

Derecho Internacional Privado

Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina

Moisés Troconis Villarreal

I | Los inicios

1. El Acuerdo de Integración Subregional, denominado oficialmente Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, y en vigencia, para Colombia, Chile y Perú, desde el 16 de octubre del mismo año, establece que, de suscitarse discrepancias en la interpretación o en la ejecución del Acuerdo, o de las Decisiones de la Comisión, corresponden a esta llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios; y que, de no resolverse por estas vías la discrepancia, los Países Miembros deben sujetarse a los procedimientos previstos en el Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito en Asunción, Paraguay, el 2 de septiembre de 1967 (artículo 23).

2. La Comisión, órgano máximo del Acuerdo, en el Reglamento que aprobara en su Primer Período de Sesiones Ordinarias, del 21 al 25 de octubre de 1969, a través de la Decisión N° 6,¹ precisa que los países afectados por la discrepancia deben buscar su solución a través de negociaciones directas. De no alcanzarse la solución, o de ser esta parcial, la Comisión debe interponer sus buenos oficios. De ser insuficientes los buenos oficios, debe ejercer su mediación y proponer fórmulas de avenimiento.

¹ Junta del Acuerdo de Cartagena, *Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena*. Decisiones 1-90, tomo I, Lima, Editorial Universo, 1982, pp. 14-15.

De ser infructuosa la mediación, deba designar un comité de conciliación para investigar los hechos, escuchar a las partes y emitir un Informe con propuestas de solución. Y de fracasar la conciliación, los países en conflicto deban recurrir al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el citado Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito el 2 de septiembre de 1967, y pendiente para entonces de ratificación.

3. El Acuerdo prevea, entre los mecanismos para alcanzar sus objetivos de integración económica y desarrollo, el establecimiento de un Programa de Liberación y la fijación de un Arancel Externo Común, cuya etapa previa sea la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común (artículo 3, literales c y d). El Programa de Liberación, automático e irrevocable, pretenda la eliminación de los gravámenes y de las restricciones de todo orden que incidieran sobre la importación de la universalidad de los productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (artículos 41 y 45). Las restricciones deban haber sido eliminadas, salvo excepciones, a más tardar el 31 de diciembre de 1970 (artículo 46). Y la desgravación arancelaria deba alcanzarse, en su totalidad y salvo excepciones, a más tardar el 31 de diciembre de 1983 (artículo 45). Además, los Países Miembros se comprometan a poner en aplicación un Arancel Externo Común, a más tardar el 31 de diciembre de 1983.

4. Sin embargo, la práctica revela la falta de cumplimiento, por parte de los Países Miembros, de las obligaciones derivadas del Programa de Liberación y del Arancel Externo Mínimo Común, o del Arancel Externo Común. Según el exMagistrado Fernando Uribe Restrepo² en los inicios del proceso, un explicable afán de acelerar la integración al mismo, un exceso de optimismo en relación con las posibilidades reales y, sobre todo, el imprevisto y dramático deterioro en las condiciones económicas de la sub-región en la década de los 70, hicieron que los compromisos iniciales —especialmente en cuanto al señalamiento de plazos para las distintas etapas de la integración— resultaran de imposible cumplimiento [] Los compromisos integracionistas, en virtud de las especiales circunstancias, carecieron así desde un principio de firmeza, consistencia y estabili-

² Uribe Restrepo, Fernando, *El Tribunal Andino y la Solución de Controversias*, en *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria 1992*, Quito, Impresora, 1993, p. 235.

dad. Tanto es así que las mismas obligaciones básicas concretas, pactadas en el Acuerdo de Cartagena, han debido ser modificadas a lo largo del proceso por una serie de Protocolos. En efecto, los Protocolos suscritos en Lima (1976) y Arequipa (1978) tuvieron por objetivo básico la ampliación, en general, de los plazos de cumplimiento de los compromisos iniciales.

5. Los incumplimientos, calificados como sistemáticos y recurrentes por Uribe Restrepo³, dieron lugar a controversias que debían ser tratadas y resueltas a través de la serie de procedimientos previstos en el Acuerdo. A su juicio, ...estos sistemas indirectos y condicionados [se refiere a los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación, conciliación y arbitraje], utilizados por el Derecho Internacional en sus primeras etapas, no resultaban adecuados (por insuficientes) a las inusitadas exigencias y complejidades de un compromiso internacional tan serio y profundo como el de la integración de países en desarrollo⁴. A propósito de los procedimientos de conciliación y arbitraje, el ex-Magistrado Hugo Poppe⁵ sostiene que se revelaron inoperantes por ineficientes. Poppe explica que el mecanismo de solución de controversias no se acomodó a las necesidades del control de legalidad en un proceso de integración; que el ordenamiento omitió indebidamente el control de los actos de la Comisión y de la Junta; que fue un error ligar la integración andina a los procedimientos de la ALALC; que el Acuerdo debió haber instituido, desde el origen, un sistema judicial propio y autónomo⁶; que la falta de la función judicial contribuyó ...a la impunidad con que los Estados Miembros se habituaron a las prácticas del incumplimiento...⁷; y que, ...en el camino hasta entonces recorrido... , se llegó al convencimiento de que ...era imposible edificar una comunidad de Derecho, como es la integración subregional, sin un órgano jurisdiccional ajustado a su específica realidad, que

³ Ídem. p. 235.

⁴ Uribe Restrepo, Fernando, "El Tribunal Andino de Justicia", en *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria de 1989*, Quito, 1990, p. 66.

⁵ Poppe, Hugo, "Las dos etapas de la función jurisdiccional en el Pacto Andino", en *Informe Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Labores 1986*, Quito, Impresora, 1987, p. 48.

⁶ Ídem. p. 49.

⁷ Ídem. pp. 48-49.

garantice, de modo efectivo, el respeto al ordenamiento jurídico⁸. En otro texto, Poppe sostiene que, al evaluarse la significación del órgano jurisdiccional del Acuerdo, deberán tenerse en cuenta los centenares de incumplimientos acumulados con anterioridad a 1984, que precisamente se deben al hecho de haber carecido el Acuerdo de la función judicial ante la cual hubieran podido acudir oportunamente los Países Miembros para exigir el respeto y el restablecimiento del ordenamiento jurídico.⁹

6. Tal estado de cosas condujo a que, en su Sexto Período Extraordinario de Sesiones, celebrado entre el 8 y el 18 de diciembre de 1971, la Comisión dejara constancia de la necesidad de crear un órgano jurisdiccional para dirimir las controversias que suscitase la aplicación del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones y las Resoluciones, y recomendara que la Junta, órgano técnico del Acuerdo, realizara los estudios necesarios para disponer de los elementos de juicio que permitieran formular recomendaciones a los Gobiernos sobre la creación del órgano jurisdiccional del Acuerdo. En efecto, Uribe Restrepo informa que, a solicitud de la Junta, el Instituto para la Integración de América Latina —INTAL— hizo una serie de investigaciones sobre la solución de conflictos, el control de la legalidad y la interpretación uniforme del Derecho en las Comunidades Europeas, la ALALC, el Mercado Común Centroamericano y el GATT, y luego elaboró una serie de trabajos sobre la solución de controversias en esquemas de integración y cooperación.¹⁰

7. Sobre la base de estos estudios, la Junta del Acuerdo presentó un primer Informe, en diciembre de 1972, en el cual propuso confiar el control de la legalidad a un Tribunal de Justicia subregional... al que se deben atribuir competencias de anulación de las Decisiones de la Comisión y Resoluciones de la Junta que violen el orden jurídico del Acuerdo; de constatación y sanción del incumplimiento de la estructura jurídica del Acuerdo por parte de los Países Miembros y, finalmente, la competencia de interpretar, en la vía prejudicial las normas derivadas de la estructura jurídica del Acuerdo¹¹.

⁸ *Ídem.* p. 49.

⁹ *Ídem.* p. 124.

¹⁰ Uribe Restrepo, *El Tribunal Andino y la Solución*. *Op. cit.*, p. 233.

¹¹ Junta del Acuerdo de Cartagena. *Documento J/AJ/29*, 5 de diciembre de 1972.

8. En 1974, la Junta presentó un proyecto de Tratado de Creación del Tribunal. Dos años después, el 30 de octubre de 1976, fue suscrito el Protocolo de Lima, modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 117), cuyo objetivo principal fue la ampliación de los plazos establecidos para el cumplimiento del Programa de Liberación y para la puesta en aplicación del Arancel Externo Común. A partir de junio de 1977, la Junta convocó a expertos gubernamentales y a representantes plenipotenciarios para la negociación del Tratado del Tribunal. Un año después, el 21 de abril de 1978, fue suscrito el Protocolo de Arequipa, también modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 147), cuyo objetivo principal fue la ampliación, en unos casos, y la reducción, en otros, de los plazos previstos en el Acuerdo y en el Protocolo de Lima, en materia de Programa de Liberación y de Arancel Externo Común. El 8 de agosto de 1978, los Presidentes se reunieron en Bogotá y declararon la impostergable necesidad de disponer de un órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo, instruyendo que el estudio de la materia debía concluir con la suscripción, al año siguiente, del Tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia.¹² En abril de 1979, los representantes de los Estados Miembros presentaron el Informe Final sobre el proyecto de Tratado.

II | El Tratado

9. El 28 de mayo de 1979, los plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieron en Cartagena de Indias, Colombia, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En esa ocasión, los Presidentes recomendaron "...la urgencia de la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que es una demostración del alto nivel de madurez y estabilidad que adquieren las instituciones del Sistema Andino y constituye la primera experiencia latinoamericana que dota al Derecho de Integración de una

¹² Pico Mantilla, Galo, *Documentos básicos de la integración andina*. 2ª ed. Quito, Congreso Nacional, 1984, p. 245.

instancia jurisdiccional e interpretativa [...] Con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanza plenitud institucional, reafirma su personalidad jurídica internacional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos.¹³

10. Suscrito el Tratado, los Estados Miembros procedieron a su aprobación y ratificación. Sin embargo, el instrumento de ratificación de Venezuela no fue depositado en la Secretaría de la Comisión sino hasta el 19 de mayo de 1983, por lo que, de conformidad con el artículo 37 del Tratado, este entró en vigencia en esa fecha. Por otra parte, la Comisión aprobó, en fecha 19 de agosto de 1983, con fundamento en la competencia prevista en el artículo 14 del Tratado, el Estatuto destinado a disciplinar el funcionamiento del Tribunal y los procedimientos judiciales a seguirse ante él. Luego, las gestiones del Gobierno del Ecuador hicieron posible que el Tribunal, cuya sede es la ciudad de Quito, se instalase e iniciase su funcionamiento el día 5 de enero de 1984. Finalmente, el propio órgano jurisdiccional, sobre la base de la competencia prevista en el artículo 14 del Tratado, dictó su Reglamento Interno el 15 de marzo de 1984, cuyo objeto fue desarrollar las disposiciones del Estatuto.

11. En el preámbulo del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, los Gobiernos reconocen que "...es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo...", y que "...la estabilidad del Acuerdo y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente".

12. En efecto, el Tratado crea el Tribunal como órgano principal del Acuerdo (artículo 6), integrado por cinco Magistrados que gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones (artículo 7), y le atribuye competencia exclusiva para conocer de las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, pro-

¹³ Ídem. p. 257.

hibiendo expresamente a los Pa ses Miembros someter tales controversias a tribunales, sistemas de arbitraje o procedimientos distintos de los contemplados en el Tratado (art culo 33).

13. En lo que concierne a los mecanismos de soluci n de las controversias previstos en el art culo 23 del Acuerdo, y que inclu an la sujeci n de los Pa ses Miembros al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el Protocolo para la Soluci n de las Controversias , suscrito en Asunci n el 2 de septiembre de 1967, el Tratado limita su uso a las controversias que surjan entre uno de los Pa ses Miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo que no sea miembro del Acuerdo (art culo 33).

14. El Tribunal del Acuerdo tiene car cter permanente y el Tratado que lo crea le atribuye las siguientes competencias:

¥ En primer lugar, la de declarar la nulidad de las decisiones de la Comisi n y de las Resoluciones de la Junta dictadas con violaci n de las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo, incluso por desviaci n de poder, cuando tales decisiones y resoluciones sean impugnadas por cualquiera de los Pa ses Miembros, la Comisi n, la Junta o las personas naturales o jur dicas a quienes aqu llas les resulten aplicables y les causen perjuicio (art culos 17 y 19).

¥ En segundo lugar, la de declarar el incumplimiento, por parte de los Pa ses Miembros, de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo. El ejercicio de la acci n ante el Tribunal presupone el desarrollo de un procedimiento ante la Junta que, impulsado por sta o por el reclamo de un Pa s Miembro, conduce a la emisi n de un dictamen motivado. Si el procedimiento ha sido impulsado por la Junta, el dictamen ha sido de incumplimiento y el Pa s Miembro persiste en la conducta que ha sido objeto de observaciones, aqu lla podr solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Y si el procedimiento ha sido impulsado por el reclamo de uno de los Pa ses Miembros, el dictamen ha sido de incumplimiento y el Pa s Miembro persiste en la conducta objeto del reclamo, la Junta deber solicitar el pronunciamiento del Tribunal. En su defecto, el Pa s reclamante podr obrar *motu proprio* ante el Tribunal (art culos 23 y 24). Si la sentencia declara el incumplimiento, el Pa s Miembro queda obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecuci n dentro de los tres meses siguientes a su notificaci n. De no cumplirse esta

obligación, el Tribunal, luego de un procedimiento sumario, determinar los límites dentro de los cuales los demás Países Miembros podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo que beneficien al País Miembro remitido (artículo 25). La sentencia será revisable por el Tribunal, a petición de parte, si el recurso se funda en un hecho que, desconocido por el recurrente para la fecha de expedición de aquélla, hubiese podido influir decisivamente en el resultado del proceso (artículo 26).

El Tratado precisa que, para su cumplimiento, las sentencias del Tribunal no requieren de homologación o de ejecución en ninguno de los Países Miembros (artículo 32).

En cuanto a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, el Tratado se limita inicialmente a atribuirles el poder de obrar al efecto ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con el respectivo Derecho Interno (artículo 27).

¥ En tercer lugar, el Tribunal tiene atribuida competencia para interpretar las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros (artículo 28). Del citado ordenamiento formaban parte entonces el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, el Tratado de Creación del Tribunal, las decisiones de la Comisión y las resoluciones de la Junta (artículo 1). La solicitud de interpretación ha de provenir de un Juez nacional que conozca de un proceso en que deba aplicarse el ordenamiento del Acuerdo, y será facultativa u obligatoria según que la sentencia a dictar sea susceptible o no de recursos en el Derecho Interno (artículo 29). En todo caso, el Juez nacional deberá adoptar la interpretación del Tribunal (artículo 31).

Por otra parte, cabe poner de relieve que es en el Tratado que crea el Tribunal donde se establece la aplicabilidad directa de las decisiones de la Comisión, salvo que su texto disponga su incorporación al Derecho Interno, (artículo 3) y de las Resoluciones de la Junta (artículo 4).

15. Puesto en vigencia el Tratado e iniciado el funcionamiento del Tribunal, la primera demanda fue introducida por un particular el 24 de enero de 1984, pero no fue admitida por falta de competencia del órgano jurisdiccional. A ella siguieron otras tres, formuladas también por particulares, y no admitidas por falta de regularización. La quinta y la sexta no fueron admitidas por tratarse de acciones de incumplimiento entre particu-

lares. La primera demanda de nulidad fue introducida el 22 de marzo de 1985, y lo fue contra una de las Resoluciones de la Junta. Y la primera providencia de interpretación prejudicial fue dictada el 3 de diciembre de 1987.¹⁴

III | La reforma del tratado

16. En cambio, a pesar de las denuncias contra los Pa ses Miembros, no consta que la Junta hubiese emitido entonces dictamen alguno de incumplimiento. Tampoco consta que, en defecto de la Junta, los pa ses lo hubiesen demandado ante el Tribunal. Por su parte, las personas naturales y jurídicas, principales afectadas en sus derechos, carec an de legitimación para ejercer directamente, en defecto de aqu ella, la acción por incumplimiento,^{15 16} y el Tribunal carec a de competencia para conocer a su respecto.

17. Estas circunstancias, entre otras, concurrieron para que el Tribunal, al a o siguiente de su puesta en funcionamiento, promoviera la reforma del Tratado. El Parlamento Andino acogió la iniciativa y, en su V Per odo de Sesiones Ordinarias, celebrado entre el 11 y el 16 de diciembre de 1985, recomendó la reforma a los Pa ses Miembros, con el objeto de ampliar las esferas de competencia del Tribunal del Acuerdo, vista la necesidad de ...ampliar y reforzar el control jurisdiccional del proceso de inte-

¹⁴ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. 1984-1988*. Vol I, Buenos Aires, BID-INTAL, 1994, pp. 1—124.

¹⁵ Poppe, Hugo, op. cit., pp. 53-54.

¹⁶ Por ello, cuando el Tribunal dictó la primera sentencia de nitiva de incumplimiento, apenas el 30 de octubre de 1996, destacó, visto que ni la Junta ni los pa ses miembros hab an ejercido acción alguna de incumplimiento hasta entonces, que en tales circunstancias ...no pod a hablarse de que funcionara una tutela e caz de defensa de los leg timos intereses comunitarios ni un control sobre el cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados del proceso de integraci n para quienes, como los pa ses y los particulares mismos, constituyen los principales protagonistas de la integraci n... . Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso I-AI-96. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nj 234 del 21 de noviembre de 1996.

gración subregional, ya que en parte su actual crisis es debida al incumplimiento de las ordenaciones del Acuerdo.¹⁷

18. El Tribunal, por su parte, en febrero de 1986, presentó un Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado, del cual formaron parte las siguientes propuestas: 1- Una acción popular de nulidad, accesible a cualquier persona, contra las decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, cuando tengan alcance general. 2- Acción de nulidad contra las mismas normas, cuando son de alcance particular, en cabeza de quien demuestre tener legítimo interés. 3- Acción de incumplimiento en cabeza de los particulares, en contra de un País Miembro, previa una instancia administrativa ante la Junta. 4- Acción de los particulares por daños y perjuicios provenientes del mal funcionamiento de servicios públicos comunitarios, o causados por los funcionarios de la integración. 5- Facultar a las partes, en los procesos en los cuales se suscite la cuestión prejudicial, para acudir directamente ante el Tribunal. 6- Facultar al Tribunal para servir de árbitro entre los organismos del Acuerdo y entre particulares, en controversias relacionadas con el Derecho Comunitario. 7- Ampliar la acción de incumplimiento a las omisiones en que incurran los organismos del Acuerdo (acción por inactividad). 8- Competencia para declarar la compatibilidad, en un caso dado, entre el Derecho Interno de un País Miembro y el Derecho Comunitario. 9- Convertir en obligatoria para la Junta la facultad que hoy tiene para iniciar la acción de incumplimiento contra un País Miembro. 10- Competencia para conocer de controversias surgidas de contratos celebrados por los Países Miembros o por los órganos comunitarios, en ejecución de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo. El Tribunal presentó un proyecto de articulado y un proyecto de texto final unificado, incluyendo las anteriores reformas.¹⁸

¹⁷ Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1986, en Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria 1991, Quito, 1993, p. 193.

¹⁸ Informe sobre la situación actual del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena enviado a los representantes de los Países Miembros y a los órganos comunitarios por el Presidente del Tribunal, en Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria de 1989, Quito, 1990, p. 102.

19. En el ámbito específico de los incumplimientos de los Países Miembros, las propuestas estaban dirigidas, en lo principal, a la consecución de dos objetivos: primero, convertir en un deber el poder de la Junta de obrar a través de la acción de incumplimiento; y segundo, otorgar legitimación a los particulares para ejercer dicha acción, en defecto de la Junta, y una vez agotado el procedimiento administrativo previo.

20. Sin embargo, el Proyecto no fue objeto de atención por parte de los Países Miembros.

21. El 12 de mayo de 1987 fue suscrito el Protocolo de Quito, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 236), vigente desde el 25 de mayo de 1988. El citado Protocolo, en lo principal, amplía los objetivos del Acuerdo, los programas y acciones de cooperación económica y social y la competencia de la Comisión y de la Junta; disciplina los programas de desarrollo industrial, agropecuario, agroindustrial y de infraestructura física; en el marco del Programa de Liberación, precisa la serie de medidas excluidas del concepto restricciones de todo orden; introduce las cláusulas de nación más favorecida y de trato nacional; declara que el Programa de Liberación será automático e irrevocable y que comprenderá, salvo excepciones, la universalidad de los productos, para llegar progresivamente a su liberación total; atribuye a la Comisión la competencia de fijar los plazos y las modalidades de aplicación del Arancel Externo Común; y extiende el régimen de las cláusulas de salvaguardia. En lo que concierne a la solución de controversias, prescribe que las que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo se sujetarán a las normas del Tratado que crea el Tribunal (artículo 23).

22. Los días 29 y 30 de noviembre de 1990, más de cuatro años después de presentado el Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado del Tribunal, se celebró el IV Consejo Presidencial Andino, y en él los Presidentes decidieron, entre otros puntos, poner énfasis en la necesidad del cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, para lo cual encomiendan al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la conformación de una Comisión de Alto Nivel que elabore una propuesta para ser definida, a más tardar el 31 de marzo de 1991. Dicha propuesta podrá incluir elementos para reformar, si fuere el caso, el Tratado de Creación del Tribunal de Jus-

ticia del Acuerdo de Cartagena . La Comisión se reunió los días 19 y 20 de marzo de 1991 y elevó un Informe en el cual destacó que la acción por incumplimiento constituyó un mecanismo eficaz para garantizar la ejecución de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, y que lo que correspondía era que la Junta la ejerciese.¹⁹

23. No obstante, en el V Consejo Presidencial Andino, celebrado los días 17 y 18 de mayo de 1991, los Presidentes acordaron encomendar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que revise el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, teniendo en cuenta, para tal efecto, las sugerencias de modificación presentadas por algunos Países Miembros, la Comisión de Alto Nivel y el propio Tribunal . El Tribunal diseñó un nuevo Proyecto y lo sometió a la consideración de los Gobiernos de los Países Miembros y de los órganos del Acuerdo. Finalmente, en el VI Consejo Presidencial Andino, celebrado el 4 de diciembre de 1991, los Presidentes dispusieron instruir al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para que convoque en el primer trimestre de 1992, a una Reunión de Plenipotenciarios con miras al examen y suscripción de un Protocolo Modificatorio al Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia . En efecto, la Reunión de Plenipotenciarios se celebró entre los días 16 y 18 de marzo de 1992, pero en ella no se alcanzó consenso sobre la totalidad de las modificaciones propuestas.²⁰

24. Más de tres años después, en agosto de 1995, se convino en un Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado. En septiembre del mismo año, el Consejo Presidencial Andino encomendó a una nueva Reunión de Plenipotenciarios la tarea de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificatorio a la estructura institucional del Sistema Andino de Integración que se estaba diseñando.

25. En marzo de 1996 se aprobó, durante el VII Consejo Presidencial Andino, el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 406), en vigencia desde 3 de junio de 1997. En él se crea la Co-

¹⁹ *Reformas al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. En: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Memoria 1992*, Quito, Impresal, 1993, pp. 46-47.

²⁰ *Ídem*. pp. 47-48.

Comunidad Andina, como una organización subregional con personalidad jurídica internacional (artículo 48), integrada por los Estados Miembros y los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (artículo 5); se establece la composición del Sistema (artículo 6) y se atribuye competencia a cada uno de sus órganos e instituciones (artículos 11 a 46); se reemplaza la Junta por la Secretaría General; y, en lo relativo al régimen de solución de controversias, declara que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad, que su régimen está constituido por el Acuerdo, el Tratado de Creación y sus protocolos modificatorios, y que tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador (artículos 40 y 41).

En ese VII Consejo Presidencial Andino se reitera la exigencia de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado del Tribunal a la estructura del Sistema. Realizados los ajustes, el 26 de mayo de 1996 se suscribió el Protocolo Modificadorio del Tratado, denominado también Protocolo de Cochabamba (Decisión 472). El 17 de julio del mismo año entró en vigencia una breve reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 394). Luego de las aprobaciones y ratificaciones de rigor, el Protocolo entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

26. En el ámbito de las acciones de nulidad y de incumplimiento, las principales modificaciones fueron las siguientes:

La acción de nulidad podrá ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio, y la legitimación de las personas naturales o jurídicas para ello dependerá únicamente de que el objeto de la impugnación afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (artículos 19 y 20).

El Tribunal, a petición de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar medidas cautelares si la ejecución de la Decisión, de la Resolución o del Convenio, cuya nulidad hubiese sido denunciada, causare o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación en la sentencia definitiva (artículo 21).

En el ámbito de esta acción, el Protocolo incorporó el mecanismo de la denuncia de inaplicabilidad por ilegalidad de la norma comunitaria y de su consulta al Tribunal. En efecto, en él se prevé que, aunque hubiese vencido el plazo para ejercer la acción de nulidad, cualquiera de las partes, en un litigio en curso ante el Juez nacional, podrá solicitar a éste la inaplicabilidad al caso de una Decisión, Resolución o Convenio, por considerar que infringe el ordenamiento jurídico de la Comunidad. El Juez na-

cional deber consultar al Tribunal acerca de la legalidad del instrumento denunciado y suspender el proceso hasta recibir el pronunciamiento correspondiente, el cual será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquí (artículo 20).

En cuanto a la acción por incumplimiento, la Secretaría General de la Comunidad tendrá el deber de ejercerla cuando el dictamen motivado que pronuncie, en el procedimiento administrativo previo, sea de incumplimiento, y el País Miembro, cuya conducta haya sido objeto de observaciones, persista en ella (artículo 23).

Cuando la denuncia de incumplimiento ante la Secretaría General sea formulada por un País Miembro contra otro, las gestiones del órgano ejecutivo tendrán por objeto la subsanación del incumplimiento, de modo que la emisión del dictamen, dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo de respuesta del País Miembro, estará supeditada a que no se hayan obtenido resultados positivos (artículo 24).

Las personas naturales o jurídicas podrán formular la denuncia ante la Secretaría General y, luego de agotado el procedimiento administrativo previo, ejercer la acción ante el Tribunal, si el incumplimiento del País Miembro afecta sus derechos, caso que el órgano ejecutivo no emita el dictamen o no ejerza la acción dentro del plazo, o que el dictamen que emita no sea de incumplimiento. El ejercicio de la acción ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad excluye que el particular pueda acudir por la misma causa ante el Tribunal Nacional competente (artículo 25).

El Tribunal, a petición de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causa o pudiera causar, al demandante o a la Subregión, perjuicios irreparables o de difícil reparación (artículo 28).

La sentencia de incumplimiento que el Tribunal dicte, en el supuesto de que la acción haya sido ejercida por una persona natural o jurídica, constituirá título legal y suficiente para que ésta pueda solicitar al juez nacional la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes (artículo 30).

27. Por otra parte, el Protocolo introduce el mecanismo del recurso por omisión o inactividad para el supuesto de que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General se abstenga de cumplir una actividad a la que los obligue expresamente el

orden jurídico de la Comunidad, y le atribuye competencia al Tribunal para conocer y decidir a su respecto (artículo 37); además, le atribuye competencia para conocer y decidir las controversias laborales que se susciten en el seno de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (artículo 40); y para conocer y decidir, por vía de arbitraje, previo acuerdo de las partes, las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los órganos o instituciones del Sistema, o entre estos y terceros, así como para conocer y decidir del mismo modo las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado, en aquellos de sus elementos disciplinados por el orden comunitario (artículo 38).

Finalmente, el Protocolo suprime la disposición que previó el uso del procedimiento establecido en el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena para las controversias que se susciten entre uno de los Países Miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo, y, en su lugar, faculta a los Países Miembros, así como a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, para someterse al régimen del Tratado en sus relaciones con terceros países o grupos de países (artículo 42).

28. El 25 de junio de 1997, días después de la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, fue suscrito el Protocolo de Sucre, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563), en vigencia desde el 14 de abril de 2003. Este último instrumento faculta a la Comisión para aprobar un marco general de principios y normas destinadas a lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios (artículo 79); establece, en el ámbito de la cooperación económica y social, una serie de programas para objetivos de desarrollo social (artículo 130); incorpora la figura de los Miembros Asociados (artículo 136); y, sobre todo, introduce, a través de una Primera Disposición Transitoria, el siguiente régimen especial para el Perú: le atribuye competencia a la Comisión para definir los términos del Programa de Liberación a ser aplicado al comercio entre el Perú y los demás Países Miembros, con el objeto de lograr el pleno funcionamiento de la Zona Andina de Libre Comercio a más tardar el 31 de diciembre del año 2005, y exime al citado País Miembro de la obligación de aplicar el Arancel Externo Común hasta que la Comisión decida los plazos y modalidades para la incorporación del Perú al citado mecanismo. Por lo demás, faculta a la Comisión, a través de otra Disposición Transitoria, para establecer un confuso mecanismo arbitral.

29. Vistas las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo, y por el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal, el 22 de junio de 2001 fue aprobada la reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 500), vigente desde el 28 de junio del mismo año, y, por este motivo, el Tribunal aprobó, el 18 de mayo de 2004, la reforma de su Reglamento Interno.

IV | El orden jurídico sustancial

30. El Acuerdo de Integración Subregional ha instituido un orden jurídico de rango fundamental, destinado a disciplinar un proceso de integración que tiene por objetivo último el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión. Por ello se considera, también en el ámbito de la integración subregional, que el Acuerdo es la norma constitucional de los Estados Miembros y de los órganos e instituciones del Sistema, y que la Comunidad Andina es una Comunidad de Derecho, en tanto que sus órganos e instituciones, así como los Estados Miembros, están sometidos al control de la conformidad de sus actos y omisiones con el orden del Acuerdo de Integración.

31. Los contenidos principales del Acuerdo son los siguientes: en primer lugar, establece sus objetivos y los mecanismos para alcanzarlos (Capítulo I); en segundo lugar, la organización del Sistema Andino de Integración y la competencia de cada uno de sus órganos e instituciones (Capítulo II); y en tercer lugar, la disciplina básica de las materias objeto de integración, a través de la regulación de sus objetivos específicos y de las políticas, programas, convenios, proyectos, medidas y acciones para alcanzarlos (Capítulos III a XVI).

32. El orden jurídico fundamental del proceso, constituido en esencia por el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal, es desarrollado por las normas derivadas, según la ordenación prevista en el Estatuto del Tribunal (artículo 2), normas de las cuales forman parte las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios que adoptan los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración.

33. A título de ejemplo, las materias del Acuerdo que, en el ámbito de la integración económica, han sido objeto principal de regulación, son las siguientes:

¥ El Programa de Liberación de bienes, cuyo propósito es eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (artículo 72) que, además, deben gozar, en el territorio del País Miembro importador, de un tratamiento no menos favorable que el que se aplique a los productos similares nacionales (artículo 75). En la Comunidad Andina, la Zona de Libre Comercio entre Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia se perfeccionó entre los años 1992 y 1993. La incorporación del Perú ha sido gradual (Decisiones 414 y 415), a partir del 30 de julio de 1997, y, de conformidad con la Primera Disposición Transitoria del Protocolo de Sucre, la incorporación plena del citado País Miembro se alcanzará, a más tardar, el 31 de diciembre del año 2005.

¥ El Arancel Externo Común, destinado a la constitución de la Unión Aduanera, y cuya puesta en aplicación constituye un compromiso de los Países Miembros, se encuentra sometido a los plazos y modalidades que establezca la Comisión (artículo 81). En la Comunidad, el Arancel Externo Común se instituyó el 31 de enero de 1995, con la entrada en vigencia de la Decisión 370, en la cual se prevé, además, un tratamiento preferencial para Ecuador y Bolivia, así como la posibilidad para los Países Miembros de excluir temporalmente de su aplicación una lista amplia de subpartidas NANDINA. El 14 de octubre de 2002 se negoció en la Comisión un nuevo Arancel Externo Común (Decisión 535), que debía entrar en vigencia el primero de enero de 2004. Sin embargo, la Comisión ha postergado tres veces su entrada en vigencia (Decisiones 569, 577 y 580). La última postergación ha sido prevista hasta el 10 de mayo de 2005.

¥ La Calificación de Origen de las mercancías, cuyo objeto es asegurar que, mientras se constituye la Unión Aduanera, los beneficios de la Zona de Libre Comercio correspondan únicamente a los productos que cumplan con los requisitos generales o específicos señalados en las reglas. En la Comunidad, la materia se encuentra regulada por el Acuerdo de Cartagena y por las Decisiones 416 (Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías) y 417 (Criterios y Procedimientos para la Fijación de Requisitos Específicos de Origen).

¥ El Desarrollo Agropecuario, regulado en lo principal por el Sistema Andino de Franjas de Precios (Decisiones 371 y 410) y el Sistema

Andino de Sanidad Agropecuaria (Decisi n 515), cuyos instrumentos son las normas sanitarias y fitosanitarias; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias inscritas en el Registro Subregional; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias de emergencia; el Registro Subregional de normas nacionales sanitarias y fitosanitarias; y los permisos o documentos fito y zoonosanitarios para importaci n, as como los certificados fito y zoonosanitarios para exportaci n y reexportaci n. El Sistema es desarrollado adem s por una serie de normas, como la relativa al registro y control de plaguicidas qu micos de uso agr cola (Decisi n 436).

¥ La Competencia Comercial, de cuyo r gimen forman parte las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por pr cticas restrictivas de la libre competencia (Decisi n 285, pendiente de reforma), por pr cticas de dumping en importaciones de productos originarios de Pa ses Miembros de la Comunidad Andina (Decisi n 456), y por pr cticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de los Pa ses de la Comunidad (Decisi n 457).

¥ La Propiedad Intelectual, de la cual forman parte el R gimen Com n de Protecci n a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (Decisi n 345), el R gimen Com n sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decisi n 351), el R gimen Com n sobre Acceso a los Recursos Gen ticos (Decisiones 391, 423 y 448) y el R gimen Com n sobre Propiedad Industrial (Decisi n 486).

¥ El Comercio de Servicios, regulado a trav s del marco general de principios y normas para la liberalizaci n del comercio de servicios en la Comunidad Andina (Decisi n 439), el Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios (Decisi n 510) y, en materia de transporte, regulado principalmente por las normas sobre Transporte Multimodal (Decisiones 331 y 393), Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Decisi n 398), Transporte Internacional de Mercanc as por Carretera (Decisi n 399) y Transporte A reo (Decisi n 582). En materia de telecomunicaciones, las normas que regulan el Proceso de Integraci n y Liberalizaci n del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina (Decisi n 462) y las Disposiciones sobre Utilizaci n Comercial del Recurso rbita Espectro de los Pa ses Miembros para el Establecimiento, Operaci n y Explotaci n de Sistemas Satelitales (Decisi n 479). Y en materia de energ a, el Marco General para la interconexi n subregional de sistemas el ctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (Decisi n 536).

¥ La Normalización Técnica, cuyo sistema tiene por objeto facilitar el comercio intrasubregional, a través de la mejora de la calidad de los productos y servicios, y de la eliminación de las restricciones técnicas al comercio, y de cuyo régimen jurídico forman parte el Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología (Decisiones 376 y 419), el Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina (Decisión 506), la Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos (Decisión 516), y las Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario (Decisión 562).

¥ El Régimen de Aduanas, del cual forman parte las normas relativas a la Declaración Andina del Valor (Decisión 379), la Nomenclatura NANDINA (Decisiones 381, 507 y 570), el Tránsito Aduanero Internacional (Decisión 477), la Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina (Decisión 478), la Valoración Aduanera (Decisión 521), el Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (Decisión 571), el Arancel Integrado Andino (Decisión 572) y el Régimen Andino sobre Control Aduanero (Decisión 574).

¥ Las Inversiones, disciplinadas por el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (Decisión 291), y por el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (Decisión 292).

¥ Y la Política Fiscal, de la cual forma parte el Régimen para evitar la Doble Tributación y prevenir la Evasión Fiscal (Decisión 578), así como la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado (Decisión 599) y la Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo (Decisión 600).

Descrito parcialmente el orden sustancial de la integración económica prevista en el Acuerdo de Cartagena, desarrollado a través de Decisiones, y estas a través de Resoluciones, procede dar cuenta de la vía jurisdiccional establecida para la solución de las controversias que deriven de su interpretación y aplicación.

V | Los ámbitos de competencia del tribunal

34. El Tratado del Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba, crea el ente como órgano jurisdiccional de la Comunidad (artículo 5), y le atribuye competencia para obrar como intérprete supremo del ordenamiento comunitario (cuestión prejudicial de interpretación), así como para garantizar su observancia por parte de los Países Miembros (acción por incumplimiento) y de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (acción de nulidad, recurso por omisión o inactividad, acción laboral).

35. El Estatuto, por su parte, define al Tribunal como el órgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad, instituido para declarar el Derecho Andino y para asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los Países Miembros, en salvaguardia de los intereses comunitarios y de los derechos de los citados Países (artículo 4).

A continuación, daremos cuenta en resumen de los ámbitos de competencia del Tribunal.

Interpretación prejudicial

36. El profesor Bacigalupo destaca que es inherente a todo orden jurídico la idea de su unidad, porque la unidad es garantía de la igualdad, y la igualdad es uno de los valores superiores de todo orden. La unidad del orden exige que, en su ámbito territorial de validez, se lleve a cabo la interpretación y aplicación uniforme de sus normas. Así, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina requiere ser interpretado y aplicado uniformemente para ser el mismo en todos los Estados Miembros. Lecourt destacaba que la piedra angular de la Comunidad no era sólo una misma norma común, sino dicha norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros. Y Catalano, a propósito de la integración europea, advierte que habría sido peligroso admitir en los Estados Miembros interpretaciones diversas por parte de las jurisdicciones nacionales [...] el Derecho Comunitario se desdobla inmediatamente en tantos sistemas diferentes cuantos derechos nacionales existen. Este riesgo, que es manifiesto, y que hubiese liquidado pronto las pretensiones de uni-

dad de regulación propias de un mercado común supranacional, es lo que se ha intentado excluir con la regulación de la técnica prejudicial²¹.

37. Puesto que el ordenamiento comunitario se desenvuelve como parte del ordenamiento nacional en los Estados Miembros, hay lugar a que, en el curso de un proceso pendiente ante el Tribunal Nacional, se invoque y se pida la aplicación de una norma comunitaria, o que el juez *motu proprio* advierta su pertinencia. En estos casos, corresponde al Tribunal Nacional juzgar sobre la aplicabilidad y, en su caso, hacer aplicación de la norma comunitaria, pero se ha estimado necesario que un único tribunal garantice la uniformidad de su interpretación, con el fin de asegurar la aplicación uniforme de aquélla. Para ello se tiene establecido un mecanismo de cooperación judicial entre el Tribunal de la Comunidad y los tribunales nacionales, cual es el de la consulta prejudicial. Por virtud de este mecanismo, como destaca la jurisprudencia europea, el Tribunal Nacional y el Tribunal de la Comunidad están llamados a contribuir, en el ámbito de sus respectivas competencias, a la elaboración de una providencia que asegure la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en el interior de los Estados Miembros²². Desde el ángulo del Tribunal de la Comunidad, se trata de proveer de un apoyo al Tribunal Nacional, en su tarea de aplicar el ordenamiento comunitario a la causa sometida a su conocimiento, por la vía de proveer de certeza el significado y alcance de la norma comunitaria.

38. Y se trata de un mecanismo de cooperación directa, toda vez que la iniciativa de acudir al Tribunal de la Comunidad para solicitar, mediante simple oficio, la interpretación de la norma comunitaria, corresponde únicamente a los Jueces nacionales, si bien la iniciativa, en unos casos facultativa y en otros obligatoria, puede ser impulsada por las partes. La consulta será obligatoria, según el Tratado, en todos los procesos en que la sentencia, de última instancia, no fuere susceptible de recursos en el Derecho Interno (artículo 33), es decir, cuando la cuestión de la aplicabilidad de la norma comunitaria ya no pudiere ser objeto de revisión por su intermedio.

²¹ Bacigalupo, Mariano: La Justicia Comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

²² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencia en el asunto *Schwarze*, 16/65.

De cumplir la solicitud con los requisitos estatutarios, el Tribunal la admitir y proveer a su respecto, luego de un procedimiento no contencioso, ajeno a la iniciativa de las partes, mediante una providencia en que se limitar a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria referida al caso concreto. Le est expresamente prohibido al Tribunal de la Comunidad hacer interpretaci n, por esta v a, del ordenamiento jur dico nacional de los Estados Miembros, sin perjuicio de la facultad que posee para hacer referencia a los hechos de la causa, de ser ello indispensable a los efectos de la interpretaci n solicitada (art culo 126 del Estatuto).

39. Dictada la providencia interpretativa y transmitida al rgano jurisdiccional solicitante, ste deber acogerla en la sentencia que pronuncie acerca de la causa sometida a su conocimiento. Se trata de un deber previsto en un tratado integrante del ordenamiento jur dico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creaci n del Tribunal de Justicia. Y puesto que los tribunales nacionales constituyen parte org nica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de este deber constituye una infracci n del orden comunitario imputable al Estado Miembro. En el Estatuto del Tribunal se prev expresamente el derecho de los Estados Miembros y de los particulares de ejercer la acci n de incumplimiento cuando el Juez Nacional, obligado a realizar la consulta, se abstenga de hacerlo, o cuando, realizada sta, aplique una interpretaci n diferente a la se alada por el Tribunal de la Comunidad (art culo 128).

La Secretar a General de la Comunidad ha emitido dict menes de incumplimiento en dos ocasiones, a causa de la negativa, por parte de Jueces nacionales, a formular ante el Tribunal la correspondiente solicitud de interpretaci n prejudicial. En efecto, en su Resoluci n 171, del 17 de diciembre de 1998, la Secretar a General emiti el Dictamen 51-98 contra el Gobierno de la Rep blica del Ecuador, por la violaci n de los art culos 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia, en virtud de la negativa de la Corte Superior de Guayaquil, Sala Quinta, a tramitar la correspondiente solicitud de interpretaci n prejudicial, a pesar de su car cter obligatorio. Y en su Resoluci n 459, del 5 de diciembre de 2000, la Secretar a emiti el Dictamen 38-2000 contra el Gobierno de la Rep blica del Per , por la violaci n del art culo 33 del Tratado de Creaci n del Tribunal, en raz n de la negativa de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social, a suspender el procedimiento y tramitar la solicitud de interpretaci n.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, vistos los recursos de casación ejercidos contra sentencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, a causa de no haberse pedido la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad, declaró la nulidad de tres procesos y su reposición al estado de formulación de las solicitudes correspondientes (Sentencias dictadas en los expedientes 94-99, del 26 de septiembre de 2000; 09-2000, del 29 de mayo de 2001; y 195-00, del 31 de agosto de 2001).

Acción por incumplimiento

40. En términos del profesor Moreira, se trata de un medio procesal de control de la legalidad comunitaria, a través de un control objetivo de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios ²³

41. Como se ha dicho, cada Estado Miembro tiene el deber de cumplir con tales obligaciones y compromisos, independientemente de que los otros Estados o los órganos de la Comunidad cumplan o no con los suyos; además, no pueden adoptar unilateralmente medidas de salvaguardia, fuera de los supuestos y procedimientos previstos en el Acuerdo de Cartagena.

42. Se entiende por incumplimiento la conducta del Estado Miembro que sea contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad, por faltar a la ejecución de las obligaciones y compromisos emanados de dicho ordenamiento y contrarios en su condición de miembro de la Comunidad, bien a través de la sanción de normas internas contrarias al orden comunitario, bien mediante la falta de sanción de normas internas destinadas a la observancia del citado ordenamiento, bien por virtud de la realización de cualquier acto u omisión, deliberado o no, que se oponga al ordenamiento en referencia o que dificulte u obstaculice su aplicación (artículos 23 del Tratado de Creación del Tribunal y 107 de su Estatuto). También cabe considerar omisión la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios.

²³ Moreira González, Carlos, en *Derecho Procesal Comunitario*, dirigido por MARIÓ, Fernando et al. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2001.

43. Las obligaciones y compromisos pueden estar previstos en normas del Derecho Primario o del Derecho Secundario, derivar de los principios generales del Derecho Comunitario o constituirse por la inejecución o la ejecución incorrecta o insuficiente de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

44. El ejercicio de la acción presupone el agotamiento de una fase previa. Esta fase, disciplinada por el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General²⁴, es de carácter administrativo y está organizada para conseguir el restablecimiento del orden jurídico infringido, a través de la cesación voluntaria en el incumplimiento, por parte del Estado Miembro infractor, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.

45. La Secretaría General de la Comunidad puede iniciar la investigación de oficio, o por reclamación de un Estado Miembro o de una persona natural o jurídica afectada en sus derechos. El Reglamento de Procedimientos Administrativos disciplina los requisitos a cumplir y el procedimiento a seguir cuando media reclamación de parte.

46. Si la Secretaría General encuentra que los requisitos de la solicitud están cumplidos, o estima, de oficio, a la luz de la información disponible, que el Estado Miembro pudiera estar incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones y compromisos comunitarios, lo pone en conocimiento de la apertura de la investigación y, dentro de los diez días hábiles siguientes a dicha apertura, le envía una Nota de Observaciones, en la cual identifica el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada por el hecho de que se trate y, si fuere el caso, la Resolución que haya calificado el hecho como constitutivo de gravamen o restricción al comercio. Además, le indica un plazo que no debe exceder de sesenta días para que conteste a las observaciones formuladas. La Nota de Observaciones circunscribe de esta manera el objeto del eventual litigio futuro y garantiza el respeto al principio del contradictorio. Por ello, se trata de una formalidad esencial cuya falta puede conducir a la inadmisibilidad de la acción

²⁴ Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores del 14 de diciembre de 1997.

si, a causa de la falta de concreción del hecho constitutivo del presunto incumplimiento, resulta menoscabado el Derecho a la defensa del Estado Miembro.

47. En cuanto al plazo que se fija en la Nota de Observaciones, la Secretaría General debe fijar uno que sea razonable, es decir, adaptado a las exigencias del caso, de forma que no se menoscabe el propósito del procedimiento administrativo, cual es procurar el cumplimiento voluntario, por parte del Estado Miembro, de sus obligaciones y compromisos comunitarios. Además, la Secretaría tiene potestad discrecional para otorgar las prórrogas que solicite el Estado Miembro y que se encuentren autorizadas por el Reglamento, si interpreta que tales prórrogas tienen por objeto poner fin al incumplimiento, y para negarlas si interpreta que su objeto es dilatorio.

48. En lo que concierne a la presentación de alegatos contra la Nota de Observaciones por parte del Estado Miembro imputado, se trata de un Derecho que debe garantizar la Secretaría General, pero cuyo ejercicio queda a discreción de su titular.

49. Recibida la respuesta a la Nota, o vencido el plazo, la Secretaría General formulará, dentro de los quince días siguientes, un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte del Estado Miembro. Sin embargo, si considera que el incumplimiento es flagrante, emitirá el dictamen a la brevedad posible y, a partir de este, la Secretaría o el Estado Miembro afectado podrán ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad.

50. Fuera del supuesto de incumplimiento flagrante, si el Estado adopta una actitud renuente, o sus alegatos no desvirtúan el hecho constitutivo del presunto incumplimiento, la Secretaría General dictaminará el incumplimiento en el plazo indicado y, según las circunstancias del caso, podrá conceder al Estado un nuevo plazo para que le ponga fin. El dictamen deberá ser suficientemente motivado para que el Estado tome conocimiento preciso de las razones que lo sustentan; y, por respeto al Derecho de defensa del Estado Miembro, debe fundarse en las mismas razones básicas que apoyaron la Nota de Observaciones, toda vez que los motivos de la demanda no deben diferir en lo esencial de los invocados

en el procedimiento administrativo previo. Por ello, el dictamen motivado contribuye a precisar el objeto del litigio, ya circunscrito en la Nota de Observaciones. En efecto, según el Reglamento de Procedimientos Administrativos, la Secretaría General deberá, al igual que en la Nota de Observaciones, identificar el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada, y los motivos por los cuales considera que el hecho es constitutivo de incumplimiento.

51. Si, en definitiva, el dictamen es de incumplimiento, y el Estado Miembro persiste en la conducta infractora, la Secretaría deberá ejercer la acción correspondiente ante el Tribunal. El Estado Miembro afectado podrá adherir a la acción.

52. Ahora bien, si la investigación ha sido iniciada por reclamación de un Estado Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, y la Secretaría General no emite el dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de la presentación de la reclamación, o si el dictamen que emite no es de incumplimiento, o si, emitido el dictamen de incumplimiento, no ejerce la acción dentro de los sesenta días siguientes, el Estado Miembro o la persona natural o jurídica reclamante podrá ejercerla.

53. Procede referir asimismo que, en lugar de ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos pueden optar por ejercerla ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con el Derecho Interno del respectivo Estado Miembro.

54. Y cabe poner de relieve que, a diferencia del régimen europeo, el ejercicio de la acción por incumplimiento, por parte de la Secretaría General de la Comunidad, de persistir el Estado Miembro en el incumplimiento de sus obligaciones, no es potestativo sino obligatorio y, en el caso de que la reclamación haya sido formulada por un Estado Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, la acción, en defecto de la Secretaría General, podrá ser ejercida por éstos.

55. En el orden procesal, la denuncia de violación del Derecho a la Defensa que haya podido ocurrir en la fase del procedimiento administrativo previo constituye un evento importante, vista la trascendencia de la decisión que declara el incumplimiento de un Estado Miembro, por lo que la efectiva violación de aquel Derecho puede conducir a la inadmisibilidad de la acción. En cuanto al mérito de la causa, el Tribunal ejerce un control amplio de todas las circunstancias del caso, sin limitarse a los términos del dictamen motivado. Por lo demás, el actor debe aportar prueba fehaciente de que se ha incurrido en el incumplimiento de la obligación o del compromiso comunitario.

56. En la acción por incumplimiento, los Estados Miembros son los únicos sujetos provistos de legitimación pasiva. Por tanto, la conducta imputable puede ser consecuencia de la actuación independiente de cualquiera de sus órganos constitucionales, de modo que la ilegalidad puede derivar de actos, omisiones o prácticas legislativas, administrativas o judiciales.

57. A propósito del incumplimiento que derive de la actuación de los órganos judiciales de un Estado Miembro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho: Obsérvese igualmente que la obligación resulta, si cabe, más incondicional en el caso de que se ventilen ante los Tribunales nacionales asuntos relacionados con la protección de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario a los particulares, ya que aquéllos deben garantizar su salvaguardia directa, inmediata y efectiva ²⁵. Se entiende que el hecho constitutivo del incumplimiento se configura cuando el Tribunal del Estado Miembro haga caso omiso o infrinja deliberadamente las disposiciones del Derecho Comunitario, no cuando se trate de la comisión de errores judiciales.

58. La acción se tramita a través del procedimiento común desarrollado en el Estatuto del Tribunal.

59. Como observa la doctrina, la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva se hace más acuciante en la controversia por incumpli-

²⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Johnston*, 222/84.

miento, ya que el dictamen de la Secretaría General no es vinculante, el ejercicio de la acción no surte efectos suspensivos y el procedimiento se desenvuelve en plazos relativamente prolongados²⁶. Así, el Tribunal puede ejercer ampliamente su potestad cautelar; por lo que, a petición de la parte actora, puede ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si esta causa o pudiera causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación. También puede imponer al Estado Miembro prestaciones específicas, de hacer o de no hacer, con el objeto de garantizar la ejecución de la sentencia correspondiente.

60. En todo caso, el otorgamiento de la medida se halla condicionado a la verificación de los requisitos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*.

61. La medida cautelar se otorga por auto motivado, contra el cual no cabe recurso alguno; su otorgamiento puede ser sometido a la constitución de una fianza y no prejuzga la decisión del Tribunal sobre la cuestión de mérito; la medida puede ser modificada o revocada en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, si varían las circunstancias; y, de no fijarse un plazo de duración, la medida, como es natural, quedará sin efecto al decidirse la cuestión de mérito²⁷.

62. La sentencia de mérito, declarativa del incumplimiento y provista de la autoridad de cosa juzgada, impone al Estado Miembro una obligación indisponible de resultado²⁸. En efecto, ella obliga al Estado Miembro infractor a adoptar las medidas necesarias para su ejecución en un plazo no mayor de noventa días luego de haber sido notificada. Todos los órganos públicos del Estado Miembro quedan obligados a contribuir en el restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que están llamados, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecución de la sentencia, sea modificando, derogando o dejando sin aplicación los actos o decisiones internas controvertidas, sea sancionando las que fueren pertinentes, sea asegurando la efectividad de los actos o decisiones comunitarias. Es precisamente la necesidad de asegurar

²⁶ Moreira González, Carlos, op. cit.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ibidem*.

la efectividad del orden comunitario la razón que justifica que el Tribunal encuentre necesario pronunciarse en ocasiones sobre el mérito de las causas en las cuales ya se ha puesto fin al incumplimiento denunciado, visto el interés en establecer la base de la responsabilidad en que el Estado Miembro ha podido incurrir como consecuencia de tal incumplimiento.

63. La fuerza ejecutiva de la sentencia no puede considerarse menoscabada porque el Tribunal no pueda ejecutarla directamente, toda vez que, como ya se indicó, el Estado Miembro infractor tiene el deber de cooperar lealmente en su ejecución.

64. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado sobre el particular que: ...corresponde a todas las autoridades de los Estados Miembros, sean éstas las autoridades del Estado o las autoridades de un Estado federado, o cualquier otra autoridad territorial, asegurar el cumplimiento de las disposiciones de Derecho Comunitario dentro del ámbito de sus respectivas competencias²⁹. El Tribunal ha precisado, además, que esta obligación se extiende a la reparación del daño sufrido por los particulares, sea cual fuere la autoridad que, con arreglo al Derecho del Estado, deba hacerse cargo de dicha reparación por incumplimiento del Derecho Comunitario³⁰.

65. En el ámbito de la Comunidad Andina, se tiene establecido en forma expresa que, cuando la acción haya sido ejercida por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, la sentencia declarativa del incumplimiento constituye título legal y suficiente para que el particular pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios ante el Tribunal Nacional, en el entendido de que, en lugar de ejercer la acción por incumplimiento ante el Tribunal de la Comunidad, ha podido ejercerla ante el Tribunal Nacional competente, toda vez que la tutela judicial efectiva, por los tribunales nacionales, de los derechos de los particulares que derivan del ordenamiento supranacional, forma parte de las obligaciones de los Estados Miembros.

²⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Alemania v. Comisión*, C-8/88.

³⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Poule*, 302/97.

66. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado a este prop sito, en el asunto de la *Unión de Pequeños Agricultores*, que ...los rganos jurisdiccionales nacionales est n obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposici n de los recursos de modo que las personas f sicas y jur dicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resoluci n o de cualquier otra medida nacional por la que les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto ³¹. Asimismo, el Tribunal ha indicado que ...el acceso a las v as procesales nacionales no podr hacerse en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en normas internas y tampoco en condiciones tales que hagan *prácticamente imposible* el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jur dico comunitario ³². En sinton a con esta orientaci n, el Tribunal ha precisado, en el asunto *San Giorgio*, que es incompatible con el Derecho Comunitario toda modalidad de prueba cuyo efecto sea hacer pr cticamente imposible (como la prueba documental negativa o la exclusi n de toda prueba que no sea la documental), o excesivamente dif cil, la obtenci n del reembolso de la tasa o la indemnizaci n debida por violaci n del Derecho Comunitario³³. En definitiva, Para el TJCE, los Estados miembros est n obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos as conferidos ante los tribunales nacionales ³⁴. Por esta raz n, en la sentencia sobre el asunto *Factortame*, el Tribunal afirm que ...si el juez que conoce el litigio estima que debe conceder medidas provisionales y se opone a ello una norma nacional, entonces debe excluir la aplicaci n de la norma nacional que le impide conceder medidas provisionales , ya que ...la plena eficacia del Derecho Comunitario se encontrar a completamente disminuida si una regla de Derecho Nacional pudiese impedir al juez, que conoce un litigio regido por el Derecho Comunitario y que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho

³¹ Citada en Mangas Mart n, Araceli y Li n Noguera, Diego: *Instituciones y Derecho de la Uni n Europea*, tercera edici n, Editorial TECNOS, Madrid, 2002.

³² *Ídem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

Comunitario, acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de su decisión jurisdiccional ³⁵.

67. Caso que el particular ejerza la acción de reparación, las condiciones de la responsabilidad serían la existencia del daño, la relación de causalidad entre el daño y la conducta de la entidad, y la naturaleza ilegal de esta ³⁶.

68. La inejecución de una sentencia de incumplimiento, o su ejecución parcial o tardía, constituye también una violación de las obligaciones comunitarias, y da lugar a la apertura de un procedimiento sancionatorio por desacato. En efecto, si no consta en autos la ejecución de la sentencia por parte del Estado Miembro infractor, el Tribunal tramitará un procedimiento sumario, al final del cual, luego de oír a los Estados Miembros y de verificar el desacato, podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Integración Subregional que beneficien al Estado Miembro reuente. La sanción permanecerá hasta que se constate que el Estado Miembro ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia.

69. Por lo demás, las sentencias que se dictan en las causas por incumplimiento pueden ser recurridas en revisión, a instancia de parte, si el recurso se funda en algún hecho que hubiese podido influir decisivamente en el resultado de la controversia, siempre que tal hecho hubiese sido desconocido por el recurrente en la fecha de la expedición de la sentencia.

70. El recurso de revisión deberá ser presentado dentro de los noventa días siguientes a la fecha del descubrimiento del hecho, o dentro del día siguiente a la fecha de pronunciamiento de la sentencia.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Lütticke v. Comisión*, 4/69.

Acción de nulidad

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

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

73. La acción puede ser ejercida contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, contra las Resoluciones de la Secretaría General y contra los Convenios de Complementación Industrial u otros que adopten los Estados Miembros entre sí, en el marco del proceso de integración subregional, cuando hayan sido dictadas las Decisiones o Resoluciones, o celebrados los Convenios, con violación de las normas que forman parte del orden comunitario, incluso por desviación de poder (artículo 17 del Tratado). Como puede observarse, los motivos de nulidad cubren todos los supuestos de ilegalidad. Se entiende que el acto recurrible ha de ser obligatorio, es decir, que despliegue efectos obligatorios en la esfera jurídica de sus destinatarios; además, en principio, ha de ser definitivo y no preparatorio, es decir, que recoja la manifestación definitiva de la voluntad del órgano.

74. La acción puede ser ejercida por cualquier Estado Miembro, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia no haya sido aprobado con su voto afirmativo, así como por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General. Finalmente, la acción puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. El Tribunal de la Comunidad ha precisado que, a diferencia del interés legítimo, 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.

75. La acción está sometida a un plazo de caducidad, toda vez que debe ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto que se controvierte; sin embargo, si en un litigio ante un Tribunal Nacional se cuestiona, ya cumplido el plazo de caducidad, la validez de una Decisión, Resolución o Convenio relativo al citado litigio, y se solicita que tal norma o acto sea dejado sin aplicación, el juez deberá consultar sobre su legalidad al Tribunal de Justicia y suspender el proceso hasta que éste se pronuncie. En este caso, el Tribunal notificará la consulta a los Estados Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina y a la Secretaría General, y éstos dispondrán de un plazo de treinta días para presentar alegatos u observaciones escritas, luego de lo cual el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de la norma o del acto en cuestión.

76. La acción de nulidad se tramita por el procedimiento común establecido en el Estatuto del Tribunal. En el curso de dicho procedimiento, el Tribunal, a petición de la parte actora en la demanda, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá dictar medidas cautelares y, en particular, ordenar la suspensión provisional de la ejecución del acto cuya nulidad se denuncia. Si el acto es de efectos generales, bastará que el Tribunal considere *prima facie* la existencia del *fumus boni iuris*. Y si el acto es de efectos particulares, será necesario, además, que haya prueba de los perjuicios irreparables o de difícil reparación que la ejecución del acto cause o pudiera causar al actor.

77. En caso de exigirse afianzamiento, sea caución, garantía de empresa de seguros o aval bancario, el mismo tendrá por objeto garantizar la reparación de los perjuicios que, eventualmente, cause la suspensión del acto, si la sentencia desestima la acción.

78. El Tribunal podrá declarar la nulidad total o parcial del acto demandado, fijar los efectos de la sentencia en el tiempo y señalar plazo para que el órgano autor del acto adopte las disposiciones de ejecución de sentencia que fueren necesarias. El acto anulado no podrá ser repro-

ducido por quien lo dicta, a menos que, después de la sentencia, hayan desaparecido los fundamentos de la nulidad.

79. El pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de la acción de nulidad no impide que, a la luz de motivos distintos, se controvierta de nuevo sobre la legalidad del acto, por ejemplo, a través de la excepción de ilegalidad. Si, en cambio, el Tribunal declara con lugar la acción, el acto queda retirado del ordenamiento comunitario y la sentencia surtir efectos *erga omnes*.

Recurso por omisión o inactividad

80. Pero cuando lo que se denuncia no es la ilegalidad del acto del órgano comunitario sino el incumplimiento de su obligación de dictarlo, hay otro medio a través del cual el Tribunal de la Comunidad puede hacer cesar el incumplimiento

81. En efecto, el control jurisdiccional de la legalidad de la conducta de los órganos del Sistema sería incompleto si no existiese un medio procesal destinado a controlar la legalidad de sus omisiones contrarias al ordenamiento jurídico de la Comunidad. Es el caso del recurso por omisión o inactividad, cuyo objeto es poner fin a la omisión de los órganos del Sistema cuando la ejecución de la actividad constituya una obligación impuesta en forma expresa por el ordenamiento jurídico comunitario. De constatare la omisión ilegal de la actividad, lo que corresponde es compeler al órgano para que la ejecute.

82. Sin embargo, el ejercicio del recurso está supeditado al cumplimiento de un requisito de admisibilidad: que primero se requiera del órgano, por escrito, el cumplimiento de la obligación, es decir, la ejecución de la actividad omitida. No se indica plazo para formular el requerimiento, por lo que la oportunidad queda a discreción del interesado. Si dentro de los treinta días siguientes no se accede al requerimiento, el sujeto legitimado podrá ejercer el recurso ante el Tribunal de la Comunidad (artículos 37 del Tratado y 131 del Estatuto). Cabe entender que este plazo deberá contarse desde la fecha en que el órgano reciba el requerimiento. Cabe entender igualmente que el recurso será inadmisibile si se constata que el órgano había dictado ya la providencia solicitada.

83. El requerimiento podrá ser formulado y el recurso podrá ser ejercido contra la omisión o la inactividad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión o de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por parte de estos mismos órganos, o de cualquiera de los Estados Miembros, o de personas naturales o jurídicas afectadas por el incumplimiento en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos (artículos 37 y 19 del Tratado, y 129 y 130 del Estatuto). Se entiende que los citados órganos del Sistema se encuentran legitimados sin necesidad de demostrar la existencia y afectación de un interés específico. Y el recurso podrá estar dirigido contra la falta de pronunciamiento de disposiciones de carácter general o de carácter particular.

84. Dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso, el Tribunal, sobre la base de los antecedentes del caso, de la documentación técnica existente y de las explicaciones del órgano imputado, dictará la providencia correspondiente. Si en ella declara la omisión o la inactividad, el Tribunal deberá precisar la forma, modalidad y plazo del cumplimiento de la obligación (artículos 37 del Tratado y 133 y 134 del Estatuto).

Acción laboral

85. El Tratado de Creación atribuye también al Tribunal competencia para conocer de las controversias laborales que se susciten en el seno de los órganos e instituciones del Sistema (artículo 40). El Estatuto del Tribunal precisa que se trata de las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable (artículo 136).

86. Según el Estatuto en referencia, se encuentran legitimados para ejercer la acción laboral, a los fines de reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del Sistema (artículo 137). Sin embargo, el ejercicio de la acción se encuentra supeditado al requisito indispensable de que el actor pruebe haber formulado petición directa a su empleador sobre los mismos derechos laborales que reclama en sede judicial, y no haber obtenido respuesta dentro de los treinta días siguientes, o haber obtenido una que le fue total o parcialmen-

te desfavorable. Además, la acción prescribe a los tres años desde el hecho o acto causante de la reclamación (artículo 139).

87. A la controversia laboral se aplica el procedimiento común disciplinado en el Estatuto del Tribunal, salvo que, luego de la contestación de la demanda, el Tribunal, si estima que los derechos envueltos en la controversia son susceptibles de transacción, convocar a las partes a una audiencia de conciliación y, caso de no lograrse ésta, proponer las fórmulas de acuerdo que estime justas. También las partes podrán, en cualquier estado del proceso, ponerse de acuerdo y solicitar al Tribunal que convoque una audiencia de conciliación (artículo 138).

88. En la sentencia, el Tribunal deberá aplicar los principios generales del Derecho Laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, así como los principios comunes a los Estados Miembros.

Potestad arbitral

89. Finalmente, el Tratado de Creación atribuye competencia al Tribunal para resolver, por vía arbitral, las controversias que los particulares acuerden someter a su conocimiento, a causa de la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (artículo 38).

90. Asimismo, el Tribunal tiene competencia para resolver, por vía arbitral, las controversias que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema, o entre éstos y terceros, a causa de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos que se celebren entre ellos, cuando las partes así lo acuerden (artículo 38).

91. El laudo podrá ser de derecho o de equidad, según lo acuerden las partes, ser obligatorio e inapelable, y constituir título legal suficiente para solicitar su ejecución en cada Estado Miembro, de conformidad con las disposiciones de la ley interna aplicable (artículo 38).

VI | La efectividad de la tutela

92. Hasta el 10 de diciembre de 2004, el Tribunal de Justicia había dictado 58 sentencias en causas por incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados del ordenamiento jurídico comunitario. Los Países Miembros demandados en estas causas fueron los siguientes: Ecuador en 18 casos, Venezuela en 17 casos, Colombia en 13 casos, Perú en 8 casos y Bolivia en 2 casos.

93. En 45 de las 58 sentencias, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del País Miembro demandado (77.58%); en 6 declaró que el incumplimiento no se había consumado (10.34%); en 5 declaró la inadmisibilidad de la demanda (8.62%); y en 2 expedientes ocurrió el desistimiento de la acción (3.44%).

94. En cuanto a los hechos presuntamente constitutivos de incumplimiento, se observa que correspondieron a las siguientes materias: en 37 casos (63.79%), los hechos estuvieron relacionados con el Programa de Liberación; en 9 casos (15.51%), con la Propiedad Industrial; en 8 casos (13.79%), con el Arancel Externo Común; en 3 casos (5.17%), con la falta de aplicación del principio de no discriminación; y en 1 caso (1.72%), con la Competencia Comercial.

95. Pronunciadas las sentencias declarativas de incumplimiento, el Tribunal hubo de abrir, hasta el 30 de junio de 2004, un total de 39 procedimientos sumarios por desacato. En 22 de los citados procedimientos, los Países Miembros demostraron ante el Tribunal la ejecución de las sentencias y este archivó los respectivos expedientes. En 11 de los casos, el Tribunal hubo de imponer sanciones que aún están vigentes, lo que no significa que hayan sido aplicadas por los Países Miembros. Y en 5 de los casos, los Países Miembros reincidieron en el desacato de las sentencias³⁷.

³⁷ González de Troconis, Iris: trabajo inédito, 2005.