derecho de la UE,³³ de tal modo que se impida que se afiance en un Estado una jurisprudencia nacional incompatible con las normas del Derecho de la Unión.³⁴ Es además, la última oportunidad que tienen los particulares para alegar los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico de la UE, pues son los órganos que resuelven en última instancia los que se encargan de la interpretación uniforme de las normas jurídicas.³⁵

Lo dicho anteriormente solo es aplicable a las cuestiones prejudiciales de interpretación. Cuando la suerte de un litigio interno dependa de la validez de una norma comunitaria, los órganos nacionales están obligados a plantear la cuestión prejudicial aunque quien decida no sea la última instancia, toda vez que es el Tribunal de Justicia el competente en exclusiva para declarar la invalidez de una norma de la UE.³⁶

No obstante, quedan exonerados de esta obligación los jueces nacionales cuando comprueben que la cuestión promovida no es pertinente, o bien porque la norma de la UE ya fue objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o bien porque la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna. Dicha situación debe apreciarse en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales.³⁷

El juez nacional, aunque goza de un amplio margen de apreciación para decidir si solicita una cuestión prejudicial, debe atenerse a las exigencias o requisitos determinados por el Derecho de la UE. En primer lugar, debemos estar ante un litigio interno pendiente de resolución judicial en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter

33 Sentencia de 9 de septiembre de 2015, *X y van Dijk*, C72/14 y C197/14, EU:C:2015:564, apartado 54.

34 Sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Intermodal Transports*, C495/03, EU:C:2005:552, apartado 29.

35 Sentencias de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C173/03, EU:C:2006:391, apartado 31.

36 Sentencia de 22 de noviembre de 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, EU:C:1987:452.

37 Sentencia de 6 de octubre de 1982, *Cilfit y otros*, C- 283/81, EU:C:1982:335, apartado 7.

jurisdiccional.³⁸ Si ya hubiese finalizado, de nada serviría la respuesta que el Tribunal de Justicia diese al problema planteado.

En segundo lugar, debemos estar ante un litigio real. La justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio.³⁹

Y en tercer lugar, el órgano nacional debe realizar lo que se denomina un *juicio de relevancia*, esto es, una valoración razonada de la necesidad de la intervención del Tribunal de Justicia. Una disposición de derecho nacional no puede incorporar exigencias adicionales que impidan el planteamiento de una decisión prejudicial.⁴⁰ Al respecto, y según reiterada jurisprudencia, los órganos internos gozan de una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones comunitarias que requieren una decisión por parte de ellos.⁴¹ Pero, aunque es el juez interno el dueño del proceso, no debería plantearse la cuestión cuando la pregunta planteada puede contestarse con claridad a partir de las normas de la UE o existe una jurisprudencia afianzada al respecto. Con todo, como ha recomendado el propio Tribunal de Justicia, una petición «puede revelarse especialmente útil cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional nacional una

38 Sentencia de 12 de noviembre de 1998, *Victoria Film*, C-134/97, EU:C:1998:535, apartado 14.

39 Sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Private Equity Insurance Group*, C156/15, EU:C:2016: 851, apartado 56 y jurisprudencia allí citada.

40 Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición del Derecho nacional en la medida en que esta se interpreta de modo que, en relación con una cuestión relativa a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión, cuando una sala de un órgano jurisdiccional de última instancia no comparte la orientación marcada por una resolución del Pleno de ese órgano jurisdiccional, dicha sala debe remitir la cuestión al mencionado Pleno y no puede, por tanto, plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia» (Sentencia de 5 de abril de 2016, *PFE*, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199). Al respecto, M. Cienfuegos Mateo (2017: 98-127).

41 Sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C210/06, EU:C:2008:723, apartado 88, y de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C188/10 y C189/10, EU:C:2010: 363, apartado 41.

nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o bien cuando la jurisprudencia existente no parezca ofrecer la claridad imprescindible en un contexto jurídico o fáctico inédito».⁴²

El incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial podría, desde una perspectiva europea, desencadenar, aunque no sin dificultades,⁴³ un recurso por incumplimiento y la responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional. El juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios deberá tener en cuenta una serie de criterios entre los que figuran, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial.⁴⁴

En el plano interno, el no planteamiento de una cuestión prejudicial podría suponer, a través de la vía del recurso de amparo, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Como ha resumido recientemente nuestro Tribunal Constitucional:

a) Dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción. b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE. c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí

42 *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, apartado 5.

43 Al respecto, L. N. González Alonso (2004); P. Martín Rodríguez (2014: 829-868); A. Sánchez Legido (1994: 266).

44 Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 55.

ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.⁴⁵

C. El procedimiento

La decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde de forma exclusiva e irreversible al órgano judicial que resuelve el litigio,⁴⁶ con independencia de que las partes del litigio principal hayan solicitado o no que se someta la cuestión al Tribunal de Justicia. El juez nacional es el que está mejor situado para decidir en qué fase del procedimiento tiene que plantear la cuestión prejudicial. No obstante, y según el propio Tribunal de Justicia, la decisión debe adoptarse cuando «el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de determinar, con suficiente precisión, el contexto jurídico y fáctico del asunto principal y las cuestiones jurídicas que desea plantear. En aras de una recta administración de la justicia, también puede resultar conveniente que la remisión se produzca tras un debate contradictorio».⁴⁷

El órgano jurisdiccional interno, en su condición de *dominus litis*, es el único que puede decidir mantener la petición de decisión prejudicial, modificarla o renunciar a ella.⁴⁸ Ante un recurso interno contra el planteamiento de una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia debe, en aras a la seguridad jurídica, «atenerse a la resolución que haya acordado la remisión prejudicial, la cual debe producir sus efectos siempre que no haya sido anulada o modificada por el órgano jurisdiccional que la dictó, ya que únicamente ese órgano jurisdiccional puede decidir acerca de tal anulación o de tal modificación».⁴⁹

⁴⁵ Sentencia 232/2015, de 5 de noviembre de 2015. Recurso de amparo 1709-2013, BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2015, fto. 5, al respecto R. Alonso García (2011: 1-20); J. Huelin Martínez de Velasco (2011: 375-412) y C. Izquierdo Sans (2011: 1-31).

⁴⁶ Sentencia 135/2017, de 27 de noviembre de 2017, FJ 3.

⁴⁷ *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, apartado 13.

⁴⁸ Véase C. Martínez Capdevila, (2014: 66 y ss.).

⁴⁹ Sentencia de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, apartados 96 y 97.

En principio, no corresponde al Tribunal de Justicia verificar las cuestiones sobre la interpretación planteadas, que disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa a pronunciarse sobre ellas solo es admisible cuando, o bien la consulta no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o bien cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera eficaz a las cuestiones planteadas.⁵⁰

La petición puede adoptar cualquiera de las formas admitidas por el Derecho interno para los incidentes procesales. La resolución de remisión debe, en todo caso, describir el marco jurídico y fáctico en el que se inscribe la cuestión prejudicial, el texto de las disposiciones nacionales aplicables al caso y la jurisprudencia correspondiente, así como las razones concretas que han llevado al órgano interno a plantearse la cuestión.⁵¹ Al tratarse de un incidente procesal, la presentación de una petición entraña la suspensión del procedimiento nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.⁵²

Como no estamos ante un procedimiento contencioso, están autorizadas a presentar observacionales ante el Tribunal, además de las partes en el litigio principal, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación.⁵³

La petición de decisión prejudicial puede tramitarse en determinados casos mediante un procedimiento acelerado o un procedimiento de urgencia; una decisión que corresponde al Tribunal de Justicia de oficio o a petición del juez nacional. En el caso del procedimiento acelerado puede decidirlo cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo. Dicho procedimiento impone restricciones importantes a todos

50 Sentencia de 7 de junio de 2007, *Van der Weerd y otros*, C222/05, ECLI:EU:C:2007:318, apartado 22, y jurisprudencia allí citada.

51 Sentencia de 14 de junio de 2017, *Online Games y otros*, C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452, apartado 43 y jurisprudencia citada.

52 A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras (2016: 470).

53 Artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DO L 228 de 23 de agosto de 2012).

los participantes, que deberán presentar sus observaciones en plazos mucho más breves. Por lo que respecta al procedimiento prejudicial de urgencia únicamente es aplicable en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia. En este caso, la presentación de alegaciones está aún más restringida e incluso puede llegar a suprimirse la fase escrita.⁵⁴ A título ejemplificativo, el Tribunal ha considerado que podría seguir este procedimiento los casos en los que hay «una persona detenida o privada de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona, o bien en un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de hijos menores, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial».⁵⁵

4.4. Los efectos de la sentencia prejudicial

La sentencia es obligatoria desde el día de su pronunciamiento.⁵⁶ Desde ese momento goza de autoridad de cosa juzgada formal, sin posibilidad de revisión, lo cual no impide que pueda presentarse en el futuro una nueva petición sobre la interpretación de las mismas disposiciones europeas interpretadas ante la presencia de nuevos elementos de apreciación que pueda conducir a responder de manera diferente.⁵⁷ La sentencia vincula tanto al juez interno que planteó la petición como a cuantas otras jurisdicciones se ocupan del litigio que la motivó,⁵⁸ y no solo de la parte dispositiva sino también de los fundamentos jurídicos en que los que el Tribunal basa su decisión.⁵⁹

54 Artículos 105 a 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (DO L 217 de 12.8.2016).

55 *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, apartado 33.

56 Artículo 9 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (DO L 217 de 12.8.2016).

57 Auto de 5 de marzo de 1986, Wünsche, C-69/85, ECLI:EU:C:1986:104, apartado 15.

58 Sentencia de 24 de junio de 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor v Hauptzollamt Saarbrücken*, C-29/68, ECLI:EU:C:1969:27.

59 Sentencia de 16 marzo de 1978, *Bosch*, C-135/77, ECLI:EU:C:1978:7.

Tiene además autoridad de cosa interpretada, pues la *ratio decidendi* del fallo, la interpretación a la que llega el Tribunal, deberá ser seguida por los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros si se encuentran en la tesitura de tener que aplicar la norma europea objeto de la petición. Cabe recordar de nuevo que la finalidad de este mecanismo es evitar interpretaciones divergentes del ordenamiento jurídico de la UE.

Ante una declaración prejudicial de invalidez el juez nacional estará obligado a no aplicar el acto europeo declarado inválido. Con el objeto de no crear incertidumbre en torno al Derecho de la UE aplicable, cualquier otro órgano jurisdiccional nacional deberá igualmente considerar inválido dicho acto cuando tenga que resolver un litigio interno.⁶⁰ Como se ha apuntado, su fundamento «se deriva de la autoridad de cosa juzgada material, que impide entrar a juzgar dos veces el fondo del mismo asunto y, por lo tanto, a cuestionar una invalidez ya declarada o examinar nuevos motivos de ilegalidad de una norma ya inválida».⁶¹ No obstante, la sentencia no puede anular el acto (que solo podría lograrse mediante el recurso del anulación que contempla el artículo 263 del TFUE) de modo que seguirá formalmente subsistiendo hasta que la institución correspondiente proceda a su derogación o modificación.

De acuerdo con una jurisprudencia constante, «la interpretación que da el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, a una norma de Derecho de la Unión aclara y específica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como esta debe o habría debido entenderse y aplicarse en el momento de su entrada en vigor. En otros términos, una sentencia prejudicial no tiene valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada».⁶² Consecuentemente, la

60 Sentencia de 13 de mayo de 1981, *International Chemical Corporation*, C-66/80, EU:C:1981: 102, apartado 13.

61 M. Cienfuegos Mateo, «Eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal de...», p. 125.

62 Sentencia de 16 de enero de 2014, *Pohl*, C-429/12, EU:C:2014: 12, apartado 30.

norma europea correspondiente puede y debe ser aplicada a las relaciones jurídicas nacidas antes de la sentencia prejudicial.⁶³

Con carácter excepcional el Tribunal puede, en aras a la seguridad jurídica, limitar los efectos en el tiempo de la sentencia.⁶⁴ Se debe hacer en la misma sentencia que resuelve la cuestión prejudicial para garantizar la igualdad de trato de los Estados miembros y de los demás justiciables.⁶⁵

Si el juez nacional ofrece una interpretación diferente a la fijada por el Tribunal o deja de aplicar una norma cuya invalidez ha sido rechazada por él, podría dar lugar a un recurso por incumplimiento y, de no ser corregido, en el plano interno, a una responsabilidad patrimonial del Estado.⁶⁶

A su vez, el incumplimiento de una sentencia prejudicial abriría la puerta a una posible demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.⁶⁷

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, R. (2003), *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ALONSO GARCÍA, R. (2011), «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», *WP IDEIR*.

ALONSO GARCÍA, R. (2014), «La novedosa opinión consultiva del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en R. Alonso García y J.I. Ugartemendia Eceizabarrena (dirs.), *La cuestión prejudicial europea*, European inklings (EUi), n.º 4, IVAP, pp. 179-186.

⁶³ Sentencia de 6 de marzo de 2007, *Meilicke*, C292/04, EU:C:2007: 132, apartado 34.

⁶⁴ Sentencia de 4 de octubre de 2001, *Athinaiki Zythopoiia*, C-294/99, ECLI:EU:C:2001: 505, apartado 36.

⁶⁵ Sentencia de 6 de marzo de 2007, *Meilicke*, C292/04, EU:C:2007: 132, apartado 37.

⁶⁶ Con detalle, E. Cobreros Mendazona (2016: 83-108) y M.C. Núñez Lozano (2017: 549-614).

⁶⁷ M. Cienfuegos Mateo (2008: 47-101).

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. (2017), «Mejorando la lex imperfecta: tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial en la PESC (a propósito del asunto Rosneft)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 58, pp. 871-903.

BOU FRANCH, V. (dir.) (2014), *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor.

CIENFUEGOS MATEO, M. (2008), «El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica», en S. Ripoll Carrulla (dir.), *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, IVAP, Oñate, pp. 47-101.

CIENFUEGOS MATEO, M. (2014), «Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial», en R. Alonso García y J.I. Ugartemendia Eceizabarrena (dirs.), *La cuestión prejudicial europea*, European inklings (EUi), n.º 4, IVAP, pp. 28-43.

CIENFUEGOS MATEO, M. (2017), «Eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal de Justicia e inaplicabilidad de las normas y prácticas nacionales limitativas del procedimiento de cuestiones prejudiciales. A propósito de la sentencia *Puligienica Facility Esco*, de 5 de abril de 2016», *Revista General de Derecho Europeo* (iustel.com), vol. 41, pp. 98-127.

COBREROS MENDAZONA, E. (2016), «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira da Silva», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, pp. 83-108.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (2004), «La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracciones del Derecho Comunitario imputables a sus órganos jurisdiccionales. A propósito de la sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 3.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (2011), «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (una aproximación “post-Lisboa”)», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 39, pp. 375-412.

IGLESIAS BUHIGES, J. L. (2013), «El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración», en V. Pardo Iranzo (dir.), *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 19-38.

IZQUIERDO SANS, C. (2011), «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución Española», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 23, pp. 1-31.

JIMENO BULNES, M. (1996), *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch, Barcelona.

MANGAS MARTÍN, A., y D. J. LIÑÁN NOGUERAS (2016), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 9.^a edición, Madrid.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. (2014), «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.^o 19, pp. 869-903.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (2005), «El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.^o 20, pp. 135-174.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (2014), «La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (Un diálogo iniciado por el juez *a quo* y presidido por la utilidad para este, aunque no solo...)», en R. Alonso García, y J.I. Ugartemendia Eceizabarrena (dirs.), *La cuestión prejudicial europea*, European inklings (EUi), n.^o 4, IVAP.

NÚÑEZ LOZANO, M.C. (2017), «La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los Actos Nacionales», en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP, Madrid, pp. 549-614.

PESCATORE, P. (1993), «L'article 177», en V. Constantinesco, D. Simon y A. Barav, *Le Traité CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, pp. 113 y ss.

SÁNCHEZ LEGIDO, A. (1994), *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa comunitaria. El acceso del individuo al control jurisdiccional de los Reglamentos comunitarios*, Universidad de Castilla La Mancha.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D. (2004), *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid.

DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA RECEPCIÓN DE LA INTEGRACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN

Aída Fernández de los Campos y Emma Ortiz Arciniegas*
Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB

5.1. Introducción

La actual era de la globalización¹ con una creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local, genera desigualdades para los pueblos del planeta.

Los países en vías de desarrollo, como los latinoamericanos, grupo al cual pertenece Colombia, deben buscar modelos alternativos que les permitan aprovechar las ventajas de la contemporaneidad. Es así como los Estados encuentran en la integración una forma de enfrentar el proceso globalizador en términos favorables, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes, como en el caso de la Comunidad Andina.²

Las primeras manifestaciones de la integración regional latinoamericana se remontan al siglo XIX con las propuestas de los Libertadores tales

* Profesoras de la Línea de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. demafc@unab.edu.co y eortiz@unab.edu.co.

1 A. Fernández de los Campos y E. Ortiz Arciniegas (2017: 9).

2 En adelante «CAN».

como Simón Bolívar y Miranda. Posteriormente, en las décadas de 1930 y 1940, los Estados del Cono Sur expresaron su interés por promover acuerdos de libre comercio que les permitiera incrementar los mercados, los intercambios, la especialización y el logro de economías de escala.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se implementan diferentes estrategias de desarrollo que condicionan la evolución del pensamiento integracionista hasta el presente.³ De esta manera es posible distinguir el viejo regionalismo, el nuevo regionalismo, el regionalismo abierto de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL y el regionalismo postliberal, cuyas características se describen a continuación.

El viejo regionalismo o regionalismo cerrado surge en el periodo de la posguerra, en el cual coexisten Gobiernos dictatoriales con elementos democráticos. Se desarrolla en el marco de la implementación de la industrialización por sustitución de importaciones ISI caracterizada por el bajo desarrollo tecnológico productivo, la prevaleciente especialización internacional del trabajo y la intervención del Estado. Como estrategia de desarrollo global se busca promover el crecimiento económico y social de la región, y revertir la desigualdad ocasionada por la incorporación de la tecnología al proceso productivo.

En América Latina y el Caribe, el patrón de especialización productiva lleva a la región de la periferia a producir materias primas para exportación hacia los países del centro los cuales a su vez los exportan como bienes manufacturados que aumentan de precio en relación con los productos que emite la periferia.

Por su parte, la CEPAL plantea la creación de un mercado común latinoamericano para asegurar la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción sin tener en cuenta la legitimidad de origen de los países miembros. Si bien se promueve el comercio de bienes, las compras gubernamentales, el comercio de servicios y la propiedad intelectual no gozan de atención alguna. La coyuntura política y socioeconómica trae como consecuencia el cuestionamiento de los esquemas de integración ante la necesidad de pagar la deuda externa y superar la crisis existente.

3 A. Gutiérrez, (2012: 233-247).

En los años ochenta, América Latina y el Caribe asisten a la configuración del nuevo regionalismo con la inclusión de los programas de estabilización y reajuste estructural PAE y las recomendaciones del Consenso de Washington. Se adoptan reformas económicas en los mercados financieros, laborales y de política comercial con el apoyo y supervisión del Fondo Monetario Internacional FMI, el Banco Mundial BM y el Banco Interamericano de Desarrollo BID.

Esta teoría propugna por la liberalización del comercio de factores productivos, servicios y bienes. Asimismo, recomienda instituciones y políticas claves para el funcionamiento de un mercado integrado basado en postulados neoliberales que integran la globalización y tiene como meta la inserción de los países en la economía mundial, es decir, los del norte llamados desarrollados con los del sur o en vías de desarrollo. Exige el cabal cumplimiento de normas de origen para incentivar prácticas proteccionistas y así limitar la intervención del Estado en la economía y apoyar al sector privado en servicios, factores de producción e incorporación de compromisos en materia de democracia y derechos humanos.

Sin embargo, debido a la falta de voluntad política y fuerte institucionalización se genera inestabilidad macroeconómica y trae nuevamente como consecuencia el retraso del proceso integracionista latinoamericano.

Es en el contexto del estancamiento de concreción de estos esfuerzos integracionistas, que la CEPAL, en el documento «El Regionalismo Abierto en América Latina y el Caribe. La Integración Económica al Servicio de la Transformación Productiva con Equidad» propone una nueva estrategia, a la cual denomina regionalismo abierto. Esta apunta a la promoción de políticas que fortalezcan la integración y la competitividad internacional, además de la creación de bloques comerciales que incentiven el libre comercio. Se reactivan los acuerdos de integración como en el caso del Acuerdo de Cartagena y se crean nuevos bloques como el Mercado Común del Sur, MERCOSUR, el Sistema de Integración Centroamericana SICA, además de firmarse acuerdos bilaterales intra y extrarregionales dentro o fuera del marco de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI.

Más adelante, en los años noventa se produce una nueva fase de la integración latinoamericana, denominada regionalismo postliberal, propiciada por el bajo crecimiento económico de la región, los altos índices de pobreza

y el viraje en la orientación política de los gobiernos. Se propende por minimizar la dimensión económica de la integración. Predominan asuntos no comerciales como la creación de instituciones financieras, integración energética, construcción de bienes públicos regionales, cooperación, infraestructura, seguridad y alianzas políticas. Surgen iniciativas tales como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de nuestra América ALBA y la Comunidad Suramericana de Naciones, actual Unión de Naciones Suramericanas-UNASUR, que propenden por el replanteamiento de los esquemas de integración vigentes. Junto a estas manifestaciones, algunos países latinoamericanos tales como Colombia, Chile, Perú y México han celebrado acuerdos de libre comercio extrarregionales con Estados Unidos, la Unión Europea y Asia.

De lo expuesto, se desprende que la región latinoamericana ha estado en constante cambio buscando un modelo teórico que oriente sus estrategias integracionistas.

5.2. El proceso subregional de integración Andina

En esta sección se describe el proceso subregional andino, como una de las manifestaciones integracionistas en Latinoamérica, su surgimiento, paradigmas y su ordenamiento jurídico.

5.2.1. Desarrollo histórico de la integración subregional andina: del Pacto Andino a la Comunidad Andina

Para comprender el surgimiento del proceso subregional de integración andina es preciso ubicarse a finales de los años sesenta, momento en que se produce el estancamiento de la implementación del modelo de sustitución de importaciones, liderado por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC el cual generó la necesidad de buscar mecanismos para vencer los obstáculos planteados. Y, es mediante la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, que nace el Pacto Andino, como una alternativa subregional para superar los problemas de liberalización y de ampliación de los mercados, con el fin de establecer la promoción del desarrollo equilibrado y armónico de sus países miembros mediante la integración y cooperación económica, la disminución de su vulnerabilidad externa y la mejora de su posición en la economía internacional.

En el transcurso de las décadas siguientes a la suscripción del Acuerdo de Cartagena, tiene lugar la creación de una serie de órganos e instituciones hasta que se produce la mayor reforma de la estructura institucional mediante el Protocolo de Trujillo, aprobado por el Consejo Presidencial Andino en 1996, el cual crea la CAN, conformada en ese momento por los órganos del Sistema Andino de Integración, SAI,⁴ y cinco Estados Miembros. También, se modifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, por medio del Protocolo de Cochabamba de 1996. A partir de esta fecha, el órgano jurisdiccional se denomina Tribunal de Justicia de la CAN.⁵

De esta manera, del Pacto Andino (1969-1986), luego Grupo Andino (1986-1996), se llega a la actual CAN,⁶ organización subregional, de carácter supranacional, con personería jurídica internacional, y compuesta por los órganos e instituciones del SAI.⁷

En relación con el término comunidad, Troconis Villarreal⁸ señala que este deriva de *communitas*; *communitas*, de *communis*; *communis*, de *munus*; y *munus*, cuya raíz *mei* denota «intercambio», se asocia a *onus* y a *officium* (Paul., en Dig. 50, 16,18). También recuerda que Quintiliano en sus *Instituciones* (7, 3, 24) enseña que lo común empieza donde lo propio termina. La carga de la *communitas* es una tarea común, una responsabilidad común, la cual en el caso de la CAN, es la del desarrollo económico y social.

4 En adelante «SAI».

5 En adelante «TJCA».

6 Integrada en la actualidad por la República Plurinacional de Bolivia, República de Colombia, República del Ecuador y República del Perú. La República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena en el 2006.

7 El SAI está conformado por organizaciones intergubernamentales: Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y Comisión de la Comunidad Andina; organizaciones comunitarias: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Parlamento Andino, Secretaría General, CAF Banco de Desarrollo de América Latina, Fondo Latinoamericano de Reservas, Organismo Andino de Salud, Universidad Andina Simón Bolívar y Convenio Sociolaboral Simón Rodríguez; instancias de participación de la sociedad civil: Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales y Mesa Andina de la Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=4&tipo=SA&title=sistema-andino-de-integracion-sai>>.

8 M. Troconis Villarreal (2004).

En este mismo sentido, respecto al fenómeno comunitario, el TJCA expresa que

[...] entre nosotros nos muestra a los Estados de la región y de la subregión andina, por conducto de sus plenipotenciarios y directamente por sus jefes de Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus poderes soberanos individuales, manifiestan su disposición de asociarse con otros Estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo. Deciden de consuno acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objeto de la organización común.⁹

Los habitantes de los Estados Miembros tienen, entre otros, un doble vínculo de pertenencia: el primero, con la Nación y el segundo, con la Comunidad, con la CAN,¹⁰ que es *ab initio* una Comunidad de Naciones. Se fundan en un origen provisto de rasgos comunes, comparten *communis periculi*, se apoyan en una *communis fides* y aspiran a una comunidad de destino.

De lo expuesto se desprende que en el proceso de integración andina se yuxtaponen tres paradigmas de integración: el primero, caracterizado por un modelo de integración por sustitución de importaciones,¹¹ desarrollado a partir de 1960 hasta mediados de los años ochenta; el segundo, desde la mitad de los ochenta hasta el 2007 identificado con el regionalismo abierto;¹² y el tercero, vigente en la actualidad, enmarcado en la integración integral.¹³

9 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 1-IP-96, publicado en la G.O.A.C. n.º 257 del 14 de abril de 1997.

10 La Comunidad Andina engloba un espacio de 3 798 000 km², su población es de 100 millones de habitantes, concentra el 20 % de la biodiversidad de la totalidad del planeta, el 10 % del agua dulce del mundo y el 35 % de los bosques de América Latina y el Caribe, según datos del sitio web de la CAN, disponible en <<http://www.comunidadandina.org/Quienes.aspx>>.

11 A la par de corrientes de la época sustentadas en la teoría de la dependencia, en sus orígenes, el Grupo Andino se plantea un modelo de integración basado en la estrategia de industrialización subregional con un mercado ampliado de industrias distribuidas como economías de escala en cada país.

12 Como se ha explicado previamente esta fórmula está adscrita a los procesos de apertura y desregulación con la finalidad de aumentar la competitividad de los países de la región y de constituir las bases para una economía más abierta.

13 A. Contreras Baspineiro (2009).

Según se expresa en la Declaración de Tarija implica

[...] una integración más equilibrada en los aspectos sociales, culturales, económicos, ambientales y comerciales y el logro de una unidad en la diversidad al servicio del vivir bien de sus pueblos y de la armonía con la naturaleza.¹⁴

5.2.2. El Derecho Comunitario Andino

El proceso de integración andina conlleva la conformación de un ordenamiento jurídico común, que constituye un sistema normativo estructurado e institucionalizado, poderes y competencias propios, atribuidos por sus Estados Miembros, en el ejercicio de su soberanía y plasmados en sus tratados constitutivos y protocolos modificatorios.

Dicho cuerpo normativo comprende, de conformidad con el Tratado de Creación del TJCA, art. 1: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y sus protocolos modificatorios; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de complementación industrial y otros que adopten los Estados miembros entre sí en el marco del esquema subregional.

Se trata, al igual de los ordenamientos jurídicos de los países miembros, de una estructura supraordenada, cuya jerarquía superior está compuesta por normas jurídicas constitutivas, originarias o primarias respecto de las derivadas, las cuales están subordinadas al derecho originario.

Tal como se establece en el Estatuto del TJCA,¹⁵ las normas jurídicas constitutivas, originarias o primarias son: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos modificatorios e instrumentos adicionales.

¹⁴ Declaración de Tarija. XVII Reunión Ordinaria del Consejo Presidencial Andino. Tarija, Bolivia del 12 al 14 de junio de 2007. Disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Presidencial/CP_17.doc>.

¹⁵ Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500 del 22 de junio del 2001. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa.aspx#>>.

Las normas derivadas están conformadas por las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación Industrial.

Es de hacer notar que las fuentes derivadas, a diferencia de las originales que provienen de los acuerdos constitutivos y que por tanto son convencionales, son producto de un proceso legislativo por parte de los respectivos órganos supranacionales de la CAN,¹⁶ a los cuales se les han transferido competencias para tal efecto.

Además de las fuentes primarias y derivadas, el Derecho Comunitario Andino tiene fuentes no normativizadas, tales como las que emergen de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia comunitaria.

A. Características del Derecho Comunitario Andino

El Derecho Comunitario Andino, al igual que las normas jurídicas adoptadas en el esquema de integración de la Unión Europea, presenta unas características que le otorgan identidad propia, con el fin de que surta plenos efectos y permita a los sujetos del ordenamiento jurídico andino, es decir, a los Estados Miembros, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y a los particulares, la realización plena de los derechos derivados de este ordenamiento, además de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones originadas en el mismo.

De acuerdo con lo expresado por el Tribunal de Justicia Andino:¹⁷

[...] para entender el fenómeno Comunitario como una manifestación jurídica peculiar, basta mirar cómo opera el ejercicio de la función jurisdiccional comunitaria frente a la noción de soberanía de cada uno de los Estados Miembros. Este interrogante que se hicieron los países al convenir el establecimiento del órgano judicial respectivo puede responderse diciendo que la estructura, la autonomía y las competencias en un sistema judicial de este

16 El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y Secretaría General de la Comunidad Andina.

17 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del Proceso n.º 1-IP-96, publicada en la G.OA.C. n.º 257 del 14 de abril de 1997.

tipo, y la forma de aplicación del derecho comunitario, se mueven dentro de una órbita de acción propia basada en el mutuo respeto de las competencias funcionales que van de la interpretación del derecho por el juez comunitario a su aplicación obligatoria por el juez nacional [...] En este proceso las naciones [...] lo que hacen en ejercicio de ese mismo poder soberano, es delegar parte de sus competencias, transfiriéndolas de la órbita de la acción estatal interna a la órbita de la acción comunitaria.

La manifestación soberana expresada en los tratados de integración, al derivarse del ejercicio del poder estatal en democracias representativas —concretamente y en especial en el Grupo Andino— crea un ordenamiento jurídico básico, que, por su efecto directo, pasa a ser compartido por los países integrantes y por sus nacionales. De esta manera, tanto los países como sus ciudadanos, los particulares o las personas jurídicas se transforman en sujetos del nuevo sistema, en destinatarios de obligaciones y al mismo tiempo en titulares de derechos, como consecuencia del «efecto de aplicación directa» de la norma comunitaria. Tal característica lo hace distinguible del derecho internacional en el exacto sentido de que si bien no es extraño a este, constituye en cambio la regla en el derecho comunitario, pudiendo los particulares hacerlos valer directamente.

El vocablo «integración» adquiere entonces significación cuando a la voluntad de los Estados, reflejada en los tratados constitutivos —derecho primario— se suma el acervo legal expedido por órganos reglamentarios como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena,¹⁸ que mediante normas jurídicas de derecho derivado también de orden preeminente, regulan materias que pertenecen al ámbito de interés común de los países del área andina.

La doctrina y la jurisprudencia europeas que son pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario, dentro del propósito de formar una comunidad de naciones como el Mercado Común Europeo y la Unión Europea, coinciden en señalar que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohijado por un ordenamiento jurídico nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar *el particularismo del derecho* (resaltado en el original) puesto al servicio del interés común de los países que se asocian [...].

De lo expuesto, se desprende que el ordenamiento jurídico andino se caracteriza por la supranacionalidad, la preeminencia, la autonomía, la preservación y el complemento indispensable.¹⁹

18 La Junta del Acuerdo de Cartagena fue reemplazada por la Secretaría General de la Comunidad Andina, a partir de la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo de 1996, que modificó el Acuerdo de Cartagena.

19 M. Tangarife Torres (2005: 282 y ss.).

Supranacionalidad

La supranacionalidad²⁰ del ordenamiento jurídico andino comporta los siguientes elementos: la creación de un organismo sujeto de derecho internacional; el traslado de competencias soberanas de los Estados Miembros a órganos creados dentro del organismo internacional, por decisión autónoma y soberana de cada uno de ellos; el ejercicio de competencias por parte de los órganos creados dentro del organismo internacional, con efectos vinculantes para los sujetos del Derecho Comunitario; la transformación del concepto tradicional del Estado-nación por uno que le permite ejercer decisiones soberanas que son fuentes de derechos y obligaciones en el marco de un organismo internacional; la personalidad limitada a los objetivos propuestos dentro del proceso de integración de que goza el organismo internacional y las competencias limitadas y otorgadas expresamente a los órganos e instituciones del organismo internacional que encarna los propósitos e instrumentos de dicha estructura.²¹

Preeminencia

De acuerdo con lo expresado por el TJCA,²²

[...] en cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto,²³ la regla interna queda desplazada por la norma comunitaria, la cual se aplica

20 La supranacionalidad es un concepto que surge de la combinación de elementos federales e internacionales en el seno de una misma estructura. Mientras la macroestructura del sistema supranacional es de carácter internacional, en la medida en que la organización supranacional es creada por un tratado internacional y cuenta con órganos de composición intergubernamental, la microestructura tiene esa esencia federal en la que pueden identificarse la manifestación de una solidaridad regional que determine el establecimiento de objetivos comunes; la atribución efectiva de competencias soberanas desde los Estados a la organización supranacional; órganos independientes de los Estados que reflejen legitimidades e intereses distintos al estatal-comunitario, democrático o de los pueblos; las normas son adoptadas por mayoría y se imponen con carácter obligatorio a todos los Estados, primando sobre sus normas nacionales; y se establece una relación directa entre la organización y los particulares. J. Quindimil López (2012: 103-104).

21 F. Uribe Restrepo (1990: 49-50).

22 Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Sentencia del Proceso n.º 2-IP-988, publicada en la G.O.A.C. n.º 3 del 26 de junio de 1988.

23 Proceso 111-IP-2011, Colombia.

preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria [...]. No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata²⁴ y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas [...].

Es decir, que los Estados Miembros

[...] no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarlas, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprometidos «a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación», como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte, del Tratado del 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal.

Autonomía²⁵

El ordenamiento jurídico andino otorga a los órganos e instituciones del SAI la independencia necesaria frente a las autoridades de los Países Miembros para cumplir sus funciones, con fundamento en reglas propias que no están condicionadas por lo que pueda señalar la normativa interna de cada uno de ellos.

Preservación

La preservación se sustenta en los principios y obligaciones contenidos en el Tratado de Creación del TJCA, en el artículo 4,²⁶ así como en las

24 Proceso 001-IP-2010, Perú.

25 Proceso 157-IP-2012, Ecuador.

26 En el proceso 16-AI-99, publicado en la G.O.A.C. n.º 581 de 16 de julio de 2000, el TJCA señala que mediante este artículo los países miembros han adquirido «doble obligación: una de carácter positiva de “hacer” y otra de orden negativo de “no hacer”. Por la primera, los países miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normatividad andina, es decir, de las obligaciones y compromisos

competencias que se le atribuyen a este órgano jurisdiccional de las cuales derivan el conocimiento y decisión de los recursos y acciones previstos en el referido Tratado. Esta cualidad implica que el ordenamiento jurídico andino es de carácter vinculante e intangible.

Las normas del ordenamiento jurídico andino son obligatorias, ya que provienen de la decisión soberana de los Estados Miembros de dar origen a la CAN y a sus órganos e instituciones, transfiriéndose competencias propias de los órganos nacionales a órganos comunitarios supranacionales y por ende, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones de hacer y de no hacer frente a los demás socios comunitarios.

La intangibilidad hace referencia a que los Gobiernos de los Estados Miembros tienen vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas adoptadas en el marco de la CAN, ya que, de hacerlo, incurren en responsabilidad internacional para su Estado.

Complemento indispensable²⁷

Esta característica alude a la prohibición de los Estados Miembros para interpretar o reglamentar las normas jurídicas andinas.²⁸ Solamente, y aplicando criterios restrictivos de interpretación, cabe la reglamentación de normas andinas mediante «medidas» internas, encaminadas a garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico andino, y que no sea contrario a este último.²⁹

adquiridos en virtud del derecho originario y de las que corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el país miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa de orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino».

27 Proceso 01-AI-2012 Perú.

28 Procesos 67-IP-2014, Bolivia; 044-IP-2013, 255-IP-2013, Colombia; 157-IP-2012, 175-IP-2012, Ecuador.

29 En Sentencia dictada en el expediente n.º 10-IP-94, del 17 de marzo de 1995, publicada en la G.O.A.C. n.º 177, del 20 de abril del mismo año, el Tribunal de Justicia expresa: «En relación con el régimen descrito, debe reiterarse el alcance de “complemento indispensable” que, en relación con la norma comunitaria, se atribuye a la norma nacional». A propósito del «complemento indispensable», este Tribunal ha declarado que, en su

B. Los principios del Derecho Comunitario Andino³⁰

Se consideran principios fundamentales del Derecho Comunitario: la solidaridad, la aplicación inmediata, el efecto directo³¹ y la primacía,³² los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal,³³ además de figurar en el Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del TJCA.

El principio de solidaridad se enuncia en el Acuerdo de Cartagena y en el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez.³⁴ El mismo

aplicación, «las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria».

30 Procesos 149-IP-2011, 188-IP-2011, 32-IP-2013, 82-IP-2013, 111-IP-2013, 124-IP-2013, 168-IP-2013, 40-IP-2014, 76-IP-2014, 138-IP-2014, 231-IP-2013, 248-IP-2013, 225-IP-2014, Perú.

31 Procesos 157-IP-2012, 156-IP-2011, 175-IP-2012, Ecuador.

32 Procesos 157-IP-2012, Ecuador, 044-IP-2013, Colombia.

33 En el Proceso 03-AI-2010 del 26 de agosto de 2011, publicada en la G.O.A.C. n.º 1985, del 11 de octubre del mismo año, el TJCA expresa: «El Juez Nacional, en este caso el Consejo de Estado de la República de Colombia, de conformidad con los principios del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, en especial los principios de primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial, es el garante en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional».

34 En el Preámbulo del Acuerdo de Cartagena aparece junto con los principios de igualdad, justicia, paz y democracia. Asimismo, el artículo 1 de este texto, preceptúa «[...] el presente Acuerdo tiene por objetivos 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. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión [...]. El artículo 2 del mismo texto normativo dispone que, el desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración. De otra parte, los artículos 121, 122 y 129 del Acuerdo de Cartagena, hacen énfasis en el desarrollo de programas y acciones conjuntas, en materia económica, social y cualquier ámbito externo de interés común. Paralelamente, el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez, en los literales b) y c) del artículo segundo, define como sus objetivos: «Definir y coordinar las

expresa la relación de reciprocidad, correspondencia y complementación entre los miembros de la Comunidad, con miras a la constitución y fortalecimiento de lo supranacional.³⁵

La solidaridad, esencial a la idea de comunidad, refuerza la equidad y la libertad inherentes al proceso de integración, porque quien participa en sus ventajas debe ser leal a las cargas, pues de lo contrario se quebranta la dinámica del espacio común.³⁶

La aplicación inmediata³⁷ consiste en que, una vez que se crea la norma jurídica comunitaria, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico de los Países Miembros y genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla.³⁸

El fundamento de este principio radica en que los Países Miembros, al constituir una comunidad supranacional de duración ilimitada, dotada de capacidad jurídica y poderes reales, transfieren competencias, en ámbitos específicos, dentro de las que se distinguen las facultades de dictar normas jurídicas en el marco de los objetivos de la Comunidad, que se convierten automáticamente en Derecho interno nacional.

El efecto directo³⁹ es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones, no solo para los Estados Miembros, sino también para las personas naturales y jurídicas,⁴⁰ las cuales están legitimadas para exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.⁴¹

políticas comunitarias referentes al fomento del empleo, la formación y capacitación laboral, la salud y seguridad en el trabajo, la seguridad social, las migraciones laborales; así como otros temas que puedan determinar los Países Miembros; y [...] Proponer y diseñar acciones de cooperación y coordinación entre los Países Miembros en la temática sociolaboral andina [...].».

35 L. C. Sáchica (1990: 90).

36 Ibíd., p.16.

37 W. Kaune Arteaga (2004).

38 Procesos 023-IP-2010, 033-IP-2010,072-IP-2010, 084-IP-2010, 103-IP-2009, 136-IP- 2009, Perú.

39 Este principio es reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde 1963, asunto *Vand Gend & Loos*. Reiterado y precisado 15 años después en la Sentencia *Simmenthal* de 1978. Ambos pronunciamientos se pueden consultar en EUR-LEX. El acceso al Derecho de la Unión Europea. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/es/tools/about.htm>>.

40 Procesos 023-IP-2010, 072-IP-2010, 084-IP-2010, 136-IP-2009, Perú.

41 Es decir, que gozan de *jus standi*, a diferencia de lo que ocurre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto a la primacía,⁴² en virtud de este principio junto con el de autonomía, las normas del ordenamiento comunitario, tanto las primarias como las derivadas, deben surtir la plenitud de sus efectos, de manera uniforme,⁴³ en todos los Países Miembros. Por lo tanto, las normas de los ordenamientos nacionales, sean de origen interno o internacional, no pueden menoscabar o contrariar los imperativos comunitarios.

En síntesis, las metas del derecho comunitario andino y los órganos encargados de su aplicación e interpretación se centran en operativizar un sistema común basado en la seguridad jurídica al servicio de los propósitos de la integración que garantice el cumplimiento de los compromisos derivados; fomentar el desarrollo equilibrado y armónico de la vida en comunidad para el área andina y fortalecer un órgano jurisdiccional permanente y autónomo capaz de declarar el derecho comunitario, solucionar las controversias que se presenten y velar por la legalidad del proceso de integración.

C. La norma comunitaria en el tiempo⁴⁴

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima, la norma comunitaria sustantiva no surte efectos retroactivos. En cambio, en materia procesal se aplica a partir de su entrada en vigencia, a los trámites en curso o por iniciarse.

⁴² La base jurisprudencial de este principio se encuentra en la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas pronunciada el 15 de julio de 1964 en el caso *Costa-ENEL*. Como las sentencias precedentes, se puede leer en el portal de EUR-LEX. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/es/tools/about.htm>>.

⁴³ Proceso 01-AI-2012 Perú.

⁴⁴ Procesos 70-IP-2013, 92-IP-2013, 100-IP-2013, 117-IP-2013, 120-IP-2013-143-IP-2013-145-IP-2013, 150 IP-2013, 152-IP-2013, 159-IP-2013, 164-IP-2013, 167-IP-2013, 172-IP-2012, 173-IP-2013, 175-IP-2013, 192-IP-2013, 196-IP-2013, 203-IP-2013, 73-IP-2014, 78-IP-2014, 189-IP-2013, 96-IP-2015, 119-IP-2015, 159-IP-2015, 212-IP-2014, 271-IP-2014, 276-IP-2014, 293-IP-2014, 315-IP-2014, Colombia. Procesos 103-IP-2012, 175-IP-2012, 57-IP-2013, 108-IP-2013, 109-IP-2013, 119-IP-2013, 10-IP-2014, 136-IP-2014, 148-IP-2014, 153-IP-2014, 274-IP-2014, 299-IP-2014, 304-IP-2014, 1-IP-2015, 102-IP-2015, 113-IP-2015, Ecuador.

5.3. El Órgano Jurisdiccional Andino: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

A medida que el proceso de integración fue evolucionando hacia su institucionalización como organismo supranacional, se tornó imperativo contar con un órgano jurisdiccional, con el fin de armonizar y uniformizar la declaración e interpretación de la normativa jurídica comunitaria, para su aplicación también uniforme en todos los Estados Miembros de la Comunidad Andina.

5.3.1. Creación del TJCA

El Tribunal se constituyó mediante el Tratado de Creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena de mayo 28 de 1979, modificado por el Protocolo de Cochabamba el 28 de mayo de 1996, cuya normativa ha sido codificada por la Comisión por medio de la Decisión 472 de 16 de septiembre de 1999. Su Estatuto fue aprobado mediante la Decisión 184 de fecha de agosto 19 de 1983 y, posteriormente, modificado y codificado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de junio 22 de 2001. Con la expedición de la Decisión 633 de junio 12 de 2006, este Consejo decidió que el número de Magistrados que integren el TJCA fuese igual al número de Países Miembros de la CAN, por lo que en la actualidad son cuatro.⁴⁵

El Tribunal de Justicia es parte integrante del SAI e independiente de los órganos que lo conforman, de los Países Miembros y de las instituciones. Por consiguiente, constituye la médula de un Poder Judicial de carácter supranacional.⁴⁶ Su sede permanente se encuentra en la ciudad de Quito, Ecuador.

5.3.2. Funciones jurisdiccionales del TJCA⁴⁷

De acuerdo con lo establecido en el Tratado de Creación⁴⁸ y en su Estatuto,⁴⁹ el Tribunal de Justicia carece de competencias generales, por lo

⁴⁵ Los Magistrados son designados por la Comisión de las ternas presentadas por cada uno de los Países Miembros.

⁴⁶ W. Kaune Arteaga (2004).

⁴⁷ Proceso 156-IP-2011, Ecuador.

⁴⁸ Modificado por el Protocolo de Cochabamba, de mayo 28 de 1996.

⁴⁹ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 4. «El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y

que solo puede ejercer las que le han sido expresamente atribuidas en forma de acciones y recursos. Por consiguiente, le corresponde interpretar y declarar el Derecho Comunitario, garantizar la legalidad y la intangibilidad del mismo, ejercer el control jurisdiccional sobre los actos que realizan los órganos que conforman el SAI, garantizar la observancia del ordenamiento jurídico andino y dirimir las controversias que se susciten derivadas de la aplicación de sus normas, de su validez, de su interpretación, de la omisión en el cumplimiento de las funciones de los órganos e instituciones comunitarios y de las relaciones laborales entre estos últimos y sus empleados.

También el Tribunal es competente para resolver mediante arbitraje, las controversias 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, cuando las partes así lo acuerden. Asimismo, los particulares tendrán la opción de someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que ocurran por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad.

De acuerdo con lo anterior, el sistema de solución de controversias de la CAN constituye un instrumento de fortalecimiento del proceso de integración,⁵⁰ dado que permite resolver, en distintas etapas y mediante diferentes mecanismos, las disputas que surgen entre los Países Miembros, y entre estos y los órganos de integración, incluyendo los casos en los cuales se encuentran vinculados intereses legítimos de los particulares.

En cumplimiento de sus atribuciones el TJCA produce una jurisprudencia con dos clases de efectos y alcances. Uno, de carácter prejudicial e indirecto (en cuanto el Tribunal no aplica la norma comunitaria al caso concreto), que es el que se produce en la solución de consultas prejudiciales, cuando le indica al juez parámetros para interpretar la norma comunitaria que deba aplicar en la resolución de controversias sometida a su

comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino».

50 M. Tangarife Torres (2005: 331 y ss.).

jurisdicción. El otro, de carácter eminentemente judicial, generado dentro del proceso de aplicación directa de la norma comunitaria, cuando actúa y resuelve casos concretos sometidos a su decisión en el ejercicio de las acciones judiciales que le son propias.

Seguidamente se abordan la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento

A. La cooperación entre el juez nacional y el comunitario:
la cuestión prejudicial

Concepto. Objeto y finalidad

La interpretación prejudicial⁵¹ también llamada consulta prejudicial, figura propia del derecho comunitario, es una atribución fundamental del sistema jurisdiccional de la CAN,⁵² por cuanto mediante dicho mecanismo procesal⁵³ el Tribunal de Justicia explica el contenido y alcances de las normas que conforman el derecho comunitario, así como orienta respecto de sus instituciones jurídicas,⁵⁴ asegura la aplicación uniforme⁵⁵ de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los cuatro Países Miembros,⁵⁶ estableciendo con ello una cooperación horizontal⁵⁷ con los órganos jurisdiccionales nacionales. Es decir, que lo que se pretende es que la norma comunitaria sea interpretada de la misma manera y que todos los miembros tengan igual percepción de lo que quiso decir el legislador andino al crearla.⁵⁸

51 Al igual que en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

52 Proceso 156-IP-2011, Ecuador.

53 Se trata de un mecanismo por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el TJCA en el orden de sus propias competencias son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario, lo cual exige el conocimiento del SAI por parte de las autoridades judiciales y administrativas encargadas de la aplicación del ordenamiento jurídico andino.

54 Tribuna de Justicia de la Comunidad Andina (2017: 3).

55 Proceso 111- IP-2011, Colombia.

56 Secretaría General de la Comunidad Andina (2008: 29).

57 Proceso 157-IP- 2012, Ecuador.

58 Ibíd., p. 26.

Características, naturaleza y métodos de la interpretación prejudicial

Las características de la interpretación prejudicial son: ausencia de formalismos, instrumento procesal, cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el TJCA, carácter uniforme y efecto vinculante.

En cuanto a la ausencia de formalismos, los jueces tienen total libertad para plantear la solicitud. No es necesario que se haga por medio de un exhorto⁵⁹ o cualquiera otra forma para recaudar información en el exterior; se puede requerir con un simple oficio dirigido al TJCA.

Con referencia al carácter procesal,⁶⁰

[...] la interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a ser un informe de expertos o una opinión jurídica de tipo doctrinal.

Constituye una sentencia

[...] que orienta y vincula a la autoridad administrativa, juez o árbitro respecto del contenido y alcances de la norma comunitaria andina a ser aplicada en el caso concreto [...].⁶¹

Para dar respuesta a la consulta,

[...] el TJCA utilizará los diferentes métodos de interpretación reconocidos por la teoría general del derecho. No obstante ello, tendrá presente la realidad y características esenciales del derecho de la integración y, en los casos que corresponda, empleará de preferencia los métodos de interpretación funcionales, tales como el sistemático, el teleológico y de la *ratio legis*.⁶²

Respecto a la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia Andino,

[...] la interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le

59 Proceso 081-IP-2014, Colombia.

60 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales*, G.O.A.C., Lima, 3 de agosto de 2001, p. 2. P.5.

61 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2017: 4), *Reglamento...* art. 3.

62 Ibíd. (2017: 5), art. 4.

corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno.⁶³

En relación con el efecto vinculante, el juez que conoce en el proceso deberá adoptar en su fallo la interpretación del Tribunal, por cuanto dicho pronunciamiento resuelve la cuestión referente al derecho comunitario.⁶⁴

Acerca del carácter uniforme, el sentido en que debe ser aplicado el Derecho Comunitario, fijado por el TJCA tendrá alcance común en el territorio de los Estados Miembros.

Alcance de la interpretación prejudicial

La trascendencia de este mecanismo reposa en el hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario es una normativa compleja, con características propias que lo distinguen de las normas nacionales y de las contenidas en los tratados internacionales de los que los Estados miembros son parte y requiere por lo tanto que sea interpretado y aplicado de manera uniforme para asegurar así su supranacionalidad y su unidad, características esenciales del derecho comunitario junto con los principios de aplicación directa y con la primacía en relación con las normas nacionales.

Como destaca la Secretaría General de la Comunidad Andina,⁶⁵ con la interpretación prejudicial no se pretende unificar las legislaciones internas de los Países Miembros, sino que la norma comunitaria sea interpretada de la misma manera y que aquellos tengan la misma percepción de lo que quiso decir el legislador andino al crearla.

El TJCA además de interpretar las normas indicadas de modo directo por el consultante, así como aquellas normas contenidas o derivadas de las preguntas específicas formuladas por el consultante, podrá agregar o restringir las normas pertinentes a ser interpretadas, según lo advierta de la materia controvertida del procedimiento o proceso interno. Importa destacar que el órgano jurisdiccional andino no interpretará el contenido y

63 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2001: 1. P.1), *Nota informativa...*

64 Tratado de Creación del TJCA, arts. 34 y 35 y Estatuto del TJCA, artículo 127. Disponibles en: <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>>.

65 Secretaría General de la Comunidad Andina (2008: 30).

alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso. Sin embargo, podrá referirse a tales hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.⁶⁶

Competencia y límites a la interpretación prejudicial.

La aplicación al caso concreto

La interpretación prejudicial es una atribución privativa del TJCA.⁶⁷ Como lo ha expresado este órgano jurisdiccional, le compete interpretar la norma comunitaria⁶⁸ desde el punto de vista jurídico,⁶⁹ buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea exclusiva del juez nacional.⁷⁰

De acuerdo con este procedimiento,⁷¹ los jueces o tribunales nacionales que conozcan un proceso en que deba aplicarse o se controveja alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino, deben solicitar la interpretación del TJCA acerca del contenido y alcance de dichas normas,⁷² y en función de esa interpretación, apreciar los hechos y decidir la controversia.

A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación que en su sentencia establezca el TJCA rige solamente para el caso concreto⁷³ y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares y análogos;⁷⁴ sin embargo, deja el campo abierto para introducir nuevos

66 Tribunal de Justicia de la Comunida Andina (2017), *Reglamento...*, artículos 10.1. 10.2.

67 Proceso 156-IP- 2011, Ecuador.

68 Al TJCA le es dada la posibilidad de interpretar tanto el derecho comunitario originario como el derivado. L. Klein Vieira (2011: 57).

69 Procesos 04-IP-2009, 076-IP-2009, 093-IP-2009, 102-IP-2009, 103-IP-2009, 106-IP-2009, 136-IP-2009, 01-IP-2010, 023-IP-2010, 033-IP-2010, 072-IP-2010 y 84-IP-2010, Perú.

70 Procesos 30-IP-99 y 166-IP-2011, Colombia.

71 Proceso 166-IP-2011, Colombia, p. 29 y ss.

72 Como el TJCA en sus interpretaciones prejudiciales no puede fijar el sentido, aplicar o analizar el derecho interno, le corresponde al juez consultante precisar el alcance del mismo y, por ende, de sus figuras procesales. Proceso 166-IP-2011.

73 Proceso 01-IP-87, Colombia.

74 Procesos 231-IP-2013, 248-IP- 2013, Perú.

criterios,⁷⁵ lo cual implica descartar por el momento la doctrina del «acto aclarado»⁷⁶ ni la del «acto claro»⁷⁷ con el fin de potenciar al máximo el efectivo planteamiento de cuestiones prejudiciales por los jueces nacionales.

La interpretación del TJCA^{78,79} se convierte, una vez recibida, en una obligación especial para el juez o magistrado consultante que deberá adoptar en su sentencia.⁸⁰

75 Proceso 07-IP-89, Colombia.

76 En el Asunto 283/81 *Sri CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA contra Ministerio della sanità*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expresa: «Si bien el párrafo tercero del artículo 177 del Tratado obliga sin restricción alguna a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación suscitada ante ellos, la fuerza obligatoria de la interpretación realizada por este puede, sin embargo, privar de causa a dicha obligación, y vaciarla así de contenido; así sucede, en especial, cuando la cuestión suscitada es materialmente idéntica a una cuestión que fue ya objeto de decisión con carácter prejudicial en un supuesto análogo, o cuando la cuestión de derecho de que se trata ha sido resuelta por una jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas [...]. De esta manera el órgano jurisdiccional europeo acoge la doctrina del acto aclarado. Más recientemente en el Asunto C-160/14 Ferreira da Silva e Brito y otros / Estado portugués, el TJUE precisa «En lo que respecta al alcance de dicha obligación, de una jurisprudencia consolidada después del pronunciamiento de la sentencia *Cilfit* y otros (283/81, EU:C:1982:335) resulta que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho de la Unión, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna [...].».

77 Un juez de última instancia no tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando no hay duda razonable sobre la interpretación de la norma.

78 En la consulta prejudicial el TJCA no analiza el contenido del derecho interno. Se pronuncia sobre cómo debe ser entendida la norma comunitaria en el caso concreto.

79 El Tratado de Creación del TJCA en el art. 34: señala: «En su interpretación el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada [...].».

80 Tratado de Creación del TJCA, arts. 34 y 35 y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, arts. 126 y 127.

El término juez nacional⁸¹

Para efectos de formular la consulta prejudicial, el TJCA, con base en un criterio funcional, incluye dentro del término juez nacional no solo a este sino a los árbitros que deciden en derecho⁸² y a los órganos administrativos,^{83, 84, 85} que cumplan funciones jurisdiccionales.⁸⁶

Modalidades de la consulta prejudicial: facultativa⁸⁷ y obligatoria⁸⁸

El Tratado de Creación del TJCA, así como el Estatuto, prevén, respectivamente, en sus artículos 33 y 122 y 123, que la interpretación prejudicial pueda ser facultativa u obligatoria.

El Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud de emisión de interpretaciones prejudiciales, en el art. 2 b) y c) establece:

[...] la consulta obligatoria es la interpretación solicitada por órganos jurisdiccionales de única o última instancia. En este sentido, cuando la sentencia o laudo no fuere susceptible de impugnación, el órgano jurisdiccional debe suspender el proceso y solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de la norma comunitaria andina materia de la controversia. La consulta facultativa⁸⁹ es la interpretación solicitada por órganos jurisdiccionales así como por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, que conozcan un proceso o procedimiento en el que se controvierta una norma comunitaria andina, siempre que el acto administrativo,

81 Proceso 67-IP-2014, Bolivia.

82 Procesos 03-AI-2010 y 57-IP-2012, Colombia.

83 Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, Colombia.

84 Para efectos de la solicitud de interpretación prejudicial se entenderá por órgano administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales aquel que cumple los siguientes requisitos: creación constitucional o legal, de naturaleza permanente; el carácter obligatorio de sus competencias; aplicación de normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias; el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo; que en el trámite se respete el debido procedimiento; decisiones motivadas; independencia (autonomía funcional) e imparcialidad. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Reglamento* (2017: 3).

85 Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, Colombia.

86 Procesos 03-AI-2010 y 57-IP-2012, Colombia.

87 Procesos 060-IP-2012, 16-IP-2014, 255-IP-2013, Colombia, 188-IP-2011, Perú.

88 Procesos 044-IP-2013, 16-IP-2014, 176-IP-2013, 255-IP-2013, Colombia, 001-IP-2010, 023-IP-2010, 033-IP-2010, 072-IP-2010, 102-IP-2009, 103-IP-2009, 136-IP-2009, 168-IP-2013, Perú.

89 Proceso 180-IP-2011, Bolivia.

laudo o sentencia de que se trate sea susceptible de impugnación en el derecho interno. De conformidad con lo establecido en el proceso 458-IP-2015⁹⁰ de fecha 13 de junio de 2017, en el marco de una interpretación facultativa, y de manera excepcional, el órgano administrativo o jurisdiccional correspondiente podrá suspender el procedimiento o proceso de que se trate, siempre y cuando la legislación interna lo permita sobre la base del principio de complemento indispensable, y si considera pertinente y necesario aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina antes de emitir el correspondiente pronunciamiento de fondo [...].

Procedimiento de la cuestión prejudicial. Oportunidad procesal

El órgano jurisdiccional o administrativo puede acudir directamente ante el TJCA si necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia.

Los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes pueden, de oficio o a petición de parte, solicitar al TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o se controvieran por las partes en un proceso interno, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los Artículos 122, 123, 124 y 125 de su Estatuto. De igual manera, podrán formular preguntas⁹¹ relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina, las cuales serán absueltas de manera general. Se rechazarán las preguntas impertinentes y aquellas que busquen resolver el caso concreto.

Las partes intervenientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo, podrán formular preguntas relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina. Corresponde a la autoridad administrativa,⁹² juez o árbitro verificar la pertinencia de tales preguntas y, decidir incorporarlas o no a la solicitud de interpretación prejudicial.⁹³

El trámite o procedimiento legalmente previsto para la consulta prejudicial en la Comunidad Andina se encuentra regulado en el artículo 126

90 Consulta formulada por Bolivia.

91 Procesos 67-IP-2014, 104-IP-2014, 105-IP-2014, Bolivia; 166-IP-2011, 14-IP-2014, 16-IP-2014, 177-IP-2013, 255-IP-2013, 081-IP-2014, Colombia.

92 Procesos 104-IP-2014, 105-IP-2014, Bolivia.

93 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2017: 5), *Reglamento...*

del Estatuto del TJCA, que determina que recibida la solicitud el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal. Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, este dictará sentencia.

La solicitud del juez nacional por la cual requiere la interpretación prejudicial debe motivarse de manera sucinta, pero suficientemente completa, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso consultado. El solicitante debe presentar un informe de los hechos que considere relevantes para que el Tribunal andino cumpla su cometido, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN, cuya interpretación se requiere y las alegaciones que se hubieran hecho respecto de la aplicación de tales normas. Se deberá acompañar una copia de los documentos que sustenten el informe de los hechos⁹⁴ y de las disposiciones nacionales aplicables;⁹⁵ con el objeto de permitir al Tribunal de Justicia enfocar u orientar la interpretación al caso concreto, de suerte que esta resulte efectivamente útil para el juez que debe fallar.⁹⁶

La interpretación prejudicial tendrá una síntesis de los hechos relevantes, en la cual se consignarán en forma breve los argumentos principales de las partes que configuran la cuestión controvertida.⁹⁷

Después de dictada la sentencia, el juez nacional debe ser notificado, para que siga el proceso principal y la profiera,⁹⁸ observando obligatoriamente la interpretación dada por el TJCA.⁹⁹ Además, el juez nacional re-

94 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 36 de su Estatuto, y de manera excepcional, el Tribunal podrá solicitar a las autoridades de los Países Miembros, así como a organizaciones e instituciones internacionales informes escritos u orales sobre aspectos de carácter técnico y o normativo. *Reglamento*, art. 9.1. Asimismo, pondrá en conocimiento del órgano administrativo o jurisdiccional consultante la realización del informe oral para que asista a él si lo considera pertinente. *Ibíd.*, art. 9.2.

95 Procesos 149-IP-2011, 32-IP- 2013, 82-IP-2013, 111-IP-2013, 124-IP-2013, 40-IP-2014, 76-IP-2014, 138-IP-2014, 225-IP-2014, 303-IP-2014, 308-IP-2014, Perú.

96 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2001: 6), *Nota informativa...*

97 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2017), *Reglamento...*

98 En el caso de que sea consulta obligatoria, pues la facultativa no suspende el proceso.

99 En la consulta facultativa, si el juez recibe la interpretación del TJCA antes del fallo, deberá acatarla.

mitirá al Tribunal de Justicia la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial.¹⁰⁰

Tremolada Álvarez¹⁰¹ explica que la oportunidad del juez o magistrado nacional para solicitar la interpretación prejudicial está dada, entre otras circunstancias, por el momento procesal interno del que dispone para tramitar la consulta.

Al respecto, el Tribunal de Justicia ha expresado que

[...] la solicitud de interpretación prejudicial y la petición de parte para que el juez nacional proceda a ella, se pueden hacer en cualquier estado y grado de la causa, pues lo que se plantea es una cuestión de mero derecho como es la interpretación de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Distinta es la solución en la legislación interna para las cuestiones de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional [...].¹⁰²

Consecuencias de no formular la consulta prejudicial cuando es obligatoria¹⁰³

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que cuando la interpretación prejudicial es obligatoria, el hecho de no consultarla configura una violación al derecho del debido proceso, generando así una causal de nulidad. En este sentido, la sentencia podría ser objeto de recurso de amparo o tutela, o de cualquier recurso extraordinario contemplado en la legislación nacional. Asimismo, la omisión del juez es una vulneración de la normativa comunitaria andina y deja la vía expedita para iniciar una acción de incumplimiento al País Miembro respectivo, de conformidad con lo prescrito en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación del TJCA.¹⁰⁴

Frente a la falta de la consulta, la corte nacional competente debe actuar como juez comunitario andino y desempeñarse como el garante, en

100 Estatuto del TJCA, artículo 128, parte final y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2001: 9), *Nota informativa...*

101 E. Tremolada Álvarez (2006: 70 y ss.).

102 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 01-IP-87. G.O.A.C., n.º 8 de 15 de febrero de 1988 y *Reglamento...*, artículo 8.

103 Proceso 057-IP-2012, Colombia.

104 Proceso 111-IP-2011, Colombia.

colaboración¹⁰⁵ con el TJCA, del ordenamiento subregional, lo que implica su correcta y uniforme aplicación. Por consiguiente, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada.

Una vez que el juez anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar alguna de las siguientes acciones:

- Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el TJCA.
- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, este debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia, para así poder emitir en debida forma la sentencia.

Efectos de la sentencia prejudicial

La sentencia prejudicial, después de dictada, vincula al juez nacional solicitante que conozca del proceso interno, así como los demás jueces que intervengan posteriormente en el proceso, por cualquiera de los recursos que lleguen a su conocimiento y decisión.¹⁰⁶

Es de señalar que al contrario de lo que ocurre en la Unión Europea, en la CAN la decisión dictada por el TJCA vincula solamente a los jueces involucrados en el caso determinado, y no a los jueces del bloque.¹⁰⁷ Sin embargo, se logra la uniformidad en la interpretación del Derecho comunitario porque a cada caso que deba ser resuelto en última o única instancia, se plantea la cuestión prejudicial, quedando el juez nacional obligado a adoptar el pronunciamiento del órgano judicial comunitario.

105 Proceso 149-IP-2011, Perú.

106 Al respecto ver artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y 127 del Estatuto del TJCA.

107 Roberto Chambi Calle (2003: 95).

Además del efecto vinculante, la sentencia interpretativa tiene el poder de generar para los Estados y las partes, la posibilidad de exigir su fiel cumplimiento¹⁰⁸ por el Juez nacional que se abstiene de solicitar la consulta o cuando efectuada esta, aplique una interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.^{109, 110}

B. El control del cumplimiento del Derecho Comunitario Andino

Concepto. Objeto y finalidad de la acción de incumplimiento

Es el mecanismo jurisdiccional¹¹¹ que posibilita el control de cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Constituye el instrumento por el cual el TJCA¹¹² vigila en última instancia el acatamiento de las obligaciones¹¹³ que adquieren los Países Miembros en relación con el Acuerdo de Cartagena.¹¹⁴ Por medio de ella, se busca garantizar

108 Mediante la interposición de la acción de incumplimiento.

109 Estatuto del TJCA, art. 128.

110 Proceso IP-111-2011, Colombia.

111 La competencia para conocer de esta acción fue asignada al TJCA desde el mismo preámbulo del Tratado fundacional, cuando se constituye como el órgano jurisdiccional comunitario, con un nivel supranacional, autónomo e independiente, con la capacidad en el desempeño de su función judicial de declarar e interpretar el Derecho Comunitario, aplicarlo de manera uniforme e imparcial dirimiendo las controversias que surjan entre los países miembros de la Comunidad Andina. Proceso 01-AI-2012, Perú.

112 Procesos 05-AI-2007, Ecuador; 05-AI-2008, 02-AI-2010, 01-AI-2011, 01-AI-2012 y 01-AI-2013, Perú.

113 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 todo acto u omisión opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación. Las entidades administrativas de carácter técnico o sectorial son los órganos de ejecución de políticas y normativa técnica o sectorial a nivel nacional (ministerios, secretarías, institutos, establecimientos públicos, etc.). Son organismos muy importantes porque fijan los parámetros de aplicación de las leyes y decretos nacionales. En este sentido, mediante normas vinculantes como resoluciones, directivas, etc., pueden fijar parámetros reglamentarios para su correcta ejecución, y mediante actos no vinculantes como los informes, declaraciones, consultas, etc., pueden establecer un canal de diálogo con el administrado que acude para la prestación de sus servicios, indicándole formas, parámetros y escenarios interpretativos para su adecuada actuación ante la entidad. Este tipo de *soft law* puede tener efecto jurídico, ya que plasma la manera en que cierta entidad estatal entiende la interpretación de las normas jurídicas aplicables. Proceso 01-AI-2013.

114 Ibíd.

la observancia de los objetivos del proceso de integración, verificando el comportamiento de los Estados respecto de los compromisos asumidos.¹¹⁵

Naturaleza jurídica y características

La naturaleza de la acción de incumplimiento es contenciosa y la sentencia que de ella se derive no solo es declarativa en el sentido de limitarse a la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o no hacer.^{116, 117}

Es una acción autónoma, propia, independiente, *sui generis* derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del ordenamiento jurídico andino. En este sentido, lo que se analiza en el marco del proceso de esta acción no es un acto determinado, sino la conducta desplegada por el País Miembro cuestionado por no acatar la norma comunitaria.¹¹⁸

Requisitos para la procedencia de la acción de incumplimiento ante el TJCA. Agotamiento de la vía administrativa previa.

Fases

La acción de incumplimiento consta de dos etapas: una prejudicial o administrativa y otra judicial.¹¹⁹

La primera de ellas, es decir la prejudicial o administrativa, constituye un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción.¹²⁰

La fase prejudicial o administrativa puede ser iniciada¹²¹ de oficio por la Secretaría General o con base en los reclamos presentados por Países

115 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 107.

116 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 27.

117 Procesos 05-AI-2007, Ecuador; 02-AI-2009, Colombia; 05-AI-2008, 02-AI-2010, 01-AI-2011 y 01-AI-2012, Perú.

118 Proceso 05-AI-2007, Ecuador.

119 Secretaría General de la Comunidad Andina (2008: 21 y ss.).

120 Procesos 05-AI-2007, Ecuador; 02-AI-2009, Colombia; 05-AI-2008, 02-AI-2010, 01-AI-2011 y 01-AI-2012, Perú.

121 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 23, 24 y 25. Procesos 01-AI-2012 y 01-AI-2013, Perú.

Miembros o particulares afectados en sus derechos. La legitimación pasiva recae solamente en los Países Miembros.

En esta etapa los interesados deben adelantar ante la Secretaría General una actuación consistente en que este órgano realice una indagación administrativa respecto de los hechos y circunstancias que conforman la conducta supuestamente infractora del País Miembro imputado.¹²²

La Secretaría General de conformidad con su reglamento,¹²³ debe adelantar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento,¹²⁴ dentro de un plazo máximo de sesenta días y una vez recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones. Este pronunciamiento, cualquiera que sea su contenido respecto de la obligación presuntamente desacatada o su no emisión en el término legalmente establecido, es el presupuesto procesal indispensable para acudir ante el TJCA.

La segunda fase, es decir la judicial, inicia si el dictamen fuere de incumplimiento y el país requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, por lo que la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Del mismo modo, si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen de incumplimiento o no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen fuere de cumplimiento, el país o el particular reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.¹²⁵

122 Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Decisión 425, arts. 56 y ss.

123 Ibíd.

124 Proceso 01-AI-2012, Perú.

125 Tratado de Creación del TJCA (artículos 23 y siguientes), Estatuto del TJCA (artículos 107 y siguientes) y Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores: Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la CAN (artículos 56 y siguientes).

Pueden interponer la demanda, la Secretaría General,¹²⁶ los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas.¹²⁷

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico andino, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de la Unión Europea,¹²⁸ prevé el *jus standi*, es decir que admite la posibilidad de que los particulares puedan demandar el incumplimiento de un país miembro ante sus jueces o tribunales nacionales competentes, de conformidad con su legislación, siempre que sus derechos resultaren afectados por la conducta en controversia.¹²⁹ El juez nacional ejerce en estos eventos como juez comunitario. No obstante, con el fin de evitar conflictos de jurisdicción y competencia, está expresamente señalada¹³⁰ la imposibilidad de ejercer simultáneamente acciones de incumplimiento ante el TJCA y los jueces o tribunales nacionales.¹³¹

Respecto a esta acción, el Tribunal ha expresado que

[...] sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano con la com-

126 Una característica que distingue la acción de incumplimiento y la hace particularísima frente a las reglas que han sido admitidas en el derecho internacional para asegurar las obligaciones de los Estados, es que en el ámbito comunitario, el ejercicio de la acción para declarar las infracciones de los Estados, no está circunscrito únicamente a estos, sino que puede asignarse a un órgano comunitario, como la Secretaría General.

127 Procesos 02-AI-2010, 01-AI-2012 y 01-AI-2013, Perú.

128 De acuerdo con lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 258 y 259 únicamente la Comisión o un Estado Miembro están legitimados para interponer dicha acción.

129 El derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden infringido y a obtener la reparación de la lesión y por esta vía la satisfacción de su derecho.

130 Tratado de Creación del TJCA, artículos 25 y 31.

131 Proceso 111-IP-2011, Colombia.

petencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino [...] Aunque los motivos que contenga «el dictamen»¹³² también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda, pudiendo en consecuencia, ser enjuiciados por la parte demandada dentro del proceso de incumplimiento, la finalidad de esta acción, sin embargo, no se limita a un simple control de legalidad del dictamen, sino que se dirige a verificar si la infracción acusada fue o no cometida, y en definitiva a examinar las circunstancias del incumplimiento demandado y las causas exonerantes que pudiere haber propuesto la demandada como argumentos en su defensa.¹³³

Medidas cautelares en la fase judicial

El Tratado de Creación del TJCA dispone en el artículo 28:

El tribunal antes de dictar sentencia y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si esta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.

Recurso de revisión de las sentencias del TJCA

De acuerdo con el Tratado de Creación del TJCA, art. 29, las sentencias dictadas de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal, a petición de parte, fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión. La demanda deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes al día en que se descubra el hecho y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia.

Es decir, que la demanda de revisión es la única vía para que en el caso del derecho comunitario andino, las sentencias del TJCA puedan ser revisadas con la posibilidad de una posterior suspensión de su calidad de cosa juzgada adquirida previamente.

132 Emitido en la fase prejudicial por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

133 TJCA. Sentencia emitida en el Proceso 43-AI-99, publicada en la G.O.A.C. n.º 620, de 23 de noviembre de 2000.

Efectos de la sentencia de incumplimiento del TJCA

La sentencia de incumplimiento no requiere homologación o exequátor en ninguno de los Países Miembros, con base en lo establecido en el Tratado de Creación del TJCA, art. 41.¹³⁴

Por consiguiente, el País Miembro cuya conducta haya sido declarada por el Tribunal como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación.^{135, 136}

Asimismo y tal como lo pone de presente la Secretaría General de la CAN,¹³⁷ con base en el Tratado de Creación del Tribunal,¹³⁸ la sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, y así lo ha recogido el Tribunal en sentencias de los procesos 118-AI-03, 125-AI-04 y 200-AI-05,¹³⁹ entre otros, al recordar a los particulares acerca de la posibilidad de ejercer este derecho.

Procedimiento sumario por desacato a la sentencia de incumplimiento. Sanciones

En caso de desacato por parte del País Miembro demandado, de la sentencia proferida por el TJCA, se tramitará el procedimiento sumario establecido en el Tratado de Creación del Tribunal y en su Estatuto.¹⁴⁰

El órgano judicial comunitario dictará un auto en el que así lo declare y solicitará a la Secretaría General que se pronuncie mediante una opinión, en un término único de treinta días.¹⁴¹ Recibida la misma o vencido el plazo de que esta dispone para emitirla, el Tribunal decidirá si convoca a

134 Tratado de Creación del TJCA, artículo 41: «Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátor en ninguno de los Países Miembros».

135 Tratado de Creación del TJCA, artículo 27.

136 Proceso 02-AI-2010, Perú.

137 Secretaría General de la Comunidad Andina (2008: 23).

138 Tratado de Creación del TJCA, artículo 30.

139 Secretaría General, de la Comunidad Andina (2008: 23).

140 Tratado de Creación del TJCA, art. 27; Estatuto del TJCA, arts. 112 a 120.

141 Estatuto del TJCA, art. 117 y Tratado de Creación del TJCA, art. 27.

una audiencia con el objeto de precisar el tipo de medidas que podrían ser adoptadas.¹⁴²

Posteriormente, el TJCA expedirá auto motivado con las sanciones a que hubiere lugar, mediante las cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.¹⁴³

En el momento en el que el País Miembro sancionado manifieste que ha dado pleno cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto del TJCA, art. 120, el Tribunal requerirá a los Países Miembros y a la Secretaría General para que en un término máximo de cinco días emitan su opinión, al cabo de los cuales el Tribunal resolverá sobre el levantamiento de las sanciones.

Si el País Miembro reitera el incumplimiento de la sentencia, levantadas las sanciones, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario por desacato.¹⁴⁴

5.4. La integración en las constituciones de los países miembros de la CAN

En los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, ha tomado cuerpo la tendencia de constitucionalizar de manera expresa la integración. En mayor o menor medida, se han incorporado a los textos constitucionales preceptos específicos de respaldo e impulso a la integración latinoamericana, los cuales se presentan a continuación.

5.4.1. Los preceptos constitucionales relacionados con la integración en el Estado Plurinacional de Bolivia

La actual Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia¹⁴⁵ incorpora un Título especial (Título VIII de la Segunda Parte) dedicado a prin-

142 Estatuto del TJCA, art. 118.

143 Ibíd., arts. 118 y 119.

144 Ibíd., art. 120.

145 Antes de la promulgación de la Constitución Política de 2009, el Tribunal Constitucional de la época aplicaba el Derecho Comunitario Andino. Al respecto ver Tribunal

cipios y normar el régimen de las Relaciones Internacionales, Fronteras, Integración y Reivindicación Marítima.

Dentro de este Título, dividido en Capítulos, incorpora uno, el tercero con dos artículos, 265 y 266, relativos a la Integración.

El artículo 265 expresa:

- I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.
- II. El Estado fortalecerá la integración de sus nacionales y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.

Asimismo, el artículo 266 dispone:

Los representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración se elegirán mediante sufragio universal.

Además, se encuentran otros artículos vinculados a la Integración, tales como 257. I¹⁴⁶ y II¹⁴⁷ y el 410.¹⁴⁸

5.4.2. Normas constitucionales acerca de la integración en la República de Colombia

La Carta Política de Colombia de 1991 señala expresamente en el Preámbulo¹⁴⁹ su compromiso con la integración latinoamericana, orienta

Constitucional Sentencia Constitucional 1365/2004- R Sucre, 19 de agosto de 2004 Expediente: 2004-09'63-19-RAC. Disponible en: <[https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(S\(fmuur3f5u5fba1wn42q3t5dx\)\)/WfrFechaResolucion1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(S(fmuur3f5u5fba1wn42q3t5dx))/WfrFechaResolucion1.aspx)>.

146 Artículo 257. I Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

147 Artículo 257. II «Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Cuestiones límitrofes 2. Integración monetaria 3. Integración económica estructural 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco del proceso de integración.»

148 Artículo 410.II «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país [...].»

149 Preámbulo «El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, [...] y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, [...].»

la política exterior del Estado hacia esta¹⁵⁰ y autoriza al gobierno la suscripción de tratados de integración sobre la base de la equidad, igualdad y reciprocidad.^{151, 152}

Asimismo, el texto constitucional en su artículo 150, numeral 16, entre las atribuciones del Congreso contempla la aprobación o improbación de los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con organizaciones internacionales. Por medio de estos, el Estado podrá sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional transferir parcialmente determinadas atribuciones a entidades de derecho internacional, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica.

No obstante, no se hace referencia expresa a la Comunidad Andina y ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha desarrollado la temática, pronunciándose en torno a: 1) las características de la integración (Sentencias C-228 de 1995, C-137 de 1996, C-231 de 1997, C-227 de 1999), 2) el Derecho Comunitario Andino (Sentencias C-231 de 1997 y C-227 de 1999), 3) los principios del ordenamiento jurídico andino (Sentencias C-137 de 1996 y C-155 de 1998), 4) las materias reservadas a dicha rama (Sentencia C228 de 1995), 5) al Acuerdo de Cartagena (Sentencias C-231 de 1997 y C-256 de 1998), 6) al Derecho Comunitario Andino Derivado (Sentencia C-227 de 1999), 7) a la competencia del Tribunal de Justicia Andino (Sentencias C-231 de 1997, C-228 de 1995 y C-227 de 1999), 8) y a la relación entre el derecho Comunitario Andino y la legislación interna (Sentencias C-155 de 1998, C-256 de 1998, C-227 de 1999, C-644 de 2004).

150 Artículo 9 «De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe».

151 Artículo 227 «El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones [...]».

152 Artículo 226 «El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional».

5.4.3. La recepción constitucional de la integración en la República del Ecuador

La Constitución ecuatoriana desde su Preámbulo fomenta la integración andina y latinoamericana¹⁵³ y dedica el Título VIII a las Relaciones Internacionales, con tres Capítulos que contienen referencias concretas a la Integración. El Primero hace referencia a los Principios de las Relaciones Internacionales,¹⁵⁴ el Segundo a los Tratados e Instrumentos Internacionales¹⁵⁵ y, el Tercero, aborda la Integración Latinoamericana.

A continuación se transcribe el artículo 423 que en materia de integración establece:

La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.
2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y

153 «Decidimos construir [...] Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana —sueño de Bolívar y Alfaro—, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra [...]».

154 En el Capítulo Primero, artículo 416, se incluyen las siguientes disposiciones: «1. Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad» [...] 10. Promueve la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural. 11. Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y Latinoamérica».

155 El artículo 419 enumera los casos en los cuales la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional: «6. Comprometen al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. [...]».

el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y régimenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.

6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

Además, en el artículo 276,¹⁵⁶ relativo al régimen de desarrollo, y en el 284,¹⁵⁷ relacionado con la política económica, el texto fortalece la integración regional.

En cuanto a la jerarquía normativa, el artículo 425 establece:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior [...].».

156 Art. 276 «El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: [...] 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial [...].».

157 Art. 284 «La política económica tendrá los siguientes objetivos: [...] 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional».».

Sin embargo, no se encuentra un artículo referido a la Comunidad Andina y ha sido la Corte Suprema de Justicia la que ha se pronunciado al respecto.¹⁵⁸

5.4.4. Disposiciones constitucionales de la integración en la República del Perú

La actual Constitución Política del Perú se refiere al tema en única norma en el Título II. Del Estado y La Nación; Capítulo I, Del Estado, la Nación y el Territorio; en el segundo párrafo del artículo 44 dispone:

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana,¹⁵⁹ así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior [...].

A manera de cierre, se aprecia que en líneas generales los Países Miembros de la CAN hacen referencia a la integración, reconocen la supranacionalidad del Derecho Comunitario Andino y sus características, ya sea en su texto constitucional como Bolivia o por desarrollos jurisprudenciales.

La Constitución Boliviana vigente es la única que de forma expresa alude al Derecho Comunitario Andino y establece los mecanismos que le permitirán armonizar los compromisos con el proceso de integración.

La Constitución de Colombia contiene las bases necesarias para la participación del Estado en los procesos de integración regional. Sin embargo, no se encuentra una disposición relacionada con la supranacionalidad del ordenamiento jurídico andino ni con sus principios los cuales, como se explicó anteriormente, han sido abordados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Algo similar ocurre con las Constituciones del Ecuador y del Perú.

158 Sentencia del 5 de octubre de 1999 emitida por la Tercera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

159 Tribunal Constitucional EXP. n.º 0013-2007-PI/TC Lima. *Jorge Santistevan de Noriega en representación de más cinco mil ciudadanos*. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00013-2007-AI%20Resolucion.html>>.

Conclusiones

De acuerdo con el texto presentado se formulan las siguientes conclusiones.

Los esquemas integracionistas latinoamericanos, después de la Segunda Guerra Mundial, evolucionaron condicionados por las estrategias de desarrollo global.

Actualmente, coexisten acuerdos de integración orientados por la corriente postliberal con otros guiados por el nuevo regionalismo y el regionalismo abierto, como en el caso de la CAN.

La Comunidad Andina, como proceso de integración, se fundamenta en el sentido de unidad entre los pueblos de los Países Miembros; en la aceptación de valores comunes; en el sentido de justicia social y equidad y en la apertura al mundo y sus nuevas realidades. Su continuidad y desarrollo son asegurados mediante el SAI, sistema permanente que expresa autónomamente la voluntad de la Organización y adopta decisiones en torno a asuntos relacionados con la vida económica, jurídica y social de sus Miembros en los ámbitos de sus competencias de atribución y en función de sus objetivos.

El vínculo de pertenencia a la CAN, constituye un conjunto de relaciones y situaciones reguladas por un orden jurídico común, el Derecho Comunitario Andino, el cual presenta características, principios e instituciones de carácter supranacional que le otorgan identidad propia, que por su efecto directo, se integra al sistema jurídico de los Países Miembros. De esta manera, tanto los Estados como sus ciudadanos, los particulares o las personas jurídicas se transforman en sujetos del nuevo sistema, en destinatarios de obligaciones y al mismo tiempo en titulares de derechos.

La garantía de la interpretación y aplicación uniformes de este orden común exige un órgano jurisdiccional también común, el TJCA. Esta instancia produce una jurisprudencia, la cual señala sus criterios interpretativos obligatorios.

Los criterios jurisprudenciales producidos en el ordenamiento jurídico comunitario andino tienen dos clases de efectos y alcances. Uno de carácter prejudicial e indirecto (en cuanto el Tribunal no aplica la norma comunitaria al caso concreto), que es el que se produce en la absolución de

consultas prejudiciales, cuando le indica al juez nacional mediante una sentencia, parámetros para interpretar la norma comunitaria que deba aplicar en la resolución de controversias sometidas a su jurisdicción. El otro, de carácter eminentemente judicial, generado dentro del proceso de aplicación directa de la norma comunitaria, cuando actúa y resuelve casos concretos sometidos a su decisión en el ejercicio de las acciones judiciales que les son propias, como la acción de incumplimiento.

La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los Tribunales de cada uno de los Países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho Comunitario, con base en la interpretación del contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en forma privativa, al TJCA, con el objeto de lograr su uniformidad en los Países Miembros.

Esta atribución adopta dos modalidades, obligatoria y facultativa. Es obligatoria para los Tribunales Nacionales de única o última instancia que deban conocer sobre la aplicación de algunas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la CAN y, deberán suspender el procedimiento mientras el Tribunal Comunitario precise el contenido y alcance de las normas interpretadas, y es facultativa en los demás casos.

En el caso de no cumplirse con la consulta cuando sea obligatoria, se configuraría una violación al derecho del debido proceso, generando así una causal de nulidad. En este sentido, la sentencia podría ser objeto de recurso de amparo o tutela, o de cualquier recurso extraordinario contemplado en la legislación nacional.

Por otro lado, la omisión del juez constituiría una violación de la normativa comunitaria andina y, por lo tanto, podría iniciarse una acción de incumplimiento al País Miembro respectivo, de conformidad con lo prescrito en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal.

Para la formulación de la consulta prejudicial, el TJCA incluye dentro del término juez nacional, no solo a este sino a los árbitros que deciden en derecho y a los órganos administrativos que cumplan funciones jurisdiccionales.

La interpretación prejudicial recae en cada caso concreto, por lo que las teorías del acto claro y del acto aclarado no tienen aplicación dentro del sistema interpretativo andino, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de integración europea.

El control del cumplimiento del Derecho Comunitario Andino se efectúa mediante la interposición de la acción de incumplimiento que tiene como objetivo la observancia de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros. Su naturaleza es contenciosa y la sentencia además de declarar la existencia de un derecho o de una obligación, impone el cumplimiento de una prestación de hacer o no hacer.

Este mecanismo jurisdiccional consta de dos etapas: una prejudicial o administrativa y otra judicial. Están legitimados para interponerlo, la Secretaría General, los Países Miembros y además otorga el *jus standi* a las personas naturales o jurídicas, lo que no se admite en el Derecho Comunitario Europeo.

Los Países Miembros de la CAN hacen referencia a la integración, reconocen la supranacionalidad del Derecho Comunitario Andino, ya sea en su texto constitucional o por desarrollos jurisprudenciales.

La existencia del ordenamiento jurídico andino, como una rama autónoma del derecho exige a las autoridades judiciales, administrativas y a los particulares conocerlo, acatarlo y difundirlo, lo cual debe reflejarse en los programas académicos universitarios.

Bibliografía

CHAMBI CALLE, R. (2003), «La interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: el caso boliviano... ¿incumplimiento?», *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, n.º 1, Buenos Aires.

CONTRERAS BASPINEIRO, A. (2009), «¿Quo Vadis Comunidad Andina?», en Secretaría General de la Comunidad Andina (ed.), *Revista de la Integración. 40 años de la Integración Andina. Avances y Perspectivas*. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/public/libro_100.htm>.

FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS, A., y E. ORTIZ ARCINIEGAS (2017), *Introducción al Derecho Comunitario Andino. El Tribunal de Justicia: la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento (2008-2012)*. Publicaciones UNAB, Bucaramanga.

GUTIÉRREZ, A. (2012), «América Latina: evolución en el pensamiento y en las estrategias de integración», en J. Briceño Ruiz, A. Rivarola Puntigliano y A. Casas Greages (eds.), *Integración Latinoamericana y Caribeña*, Política y economía, FCE. Madrid.

KAUNE ARTEAGA, W. (2004), «La necesidad de la integración y el ordenamiento jurídico comunitario», Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ed.) *Testimonio comunitario*. Disponible en: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>>.

KLEIN VIEIRA, L. (2011), *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, B de f., Montevideo-Buenos Aires.

QUINDIMIL LÓPEZ, J. (2012), «El acceso a Tribunales de Justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria», en M. Hernández Ramos *et al.* (dirs.), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, 1.^a ed., Aranzadi, España.

SÁCHICA, L. C. (1990), *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, 2.^a ed., TEMIS, Bogotá.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA (2008). *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, 2.^a ed., Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima.

TANGARIFE TORRES, M. (2005), *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, 2.^a ed., Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C.

TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (2006), *El derecho andino en Colombia*, 1.^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (2001), *Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Lima, 3 de agosto.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (2017), *Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales*, art. 2, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Lima, 29 de noviembre.

TROCONIS VILLARREAL, M. (2004), «Integración y Jurisdicción en la Comunidad Andina», en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ed.), *Testimonio Comunitario*. Disponible en: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>>.

URIBE RESTREPO, F. (1990), *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito.

ÍNDICE

1. Presentación.....	9
2. El lugar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración Europea: perfil y mecanismos de funcionamiento (<i>Sergio Salinas Alcega</i>).....	11
2.1. Introducción	11
2.2. Perfil del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	15
2.2.1. El proceso de crecimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	15
2.2.2. La condición de Juez, y Abogado General, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	21
2.3. Funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	27
Conclusiones.....	37
Bibliografía	38
3. El recurso por incumplimiento de Estado en el marco del sistema jurisdiccional de la Unión Europea (<i>F. Jesús Carrera Hernández</i>)	41
3.1. Introducción	41
3.2. Objeto del Recurso: la noción de incumplimiento de Estado	43
3.3. Legitimación activa.....	52
3.4. Procedimiento	55
3.5. Incumplimiento de sentencia. El Sistema de sumas a tanto alzado y de multas coercitivas	62
Bibliografía	67

4. Aspectos básicos del funcionamiento del mecanismo de la cuestión prejudicial (<i>Enrique J. Martínez Pérez</i>)	69
4.1. Introducción	69
4.2. El objeto de las cuestiones prejudiciales	72
4.3. El planteamiento de la cuestión prejudicial	75
4.4. Los efectos de la sentencia prejudicial	82
Bibliografía	84
5. Desarrollos Jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la recepción de la integración en las Constituciones de los países miembros de la CAN (<i>Aída Fernández de los Campos y Emma Ortiz Arciniegas</i>)	87
5.1. Introducción	87
5.2. El proceso subregional de integración Andina	90
5.2.1. Desarrollo histórico de la integración subregional andina: del Pacto Andino a la Comunidad Andina	90
5.2.2. El Derecho Comunitario Andino	93
5.3. El Órgano Jurisdiccional Andino: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	102
5.3.1. Creación del TJCA	102
5.3.2. Funciones jurisdiccionales del TJCA	102
5.4. La integración en las Constituciones de los países miembros de la CAN	120
5.4.1. Los preceptos constitucionales relacionados con la integración en el Estado Plurinacional de Bolivia	120
5.4.2. Normas constitucionales acerca de la integración en la República de Colombia	121
5.4.3. La recepción constitucional de la integración en la República del Ecuador	123
5.4.4. Disposiciones constitucionales de la integración en la República del Perú	125
Conclusiones	126
Bibliografía	128

*Este libro se terminó de imprimir
en los talleres del Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Zaragoza
en febrero de 2019*





Resultado de un proyecto coordinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España, y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, Colombia, este libro aborda el papel de los Tribunales en los procesos de integración de la Unión Europea y la Comunidad Andina. La posición de ambos órganos se configura como crucial, superando su función jurisdiccional clásica para colmar las lagunas de unos ordenamientos en construcción.

Entre las herramientas con las que ambos Tribunales cumplen sus funciones destacan la cuestión prejudicial y el recurso de incumplimiento, que garantizan tanto la interpretación y aplicación uniforme de ese Derecho de la integración por los tribunales nacionales como su respeto por los Estados miembros.