

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA FRENTE A LOS PARTICULARES POR DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

María Ángela Sasaki Otani

Departamento Académico de Derecho, PUCP*
Maestría en Derecho Internacional Económico, PUCP

Categoría profesores

En la Comunidad Andina (CAN), ante una violación del derecho comunitario, los particulares afectados en sus derechos cuentan con dos mecanismos para lograr una reparación de los daños sufridos, de conformidad con los artículos 30 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN (TCTJCA). En el presente artículo se realiza un estudio de los orígenes de ambos artículos y su prácticamente nula aplicación, y se ahonda en los motivos de esta escasa utilización. Posteriormente, se profundiza en cada una de ambas vías. Entre los aspectos comunes de ambos mecanismos se analiza su común remisión al derecho nacional y su común contribución al *enforcement* privado del derecho andino.

I. Introducción

La responsabilidad del Estado es uno de los grandes temas del derecho actual y uno de los pilares en que se apoya la construcción teórica y práctica del derecho administrativo¹. El Estado de derecho implica necesariamente que el Estado ha de responder por los daños imputables a su actividad conforme a la teoría general en materia de responsabilidad. Ello representa un gran avance en la evolución jurídica de los límites del poder estatal².

Sobre este punto, cabe advertir que uno de los temas más descuidados en América Latina es el de la responsabilidad patrimonial de los Estados, ya que, como advierte Jorge Luis Suárez Mejías (2006b):

El ciudadano no cree en esta institución, esto cuando sabe de su existencia porque la mayoría ignora que existe y se comporta frente al Estado como se comportaban los súbditos del Estado absoluto, lo cual es muy grave porque el Estado de derecho se nutre no solamente de lo que hacen los juristas sino también del comportamiento de los ciudadanos. (p. 7)

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/maria-sasaki-otani/investigacion/>

1 Compárese con Garrido Falla (1990), citado por Sotelo de Andrea (2007, p. 302).

2 Compárese con Delgadillo Gutiérrez (2005, pp. 6-7).

En el presente artículo, se está de acuerdo con este autor cuando señala que «[...] un Estado de derecho o una comunidad de Estados que no tenga prevista la responsabilidad patrimonial del poder público a favor de los ciudadanos es incompleto» (Suárez Mejías, 2006b, p. 72).

El objetivo general del presente estudio consiste en demostrar, mediante un análisis jurídico, la necesidad de activar los mecanismos regulados en los artículos 30 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA), a fin de que los particulares afectados en sus derechos puedan invocar la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina (CAN) por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario. Tras estudiar las particularidades de ambos mecanismos, se buscará dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿cuál de ellos es el más eficiente para el particular afectado y para el proceso de integración andino en general?

2. Consideraciones generales

2.1. Los orígenes de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

El estudio del régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario gira en torno a un doble fundamento normativo: los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

El artículo 31 del TCTJCA establece lo siguiente:

Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Esta previsión (si bien como artículo 27) figura en el TCTJCA desde el principio, es decir, desde 1979. La existencia de esta figura en la CAN es anterior a la sentencia Francovich de 1991, en la que por vez primera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) proclamó que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) derivada de sus incumplimientos constituía un «principio inherente» al sistema de los tratados³.

Otra es la situación del artículo 30 del TCTJCA, en el que se declara que la sentencia por incumplimiento que dicte el Tribunal a instancias del particular afectado en sus derechos «constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere». Y es que, en un primer momento, los particulares no contaban con acceso a la acción por incumplimiento, abierta únicamente a la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC) y a los países miembros. Así las cosas, las personas naturales o jurídicas podían presentar sus reclamaciones únicamente ante las cortes nacionales competentes conforme estaba previsto, de modo inequívoco, en el citado artículo 27 del TCTJCA en su versión original.

La apertura de la acción por incumplimiento a los particulares y la previsión del actual artículo 30 del TCTJCA fueron introducidas en 1996, a través del Protocolo de Cochabamba.

3 STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República Italiana, C-6/90 y C-9/90.

Se trató de una reforma auspiciada por el propio Tribunal, que buscó con ello aumentar la implicación de los individuos en el proceso andino.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) presentó el Proyecto de Protocolo modificadorio del hoy TCTJCA, resaltando, como una de las razones de su escasa actividad jurisdiccional, la restringida legitimación activa en las acciones directas ante él⁴. Lo cierto es que, hasta ese momento, solo se encontraban legitimados para dirigirse al Tribunal los países miembros, la Comisión y la JUNAC (hoy, Secretaría General de la Comunidad Andina); en tanto que los particulares, excepcionalmente, podían interponer acciones de nulidad en el caso de que los actos recurridos les fueran aplicables y les causaran perjuicios.

Es en estas circunstancias que se propuso ampliar el *ius standi* de los particulares a través de una acción por incumplimiento abierta a cualquier persona, natural o jurídica, afectada en sus derechos, previo agotamiento de una fase precontenciosa ante la JUNAC. Se sugirió igualmente el reconocimiento al Tribunal de una nueva competencia, que le permitiera, a instancia de los particulares perjudicados, proclamar la responsabilidad por daños de los países miembros, la Comisión o la JUNAC⁵.

En el Protocolo de Cochabamba, que vería la luz diez años después, los países miembros no retuvieron esta segunda iniciativa, pero sí admitieron la intervención de los individuos en las acciones por incumplimiento e incluyeron la previsión del actual artículo 30 del TCTJCA.

A propósito de la legitimación activa de los particulares en las acciones por incumplimiento (y en las acciones por omisión, que se incluyeron, también entonces, en el sistema de recursos ante el TJCA), el Tribunal declaró lo siguiente:

Uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los países miembros en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de las normas comunitarias. Ello es tan cierto que en aquellos casos en que tal actuación les era permitida a los particulares (acción de nulidad) se les amplió dicha facultad, eliminando determinadas restricciones o limitaciones y en los otros, en que no se les atribuía la facultad de intervenir, se les generó este derecho, regulándolo de una manera tan amplia que fuera compatible con ese espíritu de mayor participación, tal como sucede con las acciones de incumplimiento y los recursos por omisión o inactividad⁶.

2.2. La prácticamente nula utilización de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

La práctica judicial de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se reduce a un solo caso: el asunto Sofaven, el cual fue visto por el juez nacional venezolano sobre la base del artículo 31 del TCTJCA⁷.

4 Exposición de Motivos del «Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» (1986), Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993, p. 193.

5 Exposición de Motivos del «Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena».

6 STJCA de 1 de febrero de 2002, Proceso 14-AN-2001, p. 6.

7 Sobre el asunto Sofaven, véase: Suárez Mejías (2006b, pp. 136-166). Véase también: Suárez Mejías (2003, pp. 215 y ss.).

Entre los años 2000 y 2002, la empresa venezolana Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles S.A. (Sofaven) importó desde Colombia mercancías originarias de este país, que se encontraban liberadas del pago de aranceles aduaneros, por cuanto eran procedentes de un país miembro de la CAN.

Sofaven interpuso ante la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Central del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) una solicitud de reintegro por concepto del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) hecho en exceso por la importación de mercancías de Colombia, solicitud que fue negada mediante la Resolución GRTI-RCE-DR-CBF-RRC-2002-10 del 2 de agosto del año 2002.

Sofaven recurrió el acto administrativo venezolano alegando que: «El Acuerdo de Cartagena señala la imposibilidad de cobrar tributos arancelarios al tráfico de mercaderías entre los países miembros, como es el caso de Colombia y Venezuela [...] esta es la posición asumida por la Secretaría General de la CAN en la Resolución 594 de 12 de febrero de 2002».

El Fisco Nacional contestó lo siguiente:

La Ley del IVA, norma tributaria interna de Venezuela, es aplicada en plano de igualdad a todas las mercancías que ingresan al país, cumpliéndose así con el principio de igualdad tributaria, en el sentido que ante el mismo hecho imponible [...] esta se grava tomando en cuenta una misma base imponible para todas las mercancías con independencia de su país de origen o procedencia [...] [L]a Ley del IVA es un impuesto interno no negociado en el Acuerdo de Cartagena.

Mediante la Sentencia 760/2003, del 4 de diciembre de 2003, el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del Distrito Capital de Caracas sentenció a favor de Sofaven, declarando que el Fisco Nacional:

Ha debido aplicar preferentemente las normas comunitarias, sin poder escudarse en la invocación ritual de una norma de derecho nacional contraria (el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA), norma nacional que ha debido desaplicarse administrativamente para dar paso directo e inmediato a las normas de derecho comunitario, las cuales, se insiste, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico [...] la Administración Tributaria ha debido [...] proceder a una interpretación y desaplicación *pro constitutione* y *pro communitate*, esto es, a favor de la Constitución y de las normas comunitarias [...], desaplicando en sede administrativa el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA, dada su manifiesta naturaleza anticomunitaria y su manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad, y consecuentemente reconociendo el reintegro solicitado [...]⁸.

En la parte más relevante para el presente artículo, el tribunal venezolano agregó que los casos de tributos indebidamente ingresados al Fisco configuran un supuesto de falta de servicio o funcionamiento anormal que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual queda obligado a reintegrar y a reparar los daños, «naciendo el derecho a reparación integral desde el momento que se demuestra que efectivamente tuvo lugar el pago del indevido tributo». Finalmente, el tribunal venezolano estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sofaven contra la resolución del SENIAT.

8 Esta resolución judicial no se encuentra digitalizada, por lo que fue tomada de Suárez Mejías (2006a, pp. 355-392).

Cabe indicar que esta sentencia provino de un tribunal de primera instancia, por lo que el juez nacional podía haber solicitado previamente interpretación prejudicial facultativa al TJCA. Sin embargo, no lo hizo, por lo que el tribunal venezolano aplicó el derecho comunitario por su propia autoridad⁹. Lo más destacado es que declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración nacional, y condenó al Estado a pagar a favor de Sofaven la cantidad total de Bs. 3 606 793 185,93 (bolívares)¹⁰.

Debe señalarse que, paralelamente, el Reglamento de la Ley del IVA venezolana motivó una acción por incumplimiento contra dicho país ante el TJCA. El 17 de octubre de 2001, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú presentó ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) un reclamo por el supuesto incumplimiento cometido por Venezuela al considerar el arancel de aduanas dentro del cálculo del IVA aplicable a los bienes importados desde otros países andinos. Perú acompañó a su reclamo una carta de su Sociedad Nacional de Industrias (SNI), en la que se señalaba que Venezuela había dispuesto que el pago del IVA fuera liquidado considerando como base imponible el monto resultante de aplicar el arancel correspondiente para terceros países.

El 12 de febrero de 2002, la SGCA emitió el dictamen de incumplimiento 3-2002 contra Venezuela y el 12 de noviembre de 2003 interpuso la oportuna acción por incumplimiento ante el TJCA. El Tribunal Andino entendió que:

En el presente caso se observa [que] las diferentes leyes del IVA de Venezuela y/o sus reglamentos[...] desde su promulgación, han creado una situación de discriminación entre ciertos productos venezolanos y sus similares de la subregión; y si bien el tema del [IVA] no ha sido armonizado por alguna normativa andina, ello no excusa a los países miembros para que en sus normas internas sobre IVA, o en general sobre cualquier otra materia, creen una situación que se traduzca en una discriminación entre los productos provenientes de los países andinos, en abierta contravención de las normas comunitarias¹¹.

El TJCA declaró así que Venezuela había violado los artículos 75 del Acuerdo de Cartagena y 4 del TCTJCA y debía, en consecuencia, cesar en el incumplimiento y modificar su legislación nacional. En su resolución, el TJCA citó la sentencia nacional emitida el 4 de diciembre de 2003 en el asunto Sofaven por el Tribunal Superior Primero en lo Contencioso Tributario de Caracas y reafirmó el carácter supranacional de las normas andinas sobre las normas internas, así como su primacía y su aplicación directa e inmediata¹².

Cabe señalar que, aunque la SNI peruana se vio afectada en sus derechos por el comportamiento de Venezuela —circunstancia que la llevó a quejarse ante su Gobierno, el cual reaccionó activando la correspondiente acción por incumplimiento—, y en la medida en que aquella no fue quien interpuso la demanda ante el TJCA, no le resultó aplicable el artículo 30 del TCTJCA. Lo que sí podría haber hecho esta Sociedad (y no hizo) es haber acudido ante el juez venezolano sobre la base del artículo 31 del TCTJCA —tal como hizo Sofaven—, máxime

9 En el presente caso, no se encontró información sobre si se presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Al respecto, se verificó en el sitio web del Tribunal Supremo de Venezuela: www.tsj.gob.ve.

10 Al tipo de cambio del 1 de diciembre de 2003, dicho monto equivalía aproximadamente a USD 2 257 081,199 (dólares americanos). Recuperado de <http://www.xe.com/currencytables/?from=VEB&date=2003-12-01>

11 STJCA de 13 de enero de 2005, Proceso 132-AI-2003, pp. 16-20.

12 STJCA de 13 de enero de 2005, Proceso 132-AI-2003, p. 20.

teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Andino le habría servido como indicio probatorio de la existencia de un «incumplimiento flagrante»¹³.

En el presente caso se advierte que la acción por incumplimiento duró cuatro años: la fase precontenciosa empezó el 2001 en Lima y la fase judicial finalizó recién en 2005 en Quito con la emisión de la sentencia del Tribunal Andino. En cambio, en el proceso judicial nacional, Sofaven logró el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de Venezuela con una altísima indemnización a su favor en un tiempo mucho más breve: el proceso judicial venezolano empezó el 2002 y culminó en el 2003; es decir, empezó más tarde y terminó antes.

Aun cuando ha habido numerosas acciones por incumplimiento interpuestas por particulares ante el Tribunal Andino, no se tiene noticia alguna de que posteriormente los demandantes hayan solicitado la indemnización ante el juez nacional (artículo 30 del TCTJCA).

A nuestro juicio, la razón de esta casi nula utilización de nuestras dos vías es el desconocimiento generalizado del presente tema por parte de los estudiantes, los abogados, los académicos, los funcionarios del Estado y los jueces nacionales de los cuatro países miembros; lo que, a su vez, conduce a que la jurisprudencia nacional o comunitaria y la doctrina especializada sean prácticamente inexistentes¹⁴.

Tal vez todo ello responda a que la CAN es percibida, sobre todo, como una organización internacional de Estados, en lugar de una verdadera «comunidad de derecho» que incluye formalmente también a los ciudadanos. En el ámbito andino, no se ha llegado a entender a cabalidad que la integración regional no constituye un marco restringido a los Estados, sino que en ella pueden participar de forma destacada los individuos, debiéndose tomar como motor de la integración justamente la iniciativa del interés individual.

Adicionalmente, a diferencia de la UE, en la CAN no se explicitaron las libertades fundamentales como pilares para la consolidación del proceso de integración. En ese sentido, William Phelan ha advertido acertadamente que la falta de «políticas de los derechos» en el caso andino fue la verdadera causa de la divergencia con el caso europeo. En la CAN, los derechos y las libertades fundamentales (circulación de mercancías, servicios, trabajadores y el establecimiento de empresas) eran conceptos extraños, motivo por el cual disminuyeron las posibilidades de que los individuos y las empresas llevaran sus reivindicaciones de derechos ante las cortes nacionales¹⁵.

Según Osvaldo Saldías (2011), «[...] el principio fundamental que debiese regir la integración regional es que la protección efectiva de los derechos fundamentales es supuesto previo para el desarrollo económico, y no al revés» (p. 15).

En un proceso de integración regional debe involucrarse a los litigantes para hacer valer sus derechos y poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado miembro infractor, y proteger así al individuo del incumplimiento del derecho comunitario. Es así que, cuando la judicatura defiende derechos y libertades fundamentales, los resultados pueden ser conside-

13 De conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623, «Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento»: «Se considerará flagrante un incumplimiento cuando este sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando este continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad».

14 El académico venezolano Jorge Luis Suárez Mejías es la excepción, al ser el único que ha profundizado sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN frente a los particulares por infracción del derecho comunitario.

15 Compárese con Phelan (2014, p. 6).

rables en cuanto a la participación cívico-legal de los ciudadanos. La protección del individuo depende de que la autoridad se someta permanente y unívocamente al respeto de sus derechos e intereses¹⁶.

En la CAN esta interacción entre todos estos actores podría generar un «círculo virtuoso». Por un lado, resulta indispensable contar con la cooperación de los interlocutores nacionales clave, tales como los jueces nacionales, aliados en la promoción de la integración legal. Por otro lado, hace falta la participación e iniciativa de los particulares, lo que contribuiría a lograr un mayor *enforcement*, mediante la activación de los mecanismos de responsabilidad patrimonial del Estado por parte de ellos.

3. El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpone una acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 30 del TCTJCA)

El artículo 30 del TCTJCA prescribe lo siguiente: «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25 [iniciados por un particular], constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

En el mismo sentido, el artículo 110 del Estatuto del TJCA (ETJCA) dispone, bajo la rúbrica «Mérito ejecutivo de la sentencia», lo siguiente: «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que este pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

La sentencia por incumplimiento dictada por el Tribunal Andino contiene una declaración de certeza, en el sentido de reconocer que el país miembro demandado ha incumplido el ordenamiento jurídico de la CAN. La sentencia del TJCA no requiere de homologación o *exequatur* en ninguno de los países miembros y tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de su notificación¹⁷.

Seguidamente, se centrará en la ejecución de la sentencia declarativa del incumplimiento y se dilucidará quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como «título legal y suficiente» en un proceso ordinario.

3.1. La ejecución de la sentencia por incumplimiento.

La jurisprudencia andina ha ampliado que la naturaleza de la acción por incumplimiento es: «Eencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no solo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer»¹⁸.

En otras palabras, el país miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución. Dispone para ello de un plazo «[...] no mayor de [noventa] días siguientes al de su notificación»¹⁹.

Corresponde al país miembro remiso corregir el incumplimiento, lo cual constituye su deber principal y exclusivo. Iris González De Troconis (2007) ha precisado que: «No se trata,

16 Compárese con Saldías (2011, p. 15).

17 Artículo 91 del ETJCA.

18 STJCA de 30 de octubre de 1996, Proceso 1-AI-96, pp. 2-3.

19 Artículo 111 del ETJCA.

pues, simplemente de una sentencia declarativa de certeza; es una sentencia declarativa que contiene un plus y ese plus consiste en la obligación del Estado incumplidor de adoptar las medidas necesarias para ejecutarla» (p. 206).

La totalidad de los órganos del país miembro condenado quedan obligados a contribuir al restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que están llamados, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecución de la sentencia, ya sea modificando, derogando o dejando sin aplicación los actos o decisiones nacionales contravertidos, sancionando los que fueren pertinentes, o asegurando la efectividad de la sentencia del TJCA²⁰.

Dentro de la jurisprudencia andina se puede citar el Proceso 2-AI-97, en el cual el TJCA manifestó que:

Es el Estado el obligado a anular los actos que constituyan el incumplimiento declarado por el Tribunal y a reparar los efectos ilícitos que hubieran producido. Corresponde pues a los organismos estatales sacar las consecuencias que se derivan de las sentencias de incumplimiento; es decir, tanto en cuanto a la adopción de medidas necesarias para borrar el incumplimiento como en cuanto a la reparación de los daños eventuales causados²¹.

De esta jurisprudencia se desprende que la sentencia del TJCA declarativa del incumplimiento implica la obligación del Estado de: (i) cesar en el incumplimiento (en caso de que continúe); y (ii) eliminar las consecuencias ilícitas —pasadas y futuras— causadas al particular afectado, que incluye su derecho a la reparación de los daños.

La sentencia impone al país miembro una «obligación indisponible» (Moreiro González et al., 2001, p. 116). El hecho que el TJCA no pueda ejecutarla directamente no significa que su obligatoriedad se vea menoscabada. En otras palabras, corresponde al propio Estado miembro —y no al Tribunal— corregir el incumplimiento, adoptando las medidas que considere necesarias para la ejecución de la sentencia. En ese sentido, el Estado demandado tiene el deber de cooperar lealmente (artículo 4 del TCTJCA) y la libertad de elegir los medios en la ejecución que haga de la sentencia, a fin de eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento que incluye, evidentemente, la reparación del daño causado²².

El país miembro tiene la obligación de facilitar la aplicación del ordenamiento jurídico andino y hacer posible la reparación de los daños a los particulares, a fin de garantizar el adecuado cumplimiento del derecho comunitario y la tutela judicial efectiva. Los países miembros se encuentran obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar los derechos así conferidos ante las cortes nacionales²³.

Dentro del Proceso 118-AI-2003, el TJCA así lo consignó:

[...] en cuanto a la responsabilidad de los países miembros respecto del incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, según lo establecido por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, los países miembros están obligados a adoptar todas las

20 Compárese con González De Troconis (2007, pp. 109-110).

21 STJCA de 24 de agosto de 1998, Proceso 2-AI-97, p. 10.

22 Compárese con Diez-Hochleitner (1993, pp. 840-841).

23 Compárese con Mangas Martín, y Liñán Noguerras (2002, p. 424).

medidas necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad y, por consiguiente, tienen la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los países miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un país miembro, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran [...]. El principio de cooperación leal impone a los países miembros la adopción de todas las medidas necesarias, a fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho andino, entre las cuales se incluye la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del ordenamiento jurídico comunitario²⁴.

Según la jurisprudencia andina citada, el resarcimiento patrimonial a favor de los particulares afectados por el incumplimiento sería una verdadera garantía, ya que obtendrían no solo el cese del incumplimiento demandado, sino también la posibilidad de ser indemnizados ante el juez nacional.

La sentencia siempre constituirá título legal y suficiente (mas no ejecutivo) para que el particular que interpuso la acción por incumplimiento «[...] pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización» (artículo 30 del TCTJCA). En la práctica judicial, a modo de recordatorio, el Tribunal Andino incluye —sin éxito— dicha referencia de manera expresa en la mayoría de sus fallos. Aunque pudiera parecer redundante y hasta innecesario, cumple un propósito pedagógico²⁵.

En síntesis, se puede advertir que la ejecución de la sentencia que declara el incumplimiento consiste en lo siguiente: (i) una obligación de resultado donde el Estado puede elegir libremente los medios para cumplir y adoptar las medidas que considere necesarias para cesar el incumplimiento, y (ii) un derecho del particular afectado a solicitar la reparación de los daños causados.

Cabe tomar en cuenta que la sentencia podría incluir un pronunciamiento del TJCA en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación²⁶.

Por otra parte, el TJCA tiene el deber de salvaguardar los derechos y las obligaciones derivados del Acuerdo de Cartagena, así como la obligación de velar porque sus propias sentencias sean cumplidas. La inejecución, la ejecución parcial, tardía o incorrecta de la sentencia constituye una violación de las obligaciones comunitarias del país miembro.

El Tribunal Andino ha llegado a considerar «[...] que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema», ya que «[...] cuando se desacata una sentencia no solo se causa un daño particular o concreto, que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quien sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en

24 STJCA de 14 de abril de 2005, Proceso 118-AI-2003, p. 42.

25 Por ejemplo, el TJCA ordenó la cesación del incumplimiento y estableció de manera expresa la obligación de reparar y el derecho a solicitar la indemnización en los siguientes procesos: 2-AI-97, 118-AI-2003, 117-AI-2004, 125-AI-2004, 136-AI-2004, 200-AI-2005, 1-AI-2006, entre otros.

26 Véase: Acuerdo n.º 1 de 20 de mayo de 1998 del TJCA, que contiene el «Reglamento interno sobre costas».

un hecho que afecta a todos los países miembros, así como a los órganos del sistema al lesionar el proceso de integración»²⁷.

Adicionalmente, según el artículo 27 del TCTJCA, si dicho país miembro no cumple la sentencia:

[...] el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso. En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución²⁸.

Evidentemente, la medida de ejecución de sentencia autorizada por el TJCA permanecerá vigente hasta que el Estado haya dado cumplimiento a la sentencia.

3.2. ¿Quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como «título legal y suficiente»?

El artículo 30 del TCTJCA se establece que «[...] la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente». Dichos «casos previstos» en el artículo 25 del TCTJCA son cuando las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento acudan a la SGCA, primero, y al Tribunal Andino, después.

Por su parte, el artículo 110 del ETJCA prescribe que: «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que este [énfasis añadido] pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

De la normativa andina citada se desprende que la sentencia declarativa del incumplimiento tiene efectos particulares y alcance individual como título legal y suficiente para solicitar la indemnización ante el juez nacional. Cuando la acción por incumplimiento es activada por personas naturales o jurídicas ante el TJCA, estas no actúan como meros denunciantes, sino como una parte procesal activa, cuya finalidad es obtener consecuencias individuales para el restablecimiento de sus situaciones jurídicas.

La jurisprudencia andina ha especificado que solo el particular que participó en las dos etapas —como reclamante en la fase precontenciosa ante la SGCA y como demandante en la fase judicial ante el TJCA— podrá luego utilizar la sentencia condenatoria para reclamar una indemnización ante los jueces nacionales en el marco del artículo 30 del TCTJCA:

Sin perjuicio de la responsabilidad por los daños que hubieren sido causados, conforme a lo previsto por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal que sienta el principio y establece expresamente la responsabilidad patrimonial de los países miembros por infracción del derecho

27 Véanse: Auto del TJCA de 20 de octubre de 1999, Proceso 1-AI-97 (Sumario por incumplimiento de sentencia), p. 3; y el Auto del TJCA de 6 de marzo de 2002, Proceso 53-AI-99 (Sumario por incumplimiento de sentencia), p. 1.

28 Concordado con los artículos 112 a 120 del ETJCA que regulan el procedimiento sumario por incumplimiento de sentencia.

comunitario a favor de las partes que han promovido la acción de incumplimiento tramitada, en la etapa prejudicial, ante la SGCA y en la etapa judicial ante el Tribunal comunitario²⁹.

En consecuencia, la facultad contenida en el artículo 30 del TCTJCA con relación a la sentencia por incumplimiento solo favorecerá al particular demandante que intervino en la etapa precontenciosa ante la SGCA y en la etapa judicial ante el TJCA. Para el particular demandante que promovió la acción por incumplimiento, el derecho a la reparación nace de la violación de un derecho cuya existencia es anterior a la sentencia del TJCA y que esta viene solo a constatar.

Por otra parte, es preciso mencionar que el ETJCA prevé el trámite incidental de la participación procesal de los terceros en condición de coadyuvantes de las partes. De conformidad con su artículo 72:

Puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, quien sin ser sujeto de la sentencia, tenga un interés jurídico sustancial en el proceso y pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

La solicitud de coadyuvancia deberá cumplir con los requisitos de la demanda o de su contestación, en lo que fuere aplicable. El Tribunal declarará la procedencia o improcedencia de la solicitud.

El tercero admitido tomará el proceso en el estado en que se encuentre.

En el supuesto que el particular afectado pretenda coadyuvar a la parte demandante en contra del país miembro demandado, deberá cumplir con los requisitos de la demanda en cuanto resulten aplicables³⁰, por lo que deberá presentar: (i) las pruebas que demuestren la afectación de sus derechos subjetivos, y (ii) la declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional en el marco del artículo 31 del TCTJCA.

En el presente estudio, se postula que la sentencia por incumplimiento dictada por el Tribunal constituirá título legal y suficiente para que el tercero coadyuvante de la parte demandante pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere, al amparo del artículo 30 del TCTJCA. En todo caso, el plazo para presentar la demanda en sede nacional empezará a correr desde la notificación a él de la sentencia del TJCA.

Dados los paralelismos que se están realizando entre la CAN y la UE, es de interés señalar que, si bien en el marco de la UE los particulares carecen de legitimación activa para la interposición del recurso por incumplimiento ante el TJUE, sí pueden esgrimir ante los jueces nacionales una sentencia condenatoria emitida por dicho Tribunal, la cual contribuirá a que se trate de una violación suficientemente caracterizada, para reclamar del Estado una reparación de los perjuicios sufridos por la infracción constatada de una norma comunitaria. Y ello pese a la ausencia en los tratados de la UE de una disposición equivalente al artículo 30 del TCTJCA. En la práctica no hay, por tanto, diferencia entre el sistema CAN y el sistema de la UE a los efectos de la reparación de los perjuicios que debe afrontar el Estado miembro condenado.

29 STJCA de 24 de octubre de 2007, Proceso 143-AI-2005, pp. 21-22.

30 Artículo 49 del ETJCA.

3.3. ¿Proceso ejecutivo o proceso ordinario?

La acción por daños y perjuicios derivada de una sentencia por incumplimiento no puede ser demandada ante los jueces nacionales en un proceso ejecutivo, al no ser posible la reclamación de un título o sentencia que carezca del monto de la reparación. A continuación se planteará que la vía adecuada sería a través de un proceso de conocimiento ordinario, que es el que propiamente se aplica a un proceso por daños y perjuicios.

El proceso ordinario es una vía de conocimiento donde se discute y se investiga un derecho incierto, por lo que las etapas propias de su proceso requieren más tiempo que en el ejecutivo, toda vez que en la acción ejecutiva el derecho ya se encuentra debidamente establecido y solo queda ejecutar la prestación o la obligación precisa de dar, de hacer o de no hacer.

Por lo tanto, los daños y perjuicios deberán ser reclamados en un proceso de conocimiento ordinario, dado que no se encuentra especificado su importe en cantidad líquida y determinada, ni mucho menos están establecidas las bases para la consiguiente liquidación.

Adicionalmente, de las legislaciones nacionales de los países miembros se desprende que toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario³¹. Por lo tanto, la afirmación del artículo 30 del TCTJCA de que la sentencia «constituirá título legal y suficiente» no puede entenderse en el sentido de un supuesto «mérito ejecutivo de la sentencia», tal como erróneamente indica la rúbrica del artículo 110 del ETJCA.

Ahora bien, ¿qué pasaría si el particular afectado, en su calidad de demandante, solicitara en su *petitum* que el TJCA se pronuncie expresamente sobre el monto indemnizatorio para ser así pasible de un proceso ejecutivo? ¿Podría el TJCA determinar la suma de dinero para otorgarle a la sentencia la condición de «título ejecutivo»?

Como punto de partida, se puede afirmar que la pretensión expresa contenida en la demanda crearía una obligación del Tribunal Andino de pronunciarse sobre dicho extremo, sea de manera afirmativa o negativa. Al respecto, el principio de congruencia procesal exige:

Por un lado que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o medios impugnatorios [énfasis añadido]³².

En efecto, el juez no puede modificar, ignorar ni eliminar la pretensión del demandante, por lo que debe pronunciarse acogiendo o rechazando (total o parcialmente) todas y cada

31 En Bolivia, el artículo 316 del Código de Procedimiento Civil señala que: «Todo asunto contencioso que no esté sometido a trámite especial se sustanciará y resolverá en proceso ordinario».

En Colombia, el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil regula que: «Se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial».

En Ecuador, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil señala que: «Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario».

Finalmente, en el Perú, el artículo 475 del Código Procesal Civil señala que: «Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que: 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación [...]».

32 Caso contra Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A., Corte Suprema de la República del Perú, casación n.º 1308-2001, Lima, 7 de agosto de 2001. Citado por Avendaño Leyton (2016).

una de las pretensiones procesales puestas a su consideración, ya que según Gustavo Calvino (2015): «La congruencia procesal desde un punto de vista funcional es garantía, pues asegura que el juez no va a fallar algo distinto de lo que piden las partes, ni más allá, ni omitiendo alguna de las cuestiones conducentes a la solución del litigio puestas a su consideración [énfasis añadido]» (p. 19).

En relación con la cuestión de qué sucedería si el demandante solicita como pretensión en el escrito por el que interpone la acción por incumplimiento que el TJCA se pronuncie expresamente sobre el monto indemnizatorio, cabrían dos posibles posiciones.

Por un lado, se podría admitir la capacidad del Tribunal Andino para expresarse sobre dicho extremo, argumentando que el artículo 30 del TCTJCA y el artículo 110 del ETJCA (titulado «Mérito ejecutivo de la sentencia») no prohíben que se pronuncie sobre el monto indemnizatorio. Es decir, en caso de serle solicitado por el demandante, el TJCA podría determinar el monto indemnizatorio y luego con dicha sentencia el particular afectado podría acudir en proceso ejecutivo para «[...] solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

El principio de legalidad conduce, en cambio, a la conclusión contraria. En efecto, Victoria Iturralde Sesma (1998) ha expresado que:

En la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está permitido excepto aquello que está prohibido, mientras que en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto de que todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido. La distinción no tiene valor puramente teórico: en caso de laguna, si un sistema imperativo se rige por el primer postulado deriva que el comportamiento no previsto debe considerarse permitido, si se rige por el segundo el comportamiento no previsto debe considerarse prohibido. (p. 211)

Para Norberto Bobbio, el presupuesto de la primera fórmula (todo está permitido excepto lo que está prohibido) es la libertad natural. En cambio, el presupuesto de la segunda fórmula (todo está prohibido excepto lo que está permitido) es la falta de libertad. La aplicación o no de ambos principios se encuentra en función de la esfera del derecho (privado o público). En suma, esta diferencia de situaciones corresponde a la tradicional distinción entre la esfera del derecho privado y la del derecho público³³.

En esa misma línea, Hans Kelsen (1934) establece que la distinción reside en el sujeto: «El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado, o mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, solo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente» (p. 290, citado por Iturralde Sesma, 1998, p. 211).

En definitiva, en la esfera del derecho público se aplica el postulado opuesto de que «todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido». Por mor del principio de legalidad, el TJCA solo puede realizar lo que le está permitido y dentro del marco de las competencias expresamente atribuidas por los países miembros. Efectivamente, el principio de atribución de competencias limita la actuación de las instituciones de las organizaciones internacionales a los poderes que les han sido conferidos por los Estados miembros.

33 Compárese con Bobbio (1958, pp. 159-160), citado por Iturralde Sesma (1998, pp. 210-211).

Si se toma en consideración los antecedentes históricos, cabe recordar que durante la discusión y debate del Protocolo de Cochabamba se propuso reconocer al TJCA una nueva competencia que permitiera a los particulares acudir a la jurisdicción comunitaria para que determinara la responsabilidad por daños y perjuicios causados por los países miembros. En su momento, esta propuesta fue rechazada³⁴. Este rechazo de los países miembros dejaría claro que el TJCA no podría determinar el monto indemnizatorio o el importe de la condena, circunstancia que otorgaría a sus sentencias la condición de «título ejecutivo».

Por todos estos motivos, en caso de serle solicitado por el demandante, el Tribunal Andino no puede determinar el monto indemnizatorio, siendo ello una competencia exclusiva del juez nacional dentro de un proceso de conocimiento ordinario, que es el que propiamente se aplica a un proceso por daños y perjuicios. El juez nacional es el único competente para llevar a la práctica el contenido de la sentencia del TJCA y eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento, mediante, por ejemplo, la reparación del daño causado.

4. El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que no interpone una previa acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA).

A continuación, se tratará la acción reparatoria que se promueve exclusivamente ante el juez nacional sobre la base del artículo 31 del TCTJCA. La producción doctrinal relativa a esta vía es prácticamente nula y la jurisprudencia (nacional o comunitaria) es escasa.

Dentro de la jurisprudencia andina cabe rescatar la siguiente caracterización del mecanismo mencionado:

En conclusión, el mecanismo previsto en el artículo 31 del Tratado del TJCA tiene las siguientes características:

- (a) Los sujetos activos son las personas naturales o jurídicas.
- (b) Los jueces competentes son los jueces nacionales que conozcan las acciones internas respectivas.
- (c) El procedimiento utilizado es el correspondiente a la acción interna, de conformidad con las previsiones procesales del derecho nacional.
- (d) El objeto: que el juez nacional declare la invalidez de una norma interna por contrariar el ordenamiento jurídico comunitario andino, o que determine la responsabilidad extracontractual del país miembro por su incumplimiento.
- (e) Si el particular escoge la vía del artículo 31 del Tratado, ya no puede acudir simultáneamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la acción de incumplimiento.
- (f) El juez de última instancia que conoce un asunto con base en el mecanismo del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, debe solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad una interpretación prejudicial, de conformidad con las previsiones del derecho comunitario andino sobre la materia³⁵.

34 Véase el Acta de la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992, pp. 165-188.

35 STJCA de 15 de febrero de 2012, Proceso 111-IP-2011, p. 13.

Varios de los rasgos apuntados merecen comentarios adicionales. Sin embargo, antes es preciso lamentar que, al identificar el objeto de la acción ante el juez nacional, en el literal (d), el TJCA mezcle dos cosas conexas, pero distintas: (i) la inaplicación (se habla incluso de «invalidez») de la norma interna contraria al ordenamiento andino como forma de lograr el restablecimiento del derecho infringido, lo cual apunta al efecto directo de la disposición andina de que se trate, y (ii) la determinación de la responsabilidad patrimonial del país miembro por su incumplimiento, que constituye propiamente el propósito de la acción reparatoria del artículo 31 del TCTJCA.

El TJCA sí ha sabido destacar el papel que desempeñan los jueces nacionales en el marco de este precepto, actuando como «jueces comunitarios». La consecución de los objetivos del proceso de integración, así como el cumplimiento y la plena eficacia de su ordenamiento jurídico se apoyan, principalmente, en los órganos públicos nacionales, quienes de manera descentralizada deberán cooperar lealmente con los órganos comunitarios. Al respecto, se ha dicho que la principal responsabilidad por la aplicación del derecho comunitario recae justamente en las administraciones públicas y en las cortes nacionales³⁶.

La vía directa del artículo 31 del TCTJCA ante el juez nacional es más inmediata, ya que, ante la violación de sus derechos, los particulares tienen expedita esta acción para solicitar su salvaguarda judicial, como si se tratara de derechos que provienen de su propia normativa interna, «[...] a través de los instrumentos procesales propios del ordenamiento jurídico interno»³⁷.

En palabras de Suárez Mejías (2003): «La principal ventaja de esta vía es que no está en manos de la Comunidad, sino de los jueces nacionales y los gobiernos de los Estados miembros, quienes no rechazan obedecer a sus propios tribunales en la generalidad de los casos» (p. 224).

En esa misma línea, Genaro Baldeón Herrera (2003) ha afirmado que:

Los particulares son sujetos de derecho comunitario y, por tanto, titulares de derechos subjetivos que pueden ser reivindicados ante el Tribunal Andino, pero como mayor eficacia ante los jueces nacionales. Sin duda, la función de los jueces nacionales es de la mayor relevancia para que los particulares puedan hacer efectivos los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Son los jueces nacionales quienes deben asegurar el restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas de los ciudadanos y los que, en definitiva, tienen la responsabilidad de otorgar una protección judicial efectiva, inaplicando las normas internas incompatibles con el derecho comunitario e indemnizando a los particulares afectados en sus derechos por las infracciones al orden jurídico de la CAN cometidas por las autoridades nacionales (pp. 273-274).

El TJCA ha admitido que, en primera instancia, el juez nacional podría valorar *prima facie* el eventual incumplimiento del país miembro en el marco de una acción indemnizatoria, sin necesidad de solicitar una interpretación prejudicial. El juez nacional tiene competencia plena para declarar el incumplimiento sin tener que esperar una interpretación prejudicial del TJCA, derivando ello del mismo Tratado y del derecho interno a la vez: en lo sustantivo del derecho

36 Compárese con Comisión de las Comunidades Europeas (2001, p. 6).

37 STJCA de 15 de febrero de 2012, Proceso 111-IP-2011, pp. 10 y ss. También véase la STJCA de 15 de marzo de 2013, Proceso 106-IP-2012, pp. 12-13.

comunitario, pero en lo procesal del derecho nacional³⁸.

Tal planteamiento resulta a *contrario sensu* de su afirmación según la cual resulta obligatorio solicitar la interpretación prejudicial cuando el órgano jurisdiccional nacional sea de única o de última instancia ordinaria:

En el marco de la vía judicial del artículo 31 del Tratado del TJCA, el juez interno si es de última instancia y con el objetivo de lograr coherencia en el sistema, al conocer de una demanda de conformidad con las previsiones de su derecho interno, debe solicitar la correspondiente interpretación prejudicial. [...] El juez de última instancia que conoce un asunto con base en el mecanismo del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, debe solicitar al TJCA una interpretación prejudicial, de conformidad con las previsiones del derecho comunitario andino sobre la materia³⁹.

Al respecto, cabe recordar que en el asunto Sofaven el juez venezolano no planteó la cuestión prejudicial a la que estaba facultado. No debió necesitar que el TJCA le aclarara, por ejemplo, si la norma andina violada era atributiva de derechos para el particular.

Semejante planteamiento refuerza el papel de los jueces nacionales como «jueces comunitarios». Así los ha calificado el TJCA:

Que este Tribunal es competente para interpretar en vía prejudicial [...] siempre que la solicitud provenga de juez nacional también con competencia para actuar como juez comunitario [...] La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los tribunales de cada uno de los países miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el derecho comunitario [...]⁴⁰.

El artículo 31 del TCTJCA ha empoderado al juez nacional, como «juez comunitario», con la facultad de valorar el incumplimiento de un país miembro en el marco de una acción indemnizatoria. En esa misma línea, la jurisprudencia andina ha establecido que «le corresponde al juez nacional establecer dentro de la normativa interna si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo»⁴¹.

El juez nacional no necesita de una sentencia previa del TJCA, sea una sentencia en acción por incumplimiento o en interpretación prejudicial, a efectos de poder concluir la responsabilidad del Estado por infracción del derecho comunitario. Aunque no hay que desconocer que encontrarse con tal sentencia permitiría allanar el camino⁴².

Sobre este punto, Ricardo Alonso García (1994) concluye que:

Una previa constatación del incumplimiento por el Tribunal de Justicia reforzaría el pronunciamiento del juez nacional declarando en su caso, la existencia de responsabilidad, pero no podría considerarse, sin embargo, *conditio sine qua non* [...] los derechos en beneficio de

38 Compárese con Andueza (1986, pp. 122-123).

39 STJCA de 15 de febrero de 2012, Proceso 111-IP-2011, pp. 10 y ss.

40 STJCA de 12 de noviembre de 2003, Proceso 131-IP-2003, pp. 11-12.

41 STJCA de 25 de febrero de 1994, Proceso 6-IP-93, p. 5.

42 Compárese con Canuto (2010, p. 36).

los particulares derivan de las disposiciones mismas del derecho comunitario [...] dotadas de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y no, por consiguiente, de una sentencia comunitaria declarativa de un incumplimiento. (pp. 305-306)

5. Aspectos comunes de los mecanismos previstos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA

Tras revisar los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, se analizarán algunos de los elementos que ambos tienen en común.

5.1. La común remisión al derecho nacional.

Las vías de los artículos 30 y del 31 del TCTJCA dan entrada, ambas, al derecho nacional. Sobre la función de los regímenes nacionales de responsabilidad pública, Alonso García (2012) ha indicado que ellos desempeñan: «Un papel estelar en el funcionamiento del régimen de responsabilidad europeo, ya que este sigue inspirándose en los derechos nacionales, atento el TJUE a la evolución que estos vayan sufriendo tanto en el terreno legislativo como en el doctrinal y en el jurisprudencial» (p. 340).

Para hacer las reclamaciones por daños sufridos por el incumplimiento del derecho andino por parte de los Estados, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de estas acciones son los mismos que en el derecho interno tienen competencia para conocer las acciones contra el Estado:

- (i) En Bolivia: en primera instancia son los Tribunales de Sentencia y los jueces con jurisdicción donde ejercen competencia en razón de territorio, naturaleza o materia; y, en segunda instancia, los Tribunales Departamentales de Justicia⁴³.
- (ii) En Colombia: en primera instancia son los Tribunales Contencioso Administrativos regionales; y, en segunda instancia, el Consejo de Estado, Sección tercera, que es la que conoce de los asuntos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado⁴⁴.
- (iii) En Ecuador: El Tribunal Contencioso Administrativo es la única instancia judicial ordinaria, según el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁴⁵; contra su sentencia cabe únicamente recurso extraordinario de casación

43 Ley del Órgano Judicial, de 24 de junio de 2010.

44 El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este». El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. El precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber; que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. Para un mayor detalle, véase: Ruiz Orejuela (2010, p. 193).

45 «Artículo 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo:

- (a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;
- (b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que esta-

ante la Corte Nacional de Justicia y solo para casos muy especiales. En el marco del artículo 31 del TCTJCA, el Tribunal Contencioso Administrativo se encuentra obligado —siempre y en todo caso— a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA.

- (iv) En el Perú: en primera instancia es el Juez Especializado en lo Civil; y, en segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia⁴⁶.

En el marco de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, el juez nacional aplicaría, en primer lugar, los aspectos procedimentales o formales de la normativa nacional concerniente al plazo nacional para el ejercicio de la acción de responsabilidad, la forma y el procedimiento del cálculo de la reparación del daño o las medidas cautelares.

En este punto, se hace hincapié en que la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del derecho andino se da no en sí por el incumplimiento mismo, sino por el posible daño que pueda haber sufrido un particular con el respectivo incumplimiento. En otras palabras, si hay un incumplimiento, pero no hay daño, no hay entonces lugar a la responsabilidad de los Estados. Para ello es preciso que concurren: (i) la demostración de la afectación de derechos del particular; (ii) la existencia de un incumplimiento, y (iii) el nexo causal directo entre la infracción y el daño cuya indemnización se pretende. Es el juez nacional quien deberá verificar la existencia del daño y del nexo causal directo antes de reconocer indemnización alguna, lo cual no siempre desembocará, de manera automática, en la responsabilidad del Estado infractor.

Respecto de la remisión a los regímenes nacionales, en el presente estudio se propone que operen las mismas limitaciones que el TJUE ha identificado en el ámbito europeo, de tal manera que la primacía del derecho comunitario impondrá la inaplicación de las normas nacionales que obstaculicen la consecución de la reparación. Las reglas que presiden el ejercicio de las acciones de responsabilidad ante las cortes domésticas por infracción del derecho andino no pueden ser menos favorables que las que presiden las acciones basadas en puro derecho interno (principio de equivalencia), ni tampoco pueden hacer imposible o excesivamente difícil el derecho de reparación (principio de efectividad)⁴⁷.

blezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquella [...]».

46 La responsabilidad del Estado peruano se encuentra regulada en los artículos 1969, 1970, 1979, 1980 y 1981 del Código Civil. Un proyecto de reforma del Código Civil encaminado a darle una mayor claridad y precisión a la responsabilidad del Estado fue rechazado con el argumento de que no era conveniente llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse «asediado» por procesos judiciales sobre su responsabilidad civil. Para un mayor detalle, véase: Trazegnies (1995, p. 227).

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo 017-93-JUS, señala lo siguiente:

«Artículo 49.- Competencia de los Juzgados Civiles.

Los Juzgados Civiles conocen: [...] 4.- De los asuntos civiles contra el Estado, en las sedes de los Distritos Judiciales [...]».

«Artículo 40.- Competencia de las Salas Civiles.

Las Salas Civiles conocen: (1) De los recursos de apelación de su competencia conforme a ley; (2) De las quejas de derecho, contiendas de competencia y conflictos de autoridad que les corresponde conforme a ley; (3) En primera instancia, de los procesos sobre responsabilidad civil derivadas del ejercicio de sus funciones, contra los Jueces Especializados o Mixtos, los Jueces de Paz Letrados, y los Jueces de Paz; (4) De las contiendas de competencia entre los Jueces Civiles; (5) Como primera instancia, en las acciones contencioso-administrativas de su competencia; y (6) De los demás procesos que establece la Ley».

47 STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República italiana, C-6/90

Esas mismas limitaciones juegan igualmente respecto del cálculo de la indemnización, que se determina de conformidad con el derecho nacional, pero teniendo presente que los criterios que resulten de este ordenamiento no pueden ser menos favorables que los que operan frente a reclamaciones similares basadas en el derecho interno, ni articularse de manera que la reparación sea prácticamente imposible o excesivamente difícil de obtener. Además, como en la UE, la reparación debe ser proporcional al perjuicio sufrido⁴⁸.

La siguiente jurisprudencia andina sobre marcas es aplicable respecto de los elementos a tomarse en cuenta en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios:

El artículo 243 de la Decisión [486] enuncia, en forma no exhaustiva, los criterios que deberán tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización [...] cuya existencia haya sido oportunamente probada en el curso del proceso por el actor: Este deberá aportar, igualmente, la cuantía de los daños y perjuicios en referencia o, al menos, las bases para fijarla. Se entiende que será indemnizable el daño que, sufrido por el titular, se encuentre causalmente enlazado con la conducta del infractor [...] será indemnizable el daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por el titular como consecuencia de la vulneración del derecho al uso exclusivo de su marca [...] el lucro cesante, es decir, las ganancias que el titular de la marca protegida habría obtenido mediante la comercialización normal de sus productos [...] el monto de los beneficios obtenidos por el infractor [...] el precio que habría tenido que pagar por la concesión a su favor de una licencia contractual de explotación de la marca⁴⁹.

Dentro del proceso de reparación, el juez nacional tendrá la facultad de determinar si el perjudicado ha obrado con «diligencia razonable» para evitar o reducir el daño y comprobar si ha ejecutado oportunamente todas las acciones que hubiere podido ejercitar, en virtud que el nexo causal puede debilitarse o hasta desaparecer en consideración a la conducta del mismo perjudicado⁵⁰.

Esta remisión al ordenamiento nacional abarca también los aspectos sustantivos o materiales, al menos en la medida en que el ordenamiento interno contemple unos requisitos más favorables para el particular para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto, el régimen europeo de responsabilidad de los Estados miembros impone la aplicación del

y C-9/90. Para un mayor detalle, véanse: Guichot Reina (2016, pp. 49-101); e Ibáñez García (2009, pp. 141 y ss.).

48 Según reiterada jurisprudencia europea, la reparación debe ser proporcional al perjuicio sufrido: «Para que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización o reparación efectiva de forma disuasoria y proporcionada, el artículo 18 de la Directiva 2006/54 obliga a los Estados miembros que elijan la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas que prevean el abono de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, según los procedimientos que determinen [...] las sanciones, que “podrán incluir la indemnización a la víctima”, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». Véase la STJUE de 17 de diciembre de 2015, as. C407/14, apartados 37, 38 y 45. Asimismo, «debe señalarse que la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido [énfasis añadido], de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos». Véase la STJCE de 5.3.1996, as. Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C-48/93, apartado 82.

49 STJCA de 17 de agosto de 2014, Proceso 80-IP-2014, p. 24.

50 Véase: STJCE de 19 de mayo de 1992, as. J.M. Mulder y otros y Otto Heinemann vs. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas, C-104/89 y C-37/90.

régimen nacional si este es más favorable para el particular; puesto que el Estado puede incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos con arreglo al derecho nacional⁵¹.

Edorta Cobrerros Mendazona (2015) ha reformulado que «para el supuesto de que el régimen interno estatal fuera más generoso —esto es, exigiera menos requisitos o lo hiciera con menor intensidad—, el mínimo común resarcitorio de derecho de la Unión Europea quedaría desplazado o sustituido por aquel» (p. 28).

Suárez Mejías (2006b) señala que es probable que este estándar mínimo no sea aplicable a Colombia y Venezuela, ya que ambas legislaciones nacionales son más favorables y generosas:

Están tan adelantadas [...] que parece que el *standard* mínimo que pretendió la jurisprudencia europea [...] es superado por aquellas en los países andinos hasta el punto de que, a diferencia de la jurisprudencia europea, que tiende a subjetivizarse, los ordenamientos jurídicos nacionales consideran la responsabilidad patrimonial de los Estados como objetiva en líneas generales, aunque hay algunos aspectos en los que la subjetividad pudiera tener cabida, pero, en todo caso, es la excepción. (p. 88)

Particularmente, Suárez Mejías desarrolla el caso de Venezuela, que cuenta con un régimen nacional más beneficioso para el particular: El artículo 140 de la Constitución establece un régimen mixto de responsabilidad administrativa, en el cual, al lado de la tradicional responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración —muy parecida a la responsabilidad por hecho ilícito del derecho civil—, resulta procedente la responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular si el ciudadano demuestra que por una acción u omisión administrativa, aunque sea totalmente legal, se ha producido una violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, al sufrir un daño anormal y especial⁵².

En otras palabras, en Venezuela cabe invocar la responsabilidad del Estado incluso por actos u omisiones legales y legítimas⁵³, pero que causen un sacrificio al particular. Por lo tanto, de haber continuado como país miembro de la CAN, Venezuela hubiera tenido que aplicar su legislación nacional —más favorable y generosa para los particulares—, en lugar del estándar mínimo comunitario.

Sin embargo, debe considerarse de manera especial que «hay países como Bolivia y Perú en donde la responsabilidad patrimonial es prácticamente inexistente, por lo que un estándar mínimo europeo pudiera ser conveniente» (Suárez Mejías, 2003, p. 91).

5.2. La común contribución al *enforcement* privado del derecho andino.

Al inicio de este acápite, se presentan las siguientes palabras de Bert Van Roosebeke (2007):

Law is useless without enforcement. The process of making national law equally enforceable not just against individuals or friends of the mighty but also against the mighty themselves, has

51 STJCE de 5.3.1996, as. Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C-48/93, párrafos 93 y ss.

52 Compárese con Suárez Mejías (2006b, p. 133). Sobre el caso venezolano, véase también Suárez Mejías (2007, pp. 125 y ss.).

53 En el ámbito europeo, el TJUE rechazó la existencia de un régimen de responsabilidad de la Unión por actividad lícita en el estado actual de la evolución del Derecho europeo, a la luz «del examen comparativo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros» (asunto FIAMM vs. Consejo y Comisión de 2008). Véase: Alonso García (2012, p. 340).

been a long lasting journey. Nowadays, this is a cornerstone of the constitutional democratic State. Making supranational or even international law enforceable against States is a story still unfolding. (p. 15)

En el ámbito europeo, varios autores han recogido la distinción entre el *enforcement* público y el privado⁵⁴. Al respecto, el mismo autor Van Roosebeke (2007) ha explicado que:

The first one is a so called "public enforcement procedure". As "guardian of the Treaty", the European Commission was given the power to bring to the European Court of Justice any Member State which infringes Community law. [...] More than 90 % of the cases are solved before reaching the European Court of Justice, illustrating that both the Commission and the member states appreciate a "diplomatic" solution of infringement problems. [...] one of the most famous and contended products of jurisdiction of the European Court of Justice: the liability of Member States of the European Community for breaches of European legislation. This so called "Francovich doctrine" has been developed by the European Court of Justice as an alternative —since private— law enforcement mechanism to the European Commission's public enforcement activities. (pp. 15-16)

Por su parte, Tallberg (2000) ha escrito que:

Whereas supervision through the Article 169 procedure is centralized, active, and direct, granting the supranational institutions an immediate role in the enforcement of member state compliance (police-patrols), supervision through national courts is decentralized, reactive, and indirect, where the role of the institutions consists in creating and perfecting a system permitting citizens and companies to independently secure their rights under EC law (fire-alarms). (p. 108)

En la CAN, se tiene tanto el *enforcement* público (artículos 23 a 29 del TCTJCA, que regulan la acción por incumplimiento ante el TJCA), como el *enforcement* privado (artículos 30 y 31 del TCTJCA).

Particularmente, la activación del mecanismo establecido en el artículo 31 del TCTJCA constituiría una eficaz medida disuasoria de conductas antijurídicas y evitaría que las autoridades nacionales cometan infracciones, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento del ordenamiento jurídico comunitario y al resguardo de los derechos de los particulares, cual sistema de «*fire-alarms*» a través de las cortes nacionales (Tallberg, 2000, p. 108).

A manera ilustrativa, se puede mencionar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se pronunció sobre la incompatibilidad de la normativa francesa con la normativa comunitaria sobre la fijación de precios de los tabacos importados de los países miembros de la Comunidad Europea y la fijación de los precios de venta al público⁵⁵. Mediante sentencia nacional, el Consejo de Estado francés afirmó que los demandantes tenían derecho a reclamar una indemnización «cuyo montante debe establecerse teniendo en cuenta la diferencia que existe entre los ingresos percibidos sobre la base de los precios de venta fijados en virtud de

54 Sobre el *enforcement* público y privado en la UE y la contribución de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros al *enforcement* privado, véanse: Lock (2012, pp. 1675 y ss.); y Tallberg (2000, pp. 104 y ss.).

55 STJCE de 21 de junio de 1983, as. Comisión c. Francia, 90/82.

la norma cuya incompatibilidad con el derecho comunitario se ha constatado y los ingresos que hubiesen percibido si los precios de venta hubiesen sido fijados legalmente»⁵⁶. La cuantía total de la indemnización ascendió así a 230 000 francos franceses, más los intereses legales correspondientes.

Otro ejemplo es la sentencia nacional que puso fin al conocido asunto *Factortame*, con la concesión de una indemnización a favor de los armadores españoles por una cuantía de ochenta millones de libras esterlinas⁵⁷.

Por su lado, mediante sentencia de 12 de junio de 2003, el Tribunal Supremo de España, asumiendo plenamente la jurisprudencia del TJUE, constató la responsabilidad de la Administración General del Estado español por daños causados a Canal Satélite Digital en violación del derecho europeo por la regulación restrictiva del uso de determinados decodificadores de televisión, y le reconoció una cuantiosa indemnización de más de veintiséis millones de euros⁵⁸.

Los tres ejemplos citados demuestran que los incumplimientos pueden generar obligaciones de reparación sumamente gravosas para los Estados, lo que permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por incumplimiento del derecho comunitario (Ordóñez Solís, 2007, p. 4017).

Queda así patente la contribución del artículo 31 del TCTJCA al *enforcement* privado del derecho andino. Este es un rasgo común que comparte con los artículos 25 y 30 del TCTJCA relativos al régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpuso la acción por incumplimiento ante el TJCA, «al imponer a los Estados una mayor diligencia en el cumplimiento de sus compromisos comunitarios» (Quindimil López, 2006, p. 307), ya que los incumplimientos pueden ahora generar obligaciones de reparación que en algunos casos podrían ser duras de asumir para el tesoro público, tal como sucede en la UE.

El régimen de la responsabilidad patrimonial de los países miembros por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario cumpliría entonces una doble función: por un lado, reparadora y resarcitoria del daño ocasionado a los particulares; y, por otro lado, indirectamente preventiva o disuasoria para evitar o, al menos reducir, los comportamientos infractores de los Estados. De esta manera, la obligación de reparar que se impone al país miembro, «en la medida que constituye una reacción adversa a sus intereses, le inducirá, para preservarlos, a no repetir una conducta que es negativa para los mismos» (Naveira Zarra, 2006, p. 297).

A razón de lo señalado, en virtud de la aplicación de los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se lograrían varios objetivos:

- (i) Se garantizarían los derechos de los particulares establecidos en el ordenamiento jurídico andino.

56 La sentencia del Consejo de Estado francés fue citada por Pérez González (2000, p. 471).

57 Compárese con *Clover* (1999). Citado por Pérez González (2000, p. 451). Martín Rodríguez (2004) ha precisado que: «Mientras que con respecto a *Factortame* sí fue acordada por la House of Lords británica una reparación o indemnización de los daños causados por la violación suficientemente caracterizada (*Merchant Shipping Act*), la parte *Brasserie du Pêcheur* vio cómo el Bundesgerichtshof alemán le denegaba la indemnización con argumentos poco convincentes y respetuosos del derecho fijado por el TJ» (p. 851).

58 Respecto de dicha sentencia, Ordóñez Solís (2007) señaló que «la recepción de la jurisprudencia comunitaria en nuestro derecho no podía ser más apropiada con una sentencia, como la del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, donde generosamente desborda las expectativas de los europeístas más optimistas» (p. 4030).

- (ii) Se afianzaría el ordenamiento jurídico andino, dotándolo de un mayor *enforcement*, sea mediante las acciones por incumplimiento ante el TJCA, los procesos nacionales o la eventual consulta prejudicial.
- (iii) Se estimularía la internalización del derecho andino y la *cross-fertilization* entre este y los ordenamientos jurídicos nacionales a resultas de la mayor participación de las cortes nacionales.

En definitiva, en la CAN existe un andamiaje coactivo, en términos de *enforcement*, para lograr el cumplimiento del derecho comunitario por parte de los países miembros, en el que, a la acción por incumplimiento, se le suman la autorización de medidas de ejecución de sentencia en el marco del procedimiento sumario y la responsabilidad patrimonial de los países miembros por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario en el marco de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

6. Conclusiones

Sin duda, el ordenamiento jurídico andino ofrece un espacio aparente para la invocación de la responsabilidad patrimonial de los países miembros por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario. No obstante, resulta indispensable que los particulares conozcan, comprendan y empleen este valioso marco jurídico para avanzar en el proceso de integración andino en general. En este contexto, existe la necesidad imperiosa de que los ciudadanos andinos, en su calidad de sujetos y destinatarios del derecho comunitario, activen los mecanismos jurídicos establecidos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

En específico, la activación de ambos mecanismos por las personas naturales y jurídicas contribuiría al *enforcement* privado del derecho andino, como forma descentralizada de «sanción» a través de las cortes nacionales. El costo de incumplir la normativa andina sería muy alto para los países miembros. Asimismo, dado que la indemnización por daños y perjuicios a cargo del país miembro infractor es susceptible de ser repetida contra los responsables directos de tal infracción, aquella se convierte en una medida disuasoria de conductas antijurídicas contra el derecho comunitario. En líneas generales, los incumplimientos pueden generar obligaciones de reparación sumamente gravosas para los Estados, lo que permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario.

Por un lado, se advirtió que el artículo 30 del TCTJCA traza un camino muy largo y gravoso para los particulares afectados, puesto que implica tres diferentes tramos: (i) una fase precontenciosa ante la SGCA en Lima, (ii) una fase judicial internacional en acción por incumplimiento ante el TJCA en Quito, y (iii) una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento para hacer efectiva la sentencia del TJCA que constituye «título legal y suficiente» para solicitar la respectiva reparación. A ello se le añade que la acción por incumplimiento implica un proceso judicial internacional, si se toma en cuenta que intervienen Estados —con un interés estatal— y órganos comunitarios —con un interés comunitario—, con lo cual se da lugar a un escenario político-diplomático-internacional.

En cambio, la acción judicial interna en el marco del artículo 31, frente a la del artículo 30 del TCTJCA, cuenta con mayores ventajas para el particular afectado: (i) la vía del artículo 31 solo necesita de una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento, por tanto, es mucho más célere; (ii) el particular actúa exclusivamente ante su juez natural, que le es nece-

sariamente más próximo, y lo hace de conformidad con las previsiones procesales del derecho interno, con las cuales está más familiarizado; y (iii) el particular evita el escenario político-diplomático-internacional de la acción por incumplimiento. En líneas generales, la inmediatez de la vía del artículo 31 resulta más conveniente para el particular afectado a fin de resguardar sus intereses individuales.

Hasta la fecha, el TJCA ha tenido un ámbito material de actuación muy limitado: se ha pronunciado en un 90 % de sus providencias, sobre todo en temas de derecho de la propiedad intelectual. De activarse el mecanismo directo que inicia ante el juez nacional, se podría esperar una mayor diversificación de las materias que entren bajo el conocimiento del TJCA, vía interpretación prejudicial, tomando como motor la iniciativa del interés individual, tal como sucedió en la UE mediante el mecanismo indirecto de las consultas prejudiciales.

Hasta el momento, en el marco del artículo 31 del TCTJCA, tanto las condiciones sustantivas como las procesales para la acción de responsabilidad están determinadas «de conformidad con las prescripciones del derecho interno». Por ello, evidentemente aún no se ha formado una jurisprudencia o una doctrina comunitaria sobre tal acción, que actúe como un «estándar mínimo común», de manera que se unifique el régimen de responsabilidad de los países miembros por incumplimiento del derecho comunitario.

Aun cuando las vías de los artículos 30 y 31 son mutuamente excluyentes (artículo 25 del TCTJCA), eso no es óbice para que una persona natural o jurídica lesionada pueda, sin embargo, incitar la activación del *enforcement* público-comunitario (acción por incumplimiento), a la par que activa motu proprio el *enforcement* privado-nacional (acción judicial interna por indemnización de daños y perjuicios en el marco del artículo 31) en contra del Estado infractor. En ese sentido, si el particular pone en conocimiento de la SGCA un supuesto incumplimiento y aporta información al efecto como mero «denunciante» (y no como «reclamante»), la SGCA tendría la facultad discrecional de abrir o no la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento y el denunciante no podría acceder de manera directa al TJCA. Ese mismo sujeto podría, por otra parte, activar la vía directa ante el juez nacional sobre la base del artículo 31, ello al margen de que, de existir una sentencia condenatoria del Tribunal Andino, el Estado infractor deberá tomar las medidas necesarias para cesar su incumplimiento, so pena de ser objeto de las medidas de ejecución de sentencia autorizadas por el TJCA. En el evento que el procedimiento por incumplimiento sea más rápido y recaiga una sentencia condenatoria del Tribunal Andino cuando la acción ante el juez nacional esté pendiente, esta sentencia del TJCA facilitaría la calificación del incumplimiento como uno «flagrante», de conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623 que contiene el «Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento».

REFERENCIAS

- Alonso García, R. (1994). *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Alonso García, R. (2012). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Pamplona: S.L. Civitas Ediciones.
- Andueza, J. G. (1986). *El Tribunal del Pacto Andino*. Quito: Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- Avendaño Leyton, I. (2016, 22 de febrero). El principio de congruencia: Su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del CPC. Recuperado de <http://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/>
- Baldeón Herrera, G. (2003). La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En *Jornada sobre Derecho Subregional Andino* (pp. 254 y ss.). Colección Eventus. Universidad de Margarita.
- Bobbio, N. (1958). *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Calvinho, G. (2015, abril). La pretensión procesal y la regla de congruencia en el sistema dispositivo. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-pretencion-procesal-y-la-regla-de-congruencia-Calvinho-G.-.pdf>
- Canuto, E. (2010). Acción de indemnización y acción de restitución por vulneración del Derecho Comunitario. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, (235), 32 y ss.
- Clover, C. (1999, 29 de octubre). Britain faces E80m payout to Spanish Fishermen. Recuperado de <http://www.telegraph.co.uk>.
- Cobrerros Mendazona, E. (2015). La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea. *Revista de administración pública*, (196), 11 y ss.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2001). *Informe anual sobre el control de la aplicación del derecho comunitario*, (19).
- Delgadillo Gutiérrez, L. (2005). *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*. México: Porrúa.
- Diez-Hochleitner, J. (1993). La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. *Revista de Instituciones Europeas*, 20(3). Madrid.

- Garrido Falla, F. (1990). Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Derecho Administrativo*, (3). Buenos Aires.
- González de Troconis, I. (2007). *Solución de controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina: la cuestión de la efectividad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Guichot Reina, E. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *Revista española de derecho europeo, Civitas*, (60), 49-101.
- Ibáñez García, I. (2009). La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los principios de equivalencia y efectividad respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Noticias de la Unión Europea*, (291), 141 y ss.
- Iturralde Sesma, V. (1998). Consideración crítica del principio de permisión según el cual lo no prohibido está permitido. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (15), 187 y ss. Universidad del País Vasco.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría General del Estado*. Barcelona: Labor.
- Lock, T. (2012). Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich. *Common market law review*, 49(5), 1675 y ss.
- Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D. (2002). *Instituciones y derecho de la Unión Europea. Ciencias jurídicas* (McGraw-Hill); Tecnos.
- Martín Rodríguez, P. J. (2004). La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8(19), 829 y ss.
- Moreiro González, C. et al. (2001). *Derecho Procesal Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Naveira Zarra, M. (2006). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Edersa.
- Ordóñez Solís, D. (2007). La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del derecho de la Unión Europea. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Año 61 (2048), 3995 y ss.
- Pérez González, M. C. (2000). *La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del derecho comunitario* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Phelan, W. (2014). Enforcement and Escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is Not a Replica of the European Union. *Journal of Common Market Studies (JCMS)*.
- Quindimil López, J. (2006). *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz Orejuela, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Saldías, O. (2011, 28-29 de septiembre). La libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. *La Libre Circulación de Personas en los Procesos de Integración Económica*. Seminario. Universidad Carlos III de Madrid.
- Sotelo De Andreau, M. (2007). Las sanciones en materia de responsabilidad del Estado. Problemas actuales y derecho comunitario. En I. Damsky, M. López Olvera, y L. Rodríguez Rodríguez (Dir.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (pp. 297-322). México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM).
- Suárez Mejías, J. L. (2003). La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros y de los órganos comunitarios por la infracción del derecho andino. *Jornada sobre derecho subregional andino* (pp. 215 y ss.). Universidad de Margarita, Colección Eventos.
- Suárez Mejías, J. L. (2006a). El contencioso andino de la responsabilidad patrimonial de los Estados: el caso Sofaven. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje Al Prof. Luis H. Farias Mata*, Tomo II (pp. 355 y ss.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Suárez Mejías, J. L. (2006b). *La responsabilidad patrimonial del Estado y el derecho comunitario: una visión europea, andina y venezolana*. Colección Cuadernos, (10), 136-166. Caracas: Sherwood.
- Suárez Mejías, J. L. (2007). La reforma del artículo 153 de la Constitución de 1999: un severo retroceso de un gran avance. *Revista de Derecho Público*, (112), 125 y ss. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Tallberg, J. (2000). Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability. *Journal of European Public Policy*, 7, 104 y ss.
- Trazegnies, F. (1995). *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1992). Acta de la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Quito.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1993). Exposición de Motivos del «Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» (1986), *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Quito.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1994). STJCA de 25.2.1994, Proceso 6-IP-93.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1996). STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1998). STJCA de 24.9.1998, Proceso 2-AI-97.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1999). Auto del TJCA de 20.10.1999, Proceso 1-AI-97 (Sumario por incumplimiento de sentencia).

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2002a). STJCA de 1.2.2002, Proceso 14-AN-2001.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2002b). Auto del TJCA de 6.3.2002, Proceso 53-AI-99 (Sumario por incumplimiento de sentencia).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2003). STJCA de 12.11.2003, Proceso 131-IP-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2005a). STJCA de 13.1.2005, Proceso 132-AI-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2005b). STJCA de 14.4.2005, Proceso 118-AI-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2007). STJCA de 24.10.2007, Proceso 143-AI-2005.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2012). STJCA de 15.2.2012, Proceso 111-IP-2011.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2013). STJCA de 15.3.2013, Proceso 106-IP-2012.
- Van Roosebeke, B. (2007). *State Liability for Breaches of European Law*. Wiesbaden: GWV Fachverlage GmbH.