

El control de legalidad en el Derecho comunitario a través del recurso de anulación (UE) y de la acción de nulidad (CAN)

*María Elena Jara Vásquez**

En el presente trabajo se revisan desarrollos jurisprudenciales relevantes sobre los principales mecanismos de control de la legalidad a nivel comunitario tanto en el seno de la Unión Europea (UE) como en el de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). El análisis parte revisando jurisprudencia sobre el entendimiento de los tratados fundacionales como constituciones en sentido material. Posteriormente, se revisa jurisprudencia sobre el alcance de actos impugnables, legitimación activa, y causas de impugnación, enfatizando en tendencias relevantes como la flexibilización en la interpretación de los actos susceptibles de impugnación y la apertura a la actuación de particulares. El análisis jurisprudencial se complementa con revisión de doctrina y Derecho positivo, bajo la perspectiva de que el estudio del control de la legalidad en el ordenamiento jurídico comunitario es de esencial importancia para la cabal comprensión de los procesos de integración en su dimensión de comunidades de derecho.

FORO

LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES Y EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMUNITARIOS

Desde los primeros años de la década de los sesenta, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) enfatizó en la especificidad y autosuficiencia del derecho comunitario y rápidamente dejó de calificarlo como un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional para concebirlo como un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros. Las sentencias dictadas en los casos *Van Gend & Loss*, así como en *Costa vs. ENEL*, son an-

* Abogada en libre ejercicio, Peña, Larrea y Torres Asociados.

tedentes relevantes sobre la autonomía que tempranamente se reconoció al Derecho Comunitario en la jurisprudencia del TJCE.¹ En el caso *Van Gend & Loss*, el 5 de febrero de 1963, el TJCE afirmaba que el tratado constitutivo de la hoy denominada UE constituía “algo más que un acuerdo que se limitara a crear obligaciones mutuas entre los estados contratantes, en beneficio del cual, los estados han limitado, aunque sean en campos restringidos, sus derechos soberanos y cuyos sujetos no son solamente los estados miembros sino también sus nacionales”.² Más tarde, en la sentencia *Costa vs. ENEL*, con fecha 15 de julio de 1964, el TJCE reiteraba este razonamiento y afirmaba que “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros...”³

El entendimiento del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico independiente se fundamenta en la concepción de las instituciones comunitarias como entidades con atribuciones de alcance supranacional, facultadas en virtud de una auto-limitación de soberanía de los estados a emitir disposiciones con efecto jurídico directo en los ordenamientos nacionales. Tales normas conforman un sistema jurídico autorreferencial que se asienta sobre un canon de validez propio “al tiempo que se cierra el círculo argumental haciendo abstracción de la validez del propio Tratado fundacional”.⁴ Este razonamiento implica la conceptualización del Tratado fundacional como la norma que otorga validez a la normativa expedida por los órganos comunitarios, es decir, su visualización como Constitución en sentido material.⁵ La rigidez

-
1. Al proceso de caracterización del derecho comunitario a través de la jurisprudencia, R. Kovar lo denomina “*edificación del ordenamiento jurídico comunitario*”. Cita hecha por Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, 2a. ed., p. 415.
 2. Sobre reflexiones acerca de la trascendencia histórica de la sentencia *Van Gend & Loss* de 1963, ver Gil Carlos Rodríguez Iglesias, “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, pp. 27-50. El autor se desempeñó como presidente del TJCE.
 3. Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión*, p. 416.
 4. *Ibidem*, p. 418.
 5. Dromi, Ekmekdjian y Rivera se refieren al tema en los siguientes términos: “Los tratados fundacionales dan fundamento y contenido a las restantes normas y a partir de ellas se sistematiza el orden jurídico comunitario. En ciertos aspectos, podemos reiterar que la relación entre el tratado constitutivo con el resto del derecho comunitario es similar a la relación que existe entre la Constitución de un Estado y las normas subordinadas que integran su orden jurídico positivo”. Roberto Dromi, Miguel Ekmekdjian y Julio Rivera, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, 2a. ed., p. 144. Por su parte, Carlos Rodríguez Iglesias, “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 1999*, Buenos Aires, 1999, p. 30, explica que “lo que se denomina Constitución de la Europa comunitaria está integrada fundamentalmente por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y los tratados modificativos de aquéllas, es decir básicamente por el Tratado de París constitutivo de la CECA (1951), los tratados de Roma constitutivos de la CEE y de la CEEA (1957), los tratados modificativos de determinadas disposiciones presupuestarias y financieras (de 1970 y 1975), los tratados sobre la adhesión de nuevos miembros (1972, 1979,

formal y la supremacía normativa que se imprimen en el ordenamiento comunitario mediante esta perspectiva del Tratado fundacional y sus modificaciones, posibilitan que se aplique a la vivencia jurídica de la comunidad los elementos propios de un Estado de Derecho,⁶ idea que se traduce en la expresión “*comunidad de derecho*”, que comenzó a utilizarse en la jurisprudencia del TJCE en la segunda mitad de la década de los ochenta. Por ejemplo, en la sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, dictada en el caso Partido Ecologista Los Verdes vs. Parlamento Europeo, asunto 294/83, se reconoció que:

la Comunidad Económica Europea es una *comunidad de Derecho*, en la medida en que ni sus estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado... el Tratado establece un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones.⁷

Por su parte, el Tribunal Andino de Justicia –TAJ– se ha pronunciado en la misma línea y desde tiempo similar. En sentencia de 10-VI-87, dentro del Proceso No. 2-N-86, República de Colombia c/Resolución 253 de la Junta, declaró que:

ha de tenerse en cuenta, además, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los países miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho

1985 y 1994), el Acta Única Europea (1986) y el tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, del 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. A estos instrumentos hay que añadir el Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1007, cuando se produzca su entrada en vigor”. El autor explica adicionalmente que el sistema constitucional de la Comunidad no se agota en los tratados, sino que a éstos hay que añadir determinados principios generales comunes a los estados miembros.

6. Sábica llama la atención sobre la jerarquía normativa establecida de la siguiente manera: “cada escala es condicionante de la validez de las normas de grado inferior, las que deben estar en armonía con el contenido de los niveles superiores, pues si las contradijera se rompería la legalidad del sistema. Esta jerarquía tiene paralelismo con la existente en los estados de derecho entre Constitución y leyes, entre estos y acto administrativo”. Luis Carlos Sábica, *Derecho comunitario*, Bogotá, Temis, 1990, 2a. ed., p. 65.
7. Pronunciamientos recogido por Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 419. Carlos Rodríguez Iglesias, “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, p. 31, cita adicionalmente otros pronunciamientos de órganos comunitarios en los que se evidencia claramente el entendimiento de tratados fundacionales como una carta constitucional, por ejemplo, el Dictamen 1/91 sobre el espacio económico europeo, en el que se afirma que “...el Tratado de la CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio Internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una comunidad de derecho”. Profundiza también sobre el tema del carácter constitucional del Tratado fundacional, Esteban Fernández, “La noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 40, 1994, p. 241.

ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una *comunidad de derecho* cual es la constituida en el Pacto Andino.⁸

Admitiéndose el carácter constitucional de los tratados fundacionales así como la sujeción a los principios que rigen el Estado de Derecho dentro del proceso de expedición de normativa comunitaria, los tribunales de justicia comunitarios, tanto en el ámbito andino como en el europeo, tienen a su cargo el control de legalidad, el mismo que puede ser considerado desde una doble perspectiva en el marco del ordenamiento jurídico comunitario:⁹ a) Control de legalidad en sentido estricto: Permite la verificación de la conformidad de los actos comparables a los actos administrativos nacionales con las normas que le sirven de fundamento; y, b) Control de la constitucionalidad: Posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los tratados constitutivos. Sobre este segundo punto, resultan ilustrativas las reflexiones del TAJ en sus consideraciones dentro del proceso Proceso No. 5-AN-97, República de Venezuela contra Resolución 430 de Junta y dictamen motivado 15-96:

...Como sistema para el control de la legalidad –la acción de nulidad– se asemeja a la acción de inconstitucionalidad o inexequibilidad, la que sin duda ha sido una de las mayores conquistas del derecho constitucional moderno, hasta el punto que se la considera, con toda razón, como el verdadero fundamento del llamado “Estado de Derecho”. Es en este sentido, es una acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos” (Fernando Uribe Restrepo, “El Derecho de la Integración en el Grupo Andino”, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 140).¹⁰

El recurso de anulación, previsto en los arts. 230 y 231 del TCE, es la vía procesal que permite al TJCE controlar la legalidad de los actos jurídicos obligatorios adoptados por las instituciones comunitarias europeas.¹¹ Por su parte, la acción de nu-

8. Esta sentencia ha sido recogida y reafirmada en lo posterior, por ejemplo, en la sentencia expedida el 24 de marzo de 1997, pronunciada en la acción de incumplimiento 3-AI-96 intentada por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela o en el Proceso 1-AN-96, de 15-IV-97. Ver el texto de estas providencias en www.comunidadandina.org/normativa/, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

9. A esta se refieren Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 235.

10. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

11. Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 236, señalan adicionalmente los mecanismos del recurso de omisión y de la excepción de ilegalidad como instrumentos de control de legalidad en la UE. Por su relevancia en el tema que se estudia, es conveniente referirse a la excepción de ilegalidad en el ámbito jurisdiccional comunitario europeo, que consiste en el procedimiento incidental establecido para permitir el control de la legalidad de un acto de alcance general en el marco de un litigio principal en el que se impugna una medida de aplicación de dicho acto. La excepción se explica por dos razones: la

lidad, prevista en los arts. 17 a 22 del Tratado del TAJ, “es sin lugar a dudas, el control de la legalidad del derecho comunitario derivado (Decisiones y Resoluciones) que se le ha conferido al Tribunal”.¹²

La función que cumple la acción de nulidad y el recurso de anulación ha hecho que se enfatice en su carácter objetivo, y que se los conceptualice como titulares del orden público, no susceptible de desistimiento o transacción. En el marco andino, encontramos varios pronunciamientos del TAJ sobre la naturaleza pública, de la acción de nulidad y el consiguiente carácter no transigible de las pretensiones envueltas en esta clase de acciones. Destacamos los siguientes:

- En sentencia de 2 de febrero de 2000, dentro del Proceso 24-AN-99, referente a la acción de nulidad interpuesta por la Compañía New Yorker S.A. en contra de las Resoluciones Nos: 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la CAN, el TAJ manifestó:

Por medio de dicha acción (acción de nulidad) se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base está constituida en las organizaciones estatales por la Constitución y en los ordenamientos comunitarios por los Tratados Fundacionales, se integra, además, con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales o comunitarias, en ejercicio de las competencias de que han sido investidos formal, funcional o materialmente. ...Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta –la intangibilidad de dicho ordenamiento– no resulte pasible de desistimiento o de transacción.¹³

- El mismo criterio se defendió en sentencia de 17 de agosto de 1998, *Contrachapados de Esmeraldas S.A., Codesa; Bosques Tropicales S.A. Botrosa; En-*

restringida legitimación activa de los particulares para interponer recursos de anulación contra los actos de alcance general y el reducido plazo previsto por el art. 230 para solicitar la anulación de un acto. Puede ejercitarse en medio de recursos por omisión, incumplimiento, responsabilidad extracontractual y frecuentemente en el de anulación. Sus efectos no son generales, sino para el caso particular.

12. Edgar Barrientos Cazazola, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, p. 91.

13. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

chapes Decorativos S.A., Endesa; y Plywood Ecuatoriana S.A., contra la Resolución No. 435 del 23 de octubre de 1996 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en el que se manifestó que "...Una vez iniciado el proceso, puede el Tribunal impulsarlo cuando se trate de dar cumplimiento a su deber de velar por el interés general de la Comunidad Andina".¹⁴

- En el Proceso 39-AN-2004, Empresa Sistema Satelital Andino Simón Bolívar Andesat S.A. E.M.A., contra las Decisiones 559 y 560 de la Comisión de la Comunidad Andina, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones sobre la naturaleza pública de la acción de nulidad:

Las normas comunitarias de derecho positivo que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se encuentran contempladas en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal. ... la acción de nulidad...es "acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos", como lo señala el tratadista Fernando Uribe Restrepo. (Fernando Uribe Restrepo, "El Derecho de la Integración en el Grupo Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 77, 140).

Por medio de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa inserta en el mencionado artículo 1 del Tratado de Creación.

Con relación a la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, el Tribunal ha expresado: "Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho ...

Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico". (Sentencia dictada en el proceso 23-AN-2002, publicada en la G.O.A.C. No. 991 del 2 de octubre de 2003, citando al proceso 1-AN-96, publicado en la G.O.A.C. No. 520 de 20 de diciembre de 1999)".¹⁵

14. *Ibidem.*

15. *Ibidem.*

El control de legalidad en el Derecho comunitario a través del recurso de anulación (UE) y ...

A continuación, se ofrece un análisis comparativo entre el recurso de anulación que puede proponerse en el ámbito europeo y la acción de nulidad que cabe en el esquema andino, como mecanismos centrales del control de legalidad en uno y otro medio. En este análisis, los aportes dados por los órganos judiciales comunitarios son un elemento fundamental.

ANÁLISIS COMPARADO

ACTOS IMPUGNABLES

UE	CAN
<ul style="list-style-type: none">• Actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo (art. 230 TCE).• Actos de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones ni dictámenes (art. 230 TCE).• Actos del Parlamento europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 230 TCE).• Acuerdos del Consejo de Gobernadores (art. 237.b).• Acuerdos del Consejo de Administración del BEI (art. 237.c).• En general, actos definitivos de instituciones comunitarias que tengan efectos y definitivos y que produzcan afección a terceros (jurisprudencia).	<ul style="list-style-type: none">• Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 17 TTAJ).• Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina (art. 17 TTAJ).• Resoluciones de la Secretaría General (art. 17 TTAJ).• Convenios de complementación del sector industrial (art. 17 TTAJ).

Notas sobre los actos impugnables vía recurso de anulación en el Derecho comunitario europeo

- En general, se ha considerado que pueden ser objeto de recursos de anulación los actos decisorios que producen efectos jurídicos frente a terceros, sean típicos o atípicos. En cambio, quedan excluidos las recomendaciones, los dictámenes, los actos preparatorios, las medidas de orden interior, los actos puramente confirmatorios y los negativos.¹⁶ También se excluyen convenios que

16. Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 520.

celebren las comunidades con terceros países,¹⁷ así como normas originarias de Derecho comunitario y normativa de los estados miembros.

- La línea del TJCE ha sido permitir la impugnación de actos que en su contenido sean generales, sin importar la denominación otorgada. Por ejemplo, se han admitido recursos de anulación contra actos de las instituciones denominados “códigos de buena conducta”.¹⁸ Inclusive declaraciones verbales han sido materia de recurso de nulidad. En sentencia de 9 de octubre de 1990, Francia vs. Comisión, se aceptó un recurso contra una declaración verbal del portavoz del comisario europeo encargado de las cuestiones de competencia.¹⁹ La sentencia de 11 de noviembre de 1981, IBM vs. Comisión, resume la posición del TJCE con relación al tema que es motivo de análisis:

Para determinar si las medidas impugnadas constituyen actos a efectos del artículo 173 (hoy 230) hay que atenerse a su contenido esencial. Siguiendo una jurisprudencia constante del Tribunal, constituyen actos o decisiones susceptibles de ser objeto de un recurso de anulación en el sentido del artículo 173 (230) las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios de forma que afecten a los intereses del demandante, modificando de forma apreciable la situación jurídica de éste. Por el contrario, la forma en que se adoptan los acuerdos o decisiones, es, en principio indiferente por lo que respecta la posibilidad de impugnación a través de un recurso de anulación.²⁰

- Adicionalmente, para permitir la impugnación de un acto comunitario se ha considerado que ni siquiera es necesario que tal acto haya sido producido con arreglo a las disposiciones del Tratado, pues caben impugnaciones de actos que se tomaron en virtud de competencias dadas por otras fuentes, como acuerdos internacionales.²¹
- Habiéndose revocado el acto impugnado, no procede pronunciarse sobre el recurso de anulación, aunque la parte que lo interpone, manifieste que tiene interés en que haya un pronunciamiento para evitar que un acto contrario al orden jurídico comunitario vuelva a repetirse. Así se Pronunció el TJCE en Sen-

17. Sin embargo, se acepta recurso de anulación “contra el acto sui géneris del Consejo o de la Comisión en el que se manifiesta el consentimiento de la Comunidad para concluir el tratado internacional”, según Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 237.

18. *Ibidem*, p. 237.

19. Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 237.

20. Ver el texto de estas providencias en <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

21. Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 521, citan sobre este punto la Sentencia del TJCE de 2 de marzo de 1994 (Parlamento Europeo vs. Consejo, asunto C-316/91).

tencia de Primera Instancia de 24 de octubre de 1997, asunto T-239/94, Association des aciéries européennes indépendantes (EISA) contra Comisión de las Comunidades Europeas, en los siguientes términos: “Según jurisprudencia reiterada, no procede pronunciarse sobre un recurso de anulación cuando la Decisión impugnada ha sido revocada, lo que la ha hecho inaplicable (véase, a título de ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1983, Ferriere San Carlo/Comisión, 75/83, Rec. p. 3123)”.²²

Notas sobre actos impugnables vía acción de nulidad en el Derecho comunitario andino

- Las modificaciones al Tratado de Creación del TAJ²³ ampliaron el número de actos susceptibles de ser anulados. Inicialmente, el art. 17 del Tratado de Creación del TAJ solo contemplaba a las decisiones de la Comisión y a las resoluciones de la Junta.
- Se han declarado admisibles las acciones contra Decisiones y Resoluciones de efectos temporales aún cuando se hubiere cumplido el término de su vigencia, como se expresa en sentencia de 17 de agosto de 1998, Contrachapados de Esmeraldas S.A., Codesa; Bosques Tropicales S.A. Botrosa; Enchapes Decorativos S.A., Endesa; y Plywood Ecuatoriana S.A., contra la Resolución No. 435 del 23 de octubre de 1996 de la Junta del Acuerdo de Cartagena:

En derecho comunitario andino es admisible la impugnación por vía de nulidad de las Decisiones y Resoluciones de efectos temporales aun cuando hubieren cumplido el término de su vigencia, ante la eventualidad de que las mismas puedan contener vicios de ilegalidad o de ilicitud capaces de ocasionar perjuicios susceptibles de indemnización, la cual podrá ser acordada solo a solicitud de parte oportunamente formulada y previa demostración de dichos daños...²⁴

- El TAJ ha considerado improcedente la acción de nulidad ante dictámenes de incumplimiento emitidos por la Secretaría General. El argumento del TAJ para rechazar la acción de nulidad frente a tales dictámenes está contenido en Sentencia proferida dentro del proceso 12-AN-99, del 24 de septiembre de 1999, caso Corpei, publicada en G.O.A.C. No. 520, del 20 de diciembre de 1999:

22. Ver página web de la UE, *supra* 20.

23. El 28 de mayo de 1996, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, los países miembros suscribieron el Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, reformas vigentes desde el 25 de agosto de 1999.

24. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

Desde el punto de vista sustancial, los dictámenes que emite la Secretaría General, dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial.²⁵

La posición explicitada en el fallo anterior constituye un giro a la jurisprudencia que el TAJ venía desarrollando. En gran medida, el giro se origina en un análisis de Derecho comparado, en el que se analizaron reflexiones aplicadas por el TJCE. En sentencia de 2 de febrero de 2000, dentro del Proceso 24-AN-99, referente a la acción de nulidad interpuesta por la Compañía New Yorker S.A. en contra de las Resoluciones Nos: 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, el TAJ manifestó:

particularmente en cuanto a la acción de incumplimiento se refiere ha destacado el rol que cumplen los dictámenes de la Secretaría General como presupuestos procesales de dicha acción, conceptualizándolos a la luz de lo que sobre ellos disponen las normas comunitarias andinas como las comunitarias europeas de las cuales proviene este instituto jurídico. Así mismo ha tratado de mostrar como tales dictámenes, independientemente de la forma en que se materialicen, son, por lo menos en el derecho comunitario europeo, actos no vinculantes, no pasibles de discusión judicial, por vía de anulación, ante los jueces comunitarios... Como consecuencia de lo anterior *el Tribunal, modificando anteriores posiciones que lo llevaron a admitir demandas en acciones de nulidad contra dictámenes emitidos por la Secretaría General, la presente entre ellas, se abstiene de fallar en el fondo la cuestión debatida y dará por terminado el presente proceso declarando que el acto sobre el cual versa la demanda no es susceptible de demanda en acción de nulidad.*²⁶

- A semejanza de lo ocurrido en Europa, el TAJ también se ha pronunciado por la prevalencia del análisis del contenido de los actos normativos que se impugnan sobre la forma o denominación que adopten. Esta posición ya se infiere de la posición jurisprudencial citada en el párrafo inmediato anterior, y se ratifica en sentencia de 16 de abril de 1997, dentro del Proceso 1-AN-96:

en síntesis, lo importante a destacar es, y así lo considera el Tribunal, que mediante la objetada actuación de la Junta, ella misma dispone, y en consecuencia, a juicio del Tribunal, RESUELVE, designar Coordinadores por lapsos inferiores a los previstos en la nor-

25. *Ibidem.*

26. *Ibidem.*

ma cuya aplicación, ella misma previamente también RESUELVE suspender. Se trata en suma, pese a su autodenominación “ACUERDO”, de una auténtica y verdadera RESOLUCION de la Junta, y así lo considera el Tribunal. Goza por tanto el acto así emitido de la naturaleza, y se encuentra sometida al régimen de las Resoluciones de la Junta.²⁷

LEGITIMACIÓN ACTIVA

UE ²⁸	CAN
<ul style="list-style-type: none"> • Estado miembro. • El Consejo. • La Comisión. <p>Estos tres son “demandantes privilegiados”, pues pueden solicitar la anulación de cualquier acto de las Instituciones, con independencia de que tenga carácter general o individual, o de que sea o no dirigido a ellos. No necesitan justificar perjuicio alguno.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Parlamento Europeo, Banco Central Europeo y Tribunal de Cuentas. <p>Disponen de legitimación limitada a la defensa de sus prerrogativas. En el caso del Parlamento el recurso se centra contra actos adoptados en violación de sus posibilidades de participación en el proceso decisorio.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Toda persona física o jurídica. <p>“Demandantes no privilegiados”, solo en estos supuestos:</p> <ul style="list-style-type: none"> * Decisiones de las que son destinatarios (multas, decisiones en materia de competencia). * Decisiones que, aunque revistan forma de reglamento, les afecten directa e individualmente. * Decisiones dirigidas a otros particulares o a estados miembros que les afecten directamente. <p>(Art. 230 TCE)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Países miembros. <p>Solo de Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo (art. 18 TTAJ).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. • Comisión de la Comunidad Andina. • Secretaría General. • Personas naturales o jurídicas.

27. *Ibidem*.

28. Esquemmatización tomada de Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueiras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, pp. 238 y 239.

Tanto en la UE como en la CAN, uno de los aspectos que mayor atención ha merecido ha sido el relativo a la legitimación de los particulares para interponer el recurso de anulación o ejercer la acción de nulidad, respectivamente.

Notas sobre la legitimación de particulares para interponer el recurso de anulación ante el TJCE

- Se ha reconocido la necesidad de tres requisitos para que un particular tenga legitimación activa para interponer el recurso de anulación:
 - i) **Afectación directa:** Es decir, surtir efectos directos sobre la situación jurídica del particular, sin que sea permisible confundir “afectación directa” con “aplicación directa”, esta última referida a la ausencia de necesidad para la emisión de normativa nacional para la aplicación de la normativa comunitaria. Este requisito no ha generado mayor controversia en el derecho comunitario europeo.
 - ii) **Afectación individual:** Es el requisito que mayor problemas ha generado y el que más ha restringido la limitación activa. En sentencia de 2 de abril de 1998, *Greenneace vs. Comisión*, C-321/95, se manifestó que “...para que un acto de alcance general afecte individualmente a un particular es necesario que su situación haya sido tomada en consideración en el momento de la adopción del acto y que el acto le afecte de forma individualizada y no de manera general y abstracta como a todas las demás personas que pudieran estar en la misma situación”.²⁹

Las restricciones con relación a este tema han generado que se enfatice en la excepción de ilegalidad antes que en el recurso de nulidad como mecanismo para evitar la indefensión de los particulares ante actos jurídicos comunitarios dictados contra derecho.

- iii) **Interés para ejercitar la acción:** Los particulares deben demostrar que la anulación del acto que se impugna mejoraría su situación. Este requisito no ha generado mayor dificultad, pues se asume que los destinatarios del acto obviamente cumplen este requisito, y los que no lo son, también lo cumplen si se reúnen los dos anteriores.

29. Ver página web de la UE, *supra* 20.

Notas sobre la legitimación de particulares para ejercer la acción de nulidad ante el TJA

- En el marco jurisprudencial andino es muy importante la flexibilización que se imprimió a la legitimación activa de particulares a través de las reformas de Cochabamba y la interpretación judicial. En la sentencia de 17 de agosto de 1998, Contrachapados de Esmeraldas S.A., Codesa; Bosques Tropicales S.A. Botrosa; Enchapes Decorativos S.A., Endesa; y Plywood Ecuatoriana S.A., contra la Resolución No. 435 del 23 de octubre de 1996 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, el TAJ se manifestó en los siguientes términos:

PRIMERO: En las acciones de nulidad interpuestas por las personas naturales o jurídicas contra Decisiones y Resoluciones andinas, *es suficiente acreditar a los fines de la legitimación activa, un interés legítimo consistente en que éstas les sean aplicables y les causen perjuicio en los términos del artículo 19 de su Tratado de creación, tal como han sido interpretados por la presente sentencia.* ...SEXTO: A pesar de haber sido declarada fundada la presente acción de nulidad, no se condena en costas a la demandada, por considerar el Tribunal que tuvo ésta motivos razonables para litigar, al haberse opuesto a la admisibilidad de la misma con fundamento en la jurisprudencia sentada por esta misma jurisdicción andina, *jurisprudencia hasta ahora restrictiva de la legitimación para recurrir, y que ha sido rectificada por el presente fallo ...*³⁰

La posición jurisdiccional restrictiva a la que se refiere el fallo de 17 de agosto de 1998, se fundamentaba en lo dispuesto por el Estatuto del TAJ, en virtud del cual se había considerado que para legitimar la intervención de particulares en la acción de nulidad se requería de presentación de prueba sobre la aplicación de la norma demandada y el perjuicio que ocasiona al demandante. La sentencia dentro del proceso 12-AN-99, del 24 de septiembre de 1999, caso Corpei, se refiere claramente a este supuesto:

En efecto, tiene definido de antaño el órgano judicial de la Comunidad que el ofrecimiento de la prueba respecto de la aplicación de la norma demandada y el perjuicio que irroga al demandante debe entenderse en su acepción de presentación, de aportación material y concreta de la misma, so pena de que, si al momento de admitirse la demanda el Juez Comunitario advierte que la prueba de dichas circunstancias no está presente o es insuficiente, no se le dé curso al proceso.³¹

A raíz de las reformas de Cochabamba, el TAJ ha enfatizado en la flexibilización de los requisitos para que particulares interpongan acciones de nulidad. Un análisis

30. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

31. *Ibidem*.

detallado sobre el tema puede observarse en la sentencia emitida en el Proceso 14-AN-2001, Acción de Nulidad interpuesta por el abogado César Moyano Bonilla, contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486, con fecha 1 de febrero de 2002. En esta sentencia, el TAJ analizó la evolución positiva que ha experimentado en el seno de la CAN la posibilidad de que particulares interpongan acciones de nulidad, y aceptó la acción interpuesta por un abogado, admitiendo que desde su condición de ciudadano y profesional del Derecho, tiene interés en un adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico andino. Por la importancia del pronunciamiento del Tribunal en este caso, se transcribe en extenso la parte pertinente de la sentencia:

En efecto, debe recordarse que en el auto citado se dijo textualmente en los considerandos que le sirvieron de motivación: “Que el espíritu de las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba al Tratado originario de Creación del Tribunal, reflejado en forma concreta en temas específicos como en el caso presente sobre la intervención de los particulares ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad en materia de acciones de nulidad, persigue ampliar su participación según la nueva concepción contenida en la norma del artículo 19”. Recogió en esta motivación el Tribunal uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino cuál 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 inactividad. En el caso concreto de la acción de nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas “afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. La norma vigente es pues, mucho más abierta que la del Tratado original, al manifestar qué tipo de elemento jurídico, objeto de garantía, se puede afectar al particular, esto es, bien sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos. El accionante alegó, y demostró a juicio del Tribunal, la afectación en cuanto a su interés legítimo, basando su fundamento para accionar en nulidad de los artículos demandados en el interés legítimo que expresó tener en su condición de abogado en ejercicio de su profesión y de ciudadano sujeto al régimen jurídico establecido en las normas comunitarias objeto de la demanda. Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo

posiblemente afectado pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta solo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores acreditantes de la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo. El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares “tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino”; en segundo lugar, “porque como abogado tiene interés en el mantenimiento, respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no solo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal “los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo”. Este razonamiento fue suficiente para que el Tribunal diera por cumplido el requisito del artículo 19 del Tratado y se le considerara como legitimado para accionar en la presente causa, condición que ahora ratifica antes de pasar a la expedición de la sentencia”.³²

MOTIVOS DE ANULACIÓN

UE	CAN
<ol style="list-style-type: none"> 1. Incompetencia. (Cabe recurso de oficio). 2. Vicios sustanciales de forma. (Cabe recurso de oficio). <ul style="list-style-type: none"> * Defecto de motivación o falta de motivación suficiente. * Incumplimiento de obligación de consulta de alguna Institución con carácter previo a la emisión del acto. * Violación de garantías en procedimientos contradictorios de carácter sancionador. * Errónea determinación de la base jurídica del acto. <ol style="list-style-type: none"> 3. Violación del tratado o de <i>cualquier otra norma jurídica</i> relativa a su ejecución. (Debe invocarse por demandante, y es la causal más importante). 4. Desviación de poder. (Deben invocarse por demandante). (Art. 230 TCE) 	<ul style="list-style-type: none"> • Adopción de Decisiones, Resoluciones y Convenios en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, e incluso por desviación de poder. <p>(Art. 17 TTAJ)</p>

32. *Ibidem*.

Notas sobre causales para interponer el recurso de anulación ante el TJCE

- El TJCE ha interpretado la expresión “cualquier otra norma jurídica” contenida en el numeral tercero del art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea, comprendiendo dentro de la misma: disposiciones de Derecho Comunitario Originario; normas de Derecho derivado con fuerza vinculante de rango superior; tratados internacionales y normas de Derecho internacional vinculantes para la UE; principios generales de Derecho; y adicionalmente, sentencias del TJCE, ya que éstas tienen autoridad absoluta y fuerza obligatoria.³³
- Se ha interpretado que en el numeral cuarto, que habla sobre “desviaciones de poder” para la interposición del recurso de anulación, se refiere al hecho de que una autoridad administrativa emplee sus atribuciones con una finalidad distinta de aquella para la cual le fueron concedidas, siendo en la práctica una causal que produce pocas sentencias de anulación, pues se requieren indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que se ha producido para eludir un procedimiento específicamente establecido en el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso.³⁴ El TJCE en sentencia de 17 de julio de 1997, dijo al respecto: “Según reiterada jurisprudencia, constituye una desviación de poder la adopción por una institución comunitaria de un acto con el fin exclusivo o, al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento establecido por el tratado para hacer frente a las circunstancias del caso”.³⁵

Notas sobre causales para interponer la acción de nulidad ante el TJA

- El TAJ ha mantenido un criterio amplio, descartando una interpretación formalista y atendiendo a la naturaleza del recurso, lo que se orienta a un control más efectivo de la legalidad. En sentencia de 13 de octubre de 2002, dentro del Proceso 01-AN-98, sobre la acción de nulidad interpuesta por la República de Colombia contra las Resoluciones 476 del 14 de mayo de 1997 y 505 del 23 de julio de 1997 emanadas de la Junta del Acuerdo de Cartagena, el TAJ manifestó lo siguiente:

33. Ver Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 525.

34. *Ibidem*.

35. *Ibidem*.

Conforme a lo expresado por la jurisprudencia andina, los motivos de impugnación en un proceso de nulidad son “todos aquellos que puedan afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto” (Sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela). Estas causales de anulación han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de éste (Ver al respecto, caso Contrachapados de Esmeraldas S.A. y otros, proceso 04-AN-97, ya citado). ...

En este mismo proceso se conoció el tema de la falta de motivación para interponer la acción de nulidad, en los siguientes términos:

La demandada ha alegado durante el curso del proceso que la falsa o errónea motivación no es una causal expresamente contemplada en el ordenamiento jurídico andino... A juicio del Tribunal, el vicio derivado de la carencia de una efectiva motivación –sea como resultado de un error de derecho (por falta de base legal o por un error en la aplicación o interpretación de la norma) o de una inexactitud o incorrecta calificación de los hechos, así como también de una ausencia, o insuficiencia en la motivación– *sí constituye causal de impugnación...*³⁶

CONCLUSIONES

- La existencia de mecanismos eficientes de control de la legalidad es un elemento indispensable para posibilitar la vivencia de los postulados de una comunidad de derecho. El papel de los tribunales de justicia comunitarios, tanto a nivel europeo como andino ha sido trascendental en este ámbito.
- El TAJ ha tomado como una importante fuente de referencia los avances en el entendimiento del Derecho comunitario exteriorizados a través de los fallos del TJCE. Tal situación se evidencia, por ejemplo, en el giro jurisprudencial que se ha producido en el ámbito andino con relación a la admisibilidad de acciones de nulidad sobre dictámenes de cumplimiento expedidos por la Secretaría General.
- La consideración de actos sobre los que es posible interponer el recurso de anulación ha sido interpretada de forma más amplia por el TJCE que por el

36. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

TAJ. En Europa, por ejemplo, se ha admitido este recurso inclusive contra declaraciones verbales y códigos de conducta. El TAJ ha tendido a ceñirse más rigurosamente al tenor literal de las normas en este aspecto, en consideración a la concepción predominante sobre “acto administrativo”.

- En cuanto a la posibilidad de participación de los particulares para ejercitar la acción de nulidad, en la CAN se ha experimentado un avance positivo, motivado por las reformas de Cochabamba al Tratado de Creación del TAJ, y por la interpretación jurisprudencial sobre el tema. El entendimiento de la legitimación activa de particulares para interponer la acción de nulidad ante el TAJ es mucho más amplio del que se observa en Europa. Este aspecto positivo, pues permite un mayor acercamiento entre los nacionales de los estados y la normativa comunitaria, y una mayor posibilidad de defensa de los derechos de los particulares.
- En uno y otro ámbito hay una marcada tendencia a dar prevalencia al contenido de los actos comunitarios sobre su forma o denominación, lo cual es beneficioso en el intento de evitar distorsiones en la vivencia de la normativa comunitaria.
- Bajo la jurisdicción del TJCE se ha desarrollado más el criterio de intervención de oficio del tribunal de justicia comunitario para precautelar la legalidad. En el medio andino es necesario enfatizar en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

Barrientos Cazazola, Edgar, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, en *La integración, el Derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.

Díaz Roca, Rafael, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

Dromi, Roberto, Miguel Ekmekdjian y Julio Rivera, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Sistemas de Integración, Régimen del Mercosur / Ciudad Argentina, 1996, 2a. ed.

Isaac, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel, 1993, 2a. ed.

Mangas Martín, Araceli, y Diego Liñan Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

Meisel Lanner, Roberto, *Tribunal Andino de Justicia: antecedentes, creación legal y procedimiento ante ese organismo de jurisprudencia*, Bogotá, Librería del Profesional, 1988, 1a. ed.

Mengozzi, Paolo, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000.

Montaño Galarza, César, "Constitución del Ecuador e integración andina", artículo inédito, Quito, 2002.

Pico Mantilla, Galo, *La integración, el Derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.

Sáenz de Santamaría, Andrés, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, 2a. ed.

Tangarife, Marcel, "Sistema jurisdiccional en el proceso andino", en *Integración y supranacionalidad*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina / Programa de Cooperación Andina a Bolivia/PCAB, 2001, 1a. ed.

Páginas web

www.curia.eu.int/es/pres/comp.htm, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

www.comunidadandina.org, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.