

CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y CONSULTAS PREJUDICIALES EN LA COMUNIDAD ANDINA: SIMILITUDES, DIFERENCIAS E INFLUENCIAS

EUROPEAN UNION PRELIMINARY RULINGS PROCEDURE AND ANDEAN COMMUNITY PRELIMINARY CONSULTATION PROCEDURE: SIMILARITIES, DIFFERENCES AND INFLUENCES

Manuel Cienfuegos Mateo*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA. III. LAS CONSULTAS PREJUDICIALES EN LA COMUNIDAD ANDINA. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL REFLEJO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA EN LA CONSULTA PREJUDICIAL ANDINA

RESUMEN: El objetivo de esta investigación es comparar el régimen jurídico de las cuestiones prejudiciales de la Unión Europea y de las consultas prejudiciales de la Comunidad Andina. Para ello se analizan sus principales elementos a la luz de su normativa básica y su funcionamiento en la práctica, cuales son la naturaleza de estos dos instrumentos procesales; la legitimación activa para remitir las cuestiones / consultas prejudiciales; la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados y las prerrogativas del juez interno en relación con las cuestiones / consultas prejudiciales; las competencias prejudiciales de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y de la Comunidad Andina; los aspectos procedimentales relativos a la tramitación de una solicitud prejudicial y, finalmente, los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales y los recursos frente a su incumplimiento. Al hilo de la exposición de las consultas prejudiciales andinas se irán anotando las principales similitudes y diferencias entre ambos procedimientos de colaboración judicial para, al final de la investigación, conjeturar acerca de las razones de la influencia tan notable de la cuestión prejudicial europea en aquélla.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuestiones prejudiciales. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Consultas prejudiciales. Comparación

Fecha de recepción del original: 30 de enero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de mayo de 2013.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea. Acreditado como Catedrático de Universidad de Ciencias Sociales y Jurídicas por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). Observatorio de Relaciones con América Latina de la Universitat Pompeu Fabra (ORLA-UPF). E-mail: manuel.cienfuegos@upf.edu. Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, del que es investigador principal Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZARRABENA (PI MICINN Ref. DER 2011-25795).

ABSTRACT: The objective of this research is to compare the legal regime of the European Union preliminary ruling procedure and the Andean Community preliminary consultation procedure. To this end, the current normative and the functioning in practice of both procedural instruments are described, focusing the analysis on the more important aspects, such as their nature; legal standing as well as powers of national jurisdictions; competences of the European and the Andean Courts of Justice in every preliminary procedure; procedural aspects and, finally, legal effects of preliminary rulings and remedies to their breach. Following the explanation of the Andean preliminary consultation procedure, the main similarities and differences between these two judicial cooperation mechanisms will be noted in order to offer, at the end of the study, some conjectures for the significant influence of the European preliminary ruling on that.

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union. Preliminary Rulings Procedure. Court of Justice of the Andean Community. Preliminary Consultation Procedure. Comparison.

I. INTRODUCCIÓN

En todo proceso regional de integración económica existe un sistema de solución de las controversias que surjan en su seno¹, incluidos los menos desarrollados, como es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ya que, en este supuesto, la resolución de las diferencias se confía -en esencia- a las consultas entre las Partes, la intervención de la Comisión de Libre Comercio y el recurso a un panel arbitral *ad hoc*².

Más evolucionado es el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), dado que cuenta además con un Tribunal Permanente de Revisión, órgano formalmente arbitral que, de hecho, supera dicha definición por su vocación de permanencia y el alcance de sus competencias, pues está encargado de zanjar los conflictos derivados de la interpretación, la aplicación y/o el cumplimiento del ordenamiento mercosureño, sea fallando en primera y única instancia las controversias entre sus Estados Partes o bien enalzada los recursos interpuestos contra los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc*,

¹En general, sobre la noción de controversia internacional y los modos de solución de conflictos en el Derecho internacional, y en particular en las organizaciones internacionales, véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales", en AA.VV., *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1985, pp. 79-144; MERRILLS, *International Dispute Settlement*, 4ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Más en particular, respecto a la resolución de controversias en distintos procesos regionales de integración, vid. ALONSO GARCÍA, R., *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea: solución de controversias e interpretación uniforme*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; DRNAS DE CLÉMENT, Z., "Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración: Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CAN) y MERCOSUR (MS)", *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad de Córdoba* (Argentina), 2005, núm. 8, pp. 1-12; SALLES ALMEIDA, J., *Mecanismos de solución de controversias comerciales de Latinoamérica: avances y desafíos hacia una mayor judicialización*, Tesis doctoral inédita, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009.

² Véase, para mayores detalles, HUNTINGTON, D.S., "Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement", *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993-1, pp. 407-443; SIQUEIROS, J.L., "La solución de controversias en el marco del NAFTA", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 1993, pp. 261-292.

sea resolviendo los supuestos de medidas excepcionales de urgencia y las solicitudes de opiniones consultivas³.

En los procesos de integración más avanzados, la solución de las controversias se radica en un órgano jurisdiccional, generalmente llamado *Tribunal o Corte de Justicia*, al que se le atribuyen prerrogativas muy amplias, toda vez que generalmente puede anular los actos de sus órganos, constatar los incumplimientos de los Estados Partes, declarar las omisiones de sus instituciones, resolver en vía prejudicial las dudas acerca de la interpretación y, en su caso, la validez del ordenamiento de la organización, declarar la responsabilidad de la organización por los daños y perjuicios causados por las conductas de sus órganos, etcétera. Es el caso de la Unión Europea (UE)⁴ y, en menor medida, de la Comunidad Andina (CAN)⁵, entre otros.

En el marco de estos regímenes más perfeccionados –que no perfectos– juegan un rol esencial las llamadas *cuestiones o consultas prejudiciales*, esto es, un instrumento procesal de colaboración entre el órgano jurisdiccional de la organización y las jurisdicciones internas de sus países miembros a través del cual se asegura, *inter alia*, la interpretación y la aplicación uniforme de su ordenamiento jurídico y que, con frecuencia, ha trascendido esta función, constituyéndose como pieza clave del sistema jurisdiccional de la integración a través del que se salvaguardan los intereses de los justiciables y se garantiza el proyecto común, pues en su seno se han afirmado y desarrollado conceptos y principios básicos para su devenir, como los de la primacía y el efecto directo de las normas comunes sobre las nacionales de sus Estados miembros. Aunque simplemente por este hecho estaría justificado el interés científico del tema analizado, esta investigación tiene el aliciente adicional de estudio comparado, dado que expone y confronta el régimen jurídico de las cuestiones prejudiciales de la UE y de las consultas prejudiciales de la CAN a la luz de su respectiva normativa reguladora y las jurisprudencias comunitaria y andina dictadas para su aplicación, lo que no ha sido objeto de examen suficiente en la doctrina. Con este fin, la atención se centrará en los principales aspectos de ambas figuras procesales, cuales son la naturaleza de este procedimiento; la legitimación activa para remitir las cuestiones / consultas

³ Vid. al respecto, PEROTTI, A., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008; REY CARO, E., *La solución de controversias en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 2002.

⁴ Cfr. sobre el tema BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012; BOULOUIS, J., DARMON, M. y HUGLO, J.G., *Le contentieux communautaire*, 3ª ed., Dalloz, París, 2006; DÍEZ DE VELASCO, M., *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tecnos, Madrid, 1984; LASOK, P., *Lasok's European Court Practice and Procedure*, 3ª ed., Bloomsbury Professional, Londres, 2011; LENAERTS, K. et alri, *Judicial Protection in the EU*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006; SCHERMERS, H.G. y WAELBROECK, D., *Judicial Protection in the European Communities*, 5ª ed., Kluwer, Deventer, 2002; SIMON, D., *Contentieux de l'Union européenne*, 3 vols, Lamy, París, 2011; WAEGENBAUR, B. (Ed.), *The EU Court of Justice: Statute and Rules of Procedure. A commentary*, Werlag CH Beck, Munich, 2012.

⁵ Véase al respecto QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 323-424; VIGIL TOLEDO, R., *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 85-180.

prejudiciales y la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados; las prerrogativas del juez interno en relación con las cuestiones / consultas prejudiciales y las competencias prejudiciales de los Tribunales de Justicia de la UE y de la CAN; los aspectos procedimentales relativos a la tramitación de una solicitud prejudicial; y, finalmente, los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales y los recursos frente a su incumplimiento.

Al hilo de la presentación de los rasgos básicos de las consultas prejudiciales andinas se irán anotando brevemente sus notables similitudes, así como las diferencias, que presenta con la cuestión prejudicial comunitaria, cuyo régimen jurídico se explica previamente para facilitar su ulterior cotejo. Se puede adelantar que este análisis comparativo pone de manifiesto que la consulta prejudicial andina se ha inspirado notablemente en la comunitaria y, por vía de corolario, ello demuestra que el modelo europeo es, en gran medida, válido para la integración andina. De ahí que, en la parte final, se reflexione acerca de las razones plausibles de este ascendente de primer orden.

Cabe apuntar incidentalmente que las consideraciones de las páginas siguientes son aplicables *mutatis mutandis* a figuras procesales ya instauradas a su semejanza o que se encuentran en fase de estudio en otras organizaciones regionales de integración económica. Sucede así, sin ánimo exhaustivo, con las demandas de interpretación de la unión económica de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo (BENELUX)⁶, las consultas prejudiciales del Sistema de Integración Centroamericano (SICA)⁷, las cuestiones prejudiciales del Mercado Común del Este y Sur de África (COMESA)⁸ y las cuestiones prejudiciales de la Comunidad del Caribe (CARICOM)⁹. Es asimismo el

⁶ El régimen jurídico de las demandas prejudiciales de interpretación ante el Tribunal de Justicia BENELUX se halla básicamente en los artículos 6 a 9 de su Tratado constitutivo, de 31 de marzo de 1965, y los artículos 1 a 15 de su Reglamento de Procedimiento, de 27 de noviembre de 1989. Se han dictado 162 decisiones prejudiciales desde la primera en 1975 a la última de 11 de enero de 2013, según resulta de la consulta de su página web (<http://www.courbeneluxhof.be/fr/index.asp>) realizada el 27 de mayo de 2013. En cuanto a la doctrina, véase DUMON, F., *La Cour de justice BENELUX*, Bruylant, Bruselas, 1980, pp. 55-199.

⁷ El régimen jurídico de las consultas prejudiciales de aplicación e interpretación uniforme ante la Corte Centroamericana de Justicia del SICA se encuentra fundamentalmente en los artículos 22, letra k, y 24 de su Estatuto, de 10 de diciembre de 1992, los artículos 13, 15, 57 y 58 de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia, de 16 de diciembre de 1994, y la *Nota de Información sobre el procedimiento de consulta prejudicial como proceso auxiliar del juez nacional*, de la propia Corte, de 19 de agosto de 1997. La jurisprudencia centroamericana sobre la consulta prejudicial interpretativa no es abundante: 42 resoluciones prejudiciales de un total de 144 casos fallados a 14 de abril de 2013, según resulta de la consulta de su página web (<http://portal.ccj.org.ni/CCJ2/Default.aspx?tabid=114>) realizada el 27 de mayo de 2013. Para su examen doctrinal, véase LEÓN GÓMEZ, A., “La consulta prejudicial”, en AA.VV., *La competencia de la Corte Centroamericana de Justicia*, Corte Centroamericana de Justicia, Managua, 1996, pp. 125-144; SALAZAR GRANDE, C.E. y ULATE CHACÓN, E.N., *Manual de Derecho comunitario centroamericano*, Orbi et Urbi, San Salvador, 2009, pp. 227 y 237-238.

⁸ Las cuestiones prejudiciales de interpretación y de validez ante la Corte de Justicia de la COMESA aparecen reguladas por el artículo 30 de su Tratado constitutivo, de 5 de noviembre de 1993 (vid. http://www.aictia.org/courts_subreg/comesa/comesa_docs.html; consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

⁹ Las cuestiones prejudiciales de interpretación ante la Corte de Justicia de la CARICOM están previstas por el artículo 214 del Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la Economía de la CARICOM, de 5 de julio de 2001 (vid.

camino que puede tomar el MERCOSUR tras la aprobación, por el Parlasur, del Proyecto de Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR, de 13 de diciembre 2010, pues aspira a establecer un procedimiento de cuestiones prejudiciales ante esta futura jurisdicción, si bien su viabilidad es muy controvertida¹⁰. Y es la senda que se exploró infructuosamente en el Consejo de Europa en los años ochenta del siglo pasado, ya que en su seno se debatió la elaboración de un Protocolo que atribuyera al Tribunal Europeo de Derechos Humanos competencia para pronunciarse sobre la interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, a petición de las jurisdicciones internas de sus Estados Parte¹¹.

II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA¹²

Las cuestiones prejudiciales europeas están reguladas básicamente por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), firmado en Lisboa el 13

http://www.caricom.org/jsp/community/community_index.jsp?menu=community; consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

¹⁰ Los artículos 33 a 39 del Proyecto de Norma N° 02/10, del Parlasur, contienen la regulación de las cuestiones prejudiciales mercosureñas de interpretación y de validez ante la Corte de Justicia del MERCOSUR que serían instituidas en caso de ser aprobado por el Consejo del Mercado Común. Para su análisis doctrinal, véase AMZEL-GINBURG, Cl. “MERCOSUR: solución de controversias y gobernabilidad”, en CIENFUEGOS MATEO, M., “Opiniones consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: estudio comparativo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, 2012, pp. 433-476.

¹¹ P. PESCATORE (“Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. –Dir.-, *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 529-530) apunta en este sentido que la Recomendación 1020 (1985) de la Asamblea General, basándose en el *Informe Dreyfus-Schimdt*, de 17 de septiembre de 1985 (Doc. 5459), propugnaba la instauración de un procedimiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero recibió una respuesta dilatoria por parte del Comité de Ministros (Doc. AS/Jur (37) 19, de 12 de diciembre de 1985). El autor añade el dato interesante de que se ha debatido también en el seno de la *International Law Association* si podría atribuirse competencia prejudicial al Tribunal Internacional de Justicia, pero la cuestión ha tropezado con dificultades insalvables.

¹² Además de los autores citados específicamente, véase, para una panorámica general de la cuestión prejudicial de la UE, BROBERG, M. y FENGER, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010; CIENFUEGOS MATEO, M., “Juez nacional – Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.) y MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, op. cit., pp. 549-624; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las cuestiones prejudiciales y su procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 381-405; JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996; NAÔMÉ, C., *Le renvoi préjudiciel en droit européen: guide pratique*, Larcier, Bruselas, 2007; PLENDER, R., *European Courts Practice and Precedents*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997; SIMON, D. (Dir.), *Contentieux de l’Union européenne 3: Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, Lamy, París, 2011; SOBRINO HEREDIA, J.M. y SOBRIDO PRIETO, M., “Procedimiento prejudicial”, en MANGAS MARTÍN, A. (Coord.), *Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2001; VANDERSANDEN, G., *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2011; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo. Artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1994.

de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, cuyo tenor literal reproducimos a continuación.

“Artículo 267. El Tribunal de Justicia de la UE 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 plantee 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.

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 UE se pronunciará con la mayor brevedad”¹³.

El artículo 267 se refiere genéricamente al Tribunal de Justicia de la UE, que es una de sus instituciones (artículo 13 del Tratado de la Unión Europea –TUE-, de 13 de diciembre de 2007 y vigencia desde el 1 de diciembre de 2009), integrada hoy en día por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. La resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales de los países miembros de la UE es en la actualidad competencia del Tribunal de Justicia, si bien se ha previsto la posibilidad de que se delegue su conocimiento en el Tribunal General en materias específicas (artículo 256, apartado 3, del TFUE).

Esta regulación ha sido desarrollada en otros textos normativos comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –ETJUE-, de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo núm. 3, en particular en sus artículos 23 y 23 bis; y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia –RPTJ-, de 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, fundamentalmente en sus artículos 93 a 118¹⁴.

¹³ Este último párrafo es la única novedad que introduce el Tratado de Lisboa en esta materia, constituyendo además la única modificación sustantiva de la cuestión prejudicial desde el original artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957, rebautizado como TFUE por el Tratado de Lisboa. Una regulación análoga contenía el derogado -por el Protocolo 2 anejo al Tratado de Lisboa por el Acta Final de la Conferencia Intergubernamental en cuyo seno fue adoptado- artículo 150 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957, vigente desde el 1 de enero de 1958, y el artículo 41 del extinto -el 23 de julio de 2002- Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, de 18 de abril de 1951.

¹⁴ Todos estos textos jurídicos pueden consultarse en Internet en la página web del Tribunal de Justicia (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/, consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

La normativa mencionada es, además, objeto de una copiosa jurisprudencia comunitaria¹⁵, que aparece resumida de forma sistemática en las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*, del Tribunal de Justicia(RTJ), de 6 de noviembre de 2012, que no son obligatorias, tratando tan sólo de “orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento” (punto 6 de las RTJ).

1. La naturaleza de la cuestión prejudicial

Cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE llamado a juzgar un litigio interno en el que se cuestione la interpretación o la validez de una norma comunitaria susceptible de ser aplicada en su resolución podrá o deberá, de oficio o a instancia de parte, plantear el tema al Tribunal de Justicia. Éste, tras un procedimiento parecido al que existe en los derechos internos de los Estados Partes para ventilar los incidentes procesales, fallará sobre las cuestiones formuladas por el juez nacional y le transmitirá la sentencia prejudicial, que es obligatoria, para que dirima el proceso principal a la luz de lo que en ella se disponga si resulta aplicable a sus hechos. Quien promueve la cuestión prejudicial se denomina juez *a quo* y quien la recibe y decide es el juez *ad quem*.

La cuestión prejudicial de la UE constituye, pues, un instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros(puntos 1, 2 y 5 de las RTJ).Pero ésta no es su única función, ya que sirve también para proteger los intereses de los particulares y como vía de control indirecto de la legalidad comunitaria, mencionando solamente otras dos¹⁶.En

¹⁵ Basta con reseñar que el último *Informe Anual del Tribunal de Justicia*, correspondiente a 2012 (accesible en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/, consulta realizada el 27 de mayo de 2013), muestra que de 1953 a 2012 se iniciaron ante el Tribunal de Justicia 7.832 asuntos prejudiciales de un total de 18.124 casos, lo que representa el 43,2% del total. Un porcentaje muy considerable de los asuntos prejudiciales abordan cuestiones relativas a la interpretación del propio artículo 267 del TFUE, como pone de relieve el examen del *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia* (accesible en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/), en el que aparecen los sumarios sistematizados de todas sus decisiones. Todas las sentencias y autos del Tribunal de Justicia, citados en esta investigación como STJ y ATJ si es uno o SSTJ y AATJ si son varios, están disponibles en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/

¹⁶ Para mayores detalles acerca de las funciones del incidente prejudicial, ORTEGA GÓMEZ, M., *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 100-132; PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales: artículo 177 del Tratado CEE”, *op. cit.*, pp. 530-533; RIPOL CARULLA, S. (DIR.); CASANOVAS Y LA ROSA, O.; CIENFUEGOS MATEO, M.; GÓMEZ SANZ, X.; IGLESIAS VÁZQUEZ, M.Á.; MORGANES GIL, S.; SÁIZ ARNÁIZ, A.; SEUBA HERNÁNDEZ, X.; Y UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., “España ante el procedimiento prejudicial. Cuestiones de política judicial”, en ALDECOA LUZARRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J.M., GONZÁLEZ ALONSO, L.N., PASTOR ALEMÁN, A., FORNER, J., HERRANZ BALLESTEROS, M. y PÉREZ BERNÁNDEZ, C. (Coords.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 754-761. La vinculación directa entre la cuestión prejudicial y la tutela judicial efectiva de los particulares es objeto de un estudio del autor de previsible próxima aparición,

este sentido, el Tribunal de Justicia enfatizó en el Dictamen 1/2009 que el artículo 267 del TFUE es “esencial para la preservación del carácter comunitario del Derecho instituido por los Tratados”, toda vez que tiene por “objeto garantizar que, en cualesquier circunstancia, ese Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros”, en aras a lo que establece “una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en cuyo marco estos últimos participan de forma estrecha en la correcta aplicación y en la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, así como en la tutela de los derechos conferidos a los particulares por ese ordenamiento jurídico”¹⁷. Y en la anterior sentencia *Foto-Frost* había aseverado que los órganos jurisdiccionales nacionales, sean de primera o de última instancia, no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias porque las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 267 “tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales” y esta exigencia de uniformidad “es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario”, toda vez que “las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica”¹⁸. Como se expone más tarde, todo ello explica que el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando es necesario hacerlo y la vulneración de sus sentencias prejudiciales cuando son aplicables al litigio nacional sean susceptibles de recursos internos, incluidos los de de amparo constitucional.

2. La legitimación activa para remitir las cuestiones prejudiciales y la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados

Sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE pueden suscitar cuestiones prejudiciales, no los propios Estados, ni las instituciones de la UE, ni las partes del proceso principal (artículos 23 del ETJUE y 96 del RPTJ)¹⁹. Ello es coherente

titulado “Jueces nacionales, cuestión prejudicial comunitaria y tutela judicial efectiva en la Unión Europea”, dentro de la monografía *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, dirigida por J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZARRABENA, en el marco del PI MICINN Ref. DER 2011-25795.

¹⁷ Dictamen TJ 1/09, de 8 de marzo de 2011, *Rec. p. I-1137*, apartados 84 a 86. Véase su comentario en CIENFUEGOS MATEO, M., “La trascendencia de la función como jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 26, 2012, pp. 1-24.

¹⁸ STJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 14/85, *Rec. p. 4199*, apartado 15. El Tribunal de Justicia añadió que a esta conclusión se llegaba también si se tenía en cuenta “la necesaria coherencia del sistema de protección jurisdiccional establecido por el Tratado”, puesto que la cuestión prejudicial de validez “constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias” que los Tratados atribuyen en exclusiva al Tribunal de Justicia (apartados 16-18). Vid. para su comentario GOFFIN, L., “De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires”, *Cahiers de droit européen*, 1990-1, pp. 216-226.

¹⁹ STJ de 12 de febrero de 2008, *Willy Kempter KG*, C-2/06, *Rec. p. I-411*.

con la naturaleza del artículo 267 del TFUE como mecanismo de colaboración procesal entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales para resolver un incidente relativo a la interpretación o la apreciación de validez del ordenamiento comunitario que aparece en el marco de un litigio nacional.

En relación con la noción de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros a que se refiere el artículo 267 del TFUE, el Tribunal de Justicia acepta la calificación dada al órgano por el ordenamiento nacional (*teoría del reenvío*), mas ha ido progresivamente ampliando la definición de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales para acoger en su seno a órganos no judiciales según su derecho interno, elaborando así un concepto autónomo de jurisdicción nacional dotado de contenido específicamente comunitario porque se tiene en cuenta más la función que desempeña y la situación estatutaria que se le reconozca en su sistema jurídico que su denominación formal (*teoría de la adopción*). En consecuencia, cualquier órgano que falle en derecho, y no en equidad, los litigios sometidos a su enjuiciamiento mediante una decisión obligatoria, y cuyo estatuto jurídico le garantice independencia e imparcialidad, podrá ser considerado como órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales (punto 9 de las RTJ)²⁰.

Ejemplificando con el caso de España, los órganos integrados en el Poder Judicial se consideran jurisdicciones desde la perspectiva del artículo 267 del TFUE, esto es, los juzgados de primera instancia e instrucción; los juzgados penales, mercantiles, de lo social y de lo contencioso-administrativo; las audiencias provinciales; los tribunales superiores de justicia; la Audiencia Nacional y, finalmente, el Tribunal Supremo. Y aunque no forman parte del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Comisión Nacional de la Competencia y los tribunales económico-administrativos son asimismo, entre otras hipótesis, órganos jurisdiccionales nacionales desde la perspectiva del procedimiento comunitario de cuestiones prejudiciales²¹.

La jurisprudencia comunitaria está justificada por la necesidad de respetar el espíritu del procedimiento prejudicial y hacerlo realmente eficaz en aras a garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la UE. Mas, como es lógico, tiene sus límites, porque el artículo 267 exige que la cuestión sea evacuada por un órgano jurisdiccional de un

²⁰ La STJ de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, C-17/00, *Rec.* p. I-9445, apartado 10, señala en este sentido que la calificación de un órgano nacional como jurisdicción nacional a los efectos del artículo 267 del TFUE depende de “un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia”.

²¹ En relación con la noción de órgano jurisdiccional nacional *ex* artículo 267 del TFUE y los órganos españoles que pueden ser considerados jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial, vid. CIENFUEGOS MATEO, M., “¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 151-192. Más particularmente, para la evolución de la controvertida posición de rechazo del Tribunal Constitucional hasta llegar a su auto 86/2011, de 9 de junio, asunto *Stefano Melloni*, por el que plantea cuestión prejudicial, vid. RIPOL CARULLA, S. y UGARTEMENDÍA EXEIZABARRENA, J.I., “Continuismo y ¿novedad? En la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea”, *WP IDEIR* (Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la Universidad Complutense), núm. 12, 2012, pp. 1-32.

Estado miembro, de tal suerte que no son admisibles las cuestiones prejudiciales evacuadas por jurisdicciones internacionales²² o de terceros países –salvo que un acuerdo internacional lo prevea de forma expresa²³–, ni las que proceden de órganos administrativos, como un tribunal de cuentas o una comisión consultiva en materia fiscal²⁴. El caso del arbitraje reviste una naturaleza especial porque el Tribunal de Justicia ha mantenido tradicionalmente una postura restrictiva en relación con los árbitros de derecho privado, rechazando que sean órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales²⁵, mientras que sí ha respondido a las suscitadas por árbitros de derecho público²⁶.

Adicionalmente, el artículo 267 del TFUE distingue, en sus apartados 2 y 3, entre las jurisdicciones facultadas y las obligadas a plantear una cuestión prejudicial. El criterio determinante para diferenciarlas no es la posición del órgano judicial nacional en la jerarquía jurisdiccional interna (teoría abstracta u orgánica) sino el carácter definitivo de su decisión en el litigio (teoría concreta o funcional), esto es, la imposibilidad de impugnar en el derecho nacional el acto jurisdiccional (sentencia y auto, comúnmente) que pone fin al proceso principal porque goza de la autoridad de la cosa juzgada formal²⁷. El juez nacional cuya decisión última del caso de autos sea impugnada de acuerdo con las normas procesales de su ordenamiento dispone de un amplio margen discrecional para decidir si evacúa la cuestión prejudicial, puesto que sólo tendrá que hacerlo si en el litigio principal pretende apartarse de la jurisprudencia comunitaria relativa a la interpretación o la validez de una norma comunitaria que le sea aplicable por disentir de ella o desea inaplicarla considerando que tal norma es inválida por motivos no enjuiciados por el Tribunal. Es menor la libertad de apreciación del juez nacional cuya decisión del proceso interno sea firme, como sucede especialmente con los tribunales supremos y los tribunales constitucionales, ya que deberá acudir al Tribunal de Justicia no sólo en los supuestos anteriores sino también cuando tenga dudas razonables acerca de la interpretación o la validez de la norma comunitaria, o de

²² Así, la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas (STJ de 14 de junio de 2011, *Miles*, C-196/09, *Rec.* p. I-5105). No obstante, el Tribunal de Justicia contestó a las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Tribunal de Justicia BENELUX, que es una jurisdicción internacional, con una interpretación excesivamente amplia según la cual es un tribunal común a los tres Estados del BENELUX miembros de la UE (STJ de 12 de febrero de 2004, *Campina Melkurnie*, C-265/00, *Rec.* p. I/1699).

²³ Es el supuesto del Acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de marzo de 1992 por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio, por otra, en vigor desde el 1 de enero de 1994. Este acuerdo prevé la posibilidad de que los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio –menos Suiza, que finalmente quedó fuera del Acuerdo tras un referéndum nacional adverso– autoricen a sus jurisdicciones internas a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (de la UE) sobre disposiciones del Acuerdo idénticas en substancia a otras del ordenamiento comunitario, siendo su sentencia prejudicial vinculante para ellas (artículo 107 del Acuerdo en relación con su Protocolo núm. 34).

²⁴ AATJ de 5 de marzo de 1986, *Regina Greis Unterweger*, 318/85, *Rec.* p. 955; 26 de noviembre de 1999, *ANAS*, C-192/98, *Rec.* p. I-8583.

²⁵ STJ de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, 102/81, *Rec.* p. 1095.

²⁶ STJ de 31 de mayo de 1995, *Dansk Industri*, C-400/93, *Rec.* p. I-1275.

²⁷ En líneas generales, los ordenamientos nacionales coinciden en que hay cosa juzgada formal cuando no cabe recurso ordinario (la apelación, por ejemplo) ni tampoco recurso extraordinario (así, la casación). Véase la distinción entre las jurisdicciones nacionales facultadas y las obligadas en la STJ de 4 de junio de 2002, *Lyckeskog*, C-99/00, *Rec.* p. I-4839.

la jurisprudencia relativa a la misma, de cuya solución dependa su aplicación al caso de autos, no estando obligado a hacerlo en caso contrario (puntos 11-13 y 15-16 de las RTJ)²⁸. La mayoría de cuestiones prejudiciales procede de jurisdicciones internas cuyas decisiones son impugnables según el derecho interno, a pesar de no tener la obligación de hacerlo²⁹.

3. Las prerrogativas del juez *a quo* en relación con las cuestiones prejudiciales; en particular, el juicio de relevancia.

Se trate de la interpretación o de la apreciación de validez de una norma comunitaria, antes de acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia las jurisdicciones de los países de la UE tienen que examinar si la cuestión es necesaria para dirimir el proceso interno (artículos 267 del TFUE y 94 del RPTJ) o, lo que es lo mismo, han de llevar a cabo lo que se ha convenido en llamar el *juicio de relevancia*, esto es, que la respuesta a la cuestión prejudicial pueda condicionar el resultado del litigio nacional. No es relevante si la cuestión no es pertinente, lo que sucede cuando el Derecho de la UE es manifiestamente inaplicable a la causa porque debe resolverse sobre la base del derecho nacional o internacional, o cuando el objeto de la cuestión prejudicial no sea realmente la determinación del significado o la apreciación de validez de una norma comunitaria sino, más bien, de una norma nacional o internacional. Es preciso, adicionalmente, que existan dudas razonables acerca de la interpretación y/o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada al caso de autos, lo que no ocurre cuando la respuesta a la pregunta planteada se desprende con claridad de las normas comunitarias en sí mismas consideradas (el acto es claro)³⁰ o existe una jurisprudencia comunitaria diáfana sobre ellas, dictada en vía prejudicial o en el marco de otros procedimientos (el acto ha sido aclarado)³¹.

La aplicación judicial en la UE de las doctrinas del acto claro y, en menor medida, del acto aclarado en el marco del incidente prejudicial ha llevado a cometer abusos, por exceso y por defecto, dependiendo de los ámbitos temáticos y las jurisdicciones nacionales concernidas, como han mostrado la doctrina y los Abogados Generales del Tribunal de Justicia³². Respondiendo en cierto modo a sus sugerencias de cambio, en el punto 13 de

²⁸ SSTJ de 27 de marzo de 1963 *Da Costa en Schaake*, 28 a 30/62, *Rec.* p. 59; 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 14/85, *Rec.* p. 4199.

²⁹ A modo de ejemplo, de las 287 cuestiones prejudiciales promovidas en España desde el 1 de enero de 1986 –vigencia de su adhesión– hasta el 31 de diciembre de 2012, sólo 47 proceden del Tribunal Supremo, y hubo que esperar a junio de 2011 para que el Tribunal Constitucional elevase su primera cuestión prejudicial, tal y como resulta del Informe Anual del Tribunal de Justicia de 2012 antes citado.

³⁰ STJ de 27 de marzo de 1963, *Da Costa en Schaake*, 28 a 30/62, *Rec.* p. 61.

³¹ STJ de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415.

³² *Verbigratia*, RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 83-94; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., “Los *freelance* del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina CILFIT”, en HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. y ZAMORA ZARAGOZA, F.J., *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 371-438; VALLEJO LOBETE, E., “Las divergencias interpretativas entre el TJCE y los tribunales nacionales”, *Gaceta Jurídica UE y de la Competencia*, B-133, 1998, pp. 5-16; y conclusiones generales de CRUZ VILLALÓN de 10 de junio de 2010, *Georgi Ivanov Elchinov*, C-173/09, *Rec.* 2010, p. I-8889; y LEGER de 11 de octubre de 2005, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, C-173/03, *Rec.* 2006, pg. I-5177.

las RTJ se indica que “un órgano jurisdiccional nacional puede decidir por sí mismo cuál es la interpretación correcta del Derecho de la Unión y su aplicación a los hechos que considere probados, en especial cuando estime que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona indicaciones suficientes. Ahora bien, una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a una situación inédita”. De ahí también que el nuevo artículo 104 del RPTJ, de 2012, recoja que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial “les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial”³³.

Tan diáfana es la jurisprudencia comunitaria relativa a quién compete realizar el juicio de relevancia acerca de la cuestión prejudicial que a los Estados miembros de la UE, las instituciones comunitarias y las partes del litigio principal (y ningún otro sujeto más³⁴) sólo les queda intervenir en el procedimiento prejudicial que se desarrolla ante el Tribunal de Justicia (artículos 23 del ETJUE y 96 del RPTJ), presentando observaciones escritas y orales sobre el ordenamiento comunitario “en el marco jurídico trazado por el órgano jurisdiccional nacional”³⁵. Ello significa que los antedichos sujetos no pueden cambiar el contenido de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez *a quo*, ni añadir otras, ni impugnarlas para que se declaren sin objeto por el Tribunal, ni invocar motivos de invalidez no aducidos por la jurisdicción nacional, ni pedir que se interpreten aspectos de la disposición comunitaria controvertida no requeridos por el órgano jurisdiccional interno, etcétera³⁶.

4. Las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Compete al Tribunal de Justicia dar la interpretación y controlar la validez de las normas que conforman el ordenamiento comunitario en aras a garantizar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros de la UE (artículos 267 del TFUE y 94 del RPTJ y puntos 2, 11 y 15 de las RTJ).

³³ Veremos después que a los jueces nacionales también les corresponde determinar el contenido de las cuestiones prejudiciales cuya solución consideran necesaria para fallar el proceso nacional y decidir cuál es el momento procesal adecuado para suscitadas.

³⁴ STJ de 19 de diciembre de 1968, *De Cicco*, 19/68, *Rec.* p. 689.

³⁵ STJ de 1 de marzo de 1973, *Bollmann*, 62/72, *Rec.* p. 269, apartado 4.

³⁶ La STJ de 12 de febrero de 2008, *Willy Kempter KG*, C-2/06, *Rec.* p. I-411, apartados 41 y 42, pone énfasis en que el sistema instaurado por el artículo 267 del TFUE “establece una cooperación directa entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes (...). La remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa descansa en su totalidad sobre la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la necesidad de dicha remisión”. Vid. adicionalmente STJ de 13 de octubre de 2011, *DHL International*, C-148/10, todavía no publicada en la *Recopilación*, apartado 28. En cuanto a la doctrina, vid. RUIZ-JARABO COLOMER, D. y LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales”, *Revista del Poder Judicial*, 1997, pp. 83-113.

Según la jurisprudencia comunitaria, objeto de una cuestión prejudicial de interpretación pueden ser todas las fuentes del Derecho comunitario, con independencia de su rango y de su autor, incluidas las resoluciones del Tribunal de Justicia de la UE³⁷ y los actos de las instituciones comunitarias que no son obligatorios (*softlaw*), como las recomendaciones y los dictámenes³⁸. La cuestión prejudicial de validez es más restrictiva, puesto que –por ejemplo– no alcanza a los Tratados, las Actas de Adhesión y sus Protocolos³⁹, y tampoco es posible examinar por la vía prejudicial la legalidad de un acuerdo internacional del que sea parte la UE⁴⁰ o de las resoluciones aprobadas por los órganos creados por tales acuerdos internacionales⁴¹, ni la validez de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia⁴² o de los actos no vinculantes de las instituciones, órganos y organismos de la UE⁴³. Hay también supuestos en los que una cuestión prejudicial puede plantearse solamente en determinadas condiciones restrictivas⁴⁴.

Las cuestiones prejudiciales han recaído sobre todas estas categorías normativas del ordenamiento de la UE, si bien de modo particular sobre su Derecho primario y su Derecho secundario⁴⁵. Las temáticas sobre las que han versado son bien variadas y cambiantes parcialmente con los años, aunque en los últimos tiempos las solicitudes prejudiciales afectan especialmente al medio ambiente y los consumidores, la fiscalidad, las ayudas de Estado, la agricultura, el mercado interior y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, tal y como pone de relieve la consulta de la base de datos de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE antes mencionada.

El Tribunal de Justicia está obligado a responder a las cuestiones prejudiciales formuladas por un órgano judicial nacional si conciernen a la interpretación o la apreciación de validez del Derecho de la UE⁴⁶. Ello implica, por un lado, que el Tribunal no puede aplicarlo al caso de autos, en tanto esta actuación es competencia exclusiva del juez nacional, ni –por extensión– interpretar el derecho nacional, resolver las diferencias de opinión sobre su aplicabilidad en el procedimiento interno, deducir las consecuencias concretas que corresponda o declarar que es contrario al ordenamiento jurídico comunitario (puntos 7 y 8 de las RTJ), dado que para ello está el recurso de incumplimiento (artículos 258 y 259 del TFUE). Lógicamente, el Tribunal de Justicia

³⁷ STJ de 16 de marzo de 1978, *Bosch*, 135/77, *Rec.* p. 855.

³⁸ STJ de 15 de junio de 1976, *Frecassetti*, 113/75, *Rec.* p. 983.

³⁹ STJ de 15 de enero de 1986, *Hurd*, 44/84, *Rec.* p. 29.

⁴⁰ STJ de 10 de marzo de 1998, *Alemania/Consejo*, C-122/95, *Rec.* p. I-973.

⁴¹ STJ de 20 de septiembre de 1990, *Sevince*, C-192/89, *Rec.* p. I-3461.

⁴² ATJ de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, *Rec.* p. 945.

⁴³ STJ de 11 de mayo de 2006, *Friesland Coberco Dairy Foods*, C-11/05, *Rec.* p. I/4285.

⁴⁴ *Verbigratia*, respecto de los actos de la política exterior y de seguridad común, el Tribunal de Justicia sólo tiene competencia prejudicial para controlar que esta política no afectará a las competencias de las instituciones para ejecutar las acciones y políticas de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del TFUE, y a la inversa (artículo 24 del TUE, que reenvía a su artículo 40, y artículo 275 del TFUE).

⁴⁵ Sobre las fuentes del Derecho de la UE y su tipología tras el Tratado de Lisboa, véase ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 179-224; ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3ª ed., Civitas – Thomson Reuters, 2012, pp. 133-178; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 345-384.

⁴⁶ STJ de 29 de noviembre de 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, *Rec.* p. 2347.

tampoco puede pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni comprobar la veracidad de los hechos del proceso interno, ni proceder a su calificación en orden a determinar si se les podría aplicar la norma comunitaria a la que afecta la cuestión prejudicial. Por otro lado, el Tribunal sólo puede declarar inválido el acto comunitario, pero no anularlo, para lo que existe el recurso de anulación (artículo 263 del TFUE), de tal suerte que el acto cuya invalidez se haya constatado no desaparece formalmente del ordenamiento jurídico y corresponde a la institución comunitaria que lo aprobó proceder a su modificación o derogación para cumplir la sentencia prejudicial⁴⁷.

Por el contrario, el Tribunal puede declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales (artículo 100 del RPTJ) en diversas hipótesis, y particularmente cuando las cuestiones no sean planteadas por una jurisdicción nacional⁴⁸, no se vea claro que guardan relación con el objeto del proceso nacional (falta de necesidad)⁴⁹ o excedan el ámbito de sus competencias de interpretación y apreciación de validez antes enumeradas⁵⁰.

En todo caso, se trata de un comportamiento excepcional porque el Tribunal de Justicia, a poco que disponga de un cierto margen de apreciación, lo que hace es solicitar aclaraciones a la jurisdicción nacional (artículo 101 del RPTJ) y, sobre todo, reformular las cuestiones en aras a socorrerle en el cumplimiento de su función, tratando de ajustar su decisión al contexto fáctico y jurídico del asunto interno. Este comportamiento tiene sus riesgos, pues le lleva en ocasiones a prejuzgar tan decisivamente la decisión del juez *a quo* que a éste sólo le queda hacer una aplicación puramente mecánica de la sentencia prejudicial al caso de autos⁵¹, de tal suerte que no queda claro si respeta realmente los

⁴⁷ Vid. para mayores detalles respecto a esta práctica jurisprudencial, CIENFUEGOS MATEO M., “La reformulación frente a la negativa a responder las cuestiones prejudiciales del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1997-1, pp. 319-383.

⁴⁸ *Verbigratia*, en la STJ de 11 de junio de 2011, *Miles*, C-196/09, *Rec. p. I-5105*, el Tribunal rechazó contestar a las cuestiones prejudiciales suscitadas por la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas por tratarse de una jurisdicción internacional.

⁴⁹ Por ejemplo, el ATJ de 13 de enero de 2010, *Calestani y Lunardi*, C-292 y 293/09, *Rec. p. I-1*, declaró inadmisibles las cuestiones prejudiciales por no disponer de información suficiente sobre el contexto fáctico y normativo para apreciar la necesidad real de la cuestión prejudicial.

⁵⁰ Sistematizando parcialmente su jurisprudencia a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que “la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (STJ de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, *Rec. p. I-607*, apartado 19).

⁵¹ Un ejemplo diáfano de esta voluntad del Tribunal de Justicia de ser útil a los jueces nacionales es su sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*, C-118/08, *Rec. p. I/635*, cuya parte dispositiva es tan precisa y detallada (“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 sólo 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

límites de su competencia prejudicial *ex* artículo 267 del TFUE. En contrapartida, estos gestos de complicidad sirven para reforzar el diálogo judicial dentro de la UE. Guiños que, dicho sea incidentalmente, tienen lugar también en otras situaciones, como cuando, con ocasión de la celebración del quincuagésimo año de su creación (2002), el Tribunal invitó a participar a un coloquio sobre *La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales* a los presidentes de órganos jurisdiccionales internacionales y de los tribunales supremos y constitucionales de los Estados miembros y los Estados candidatos a la adhesión a la Unión⁵². Más recientemente, cuando en su dictamen 01/09 el Tribunal de Justicia pone énfasis en que el artículo 267 del TFUE es esencial para la preservación de la naturaleza del Derecho de la UE y llama la atención sobre la trascendencia del rol que en su seno realizan las jurisdicciones nacionales en aras a garantizar la correcta aplicación y en la interpretación uniforme del Derecho de la Unión y la tutela de los derechos que confiere a los particulares⁵³.

5. Aspectos procedimentales de la cuestión prejudicial

La formulación y la tramitación de una cuestión prejudicial conllevan unos trámites procesales, tanto de derecho nacional como comunitario⁵⁴. La forma que debe revestir la decisión de planteamiento de una cuestión prejudicial depende de lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos internos para supuestos análogos como los incidentes procesales, al ser una cuestión no regulada por el ordenamiento de la UE (punto 20 de las RTJ). Así, en España debe hacerse por auto, habida cuenta que ha de motivarse siempre la necesidad de la remisión prejudicial (*verbigratia*, artículo 208 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

A los jueces nacionales les compete determinar el contenido de las cuestiones prejudiciales cuya solución consideran necesaria para fallar el proceso nacional. En esta tarea disfrutan de un amplio margen discrecional, como corrobora el Tribunal de Justicia al señalar que ellos tienen que “decidir en último término tanto la forma como el contenido” de las mismas⁵⁵. En el mismo sentido se pronuncia el punto 10 de las RTJ cuando recuerda que “la decisión de plantear una cuestión prejudicial corresponde

por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”) que constituye “una solución perfectamente preconstituida” del litigio interno, en expresión afortunada de A. PEPY, “Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l’application de l’article 177 du traité de Rome”, *Cahiers de droit européen*, 1966-5, p. 483.

⁵² Véase más información sobre el tema en <http://curia.europa.eu/es/actu/communiqués/cp02/infocp0296es.htm> (consulta realizada el 27 de mayo de 2013). De las intervenciones resultó la interesante monografía, editada por el TRIBUNAL DE JUSTICIA, *1952-2002 Quincuagésimo aniversario del Tribunal de Justicia: Coloquio sobre la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales*, Dictus Publishing, Saarbrücken, 2011.

⁵³ Dictamen TJ 1/09, de 8 de marzo de 2011, *Rec.* p. I-1137, apartados 84 y 85.

⁵⁴ Vid. sobre el tema, LEÓN JIMÉNEZ, R., “Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias UE*, núm. 221, 2003, pp. 59-64; MARTÍNEZ GIMENO, M., “Cuestiones procedimentales (I): disposiciones comunes a todo procedimiento, recursos directos y cuestiones prejudiciales”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, *op. cit.*, pp. 677-779.

⁵⁵ STJ de 21 de julio de 2011, *Kelly*, C-104/10, todavía no publicada en la *Recopilación*, apartado 65.

únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado”.

Con todo, el artículo 94 del RPTJ les requiere que en la solicitud prejudicial hagan una exposición concisa del objeto del litigio y los hechos pertinentes, el texto de las normas y jurisprudencia nacional que pueda ser aplicable y las razones que llevan al juez *a quo* a preguntarse sobre la interpretación y/o la apreciación de validez de determinadas normas comunitarias para fallar el litigio principal y su relación con la normativa nacional aplicable⁵⁶. Si no cumplen estas indicaciones, el Tribunal de Justicia puede declarar que no procede responder a la petición prejudicial⁵⁷. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el incidente prejudicial tiene por finalidad esencial que el Tribunal auxilie al juez nacional a la hora de solventar el proceso principal (puntos 1 y 18 de las RTJ), por lo que aquél ha recordado pertinentemente que las jurisdicciones internas sólo pueden solicitar su pronunciamiento prejudicial “si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional”, pudiendo en caso contrario acordar su inadmisibilidad⁵⁸.

Corresponde asimismo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros decidir cuál es el momento procesal adecuado para plantear una cuestión prejudicial, si bien es preferible instarla cuando el proceso interno se encuentre en una fase en la que ya pueda definirse el marco jurídico y fáctico del asunto a fin de que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para verificar, si es preciso, que el ordenamiento comunitario puede ser aplicable al litigio principal. Y, además, resulta aconsejable para una buena administración de la justicia que la cuestión prejudicial se promueva después de un debate contradictorio (puntos 18 y 19 de las RTJ)⁵⁹. Lógicamente, la cuestión prejudicial puede evacuarse no sólo en primera instancia sino también en instancias judiciales posteriores, inclusive una vez finalizado al nivel nacional un procedimiento incidental de control de constitucionalidad⁶⁰.

La decisión de suscitar una cuestión prejudicial tiene por efecto la suspensión del curso del litigio interno (artículo 23 del ETJUE). Si se dicta una resolución judicial que ponga fin al mismo antes de que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado, éste se niega a responder a las cuestiones porque su pronunciamiento no podría influir sobre el fallo del proceso principal y su misión en el marco del artículo 267 del TFUE no es emitir opiniones hipotéticas⁶¹. Ello no impide, lógicamente, que se puedan adoptar las medidas cautelares oportunas durante la suspensión, especialmente si se han suscitado cuestiones prejudiciales de validez, para garantizar la futura suerte final del litigio interno (puntos 17 y 29 de las RTJ). Estas medidas pueden consistir en la suspensión de la aplicación de una legislación

⁵⁶ Los puntos 21 a 26 de las RTJ aclaran cuestiones de detalle relativas al contenido de la cuestión prejudicial.

⁵⁷ Por ejemplo, ATJ de 13 de enero de 2010, *Calestani y Lunardi*, C-292 y 293/09, *Rec.* p. I-1.

⁵⁸ STJ de 12 de noviembre de 1998, *Victoria Film*, C-134/97, *Rec.* p. I-7023, apartado 14.

⁵⁹ STJ de 28 de junio de 1978, *Simmenthal*, 70/77, *Rec.* p. 1453.

⁶⁰ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y 189/10, *Rec.* p. I/5667.

⁶¹ SSTJ de 21 de abril de 1988, *Fratelli Pardini*, 338/85, *Rec.* p. 2041; 19 de mayo de 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, C-171/07 y C-172/97, *Rec.* p. I-4171.

interna e inclusive de un acto comunitario de cuya validez se dude, pero pueden ser positivas igualmente (imposición de fianzas económicas, por ejemplo)⁶².

Es posible impugnar la resolución judicial de planteamiento de cuestiones prejudiciales, como asimismo la que rechaza promoverlas, si lo permite el derecho nacional. Igualmente dependen de éste los efectos –suspensivo y/o devolutivo- de los recursos internos interpuestos⁶³. Ello no altera, en principio, la petición prejudicial efectuada, ya que el Tribunal de Justicia mantiene su competencia mientras el juez nacional no le comunique que retira su solicitud prejudicial (artículo 100 del RPTJ), sea porque ha sido revocada judicialmente o bien porque se puso término al proceso nacional por otros motivos, como la transacción⁶⁴.

Los jueces nacionales elevan las cuestiones prejudiciales directamente al Tribunal de Justicia. No debe seguirse el cauce diplomático de las comisiones rogatorias sino la vía más simple de la comunicación directa de la secretaría del juez *a quo* a la secretaría del Tribunal, mediante correo certificado⁶⁵. Ésta es la que luego mantendrá contacto con el órgano jurisdiccional *a quo*, transmitiéndole copia de los escritos procesales y la decisión prejudicial (artículo 98 del RPTJ y puntos 33 a 35 de las RTJ).

El procedimiento ante el Tribunal de Justicia se caracteriza porque hay generalmente una fase escrita y una fase oral, en la que los interesados presentan oralmente sus observaciones, tras la cual el Abogado General del asunto hace públicas sus conclusiones⁶⁶. Se puede intercalar una fase intermedia de información sobre el contexto del litigio nacional, pero no hay propiamente una fase de prueba. Durante la sustanciación de una cuestión prejudicial, la lengua de procedimiento es el idioma oficial del Estado al que pertenezca la jurisdicción interna y, si hay más de uno, es aquél en el que fue redactada la solicitud, estando habilitados los Estados miembros a intervenir en su lengua oficial y los terceros Estados en uno de los idiomas oficiales de la UE distinto a la lengua del procedimiento. Además, previa petición debidamente justificada, se podrá autorizar el empleo en la fase oral del procedimiento de una lengua de procedimiento distinta (artículos 37 y 38 del RPTJ).

⁶² Para ejemplos esclarecedores de las medidas provisionales que puede adoptar el juez nacional en el marco del proceso nacional, véase las SSTJ de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89, *Rec. p. I-415* y 9 de noviembre de 1995, *Atlanta*, C-465/93, *Rec. p. I-3761*. Vid. su examen en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

⁶³ STJ de 12 de febrero de 1974, *Rheinmühlen II*, 146/73, *Rec. p. 139*. Ello no obstante, vid. los importantes matices que introduce la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/96, *Rec. 2008, p. I-9641*.

⁶⁴ STJ de 30 de enero de 1974, *SABAM*, 127/73, *Rec. p. 51*; ATJ de 27 de septiembre de 2007, *Tedesco*, C-175/06, *Rec. p. I-7929*.

⁶⁵ En la hipótesis de los procedimientos prejudiciales acelerado y de urgencia (artículos 23 bis del ETJUE y 105 a 114 del RPTJ), el juez *a quo* puede remitir su petición al Tribunal de Justicia vía correo electrónico y fax, facilidades informáticas que se utilizarán luego para la correspondencia entre el Tribunal, la jurisdicción nacional remitente y las partes del litigio interno (puntos 45 y 46 de las RTJ).

⁶⁶ En las situaciones especiales contempladas en los artículos 76 y 105 a 114 del RPTJ puede prescindirse de la celebración de la fase escrita, la vista oral y/o la presentación de conclusiones por el Abogado General.

Una vez finalizado el procedimiento, el juez ponente designado por el Presidente del Tribunal de Justicia presentará su proyecto de sentencia prejudicial (artículo 15 del RPTJ) y el Tribunal fallará sobre las cuestiones formuladas por el juez *a quo* y le transmitirá la respuesta prejudicial. Según dispone el artículo 16 del ETJUE, para las cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia funciona y delibera –en francés– ordinariamente en Salas de tres y cinco jueces, si bien a veces se reúne en Gran Sala (quince jueces) y siendo excepcional que actúe en Pleno (hoy en día veintisiete jueces, pero habrá uno más próximamente, cuando se haga efectiva la adhesión de Croacia en julio de 2013)⁶⁷. Como regla general, el Tribunal resuelve por sentencia⁶⁸, cuyo contenido está especificado con detalle por el artículo 89 del RPTJ⁶⁹. La decisión se adopta por mayoría de los miembros presentes, reunidos en número impar, con el quórum mínimo de tres jueces para las Salas de tres y cinco jueces, once para la Gran Sala y diecisiete para el Pleno. Sus deliberaciones son reservadas y no caben votos particulares (artículos 17 y 35 del ETJUE y artículos 32 y 33 del RPTJ).

No está previsto un plazo perentorio para la emisión de la sentencia prejudicial desde la notificación de la decisión de remisión del juez *a quo*, pero de media oscila entre los dieciséis y los diecisiete meses (16,8 en 2009, 17,1 en 2009, 16,1 en 2010, 16,4 en 2011 y 15,7 en 2012)⁷⁰, en gran medida debido al trámite de traducción a los 23 idiomas oficiales de la todavía UE de 27 Estados miembros y al elevado número de procedimientos prejudiciales que ventila cada año el Tribunal de Justicia (así, 523 asuntos en 2012).

⁶⁷ Aunque sin distinguir según los diferentes procedimientos (prejudicial, de anulación, de incumplimiento, etcétera) de que conoce el Tribunal de Justicia, resulta que del total de 523 asuntos juzgados en 2012 el Pleno sólo resolvió 1 caso, 47 la Gran Sala, 283 las Salas de cinco jueces, 180 las Salas de tres jueces y 12 su Presidente. Véanse las estadísticas que contiene el antedicho Informe anual de Tribunal de Justicia de 2012.

⁶⁸ El artículo 99 del RPTJ dispone que el Tribunal de Justicia podrá resolver también por auto motivado “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable”.

⁶⁹ El artículo 87 del RPTJ prevé que “la sentencia contendrá: a) la indicación de que ha sido dictada por el Tribunal; b) la designación de la formación que ha conocido del asunto; c) la fecha de su pronunciamiento; d) el nombre del Presidente y, en su caso, de los Jueces que hayan participado en las deliberaciones, indicando el Juez Ponente; e) el nombre del Abogado General; f) el nombre del Secretario; g) la designación de las partes o de los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto que hayan participado en el procedimiento; h) el nombre de sus representantes; i) en el caso de los recursos directos y de casación, las pretensiones de las partes [lo que no es aplicable a las sentencias prejudiciales, por motivos obvios, pues la cuestión prejudicial no es un recurso]; j) en su caso, la fecha de la vista oral; k) la indicación de que el Abogado General ha sido oído y, en su caso, la fecha de sus conclusiones; l) una exposición concisa de los hechos; m) los fundamentos de Derecho; n) el fallo, que comprenderá, en su caso, la decisión sobre las costas” [lo que tampoco se aplica a las sentencias prejudiciales, como veremos a renglón seguido].

⁷⁰ Si se utiliza el procedimiento prejudicial acelerado y, sobre todo, el procedimiento prejudicial de urgencia, el plazo para dictar una sentencia prejudicial se abrevia notablemente. Así, siguiendo el procedimiento de urgencia, la STJ de 28 de abril de 2011 (C-61/11 PPU, *Hassen el Dridi*, Rec. p. I-3015) tardó menos de tres meses en ser dictada.

Sobre las costas no hay pronunciamiento en la sentencia prejudicial porque los gastos de los Estados miembros y las instituciones comunitarias que participen en el procedimiento prejudicial no son reembolsables y las costas de las partes del litigio interno serán determinadas por la jurisdicción nacional al dirimirlo (artículo 102 del RPTJ y punto 31 de las RTJ). A su vez, los gastos derivados de la instrucción del procedimiento prejudicial (como los sueldos de los miembros del Tribunal y el coste de la traducción de la sentencia a todas las lenguas oficiales de la UE) corren a cargo del presupuesto comunitario. En circunstancias especiales, el Tribunal de Justicia puede conceder, a título de asistencia jurídica gratuita, una ayuda económica para facilitar la representación o comparecencia ante él de una de las partes del proceso interno (artículos 115 a 177 del RPTJ y punto 32 de las RTJ).

Las sentencias prejudiciales son leídas en sesión pública y publicadas en la *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* y su resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (artículos 37 del ETJUE, 88 y 92 del RPTJ y 24 y 25 de las Instrucciones al Secretario del Tribunal de Justicia, de 3 de octubre de 1986). Se encuentran, además, disponibles en la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citada y en la versión electrónica de la base de datos del Diario Oficial de la Unión Europea disponible en EUR-Lex (<http://europa.eu/eu-law/case-law/index.es.htm>). Una copia certificada de la decisión prejudicial es remitida a la secretaría del juez *a quo* por la Secretaría del Tribunal de Justicia (artículo 88 del RPTJ).

6. Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y validez y los recursos frente a su incumplimiento

Las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del RPTJ). En palabras del Tribunal de Justicia, “una sentencia por la que el Tribunal se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por una institución de la Comunidad (...) vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal”⁷¹. Ello significa que éste ha de resolver el litigio interno a la luz de lo que en ella se disponga: por ejemplo, aplicar la norma comunitaria tal y como haya sido interpretada si es lo que procede hacer a la vista de los hechos del proceso interno, o bien dejarla inaplicada aunque fuera relevante para el caso si el Tribunal de Justicia la declaró inválida. El efecto vinculante de la sentencia prejudicial se predica no sólo de la parte dispositiva sino también de la motivación que conduce necesariamente a ella⁷².

Se trata, además, de una fuerza obligatoria *erga omnes*, de tal suerte que son vinculantes para el juez *a quo* así como, más en general, para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento interno de los países miembros de la UE⁷³. Y tiene, como regla, eficacia *ex tunc*, a contar desde el momento de su entrada en

⁷¹ ATJ de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, *Rec.* p. 947, apartado 14.

⁷² STJ de 16 marzo de 1978, *Bosch*, 135/77, *Rec.* p. 855.

⁷³ STJ de 6 de marzo de 2003, *Kaba*, C-466/00, *Rec.* p. I-2219, apartados 39-40. Las sentencias

vigor, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia puede limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica⁷⁴.

Además, la sentencia prejudicial es firme desde el mismo día de su pronunciamiento, por lo que dispone automáticamente de la autoridad de cosa juzgada formal⁷⁵ y presenta la peculiaridad, frente a otras sentencias de esta jurisdicción, en razón de las especiales características del incidente prejudicial como la ausencia de partes en el mismo, de que no es posible accionar frente a ella ni el recurso de interpretación ni ninguno de los medios extraordinarios de rescisión de la cosa juzgada formal previstos por los artículos 42 a 44 del ETJUE (los denominados recursos de oposición, tercerías y revisión). De hecho, lo único que cabe es la corrección de los errores de pluma y de cálculo o inexactitudes evidentes, de oficio y a instancia de parte si la petición se presenta en el plazo de dos semanas desde su lectura (artículo 103 del RPTJ)⁷⁶.

La vulneración de lo dispuesto por las sentencias prejudiciales (como también el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial en los supuestos antes descritos, dicho sea de paso) permite activar los recursos judiciales nacionales que sean aplicables según el grado jurisdiccional, incluidos los de apelación y casación⁷⁷, y también el de amparo constitucional, fundamentalmente, en este caso, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁸. Puede asimismo desencadenar la apertura del recurso comunitario de incumplimiento (artículos 258 y 259 del TFUE) contra el Estado miembro al que pertenezca la jurisdicción que haya infringido una sentencia prejudicial⁷⁹, cuya

prejudiciales también vinculan a los otros poderes públicos de los Estados miembros, así como a las instituciones comunitarias y los particulares, que deben aplicar el Derecho de la UE tal como haya sido interpretado por el Tribunal de Justicia, del mismo modo que les está vetado aplicar un acto comunitario declarado inválido en vía prejudicial (STJ de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo*, 103/88, *Rec.* p. 1839, apartados 30-31).

⁷⁴ STJ de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, todavía no publicada en la *Recopilación*. En relación con la eficacia *erga omnes* y la dimensión temporal de las sentencias prejudiciales, vid. CIENFUEGOS MATEO, M., *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros: estudio de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

⁷⁵ ATJ de 28 de abril de 1998, *Reisebüro Binder*, C-116/96 REV, *Rec.* p. I-1889.

⁷⁶ ATJ de 15 de julio de 1981, *Rewe*, 158/80, no publicado en la *Recopilación*.

⁷⁷ En relación con la práctica judicial ordinaria española a este respecto, véase CIENFUEGOS MATEO, M., "El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica", en RIPOL CARULLA, S. (Dir.) y UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.), *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2008, pp. 47-101.

⁷⁸ Por ejemplo, SSTC 58/2004, de 19 de abril, 78/2010, de 20 de octubre y 123/2010, de 29 de noviembre. Vid. la interesante evolución de la doctrina constitucional en ALONSO GARCÍA, R., "Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)", *WP IDEIR* (Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la Universidad Complutense), núm. 4, 2011, pp. 1-20; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "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*, núm. 39, 2011, pp. 375-412; IZQUIERDO SANS, C., "Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española", *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 23, 2011, pp. 1-31.

⁷⁹ Así, en la STJ de 9 de diciembre de 2003 (*Comisión / Italia*, C-129/00, *Rec.* p. I-14637) se declara que la República Italiana ha incumplido el ordenamiento de la UE a resultas de determinadas interpretaciones

interposición está reservada a la Comisión y los Estados miembros, ya que los particulares no están legitimados⁸⁰.

Si no se cumpliesen las sentencias del Tribunal de Justicia que hubiesen constatado una infracción de los Estados miembros por conductas de su poder judicial, los particulares podrían denunciar este hecho ante la Comisión Europea. Ésta, de oficio o a instancia de parte, podrá acudir ante el Tribunal para que se declare este nuevo incumplimiento del ordenamiento comunitario y se fije un depósito a tanto alzado o se impongan multas coercitivas al Estado afectado (artículo 260 del TFUE).

Hay que tener en cuenta, adicionalmente, que las actuaciones judiciales internas contrarias al ordenamiento comunitario que causen daños y perjuicios pueden determinar determinados supuestos engendrar, al nivel nacional, la responsabilidad patrimonial del Estado al que pertenezcan las jurisdicciones responsables de las mismas⁸¹. No es preciso que una sentencia del Tribunal de Justicia haya declarado previamente el incumplimiento de un Estado miembro, pero su existencia facilita la acción de reparación para acudir ante los tribunales internos a fin de conseguir la reparación de los daños y perjuicios sufridos, pues contribuye decisivamente a determinar la base jurídica de la responsabilidad estatal⁸².

En fin, una infracción de las sentencias prejudiciales permitiría en ciertas condiciones acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del derecho a un proceso justo regulado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸³.

administrativas y judiciales restrictivas de la Ley italiana 428/1990 que hacían excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio de su derecho a la devolución de los tributos internos recaudados contraviniendo las normas comunitarias. Para su comentario, vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 254-267.

⁸⁰ Los particulares tampoco pueden forzar a la Comisión a presentar un recurso de incumplimiento, puesto que su inacción no es susceptible del recurso de omisión ni su rechazo formal puede ser impugnado en anulación (STJ de 1 de marzo de 1966, *Lütticke*, 48/65, *Rec.* p. 27). Ahora bien, generalmente son sus denuncias ante la Comisión las que están en el origen de un recurso de incumplimiento, como reconocen los *Informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario* (accesibles en http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_annual_report_es.htm; consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

⁸¹ STJ de 30 de septiembre de 2003, *Gerhard Köbler*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239. Véase su comentario en GONZÁLEZ ALONSO, L.N. “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”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 3, 2004. Y para la restrictiva jurisprudencia ulterior a *Köbler* del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad del Estado por error judicial, que exige que la actuación jurisdiccional raye prácticamente la arbitrariedad, vid. especialmente JANER TORRENS, J.D., “Actuación de los órganos jurisdiccionales y responsabilidad patrimonial del Estado. Comentario a la sentencia C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*), de 13 de junio de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 11, 2006.

⁸² SSTJ de 7 de febrero de 1973, *Comisión / Italia*, 39/72, *Rec.* p. 112; 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90, *Rec.* 1991 p. I-5403; 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, C-46 y 48/93, *Rec.* 1996 p. I-1029.

⁸³ En nuestra opinión, hay que tener en cuenta, por la analogía existente entre el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial y el no respeto de lo decidido en una sentencia prejudicial,

Lógicamente, estos recursos sólo podrán accionarse en caso de infracciones graves –y no por un simple error judicial- de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia cometidas por las jurisdicciones nacionales de última instancia, de las que se aparten sin mediar planteamiento de cuestión prejudicial que le permitan la modificación de su jurisprudencia contenida en ellas. Porque, en efecto, la fuerza obligatoria general de las sentencias prejudiciales no impide a una jurisdicción de un país de la UE, sea el que suscitó la cuestión prejudicial o cualquier otro en el futuro, formular una nueva petición prejudicial cuando se estime insuficientemente ilustrado o no esté conforme con la jurisprudencia comunitaria, dictada en vía prejudicial o en cualquier otro procedimiento. Para ello sirve la facultad de reinterrogación (*facultas remonstratio*) reconocida a los órganos jurisdiccionales nacionales por el artículo 104 del RPTJ, frecuentemente utilizada por éstos cuando no tienen claro lo dispuesto en una sentencia prejudicial previa, así como cuando consideran que la norma comunitaria debería ser interpretada de manera distinta o bien quieren inaplicarla por reputar que es inválida por motivos no enjuiciados en la jurisprudencia comunitaria (puntos 11 a 13 de las RTJ).

Por todo lo expuesto anteriormente, se puede comprender fácilmente que las cuestiones prejudiciales constituyan la *clave de bóveda* que sustenta la estructura jurídica supranacional de la UE⁸⁴. Tal es realmente la trascendencia de este procedimiento para la UE que LECOURT, antiguo juez de su Tribunal de Justicia, haciendo referencia a dos *leading cases* dictados en su seno en los albores de la década de los 60 del siglo pasado, como son las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa / ENEL*, se preguntó en un sugerente artículo “cuál hubiera sido el derecho de las Comunidades sin las sentencias de 1963 y 1964”⁸⁵. Y otro de sus jueces más reputados, PESCATORE, ha puesto de relieve oportunamente que la cuestión prejudicial “juega un rol capital en la perspectiva del desarrollo del Derecho comunitario. Así, sentencias tan importantes para la evolución del Derecho comunitario como las sentencias *Van Gend en Loos*, sobre el efecto directo del Derecho comunitario; *Costa v. Enel*, sobre la primacía; *Simmenthal*, sobre el efecto del Derecho comunitario al nivel constitucional; *Internationale Handelsgesellschaft* y *Hauer*, sobre la garantía de los derechos fundamentales; *Rewe* (llamada *Cassis de Dijon*), sobre la libre comercialización de las mercancías, son todas resultado del molde del artículo 177 (...). La frecuencia del recurso prejudicial ha permitido la acumulación rápida de un fondo extraordinariamente rico de experiencia jurídica”⁸⁶.

la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección Segunda) de 7 de septiembre de 1999, en el asunto *Dotta contra Italia*, demanda núm. 38399/97. En la interesante fundamentación jurídica sobre el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo apuntó que “el rechazo [a plantear la cuestión prejudicial] de una jurisdicción nacional que decida en última instancia puede afectar al principio de equidad del procedimiento, en particular cuando tal rechazo aparece como *viciado de arbitrariedad*» (las cursivas son nuestras).

⁸⁴ Con expresión similar, la cuestión prejudicial europea ha sido calificada como «la piedra angular de Derecho comunitario» (CHEVALLIER, R.M. y MAIDANI, D., *Guide pratique Article 177 C.E.E.*, O.P.O.C.E, Luxemburgo, 1981, p. 17).

⁸⁵ LECOURT, R., “Queleûté le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?”, en AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, París, 1991, pp. 349-361.

⁸⁶ PESCATORE, P. “Article 177», en CONSTANTINESCO, V., JACQUE, J.-P., KOVAR, R. y SIMON, D., *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992, pp. 1079-1080. La trascendencia de primer orden de los aportes jurisprudenciales derivados de las sentencias prejudiciales es algo aceptado pacíficamente por la doctrina (cuestión distinta es que se pueda criticar al Tribunal de

Ello no significa que todo sea perfecto, y mucho menos en los últimos años, en los que la cuestión prejudicial no está funcionando con la armonía con que lo hizo generalmente en el pasado por motivos variados como el elevado número de cuestiones prejudiciales y los abusos cometidos al aplicar la doctrina del acto claro, como ha denunciado acertadamente la doctrina, de cuyas opiniones el Tribunal de Justicia debería tomar buena nota en bastantes casos para fortalecer el debilitado espíritu de colaboración que impregna a este procedimiento⁸⁷.

III. LAS CONSULTAS PREJUDICIALES EN LA COMUNIDAD ANDINA⁸⁸

El Tribunal de Justicia de la CAN fue creado por el Tratado de Cartagena de Indias de 28 de mayo de 1979 (TCTJCA), vigente desde el 19 de mayo de 1983. Este tratado fue reformado por el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, firmado en Trujillo el 10 de marzo de 1996 y en vigor desde el 2 de junio de 1997 y, fundamentalmente, el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, suscrito en Cochabamba el 28 de mayo de 1996, con

Justicia por su activismo o cautela, según los casos), pero puede apreciarse en todo su esplendor con la lectura de del folleto *El Tribunal de Justicia. Su jurisprudencia*, del propio Tribunal de Justicia, de 2007, accesible en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7004/; y de la excelente monografía de Díez-Hochleitner, J., Martínez Cadpdevila, C., Blázquez Navarro, I. y Frutos Miranda, J. (Coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012.

⁸⁷ Véase, entre otros, Alonso García, R., “Guardar las formas en Luxemburgo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012; Baquero Cruz, J., “De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005, pp. 35-58. Téngase en cuenta, en todo caso, que las reflexiones y advertencias para atajar los problemas y anomalías detectados en el funcionamiento del incidente prejudicial vienen de lejos, pudiendo destacar las contenidas en las cuatro monografías siguientes: Andenas, M. (Ed.), *Article 177 References to the European Court. Policy and Practice*, Butterworths, Londres, 1994; Dony, M. y Bríbosia, E. (Eds.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1994; Schermers, H.G., Timmermans, W.A., Kellermann, A.E. y Watson, J. (Eds.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*, North Holland, Amsterdam, 1987; Vandersanden, G. (Dir.), *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1994.

⁸⁸ Además de los autores citados específicamente, véase para mayores detalles sobre la consulta prejudicial de interpretación andina, Baldeón Herrera, G., “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en AA.VV., *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Isla de Margarita, 2003, pp. 245-274; Bueno Martínez, P., “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena: la Cooperación Judicial a través de la Interpretación Prejudicial”, en AA.VV., *Seminario Internacional: Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, La Paz 19 y 20 de agosto de 1996*, Corte Suprema de Justicia de Bolivia y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, La Paz, 1997, pp. 99-132; De Tomaso, C., “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas* (Ecuador), núm. 23, 2007, pp. 419-442; Dueñas Muñoz, J.C., “La interpretación prejudicial: ¿piedra angular de la integración andina?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo), 2011, pp. 29-58; Uribe Restrepo, F., *La interpretación prejudicial en el Derecho andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 2003; Vieira, L.K., “El Mecanismo de la Cuestión Prejudicial en la Comunidad Andina”, *Dereito Público* (Brasil), núm. 32, 2010, pp. 134-157.

vigencia desde el 25 de agosto de 1999. En la exposición se citan los preceptos del TCTJCA tal como resultan de su codificación para adaptarlos a estos dos protocolos⁸⁹.

Las consultas prejudiciales aparecen contempladas en los artículos 32 a 36 del TCTJCA, cuyo tenor literal es el que sigue:

“Artículo 32. Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 33. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

Artículo 34. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, 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 éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Artículo 35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

Artículo 36. Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección”.

Estos preceptos han sido desarrollados por los artículos 121 a 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ETJCA), aprobado por la Decisión 500, de 22 de junio de 2001, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que sustituye a la anterior Decisión 184, de la Comisión de la CAN, de 19 de agosto de 1983, desde su entrada en vigor el 28 de julio de 2001. El Reglamento del Tribunal de Justicia de la CAN (RTJCA), de 18 de mayo de 2004 y vigente desde el 27 de mayo de 2004, concreta aspectos relativos a su organización y el funcionamiento, siendo sus disposiciones aplicables a la hora de resolver las solicitudes de interpretación prejudicial recibidas.

Este procedimiento cuenta, además, con abundante jurisprudencia andina (2.179 interpretaciones prejudiciales de un total de 2.367 asuntos desde el inicio del funcionamiento del Tribunal de Justicia andino en 1984 hasta 2012, esto es, un 92% del

⁸⁹En efecto, los tres textos básicos mencionados del TCTJCA fueron codificados por la Decisión 472 de la Comisión de la CAN, de 16 de septiembre de 1999, en cumplimiento del mandato contenido en la disposición transitoria tercera del Protocolo de Cochabamba.

total, según sus bases de datos⁹⁰) y una *Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales* (NITJCA), del propio Tribunal, de 3 de agosto de 2001⁹¹, cuya función es facilitar la evacuación de las consultas prejudiciales por las jurisdicciones internas de los países andinos. Aunque no es vinculante, el Tribunal andino se ha referido a su NITJCA –inclusive transcribiendo literalmente párrafos de ella- en algunas de sus sentencias cuando los jueces internos no la habían tenido en cuenta suficientemente al formular sus consultas prejudiciales, a modo de advertencia sutil de cómo deben proceder en casos futuros⁹².

Cabe adelantar que el régimen jurídico de las consultas prejudiciales andinas es muy parecido, en líneas generales, al de las cuestiones prejudiciales de la UE antes reseñado, tal y como resulta de examen de su normativa reguladora y la jurisprudencia andina que la interpreta. Para aprehender con facilidad lo que une y lo que separa a ambas figuras procesales, en la exposición subsiguiente trataremos a renglón seguido los seis aspectos básicos de la consulta prejudicial andina que fueron analizados anteriormente para las cuestiones prejudiciales comunitarias, cuales son: 1) la naturaleza de este instrumento procesal; 2) la legitimación activa para remitir las consultas prejudiciales y la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados; 3) las prerrogativas del juez nacional en relación con las consultas prejudiciales; 4) las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de la CAN; 5) los aspectos procedimentales relativos a la tramitación de una consulta prejudicial y, finalmente, 6) los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y los recursos frente a su incumplimiento.

1. Naturaleza de la consulta prejudicial

Todo órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la CAN abocado a aplicar una norma andina en un litigio interno podrá o deberá, de oficio o a instancia de parte, plantear el tema a su Tribunal de Justicia, competente para dirimirla en su calidad de intérprete supremo del Derecho de la integración andino. Éste, tras un procedimiento parecido al que existe en los derechos internos de los Estados Partes para la resolución de incidentes procesales, fallará sobre las consultas formuladas por el juez nacional y le transmitirá la sentencia prejudicial de interpretación, que es obligatoria, por lo que el juez andino remitente resolverá el litigio nacional a la luz de lo que en ella se disponga.

Las consultas prejudiciales constituyen, pues, un mecanismo de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la CAN en sus países miembros. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia andino al proclamar que la consulta prejudicial “por su misma naturaleza equivale a una solicitud

⁹⁰ Véase

http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=2 (consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

⁹¹ Las normas citadas y la Nota informativa son accesibles en http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=50 (consulta realizada el 27 de mayo de 2013). A su vez, las sentencias, autos y providencias del Tribunal de Justicia de la CAN, mencionados después como STJCA, ATJCA y PTJCA si es uno o SSTJCA, AATJCA y PPTJCA si son varios, están disponibles en la website citada *ibid* y en <http://www.comunidadandina.org/SolControversias.aspx?fr=99>.

⁹² STJCA de 30 de marzo de 2005, Proceso 31-IP-2005, *Marca VICTORIA'S SECRET*, considerando 1.

que hace el juez nacional al Tribunal Comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la Integración”⁹³. A diferencia de la UE, en la jurisprudencia andina no aparecen especificadas otras funciones que la consulta prejudicial cumple también.

2. La legitimación activa para remitir las consultas prejudiciales y la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados

Sólo las jurisdicciones internas de los Estados miembros de la CAN pueden plantear una consulta prejudicial, pues “ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación. Este Tribunal, en consecuencia, carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean Jueces nacionales que estén conociendo de una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración andina”⁹⁴. Sucede lo mismo en la UE, en cuyo seno sólo los órganos jurisdiccionales de sus Estados miembros pueden suscitar cuestiones prejudiciales.

El Tribunal de Justicia andino es competente para decidir qué se entiende por juez nacional de acuerdo con el derecho interno de los Estados andinos a los efectos de las consultas prejudiciales⁹⁵, lo que hace caso por caso. De su jurisprudencia resulta una noción amplia, al igual que en la UE, dado que engloba a los órganos así calificados por los ordenamientos nacionales (como el Consejo de Estado de Colombia⁹⁶), a las jurisdicciones constitucionales (como la Corte Constitucional de este mismo país)⁹⁷ y a los órganos administrativos que desempeñan funciones formalmente de naturaleza jurisdiccional, las cuales caracteriza -en sentido amplio- por “la *independencia* (no sometimiento a instrucciones jerárquicas), la *imparcialidad o neutralidad* (en las controversias que se suscitan ante la Administración, ella actúa, por lo general, como juzgadora de sus propias decisiones) y la *fuerza de cosa juzgada definitiva de las sentencias* (las resoluciones que se dictan en el seno de la Administración se encuentran amparadas en cambio por una presunción de legalidad *iuris tantum*, siempre sujetas a

⁹³ STJCA de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*, considerando 3.2. El Tribunal aprovechó esta su primera interpretación prejudicial para definir con maestría la naturaleza y muchas de las características básicas de este mecanismo procesal, pues sus consideraciones generales abordan el reparto de funciones entre el mismo y los jueces nacionales en el marco de este procedimiento, la necesidad de cooperación recíproca para su funcionamiento eficaz, la obligatoriedad y el carácter facultativo de la consulta, los supuestos en que procede la suspensión del procedimiento nacional, el planteamiento de oficio y a petición de parte de las cuestiones prejudiciales, el carácter vinculante de la interpretación prejudicial y sus consecuencias y finalmente el alcance y los métodos de interpretación aplicables para resolver las solicitudes prejudiciales relativas al ordenamiento andino.

⁹⁴ PTJCA de 25 de abril de 1989, Proceso 1-IP-89, *DOCTORA ANGELA VIVAS MARTÍNEZ*, considerando 3.

⁹⁵ PTJCA de 9 de diciembre de 1993, *Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI)*.

⁹⁶ STJCA de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*.

⁹⁷ STJCA de 9 de diciembre de 1996, Proceso 1-IP-96, *Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, visto 3.

una posterior revisión judicial)”⁹⁸. Es el caso del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia⁹⁹ y los árbitros, sean de derecho público o privado, siempre que decidan en derecho¹⁰⁰, a diferencia de lo que acaece en la UE, donde los árbitros de derecho privado no pueden suscitar cuestiones prejudiciales. Desde todos los países miembros se han evacuado consultas prejudiciales al Tribunal de Justicia de la CAN, pero la mayor parte procede de los tribunales superiores del orden contencioso-administrativo, por motivos comentados ulteriormente.

En la CAN se distingue entre las jurisdicciones obligadas y las facultadas para solicitar una interpretación prejudicial, siendo “la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de las normas aplicables” el criterio que convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial que, “en principio, resulta obligatoria”¹⁰¹. Como quiera que el artículo 33 del TCTJCA y los artículos 122 y 123 del ETJCA sólo se refieren a la existencia de recursos internos frente a la decisión del juez nacional, cuando éste resuelve en única o última instancia debería instar una consulta prejudicial, salvo que concluya que la norma andina no es aplicable al litigio, como se indica después; por el contrario, cuando su decisión es susceptible de recurso ordinario o extraordinario –por ejemplo, la apelación y la casación, respectivamente-, quien la dicte no tendrá que acudir al Tribunal andino. Se sigue, pues, igualmente en la CAN la teoría del litigio o caso concreto de la cuestión prejudicial comunitaria.

3. Las prerrogativas del juez *a quo* en relación con las consultas prejudiciales; en particular, el *juicio de relevancia*

Las consultas prejudiciales pueden ser formuladas de oficio, ya que constituyen “un elemento *de iuris* que el Juez Nacional debe tener en cuenta para fundar jurídicamente su sentencia”¹⁰². Las partes del proceso interno tienen también derecho a solicitar al juez nacional a que proceda a elevar la consulta, pero éste no está vinculado por esa petición ni siquiera cuando sea controvertida la aplicación por los litigantes internos -esto es, discutida su aplicabilidad en el proceso nacional-, a pesar del tenor literal del artículo 33 del TCTJCA antes transcrito y de los artículos 122 y 123 del ETJCA¹⁰³, pues éste los ha

⁹⁸ STJCA de 2 de junio de 2000, Proceso 19-AI-99, *Secretaría General / Ecuador*, considerando 3. Las cursivas provienen de la misma sentencia.

⁹⁹ STJCA de 21 de marzo de 2007, Proceso 14-IP-2007, *Solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal*, consideración VI A.

¹⁰⁰ STJCA de 26 de agosto de 2011, Proceso 03-AI-2010, *Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia*, consideración 10.

¹⁰¹ STJCA de 19 de marzo de 2009, Proceso 07-IP-2009, *SCHERING CORPORATION y PHARMACOPEIA*, considerando 1.

¹⁰² STJCA de 22 de octubre de 1991, Proceso 3-IP-91, *HARINERA DEL VALLE PAZ BAUTISTA*, considerando 1.

¹⁰³ El artículo 122 (consulta facultativa) del ETJCA dispone que “los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de

interpretado considerando que los órganos jurisdiccionales andinos tienen obligación de “constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial”. No basta, por tanto, que dentro del proceso se citen determinadas normas del Derecho andino de la integración, bien sea por las partes o por el Ministerio Público, para que el juez de la causa tenga que formular automáticamente la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la CAN, porque “de procederse en esta forma, se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos”¹⁰⁴.

Es razonable esta tesis porque el artículo 32 del TCTJCA instauró la consulta prejudicial para lograr la aplicación uniforme del ordenamiento andino en el territorio de sus países miembros, y no “como facultad para que las partes de un litigio conviertan al Tribunal en órgano consultivo dedicado a absolver toda clase de preguntas formuladas *ad libitum*”¹⁰⁵. Ocurre lo mismo en la UE, donde los órganos jurisdiccionales nacionales pueden suscitar cuestiones prejudiciales de oficio y a instancia de parte, sin estar vinculadas por ésta, toda vez que han de verificar que la cuestión prejudicial sea necesaria para la solución del proceso interno.

Ello significa que a los jueces andinos les corresponde llevar a cabo el juicio de relevancia de la consulta prejudicial. Ahora bien, los artículos 33 del TCTJCA y 122 y 123 del ETJCA, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de la CAN, no exigen que el juez andino tenga dudas acerca del sentido o alcance de una norma del Derecho de la CAN para plantear una consulta prejudicial, sino tan sólo que éste deba aplicarse en la resolución del caso de autos, por lo que el juicio de relevancia en esta organización está relacionado más estrechamente con la determinación de si una norma comunitaria andina es aplicable para decidir el proceso interno que con las dudas que pueda suscitar su interpretación o apreciación de validez al juez nacional, a diferencia de lo que ocurre en la UE. En razón a lo anterior, y también a la distinción entre las jurisdicciones facultadas y las obligadas antes expuesta, los órganos jurisdiccionales andinos cuyas decisiones sean impugnables pueden abstenerse de solicitar una interpretación prejudicial aunque la norma andina sea aplicable al caso, en tanto que los tribunales internos superiores sólo podrán actuar de este modo si llegan a la conclusión

recursos en derecho interno”. Con una redacción análoga, el artículo 123 (consulta obligatoria) exige a las jurisdicciones cuya “sentencia fuera de única o última instancia” suspender el procedimiento para solicitar la interpretación prejudicial.

¹⁰⁴ STJCA de 26 de febrero de 1991, Proceso 2-IP-91, *León Kadoch B*, considerando 2. En contra, A.D. PEROTTI (“Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, serie D, 2001, núm. 213, p. 97) sugiere que, cuando sea discutida la aplicabilidad de la norma andina en el proceso nacional por las partes, “su invocación fundada por el actor o el demandado, de tal suerte que no aparezca como una maniobra dilatoria del proceso, haría pertinente el planteamiento de la consulta al Tribunal Andino”, inclusive si “el asunto queda fuera del ámbito del Derecho comunitario”.

¹⁰⁵ STJCA de 9 de diciembre de 1988, Procedimiento 4-IP-88, *DAIMLER AKTIENGESLLSCHAFT*, visto 3.

de que la norma andina no puede tener ninguna repercusión en la solución del litigio por no ser aplicable al mismo

Aunque hay doctrina que se ha pronunciado en sentido contrario¹⁰⁶, el Tribunal de Justicia andino revalida nuestra posición al sostener que, se trate de la consulta prejudicial facultativa u obligatoria, “cuando el juez nacional no deba aplicar ninguna norma del citado ordenamiento jurídico, no está en el caso de solicitar al Tribunal la interpretación de la norma comunitaria, existan o no recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar (...). En otras palabras, es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial (...). Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa, ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal [actualmente es su artículo 33], sería improcedente la interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria según los términos en los que se haya planteado la *litis*”¹⁰⁷.

A nuestro juicio, no siempre será fácil que los jueces andinos actúen con *el pleno conocimiento de causa* que requiere el Tribunal de Justicia de la CAN, pues con regularidad la determinación de si una norma andina es aplicable al proceso principal aparecerá vinculada al tema de su claridad y, como se verá más adelante, esta jurisdicción se niega a que se apliquen las doctrinas del acto claro y aclarado en el mecanismo de las consultas prejudiciales andinas. Ello trae aparejado el doble corolario de que el juez nacional superior, por un lado, deberá solicitar la interpretación de una norma andina aunque no tenga duda alguna respecto a cómo aplicarla al caso de autos y, por otro lado, podrá inhibirse de acudir ante el Tribunal andino si considera que la norma no es aplicable al litigio interno, aunque su significado y/o alcance no sean del todo diáfanos para los expertos en la materia, lo que ha dado lugar a abusos¹⁰⁸.

El rechazo del Tribunal de Justicia de la CAN a aplicar las teorías del acto claro y acto aclarado es una de las diferencias más sensibles entre la cuestión prejudicial europea y la consulta prejudicial andina. Según vimos antes, para el Tribunal de Justicia de la UE, la existencia de dudas razonables acerca de la interpretación o la validez de una norma

¹⁰⁶ Así, S. SÁNCHEZ MIRALLES (“Interpretación del Derecho comunitario: la interpretación prejudicial por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista de la Fundación Procuraduría –Venezuela-*, núm. 22, 1999, p. 44) defiende, cuando se trata de una consulta obligatoria, que “a pesar de la disposición transcrita del Tratado que crea el TJCA, es evidente que el juez tiene plenas facultades, como rector del proceso que origina la consulta, para decidir cuándo es pertinente solicitar la interpretación prejudicial, por estar ésta relacionada con la resolución del litigio en sus manos, y esa determinación de la pertinencia de la solicitud es facultativa del juez nacional”.

¹⁰⁷ STJCA de 26 de febrero de 1991, Proceso 2-IP-91, *León Kadoch B*, considerando 2.

¹⁰⁸ A.D. PEROTTI (“Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino”, *op. cit.*, p. 96) señala diversos casos en que tribunales superiores de los países andinos omitieron realizar la consulta prejudicial por estimar que la norma andina no era aplicable cuando realmente sí lo era, incluso reconociendo alguno de ellos en su sentencia que la redacción de la norma andina se prestaba a dudas en cuanto a su significado o alcance.

comunitaria constituye un criterio fundamental a la hora de decidir acerca de la necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial. En cambio, para el Tribunal de Justicia andino, la claridad de una disposición o la existencia de un precedente interpretativo suyo no dispensan a los jueces internos que fallan en única o última instancia de su deber de remitirle una consulta prejudicial cuando una norma andina sea aplicable en el litigio interno. Ello es así porque a él le ha sido otorgada “capacidad exclusiva” para interpretar las normas que conforman el ordenamiento andino y “la interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto”, de tal suerte que “la teoría del acto claro no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino”¹⁰⁹; y, por vía de consecuencia, “la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación”¹¹⁰.

La doctrina ha criticado esta restricción tan poco justificada de la consulta prejudicial andina por diferentes motivos, y de modo específico porque dificulta la penetración de la justicia nacional en el ámbito del ordenamiento andino, a la vez que obstaculiza la recepción de éste en los derechos internos, ya que deja traslucir una cierta desconfianza en el buen hacer del juez nacional y conduce al planteamiento de solicitudes de interpretación repetitivas y, por ende, de sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de la CAN que reproducen sistemáticamente interpretaciones anteriores sin ninguna necesidad¹¹¹. Añadimos, por nuestra parte, que nos parece particularmente reprochable el rechazo de la doctrina del acto aclarado, ya que tiene poco sentido, en términos jurídicos y de economía procesal, que una norma cuyo significado y alcance han sido elucidados por el intérprete supremo del ordenamiento andino no pueda ser directamente aplicada por los jueces nacionales de sus países miembros; adicionalmente, porque los inconvenientes de la aceptación de esta teoría serían menores, pues cabe presumir que serían contadas las ocasiones en que, sin mediar una modificación de la normativa andina, el Tribunal de la CAN revisase su interpretación de sentencias anteriores, como pone de relieve la experiencia europea de giros jurisprudenciales poco frecuentes¹¹²; en fin, a la vista de que un juez andino siempre tendría la facultad de elevar una consulta prejudicial al Tribunal para solicitarle un nuevo pronunciamiento sobre una norma andina sobre la que ya hubiera jurisprudencia andina si lo juzgase necesario para fallar el proceso principal, como sucede en la UE.

¹⁰⁹ STJCA de 7 de agosto de 1995, Proceso 04-IP-94, *EDEN FOR MAN-ETIQUETA*, considerando b.

¹¹⁰ STJCA de 26 de enero de 1990, Proceso 3-IP-1989, *Sociedad CIBA GEIGY*, considerando 1. En la misma línea, SSTJCA de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*; 30 de abril de 2010, Proceso 76-IP-2009, *IMPORTACIONES Y SERVICIOS GERMANIA*.

¹¹¹ Véase, para mayores detalles, BUENO MARTÍNEZ, P. y PEROTTI, A.D., “La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?”, *Dikaion: revista de actualidad jurídica* (Colombia), 2005, núm. 14, pp. 133-152; TOBÓN, F.N., “La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina”, *Universitas* (Colombia), 2005, núm. 19, pp. 461-482.

¹¹² Vid. al respecto, con evidencias empíricas, CIENFUEGOS MATEO, M., *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, *op.cit.*, pp. 242-244.

Otro efecto negativo de esta limitativa jurisprudencia andina es la escasez de consultas prejudiciales evacuadas por jurisdicciones andinas inferiores (la excepción viene representada por los tribunales de distrito de Ecuador con jurisdicción contencioso-administrativa, muy activos en el uso de este instrumento procesal), procediendo como regla de los tribunales superiores del contencioso-administrativo (y de modo destacado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado de Colombia), en tanto que obligados a acudir al Tribunal de la CAN aunque el acto sea claro o haya sido aclarado en pronunciamientos anteriores, porque –según se vio antes- tan sólo si existen recursos contra la decisión del juez *quo* deviene facultativa la consulta prejudicial¹¹³. Ello contrasta con la situación reseñada de la UE, ya que la mayoría de las cuestiones prejudiciales procede de las jurisdicciones inferiores.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia andino ha dejado las puertas abiertas para reconsiderar su rechazo a la teoría del acto aclarado, en la medida en que, en otra línea jurisprudencial, tras recordar que un pronunciamiento suyo sobre la misma materia no dispensa al juez nacional del proceso ulterior de su obligación de requerir la interpretación prejudicial, acepta que “asimismo, bien podría el Tribunal variar y aún cambiar su opinión cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”¹¹⁴.

El incumplimiento del trámite de solicitud de consulta prejudicial por un tribunal superior lleva consigo la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela judicial, y puede acarrear la nulidad de la sentencia a través de un recurso de casación o de amparo, como consagran las jurisprudencias nacionales –así, sentencias de la Corte Suprema del Ecuador de 5 de octubre de 1999 y 31 de agosto de 2001-¹¹⁵.

También se puede declarar la infracción del Estado andino al que pertenezca la jurisdicción que no hubiese cumplido su obligación de solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN por la vía de los artículos 23 a 28 del TCTJCA, tal y como recuerda el artículo 128 del ETJCA. Ya en el pasado el Tribunal andino había declarado que “no es concebible para este Tribunal que el juez, por sí mismo o a pedido de las partes o sus representantes en los procesos internos pueda resistirse a dar cabal cumplimiento a la petición de interpretación prejudicial. Las consecuencias de esta conducta “*contra legem*” puede derivar en acciones de incumplimiento o en vicios procesales de consecuencias impredecibles”¹¹⁶. Y en fechas recientes ha proclamado el incumplimiento de Colombia debido a la violación de la obligación de solicitar una interpretación prejudicial cometida por la Sección Tercera de su Consejo de Estado¹¹⁷. En la UE es también impugnabile, en vía nacional y

¹¹³ STJCA de 19 de marzo de 2009, Proceso 07-IP-2009, *SCHERING CORPORATION* y *PHARMACOPEIA*, considerando 1.

¹¹⁴ STJCA de 24 de noviembre de 1989, Proceso 7-IP-89, *Sociedad CIBA-GEIGY*, punto 3. Vid. también la STJCA de 13 de julio de 1993, Proceso 3-IP-93, *SOCIEDAD ALUMINIO NACIONAL*.

¹¹⁵ Véase para mayores detalles, VIGIL TOLEDO, R., *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pp. 139-141.

¹¹⁶ STJCA de 29 de agosto de 1997, Proceso 11-IP-96, *Marca “BELMONT”*, considerando 2.

¹¹⁷ STJCA de 26 de agosto de 2011, Proceso 03-AI-2010, *Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia*.

comunitaria, el no planteamiento de cuestiones prejudiciales si procedía hacerlo, como se indicó antes.

4. Las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de la CAN

Corresponde al Tribunal de Justicia andino dar la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento de la integración con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros (artículo 32 del TCTJCA).

Según la jurisprudencia andina, el Derecho de la CAN está compuesto por las normas enumeradas por el artículo 1 del TCTJCA, las cuales –sistematizadas- son, por un lado, las llamadas “normas jurídicas originarias, primarias o constitucionales”, que son las contenidas en el Acuerdo de Integración Subregional, suscrito en Cartagena de Indias el 26 de mayo de 1969, y en sus protocolos e instrumentos adicionales, como –entre otros- el ya citado Protocolo de Trujillo de 1996 y el Tratado de La Paz de 28 de octubre de 1979, por el que se crea el Parlamento Andino ;y en el mencionado Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la CAN, de 1979, y sus protocolos modificatorios, como es el caso del también mencionado Protocolo de Cochabamba, de 1996; y, por otro lado, las “normas derivadas o secundarias”, que son concretamente las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la CAN, las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración andina¹¹⁸.

De esta regulación se infiere que no caben solicitudes de interpretación prejudicial de actos andinos que no sean vinculantes, por más que esclarecer el *softlaw* pueda ser interesante por su valor complementario de las anteriores categorías normativas, como ha puesto de manifiesto la experiencia comunitaria de interpretación de actos no obligatorios por la vía prejudicial¹¹⁹.

En la práctica, la mayoría de las consultas prejudiciales andinas versan sobre normas de su Derecho derivado relativas a los derechos de propiedad intelectual (como las Decisiones 351, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy en día Comisión de la CAN), de 17 de diciembre de 1993, y 486, de la Comisión de la CAN, de 14 de septiembre de 2000-, seguidas muy de lejos por la fiscalidad indirecta –concretamente, la Decisión 388, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 2 de julio de 1996, que regula la devolución del impuesto sobre el valor añadido al nivel andino-, a diferencia de la UE, en la que las temáticas son mucho más variadas y afectan principalmente no sólo al Derecho secundario sino también a su Derecho primario.

¹¹⁸ SSTJCA de 9 de diciembre de 1996, Proceso 1-IP-96, *Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*; 12 de noviembre de 1999, Proceso 07-AI-99, *Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú*.

¹¹⁹ Para un análisis de la importancia del *softlaw* en el Derecho de la UE, véase ALONSO GARCÍA, R., “El *softlaw* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, vol. 154, 2001, pp. 63-94.

El Tribunal de Justicia de la CAN debe ceñirse a precisar el significado y alcance de las normas andinas, no estando habilitado para interpretar el derecho interno (ello es competencia privativa de los jueces andinos), ni aplicar el Derecho de la integración andino al caso de autos (se limita a interpretarlo, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales internos la aplicación de la interpretación prejudicial al litigio nacional)¹²⁰, ni pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o calificarlos (también es competencia exclusiva de las jurisdicciones internas)¹²¹. No obstante, podrá referirse a los hechos del proceso *a quo* cuando sea indispensable a los efectos de la interpretación prejudicial solicitada (artículo 34 del TCTJCA y artículo 126 de la ETJCA).

Con todo, el Tribunal andino disfruta de un considerable margen discrecional para la resolución de la consulta prejudicial, ya que tiene libertad para determinar las normas andinas, “sugeridas o no por el requirente”, que interpretará con “el fin de lograr una comprensión global del caso consultado”, y también para “absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente”¹²².

La competencia prejudicial del Tribunal de Justicia andino y sus limitaciones coinciden en líneas generales con las del Tribunal de Justicia europeo en el marco del procedimiento prejudicial, si bien cabe recordar que en la UE se puede solicitar la interpretación de normas no vinculantes y, sobre todo, la apreciación de validez de los actos obligatorios adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión (artículo 267 del TFUE), lo que es posible en la CAN. Esta última importante restricción de la consulta prejudicial andina se ve suavizada de alguna manera por la existencia de una acción directa de nulidad ante el Tribunal de Justicia andino, para cuya interposición están legitimados los órganos principales de este proceso de integración (el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la CAN y la Secretaría General), los países miembros y las personas físicas o jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos se vean afectados (artículos 17 a 22 del TCTJCA).

5. Aspectos procedimentales de la consulta prejudicial

La consulta prejudicial puede elevarse en cualquier momento del proceso interno, a discreción del juez que ha de resolverlo. Y si bien en la NITJCA (apartado 7) se indica

¹²⁰ Por interpretación debe entenderse, en palabras del Tribunal de Justicia andino, “la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia. No puede referirse entonces el Tribunal al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares (STJCA de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*, considerando 3.4). Vid. también STJCA de 26 de febrero de 1991, Proceso 2-IP-91, *León Kadoch B.*

¹²¹ Sobre la distinción entre la interpretación y los hechos y sus limitaciones, véase SSTJCA de 22 de octubre de 1991, Proceso 6-IP-90, *HARINERA DEL VALLE PAZ BAUTISTA*, considerando 3; 9 de noviembre de 1995, Proceso 17-IP-95, *Empresa VARELA*, considerando 2.

¹²² STJCA de 11 de octubre de 1994, Proceso 01-IP-94, *SOCIEDAD COMIDAS RÁPIDAS MAC POLLO*, punto 1 de la parte dispositiva.

que resulta recomendable que se formule cuanto antes en aras a evitar dilaciones inútiles, la jurisprudencia andina precisa que es conveniente hacerlo después de haber oído a las partes, e inclusive en una fase ulterior, cuando el procedimiento esté listo para dictar sentencia, para que, de este modo, la jurisdicción nacional disponga de los elementos de juicio necesarios para resumir, en su solicitud de interpretación prejudicial, el marco fáctico y jurídico del litigio, puesto que “se trata de allegar un criterio hermenéutico que tan sólo resulta operativo para el juez nacional en el momento de dictar su fallo, ya que se plantea una cuestión de puro derecho como lo es la interpretación de las normas jurídicas del Acuerdo de Cartagena”¹²³. La situación es análoga a la que existe en la UE.

Los jueces nacionales disfrutan asimismo de amplia libertad para formular la consulta prejudicial, en relación tanto con la forma como con la determinación de su contenido, toda vez que el artículo 33 del TCTJCA sólo requiere a los órganos jurisdiccionales andinos que estén conociendo de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta una norma andina y los artículos 122 y 123 del ETJCA indican que la solicitud podrá ser formulada “directamente y mediante simple oficio”.

Sin menoscabo de lo anterior, el artículo 125 del ETJCA impone el cumplimiento de algunos requisitos formales, ya que la solicitud de interpretación prejudicial deberá contener: a) el nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante; b) la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN cuya interpretación se requiere; c) la identificación de la causa que origine la solicitud; d) el informe sucinto de los hechos que el juez solicitante juzgue relevantes para la interpretación; y e) el lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.

Y en la NITJCA se hace hincapié en que el juez andino que evacúe una consulta prejudicial respecto a la interpretación de una norma de la CAN ha de tener presente una serie de requisitos esenciales para el buen funcionamiento del trámite prejudicial, además de recordar que la solicitud del juez nacional debe “enviarse por correo a la sede del Tribunal” (punto 10). De manera especial, en esta nota informativa se pone el acento en que la solicitud “debe motivarse de manera sucinta pero completa, al objeto de que el Tribunal alcance una comprensión de conjunto del tema sometido a consulta. En particular, la solicitud debe incluir un informe sucinto de los hechos que el consultante considere relevantes, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN cuya interpretación se requiere, así como las alegaciones formuladas en torno a su aplicación. Además, deberá ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables, todo ello con el objeto de hacer útil al juez nacional la interpretación prejudicial que emane este Tribunal. De otro modo, la citada interpretación podría alcanzar tal grado de generalidad y abstracción, que resultaría inútil, tanto para decidir

¹²³ STJCA de 22 de octubre de 1991, Proceso 3-IP-91, *HARINERA DEL VALLE PAZ BAUTISTA*, considerando 1.

el caso concreto como para asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario” (apartado 6)¹²⁴.

La inobservancia de estos requisitos puede llevar al Tribunal de Justicia andino a desestimar la solicitud prejudicial por adolecer de un vicio sustancial, como hace de vez en cuando¹²⁵. Es palmaria la equivalencia de los antedichos preceptos y de las orientaciones de la NITJCA, incluso en las palabras utilizadas, con lo que prescribe el artículo 94 del RPTJ y los consejos incluidos en los puntos 18 y 21 a 26 de las RTJ para guiar a los órganos jurisdiccionales de los países de la UE en el ejercicio de su amplio margen discrecional de apreciación a la hora de determinar el contenido de la cuestión prejudicial.

La decisión de solicitar una interpretación prejudicial tiene por efecto la suspensión del curso del litigio interno cuando se trata de las jurisdicciones nacionales de última instancia, mas no si procede de un órgano jurisdiccional andino cuyas decisiones son impugnables. En efecto, el artículo 33 del TCTJCA dispone que un juez nacional de un país de la CAN abocado a fallar un litigio interno basándose en una norma andina podrá “solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”, a diferencia del juez nacional que falla en única o última instancia, que “suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”. Con parecido tenor se recoge esta previsión en los artículos 122 y 123 del ETJCA.

A nuestro juicio, es un contrasentido con la finalidad de este instrumento procesal, que es conseguir la interpretación y aplicación uniforme del Derecho andino –como se

¹²⁴ La referencia a la obligación de motivar es particularmente afortunada porque ni el TCTJCA ni el ETJCA mencionan expresamente este deber de motivación (implícitamente se puede considerar que en el artículo 125 del Estatuto se refiere al mismo cuando exige al juez nacional que elabore un informe sucinto de los hechos relevantes para la interpretación), siendo como es un elemento imprescindible que debe conocer el Tribunal andino a fin de proporcionar una interpretación útil al juez nacional para su decisión del proceso principal.

¹²⁵ *Verbigratia*, ATJCA de 15 de mayo de 1989, Proceso 1-IP-89, *Solicitud formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia*. El Tribunal juzgó que “la presente solicitud de interpretación adolece de un vicio sustancial que la hace inadmisibles, ya que resulta claro que en el proceso en cuestión no serían aplicables las normas comunitarias que el juez solicitante relaciona. Porque como él mismo lo declara, en la demanda ‘no se especifican cuáles son los fundamentos de derecho y cuáles las normas violadas’ y apenas se señalan normas potencialmente violadas ‘en forma difusa’. Por otra parte el propio juez sólo ‘vislumbra’ la cita de algunas normas comunitarias, las que evidentemente nada tienen que ver con la *litis*”.

Para otro ejemplo de solicitud de consulta prejudicial declarada improcedente, en el caso de autos porque se discutían básicamente cuestiones fácticas o la posible violación de normas propias del Derecho colombiano, vid. ATJCA de 2 de mayo de 1990, Proceso 4-IP-89, *Solicitud formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia*.

En fin, la PTJCA de 1 de julio de 1993 (Proceso 1-IP-93, *Confeciones Anter Limitada*) decidió que era inadmisibles la consulta prejudicial puesto que la norma andina sobre la que recaía la solicitud de interpretación prejudicial había sido sustituida por otra vigente ya en la fecha en la que se evacuó la solicitud, de tal suerte que aquella había dejado ya de pertenecer al ordenamiento andino y no podía ser aplicable para dirimir el litigio nacional.

desprende de sus textos básicos y es recordado periódicamente en la jurisprudencia andina¹²⁶, que las jurisdicciones internas facultadas para elevar una consulta prejudicial no deban suspender el proceso nacional y tengan que dirimirlo sin aguardar la decisión del Tribunal de Justicia de la CAN, cuando han promovido el incidente prejudicial, sin estar obligados a ello –cabe hacer énfasis en este punto-, por entender que precisaban la interpretación de aquél para dirimir el juicio nacional.

El Tribunal de Justicia de la CAN ha tratado de justificar esta limitación en que, cuando la consulta es facultativa, es posible todavía interponer “un verdadero recurso, ordinario o extraordinario, contra la sentencia que se va a dictar (...). El Tratado tiene en cuenta, en este supuesto, que aún existe recurso contra dicha sentencia, cuya oportuna utilización habrá de significar una nueva oportunidad para recabar la interpretación prejudicial, esta vez obligatoriamente¹²⁷. Mas en este razonamiento se deja de lado no sólo que esta situación contradice el principio de economía procesal sino también, y primordialmente, que la finalidad básica de este instrumento procesal es socorrer al juez nacional andino en el ejercicio de su función jurisdiccional con la emisión de una sentencia que puede condicionar la suerte del proceso interno, pues precisamente por eso se llama *sentencia prejudicial*. Por las mismas razones otros preceptos de la reglamentación de la consulta prejudicial andina (artículos 35 del TCTJCA y 127 del ETJCA) apuntan con acierto que “el juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”¹²⁸. Cabe recordar, a mayor abundamiento, que en la UE todos los jueces nacionales que suscitan una cuestión prejudicial, sean de primera o de última instancia, han de suspender el procedimiento interno, adoptando en su caso las medidas cautelares precisas para garantizar la suerte final del mismo.

Una vez recibida la consulta prejudicial por el Tribunal de Justicia andino, la tramitación es asignada a sus magistrados por sorteo, de carácter público, que se lleva a cabo en acto previo a la sesión judicial (artículo 23 del RTJCA). El magistrado a cargo de la sustanciación de la solicitud (llamado *magistrado sustanciador*) debe indicar por escrito al Tribunal los puntos de la controversia que deben constituir objeto de la sentencia, así como las razones que deberían fundamentar la decisión en torno a cada uno de tales puntos, y opinar acerca del fundamento de la solicitud. Los otros

¹²⁶ Por ejemplo, cuando el Tribunal de Justicia andino asienta que “la finalidad propia de la consulta prejudicial es asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros” (STJCA de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*, considerando 3.3.).

¹²⁷ STJCA de 25 de septiembre de 1990, Proceso 3-IP-90, *NIKEINTERNACIONAL*, considerando 2.

¹²⁸ En el mismo sentido, J.A. QUINDIMIL LÓPEZ (Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina, *op.cit.*, p. 408) asevera que la posibilidad de dictar sentencia sin haber recibido la interpretación prejudicial no sólo “echa por tierra el fundamento mismo de esta figura, que es lograr una interpretación jurídica uniforme del Derecho andino en el territorio de los Países Miembros” sino que “se impide la adecuada resolución del caso (...). Puede entenderse que la no suspensión del procedimiento contribuye a que no se utilice la cuestión prejudicial como instrumento dilatorio dentro del proceso por alguna de las partes. Pero este argumento carece de todo fundamento en la medida en que es el juez, y no las partes, no sólo quien remite la cuestión al TJCA, sino también el único que realiza un análisis de la pertinencia de la presentación de la cuestión prejudicial en la medida en que la considere necesaria para emitir el fallo”.

magistrados deliberarán, con carácter provisional y a la vista del informe presentado por el magistrado sustanciador, en torno a la resolución de las diversas cuestiones de hecho y de derecho de la consulta prejudicial. Si la mayoría apoya, al menos en lo esencial, la orientación que el magistrado sustanciador proponga para el proyecto de sentencia, el presidente le encargará su redacción; si no es así, su confección será encomendada a uno de los magistrados cuya opinión forme parte del criterio de la mayoría, salvo que el magistrado sustanciador acoja las orientaciones de la mayoría, en cuyo caso se hará cargo de redactar el proyecto. Finalizada la deliberación, el magistrado ponente depositará el proyecto de sentencia en la secretaría del Tribunal andino para ser distribuido a los demás magistrados, formando parte del orden del día de la siguiente sesión judicial (artículo 24 del RTJCA). El Tribunal delibera con carácter reservado, con la asistencia mínima de tres de sus cinco magistrados, adoptando sus decisiones con el voto conforme de, al menos, tres de ellos (artículos 30 y 32 del ETJCA).

No caben votos salvados (*sic*) ni opiniones disidentes a la sentencia prejudicial (artículo 90 del ETJCA, que también determina con precisión su contenido)¹²⁹ y que ha de dictarse en un intervalo de 30 días desde la admisión de la solicitud de consulta (artículo 126 del ETJCA)¹³⁰. Plazo que se cumple, por lo que la tramitación completa de un procedimiento prejudicial –desde la petición por el juez nacional a su fallo por el Tribunal de Justicia– suele durar unos dos meses de promedio, lo que es realmente encomiable, máxime cuando las sentencias de las consultas prejudiciales representan más del 90% de su actividad jurisdiccional. La regulación es análoga en la UE, con la diferencia tangible de que su Tribunal de Justicia suele fallar en salas de tres o cinco jueces, no existe un término perentorio para resolver una cuestión prejudicial y el promedio para resolverlas solicitudes prejudiciales oscila entre los dieciséis y los diecisiete meses por las razones antes indicadas.

El procedimiento prejudicial andino es gratuito como regla, pues sobre las costas del proceso principal decidirá el juez andino al dirimirlo y “las actuaciones ante el Tribunal [de Justicia de la CAN] se harán en papel común y las que sean de carácter judicial no causarán derecho alguno, excepto los gastos en que el Tribunal deba incurrir por la

¹²⁹ En efecto, este precepto especifica que “la sentencia deberá contener: a) la expresión de que ha sido dictada por el Tribunal; b) la fecha y lugar en que ha sido dictada; c) la identificación de las partes; d) la exposición sumaria de los hechos; e) el resumen de las alegaciones de las partes; f) los considerandos o motivos que la fundamentan y g) el fallo. La sentencia incluirá el pronunciamiento del Tribunal en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación” [lo que no es aplicable con carácter general a las sentencias prejudiciales andinas, como se verá ulteriormente].

¹³⁰ El Tribunal de Justicia andino puede también ventilar una consulta prejudicial por auto interlocutorio y providencia, cuyo régimen jurídico (artículos 32 y 87 a 89 del ETJCA) no es tan preciso como el de las sentencias. Los autos se dictan para poner fin al juicio sin decidir lo principal (ya que para fallar sobre el fondo de la controversia se utilizan las sentencias), con la asistencia de un mínimo de tres magistrados y el voto conforme de al menos tres de ellos. Los autos son ejecutivos el quinto día siguiente de su notificación, pudiendo ser impugnados mediante el recurso de reconsideración a instancia de parte, cuya interposición suspende la ejecución. De las providencias, que han sido utilizadas por el Tribunal de Justicia andino para poner fin al proceso prejudicial sin entrar en su fondo, sólo se dice en la normativa citada que sus errores formales (aritméticos y mecanográficos) podrán ser corregidos de oficio o a solicitud de parte en cualquier momento.

expedición de copias, la práctica de inspecciones judiciales o por la actuación de peritos”, que se sufragarán por el causante “según arancel, tarifa o costo aprobado por el Tribunal” (artículo 38 del ETJCA). Las sentencias se publicarán en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (artículos 43 del TCTJCA y 94 del ETJCA) y se notifican por correo a los jueces nacionales (artículo 100 del ETJCA). Se encuentran, además, disponibles en la base de datos de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN antes citada y en la versión electrónica de la base de datos de la Gaceta Oficial (<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx>). De nuevo en este aspecto el régimen jurídico de la consulta prejudicial andina muestra su similitud con el de la cuestión prejudicial europea.

6. Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y los recursos frente a su incumplimiento

La sentencia prejudicial es obligatoria, por lo que el juez nacional debe respetarla a la hora de fallar el litigio nacional si estima que la norma andina es aplicable al caso tal y como ha sido interpretada. Es lo que rezan los artículos 35 del TCTJCA y 127 del ETJCA cuando disponen que “el juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

La jurisprudencia andina es también diáfana en este sentido porque muchas veces ha hecho hincapié en que la sentencia prejudicial interpretativa “constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación”¹³¹. Y, de paso, el Tribunal de Justicia de la CAN ha proclamado que la “fuerza vinculante para el juez nacional” de su interpretación prejudicial “se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional con capacidad para declarar el Derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, como reza el preámbulo de su Tratado de Creación, que es instrumento orientador para la hermenéutica de su ordenamiento básico primario”¹³².

El alcance de la obligatoriedad de la interpretación prejudicial no es *erga omnes*, puesto que “la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por lo tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos”¹³³. Esta eficacia *inter partes*¹³⁴ o, lo que es lo mismo, la falta de *precedencia interpretativa*¹³⁵, constituye una diferencia sensible con la sentencia dictada en el marco de una cuestión prejudicial en la UE, de eficacia *erga omnes*, como fue expuesto.

¹³¹ Vid., por todas, STJCA de 17 de marzo de 1995, Proceso 10-IP-94, *Régimen común sobre propiedad intelectual*, considerando 5.

¹³² STJCA de 29 de agosto de 1997, Proceso 11-IP-96, *Marca BELMONT*, considerando 2.

¹³³ STJCA de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*, considerando 3.3.

¹³⁴ CALLE, R.C., “La interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: el caso boliviano... ¿incumplimiento?”, *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, vol. 7, 2003-1, p. 95.

¹³⁵ SÁNCHEZ MIRALLES, S., “Interpretación del Derecho comunitario: la interpretación prejudicial por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *op.cit.*, p. 55.

Como quiera que las sentencias prejudiciales andinas son firmes por naturaleza a partir del día siguiente al de su notificación y aplicables en el territorio de los Estados andinos sin necesidad de exequátur (artículo 91 del ETJCA), sólo cabe su enmienda en caso de errores manifiestos de escritura o de cálculo o bien inexactitudes evidentes. Para eso sirve el recurso de enmienda previsto por el artículo 92 del ETJCA, que se activa de oficio o a instancia de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia¹³⁶. La situación es pareja en la UE, ya que sólo cabe la rectificación de los *lapsus calami* de la sentencia prejudicial.

Los países andinos y la Secretaría General de la CAN velarán por la observancia por parte de los jueces nacionales de las normas que regulan las consultas prejudiciales (artículos 36 del TCTJCA y 128 del ETJCA). Si el órgano jurisdiccional interno aplica una norma andina con una interpretación diferente a la dictada por el Tribunal de Justicia andino¹³⁷, además de los recursos judiciales nacionales que sean aplicables según el grado jurisdiccional, incluidos los de apelación, casación y amparo, resulta que la Secretaría General, cualquier país miembro y las personas físicas y jurídicas afectadas están legitimados para interponer un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de la CAN (artículos 23 a 28 del TCTJCA). Para favorecer este control, los jueces andinos deben enviar al Tribunal andino las sentencias dictadas en los litigios internos que fueron objeto de interpretación prejudicial (artículo 128 del ETJCA).

Como regla, las sentencias prejudiciales han sido respetadas por las jurisdicciones andinas, pero el Tribunal de Justicia de la CAN ha constatado ya en varias ocasiones el incumplimiento de un Estado miembro debido a su inobservancia por sus jueces internos. Así ocurrió cuando el Tribunal Distrital núm. 1 de lo Contencioso Administrativo de Ecuador desacató la interpretación prejudicial contenida en la sentencia de 9 de diciembre de 2004, dictada a su instancia en el proceso 06-IP-94, sin que la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana la anulase en el recurso de casación interpuesto¹³⁸.

Con esta normativa andina tan clara se han evitado las ambigüedades que rodearon a esta cuestión en la UE durante años hasta que el Tribunal de Justicia aclaró, por su antedicha sentencia de 9 de diciembre de 2003, que un Estado miembro puede ser declarado responsable de la vulneración del artículo 267 del TFUE por sus jurisdicciones internas. En todo caso, subsiste la diferencia tangible de que los

¹³⁶ Está excluida expresamente la revisión de las sentencias prejudiciales andinas, reservada para las sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento (artículos 29 del TCTJCA y 95 del ETJCA). A falta de jurisprudencia andina, es controvertido si, además del recurso de enmienda, sería posible instar el recurso de ampliación de la sentencia prejudicial si no se hubiera resuelto sobre algún punto controvertido, o el recurso de aclaración si la sentencia prejudicial contuviera puntos ambiguos o dudosos (artículos 92 y 93 del ETJCA),

¹³⁷ Se incumple también la normativa sobre la consulta prejudicial cuando un tribunal nacional superior resuelve el proceso interno sin esperar a que el Tribunal de Justicia andino emita su sentencia prejudicial, como sucedió con la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de enero de 1996, tal y como menciona A.D. PEROTTI, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino", *op. cit.*, p. 105.

¹³⁸ STJCA de 30 de octubre de 1996, Proceso 1-AI-96, *Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República del Ecuador*.

particulares no pueden interponer un recurso de incumplimiento en la UE, ya que sólo están legitimados la Comisión y los Estados miembros.

Los particulares podrán solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda si el Tribunal de Justicia andino declaró la vulneración de la interpretación prejudicial por un juez nacional, dado que su sentencia de incumplimiento constituye “título legal y suficiente” (artículo 30 del TCTJCA). Además, los particulares podrán acudir ante los tribunales andinos competentes cuando sus derechos resulten afectados porque los países de la CAN no tomen las medidas necesarias para asegurar la ejecución de las sentencias de su Tribunal de Justicia (artículo 31 del TCTJCA). Vimos antes que por vía pretoriana se ha reconocido en la UE que las actuaciones judiciales internas declaradas por el Tribunal de Justicia contrarias al ordenamiento comunitario que causen daños y perjuicios pueden engendrar, al nivel nacional, la responsabilidad patrimonial del Estado al que pertenezca la jurisdicción responsable de tal infracción.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL REFLEJO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA EN LA CONSULTA PREJUDICIAL ANDINA

El procedimiento de cuestiones prejudiciales de la UE es un elemento clave para la consolidación y el desarrollo del sistema jurídico de este proceso de integración, habiéndose consagrado en su seno principios básicos como los de primacía y efecto directo, la responsabilidad del Estado y la protección de los derechos humanos en la Unión, entre otros. Constituye así una de las manifestaciones más claras de la especificidad de su ordenamiento jurídico.

El éxito sin paragón de este instrumento procesal ayuda a comprender por qué se fijaron atentamente en él en otras partes del mundo en las que tienen lugar procesos regionales de integración económica, y muy particularmente en la CAN, cuya consulta prejudicial fue moldeada en buena medida a su imagen y semejanza por sus Estados miembros cuando diseñaron el nuevo sistema de solución de diferencias plasmado en el Tratado de Cartagena de Indias de 1979, tal y como ha (de)mostrado el análisis de sus aspectos esenciales.

Ésta es probablemente la razón principal que explica la significativa ascendencia de la cuestión prejudicial comunitaria en la andina, pero no es la única, pues resulta, además, que la necesaria reforma del Tribunal de Justicia andino que tuvo lugar años después, y en la que *inter alia* se fortaleció el régimen jurídico original de la consulta prejudicial, vino acompañada de una relevante financiación comunitaria. En efecto, a título de cooperación técnico-financiera para el desarrollo, la UE subvencionó a partir de la década de los noventa del siglo XX, diversos proyectos de la CAN de reforzamiento de su sistema de integración¹³⁹, en su vertiente tanto institucional como material¹⁴⁰. Ello

¹³⁹ Esta ayuda técnico-financiera se prestó especialmente con la cobertura del acuerdo marco de cooperación de "tercera generación" entre la entonces Comunidad Económica Europea y el Acuerdo de

permitió a la CAN abordar, con los citados Protocolos de Trujillo y Cochabamba de 1996 y el Estatuto del Tribunal de Justicia de 2001, una revisión en profundidad de su modelo de resolución de controversias para salvar muchas de las insuficiencias que se habían detectado en los años transcurridos desde que, en 1984, iniciase sus actividades el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Reformas que, muy sintéticamente, permitieron renovarle el nombre por el de Tribunal de Justicia de la CAN; reforzarle sus competencias con la ampliación de la legitimación activa de los particulares a la justicia andina en el marco de las acciones de nulidad y de incumplimiento; proporcionarle nuevas atribuciones, básicamente el recurso por omisión, la función arbitral y la de jurisdicción laboral; y finalmente desarrollar el Estatuto del Tribunal con nuevas reglas que, entre otras cosas, mejoraron sustancialmente el régimen jurídico original de la consulta prejudicial¹⁴¹.

No puede pasarse por alto, en fin, el notable impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE configuradora de la cuestión prejudicial ha tenido en la homóloga del Tribunal de Justicia de la CAN, según ha podido apreciarse antes. Y, aunque sea dicho de pasada, hay que mencionar igualmente la fuerte influencia que la jurisprudencia comunitaria dictada en vía prejudicial ha desplegado sobre la del Tribunal andino en aspectos institucionales, como la consagración de los principios de la primacía y el efecto directo del ordenamiento andino¹⁴², y también sustantivos, y de modo muy particular en relación con el contenido de su derecho de la propiedad industrial¹⁴³, que con el devenir del tiempo se han revelado capitales para la edificación del sistema jurídico de la CAN. Tanto es así que puede valorarse la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia como “muy importante a favor de la consolidación de la

Cartagena y sus países miembros, de 23 de abril de 1993, que abordó por vez primera el tema de la profundización y la consolidación del proceso andino de integración y dio a la cooperación el carácter de birregional. Para más información sobre el tema, y los proyectos financiados, véase http://www.comunidadandina.org/Cooperacion_canue.aspx y http://ec.europa.eu/europeaid/where/latin-america/country-cooperation/andean-community/andean-community_en.htm (consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

¹⁴⁰ Para la transformación del Pacto Andino en la Comunidad Andina, véase DA CRUZ VILAÇA, J.L. y SOBRINO HEREDIA, J.M., "Del Pacto a la Comunidad Andina: el Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996: ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional?", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, 1996, D-26, pp. 83-138.

¹⁴¹ Para una panorámica general de la evolución del Tribunal de Justicia andino, además de la bibliografía general citada en la nota a pie de página 5, véase BUSTAMANTE, A.M. y SÁNCHEZ CHACÓN, F.J., “Gobernabilidad de las instituciones de la Comunidad Andina. El papel del Tribunal de Justicia”, en MELLADO, N.B. (Ed.), *Gobernabilidad e instituciones en la integración regional*, Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 2010, pp. 117-136.

¹⁴² Véase especialmente el influjo de la jurisprudencia comunitaria sobre el incidente prejudicial y la primacía del Derecho de la UE en la configuración general de la cuestión prejudicial andina y la preeminencia del Derecho andino que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la CAN en su sentencia de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget VOLVO*.

¹⁴³ Es lo que pone de relieve en un estudio reciente de uno de los magistrados más reputados del Tribunal andino R. VIGIL TOLEDO, “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos”, en HERNÁNDEZ RAMOS, M., SÁIZ ARNÁIZ, A., TORRES PÉREZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M. (Dirs.), *Tribunales en Organizaciones supranacionales de integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 219-221.

integración, contribuyendo a la formación de un ordenamiento jurídico muy completo, formalmente avanzado, y desarrollando un trabajo progresivo, de carácter en buena medida creativo, que ha ido cristalizando en una sólida infraestructura jurídica que permite atribuir a la CAN la calificación de Comunidad de Derecho”¹⁴⁴.

Sin perjuicio de las enormes similitudes, subsisten diferencias apreciables entre ambos procedimientos de colaboración judicial que fueron expuestas anteriormente, por lo que huelga su reiteración ahora. Es algo normal, tratándose de dos procesos de integración de diferente intensidad, de manera que lo que puede ser bueno para la UE no tiene por qué serlo necesariamente para la CAN¹⁴⁵. Cuestión distinta es que puedan y deban ser censuradas muchas de estas divergencias cuando hacen aflorar carencias preocupantes en el control jurisdiccional andino que deberían ser enmendadas para mejorar el *statu quo*. La diferencia más reseñable estriba en relación con las doctrinas del acto claro y del acto aclarado, cuya invocación es corriente en el ámbito de la UE, aunque ello haya generado más de un problema en la práctica, mientras en la CAN está prohibida porque su Tribunal de Justicia exige a las jurisdicciones andinas que le soliciten la interpretación prejudicial incluso cuando consideren que el significado y alcance de una norma andina es diáfano en sí mismo o ha sido esclarecido en su jurisprudencia, ya que sus sentencias sólo tienen eficacia para el caso concreto y al Tribunal andino le compete en exclusiva la interpretación de las normas de la integración. Ello constituye, en líneas generales, un sinsentido que ha llevado a solicitudes de interpretación prejudicial y sentencias prejudiciales interpretativas innecesariamente redundantes. Tampoco tiene razón de ser que los jueces andinos cuya consulta es facultativa no deban suspender el proceso nacional mientras se sustancia el procedimiento prejudicial, e incluso tengan que fallar el caso sin esperar la interpretación prejudicial, siendo la razón fundamental de esta figura procesal auxiliarles en la solución del litigio interno con la interpretación de la norma andina que puede condicionarla. Finalmente, hay que traer a colación el vacío normativo que supone que en la CAN no exista un procedimiento de consultas prejudiciales para la apreciación de la validez de las normas andinas.

Quizás las cosas no puedan ser de otra forma en el actual estado de la integración andina, en la que todavía es limitada la incidencia del ordenamiento común sobre los internos, y ello arroja luz al porqué las consultas prejudiciales, a pesar de su éxito indudable, no acaban de arraigar completamente en sus países miembros, siendo dos muestras representativas el exiguo número de solicitudes de interpretación prejudicial procedentes de las jurisdicciones ordinarias y que la mayoría de ellas versen sobre la

¹⁴⁴ QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., “El acceso a tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria”, en HERNÁNDEZ RAMOS, M., SÁIZ ARNÁIZ, A., TORRES PÉREZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M. (Dirs.), *Tribunales en Organizaciones supranacionales de integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 122-123.

¹⁴⁵ R. VIGIL TOLEDO (“El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos”, *op.cit.*, p. 221) advierte de manera bien oportuna que la significativa influencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la andina “no se traduce en una importación irreflexiva” porque el Tribunal de Justicia de la CAN mantiene como “propios del sistema andino rasgos ajenos a los configurados por el Tribunal Europeo de Justicia.

propiedad industrial¹⁴⁶. Situación que lamentablemente puede agravarse en los próximos años debido a los serios problemas internos que está sufriendo la CAN, haciendo temer inclusive por su continuidad.

¹⁴⁶Vid. al respecto, QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, *op.cit.*, pp. 414-415.