

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU RELEVANCIA EN EL ARBITRAJE NACIONAL EN COLOMBIA

Alfredo Fuentes Hernández

afuentes@fuenteshernandez.com

www.fuenteshernandez.com

Bogotá, 27 de septiembre de 2018

**LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU
RELEVANCIA EN EL ARBITRAJE NACIONAL EN COLOMBIA****CONTENIDO**

INTRODUCCIÓN	3
I. ALCANCES DEL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA CAN	5
A. EL ORIGEN SUPRANACIONAL DEL DERECHO DE LA COMUNIDAD ANDINA.....	5
B. EL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COMUNIDAD ANDINA.....	9
II. EVOLUCIÓN Y ALCANCES DE LA COMPETENCIA DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA	11
A. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA	11
B. DESARROLLOS DEL MARCO JURÍDICO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA.....	13
III. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE “JUEZ NACIONAL” EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.....	19
A. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS QUE EJERCEN FUNCIONES JURISDICCIONALES	19
B. JUSTICIA ARBITRAL.....	22
IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA	24
A. ¿LOS ÁRBITROS ESTÁN FRENTE A CONSULTAS PREJUDICIALES “FACULTATIVAS” U “OBLIGATORIAS”?	24
B. ¿CUALES IMPLICACIONES SE DERIVAN DE NO CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÁRBITROS EN DERECHO?	28
1. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA Y DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE CONSECUENCIAS DE ANULACIÓN DE UN LAUDO POR LA INOBSERVANCIA DE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÁRBITROS EN COLOMBIA	29
2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA Y DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE CONSECUENCIAS DE ANULACIÓN DE UN LAUDO POR OMITIR LOS ÁRBITROS LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.....	33
V. INTERROGANTES JURÍDICOS A CONSIDERAR POR LOS ÁRBITROS EN CUANTO A SOLICITAR, O NO, LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL, Y SUS IMPLICACIONES EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN.....	35
VI. INDICADORES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y SUS EFECTOS EN EL PROCESO ARBITRAL.....	44
A. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LAS ACCIONES ANTE EL TRIBUNAL Y MATERIAS JURÍDICAS CUBIERTAS.....	44
B. LA DURACIÓN DEL TRÁMTE DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO ARBITRAL.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	47

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU RELEVANCIA EN EL ARBITRAJE NACIONAL EN COLOMBIA

Alfredo Fuentes Hernández¹

INTRODUCCIÓN

En procura de la interpretación de las normas supranacionales de derecho comunitario que deban aplicarse o controvertirse en los procesos judiciales internos de los Países Miembros, se estableció la denominada *interpretación prejudicial* como una competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los artículos 32 a 36 de su Tratado de Creación en 1996. Esta competencia había sido inicialmente atribuida, en 1979, al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en 1979. En ambos casos, se trata de una figura “trasplantada” del derecho de la integración europea, si se tiene en cuenta que hace 67 años, en 1951, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA le asignó a su Tribunal de Justicia una competencia con algunos rasgos similares y, posteriormente, al crearse la Comunidad Económica Europea en 1957 se le introdujeron algunas modificaciones que, a la postre, la convirtieron en la competencia más importante de control jurisdiccional en el derecho comunitario europeo.

En la Comunidad Andina la interpretación, prejudicial busca permitir un diálogo entre los jueces nacionales de los países andinos y el juez comunitario, donde la legitimación activa le corresponde a los primeros, quienes solicitan al Tribunal de Justicia la interpretación de normas relevantes del ordenamiento jurídico andino en el curso de un proceso interno, con el objeto de que éste emita su interpretación y se garantice, de esta manera, que el derecho comunitario goce de interpretación uniforme en todo el territorio la Comunidad. En nuestro caso, esta competencia también se ha erigido en la más representativa del Tribunal andino, en la medida en que, desde su creación, ha representado más del 95% de la carga de trabajo de los jueces del Tribunal comunitario.

Las normas que la regulan ponen de presente que la inobservancia de la obligación de efectuar las consultas prejudiciales, o de aplicar en las sentencias de los jueces nacionales las interpretaciones que emita el Tribunal, puede repercutir en la posibilidad de que el País Miembro donde se emitió la sentencia sin el lleno de las exigencias de la interpretación, sea declarado en incumplimiento de las normas supranacionales de la Comunidad. Además, estas sentencias podrían estar viciadas y, eventualmente, ser anuladas o revisadas de conformidad con las normas procesales del derecho interno.

En este contexto, la interpretación prejudicial ha sido objeto de creciente atención por parte de la justicia arbitral en Colombia, en la medida en que los árbitros, al actuar como “jueces nacionales” habilitados para impartir justicia en relación con un conflicto concreto, deben ajustarse a tales exigencias. Este artículo está dirigido fundamentalmente a la comunidad arbitral en aras de contribuir a examinar los alcances supranacionales de la figura y a debatir algunas de las implicaciones y problemas jurídicos que plantea su aplicación como requisito en el laudo arbitral.

¹ El autor es Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes, Master of Laws en Harvard Law School, y Master in Economics en Boston University. Ha sido Secretario General de la Comunidad Andina, y Director General del área jurídica de la Secretaría General. Ejerce como Arbitro de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Santa Marta. Miembro del Comité Colombiano de Arbitraje. Profesor de la Maestría en Derecho Privado en la Universidad de Los Andes sobre Tratados y Arbitraje de Inversión. Actualmente Director de la firma de asesoría jurídica *Fuentes Hernández Asesores SAS*. El autor agradece los comentarios recibidos del Doctor Yecid Andrés Ríos Pinzón y del Doctor Jorge Antonio Quindimil López; así como los valiosos interrogantes y problemas jurídicos planteados por el Doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía que dieron lugar al desarrollo de varias secciones de este escrito. El artículo solo compromete la opinión del autor.

En la primera parte del artículo se pretende ubicar la interpretación prejudicial dentro del marco del ordenamiento jurídico supranacional de la Comunidad Andina y sus efectos en el derecho interno de Colombia, en consistencia con la Constitución Política de Colombia. Así mismo, se examinan los alcances del “*sistema de administración de justicia descentralizada*” que se ha adoptado en la Comunidad, en el cual, además de los países y los entes de derecho público y comunitario, los particulares, personas naturales o jurídicas, están legitimados como accionantes en dicho sistema. Igualmente, se explica cómo, además del órgano judicial comunitario, los jueces nacionales de cada país tienen competencia para conocer de ciertas reclamaciones por violación del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

La segunda parte resume algunos antecedentes de la cuestión prejudicial en la integración europea, y desagrega seguidamente las características del marco jurídico y jurisprudencial aplicable a la interpretación prejudicial en la subregión andina, indagando, entre otros aspectos, por su naturaleza jurídica, contenidos de los pronunciamientos del Tribunal, y obligaciones que asume la autoridad judicial consultante, al igual que las consecuencias de su incumplimiento.

En el tercer capítulo se pone de presente cómo, a pesar de que el artículo 33 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se refiere a su competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial de “*jueces nacionales*”, el concepto de funcionarios legitimados para hacer la consulta se ha ampliado en el tiempo en la jurisprudencia del Tribunal comunitario. Por un lado, en cuanto se refiere a funcionarios que ejercen funciones jurisdiccionales, desde 1993 éste ha sostenido que el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos administrativos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna. Por otro lado, en especial a partir del año 2011, el Tribunal comunitario desarrolló ampliamente su criterio en cuanto a que los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia, por lo cual, para los efectos de la norma comunitaria deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.

La cuarta parte aborda, en primer lugar, las razones por las cuales, en el marco de la Ley 1563 de 2012, los árbitros están compelidos a aplicar la denominada *Consulta obligatoria* regulada en el artículo 123 del Reglamento de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, siempre que en cualquier proceso arbitral deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino. En contraste, se ilustra brevemente el enfoque dado a la justicia arbitral en la Unión Europea, donde no se considera que los árbitros estén, en general, legitimados para solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia comunitario, por no cumplir éstos con ciertas características materiales de los “*órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros*”, en el marco del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

También, en el capítulo cuarto se examina jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Consejo de Estado con el fin de explorar las consecuencias de infracción al debido proceso y posible nulidad del laudo que pueden derivarse de no hacer la consulta obligatoria, luego de que los árbitros hayan resuelto sobre su propia competencia para decidir el fondo de la controversia. Al respecto se explica cómo, por vía jurisprudencial, se adicionaron nuevas causales del recurso de anulación de laudos regulado por el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, ante la inobservancia de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, o ante el incumplimiento de la obligación de adoptar en el laudo arbitral la interpretación prejudicial que en pueda proferir el Tribunal comunitario.

La quinta parte de artículo aborda la discusión de algunos problemas jurídicos que deben considerar los árbitros en Colombia al momento de solicitar, o no, la interpretación prejudicial en el proceso arbitral, y las implicaciones que podrían desprenderse en materia del recurso extraordinario de anulación. Al respecto, dado que la interpretación prejudicial en sede arbitral en derecho es *obligatoria*, y constituye un presupuesto procesal del laudo, el artículo aborda la discusión de los siguientes interrogantes: (i) ¿si en todos los trámites arbitrales en que se ponga de presente una o más disposiciones del ordenamiento jurídico de la comunidad andina, deben los árbitros hacer la consulta?; y (ii) ¿si en el proceso arbitral ninguna de las partes, ni los propios árbitros entran a controvertir dichas disposiciones, pueden las partes invocar, posteriormente, la causal de anulación del laudo por no haberse solicitado la interpretación prejudicial?

En el último capítulo se presentan algunos indicadores estadísticos que confirman que luego de cerca de 40 años de haberse erigido la interpretación prejudicial como una de las competencias de los Tribunales de Justicia del Acuerdo de Cartagena y de la Comunidad Andina, la casi totalidad de la carga de trabajo de los jueces comunitarios se explica por el trámite de estas consultas. En cuanto a las normativas andinas objeto de solicitudes de interpretación prejudicial, se encuentra que las áreas jurídicas de la propiedad intelectual y la promoción de la libre competencia han sido las materias principalmente consultadas por los jueces de los países; no obstante, en este capítulo se relaciona otro conjunto de Decisiones de los órganos de la Comunidad cuyas disposiciones suelen ser fuente de solicitudes de interpretación. También, se pone de presente que, de las consultas prejudiciales presentadas por árbitros en Colombia, la casi totalidad han provenido de tribunales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, las que en su mayoría correspondieron a interpretaciones prejudiciales relacionadas con aspectos del derecho de telecomunicaciones.

Finaliza este capítulo con la presentación de información sobre los tiempos procesales que está insumiendo la interpretación prejudicial en los casos de tribunales arbitrales, desde su solicitud por el Tribunal arbitral, hasta la emisión de una sentencia interpretativa por parte del Tribunal de Justicia. Ello teniendo en cuenta el plazo consagrado en el artículo 126 del Estatuto del TJCA.

I. ALCANCES DEL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

A. EL ORIGEN SUPRANACIONAL DEL DERECHO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Para alcanzar los objetivos de integración subregional establecidos en el Acuerdo de Cartagena, los Países Miembros acordaron, desde su creación en 1969, contar con un derecho comunitario que garantizara la efectividad y el cumplimiento de las decisiones y acuerdos que se suscribieran en relación con las materias transferidas para regulación en el ámbito comunitario. Con la adopción del Protocolo de Trujillo, en marzo de 1996, que reformó el Acuerdo de Cartagena y creó la Comunidad Andina (CAN), y del Protocolo de Cochabamba, en mayo de 1996, que aprobó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA),² se estableció el denominado *Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina*.³ Este se caracteriza por su

² El Protocolo de Cochabamba modificó el “*Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*”, precisó los alcances del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y reguló sus competencias. Ver Tratado en www.tribunalandino.org.ec.

³ De acuerdo con el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA, el **ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende**: a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) las normas del propio Tratado

autonomía y aplicación directa y uniforme en todos los países miembros de la Comunidad, y por gozar de una posición de jerarquía respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Países Miembros, y de las normas de derecho internacional aplicables sobre las mismas materias.

La jurisprudencia del TJCA ha consolidado como principio fundamental del ordenamiento jurídico andino el de *Primacía del Derecho Comunitario Andino*, el cual se refuerza a su vez en otros principios, a saber, el de *Aplicabilidad Inmediata*; el de *Eficacia Directa*, y el de *Autonomía*, con los siguientes alcances:⁴

1. **Aplicabilidad inmediata:** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina **obligan** a los Países Miembros **desde la fecha en que sean aprobadas**, tal como lo determina el artículo 2 del Tratado de Creación del TJCA.
2. **Eficacia directa:** Las Decisiones de la Comisión o del Consejo de Ministros y las Resoluciones de la Secretaría General serán **directamente aplicables** en los Países Miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, según lo consagra el artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA. En virtud de esta aplicabilidad directa, dicha normatividad pasa a formar parte del ordenamiento de cada uno de los países andinos de forma directa, sin requerir de ningún tipo de instancias intermedias -ni legislativas, ni ejecutivas, ni judiciales-, con lo cual surte el efecto de generar derechos y obligaciones para todos los habitantes de la Comunidad, tanto en sus interrelaciones como particulares, como con los Estados y los órganos de la Comunidad, en el ámbito de las materias reguladas por el derecho comunitario.⁵
3. **Primacía:** La “*primacía del ordenamiento jurídico andino*” implica que las normas de dicho ordenamiento prevalecen sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse a él medidas o actos jurídicos unilaterales de los países. En desarrollo de este principio fundamental, los Países Miembros están *obligados a adoptar* en el derecho nacional las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino; y están igualmente *obligados a no adoptar* ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación, tal como lo consagra el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA.⁶

En la eventualidad de contradicciones entre los ordenamientos nacionales y el comunitario, abundante jurisprudencia del Tribunal ha reiterado que “*en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma*

y sus Protocolos Modificatorios; c) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, e) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia Interpretación Prejudicial, PROCESO 120-IP-2012. Pg.5. 6 de febrero de 2013

⁵ Kaune Arteaga, Walter “*La necesidad de la integración y el orden y el ordenamiento jurídico comunitario*”. Publicado en TJCA, “**Testimonio Comunitario**”. Quito, agosto de 2004. Pg.67. Ver también a este respecto: TJAC, Proceso 2-N-86 publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No.21 de 15 de julio de 1987.

⁶ Esta posición de jerarquía del Ordenamiento Jurídico andino se manifiesta en que goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros e incluso respecto de las normas de derecho internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, PROCESO 111-IP-2014. Quito, 23 de septiembre de 2014. Pg.5.

*situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional”.*⁷

4. **Autonomía:** El ordenamiento jurídico comunitario constituye un verdadero sistema jurídico con características de coherencia y unidad, con principios y reglas estructurales que emanan de él mismo, sin derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.⁸ El TJCA, acerca de este principio de autonomía ha manifestado lo siguiente:

“(…) el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado Constitutivo de la Comunidad. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad –tanto el primario como el derivado- no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional, de dichos Países. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales”. (Proceso 01-AI-2001. Sentencia de 27 de junio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 818, de 23 de julio de 2002).

Las características enunciadas del ordenamiento jurídico supranacional de la Comunidad Andina y sus efectos en el derecho interno de Colombia, guardan consistencia con la Constitución Política de Colombia que dispone el compromiso de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (Preámbulo); la orientación de la política exterior hacia la integración con los países de Latinoamérica y el Caribe (artículo 9); y la promoción de la integración -económica, social y política-, con los países de América Latina y el Caribe mediante la celebración de tratados que, sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen *organismos supranacionales* (artículo 227). La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 323 de 1996 que aprobó el Protocolo de Trujillo, con el cual se creó la Comunidad Andina, señaló en sentencia C-231 de 1997:

*“Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”.*⁹

⁷ Ibid. PROCESO 111-IP-2014. Pg.5. Dicha posición ha sido reiterada en suficiente jurisprudencia de este Honorable Tribunal: Proceso 118-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; Proceso 117-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1156, de 10 de mayo de 2005; Proceso 43-AI-2000. Sentencia de 10 de marzo de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079, de 7 de junio de 2004; Proceso 34-AI-2001. Sentencia de 21 de agosto de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839, de 25 de septiembre de 2002; Proceso 7-AI-98. Sentencia de 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, de 4 de octubre de 1999; Proceso 2-IP-90. Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990; Proceso 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998; Proceso 02-AN-86. Sentencia de 16 de abril de 1986, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21, de 15 de julio de 1987, entre otras.

⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia Interpretación Prejudicial, PROCESO 120-IP-2012. Pg.5. 6 de febrero de 2013

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-231 de 1997. Revisión de la Ley 323 de 1996 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena suscrito en Trujillo el 10 de marzo de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, mayo 15 de 1997.

En la misma sentencia, la Corte subrayó las características supranacionales del derecho derivado de la integración andina, adoptado en desarrollo de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por ciertos organismos supranacionales que adquieren la competencia de legislar ciertas materias que les han sido transferidas para su regulación de manera uniforme en todos los países miembros. Más específicamente se refiere a esta normatividad así:

“(...) esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como preemption- a la norma nacional”.¹⁰

Igualmente, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 457 de 1998, aprobatoria del Protocolo de Cochabamba que creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte, en sentencia C-227 de 1999 señaló respecto a los artículos 2, 3 y 4 de este Protocolo, que constituyen los pilares básicos de la supranacionalidad en la Comunidad Andina, lo siguiente:

“La sujeción del Estado colombiano a los órganos supranacionales implica, necesariamente, que sus disposiciones sean aplicables directamente en el ordenamiento interno, tal como lo dispone el artículo 3° del Tratado (...). Ahora bien, en los artículos 2 y 3 del Tratado se establece una distinción entre la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de las normas derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se dispone que las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores obligan a los estados miembros a partir de su decisión, en tanto que su aplicabilidad interna se difiere a su publicación. (...) los gobiernos de los Estados miembros (...) al momento de adoptarse la decisión están en pleno conocimiento del contenido normativo convenido. No ocurre lo mismo con los particulares, quienes requieren de la publicidad para conocer de tales decisiones. (...)”

El artículo 4 del Tratado establece que los estados miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y, por consiguiente, no podrán tomar decisiones que impidan la efectividad de tal ordenamiento. El Tribunal Andino de Justicia ha señalado, al referirse a este artículo y como claramente se infiere de la disposición, que en ella se consagra el principio pacta sunt servanda, el cual, en el contexto de la supranacionalidad, supone que el derecho comunitario tiene prevalencia sobre el derecho interno, esto es, que toda norma interna o nacional contraria a dicho ordenamiento resulta derogada con la expedición de una norma comunitaria o no es aplicable dada la existencia de esta última”.¹¹

¹⁰ Ibid. En este caso la Corte cita lo dicho en la Sentencia C-137 de 1996.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 1999. Revisión de la Ley 457 de 1998 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena’, suscrito en la ciudad de Cochabamba (Bolivia) a los veintiocho (28) días del mes de mayo de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá abril 14 de 1999.

B. EL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

La obligación de aplicar el derecho derivado de la integración en la Comunidad Andina y de actuar como garante de la primacía del mismo, no solo le corresponde al Tribunal de Justicia comunitario, sino a todos los Jueces nacionales de los Países Miembros, ante quienes, en virtud de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias, cualquier ciudadano comunitario o el Estado mismo puede invocar la aplicación preferente de dicho ordenamiento. Estamos, entonces, ante un “*sistema de administración de justicia comunitaria descentralizado*” donde los particulares -y no solo los Países Miembros y los órganos de la Comunidad- pueden exigir judicialmente, ante los órganos comunitarios y ante los jueces nacionales, el cumplimiento de las obligaciones y restablecimiento de los derechos consagrados en el ordenamiento andino.¹²

En este sistema judicial descentralizado, la legitimación como accionantes de los particulares de los Países Miembros, y de los entes de derecho público y comunitario, se manifiesta en el ejercicio de las diferentes acciones consagradas en el Tratado del TJCA. Así mismo, para cada una de estas acciones se regulan las respectivas competencias de los jueces nacionales y/o del Tribunal comunitario para resolver las reclamaciones presentadas, así:

- ❖ En el caso de la denominada **Acción de Nulidad**¹³, la competencia de ejercer el control de legalidad de la adopción de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina¹⁴ -dictadas con posible violación de dicho ordenamiento-, está exclusivamente a cargo del TJCA, cuando se presentan impugnaciones de parte de los países, de los órganos de la Comunidad¹⁵, o de los particulares personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.
- ❖ En la **Acción de Incumplimiento**¹⁶ la competencia de verificar si un País Miembro ha incumplido las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino, está a cargo del TJCA y también de los jueces nacionales. La acción ante el TJCA puede ser ejercida por los países, los órganos del Acuerdo, y por las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos.¹⁷ La acción ante los jueces nacionales competentes puede ser ejercida por las personas naturales o jurídicas, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, frente a un incumplimiento de un País Miembro que afecte sus derechos.¹⁸ Ahora bien, la acción ejercida ante el Tribunal comunitario por una persona natural o jurídica excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la acción ante un tribunal nacional, por la misma causa.¹⁹

¹² Baldeón, Genaro, “*La Competencia de Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”. Publicado en Universidad de Margarita, JORNADA SOBRE DERECHO SUBREGIONAL ANDINO. Primera Edición, octubre de 2003. Colección Eventus.

¹³ Artículos 17 a 22 del Tratado de Creación de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁴ En este caso se trata de la adopción de Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; de las Resoluciones de la Secretaría General, y de los Convenios de Complementación Industrial

¹⁵ Los órganos de la Comunidad referidos son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina (órganos “legislativos”) y la Secretaría General (órgano “ejecutivo”).

¹⁶ Artículos 23 a 31 del Tratado de Creación de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁷ Para ejercer la acción de incumplimiento ante el TJCA se requiere agotar inicialmente la denominada “fase prejudicial” de la acción, ante la Secretaría General, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Decisión 623 de 2005 para el caso de las personas naturales o jurídicas.

¹⁸ Artículo 31 del Tratado del TJCA.

¹⁹ Artículo 25 del Tratado del TJCA.

Una vez dictada una sentencia de incumplimiento por el TJCA, esta constituye título legal y suficiente para solicitar la indemnización de perjuicios que correspondiere, y para ello los jueces nacionales están facultados para el conocimiento de demandas presentadas por cualquier persona natural o jurídica cuyos derechos hayan resultado afectados por el incumplimiento declarado por sentencia.²⁰

- ❖ En cuanto a la **Interpretación Prejudicial**²¹, que será tratada en más detalle en este informe, se trata de una competencia atribuida exclusivamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, siempre que un juez de cualquiera de los Países Miembros, que conozca un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le solicite a dicho Tribunal comunitario la interpretación sobre el alcance de dichas normas.
- ❖ En el denominado **Recurso por Omisión o Inactividad**,²² la competencia de verificar si los órganos “legislativos” o “ejecutivo” de la Comunidad se abstuvieron de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico andino, le corresponde exclusivamente al TJCA, y puede ser ejercida por los países, por los órganos del Acuerdo y por las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.
- ❖ En el caso de la denominada **Función Arbitral**,²³ tanto el Tribunal como la Secretaría General podrían, en determinados casos regulados en el Tratado, dirimir mediante arbitraje ciertas controversias que le sometan los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, o los particulares, respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico andino. Una vez el TJCA o la Secretaría General emitan sus correspondientes laudos, estos serán obligatorios e inapelables y constituyen título legal y suficiente para solicitar su ejecución ante los Jueces nacionales, conforme las disposiciones internas de cada País Miembro.

De esta manera, los **jueces nacionales** de los cuatro Países Miembros cumplen el importante papel de asumir determinadas competencias regladas por el derecho de la Comunidad Andina en sus respectivos territorios, en las siguientes circunstancias:

En la Acción de Incumplimiento:

- (i) Cuando personas naturales o jurídicas acudan directamente ante ellos frente a situaciones de posibles incumplimientos de sus países del ordenamiento jurídico de la Comunidad, ya sea por conductas de acción u omisión.
- (ii) Cuando, dictada una sentencia de incumplimiento por el TJCA, asuman el conocimiento de demandas de cualquier particular dirigidas a la indemnización

²⁰ Artículo 30 del Tratado del TJCA. Artículo 109 del Estatuto del TJCA (Decisión 500 de 2001).

²¹ Artículos 32 a 35 del Tratado del TJCA.

²² Artículo 37 del Tratado del TJCA.

²³ Artículos 38 y 39 del Tratado del TJCA. La Función arbitral no ha sido desarrollada en la Comunidad.

de daños y perjuicios que se hayan podido generar por el incumplimiento identificado en la sentencia del Tribunal comunitario.

- (iii) Cuando dictado un Laudo arbitral por el TJCA o por la Secretaría, se busque su ejecución en la jurisdicción nacional, conforme a las disposiciones procesales internas.

En la Interpretación Prejudicial:

Cuando, en cualquier litigio nacional entre particulares o entre estos y el Estado, en el cual se controvierta o deba aplicarse en la sentencia alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el juez nacional cumpla con la obligación establecida en el Tratado de solicitar al TJCA, de oficio o a petición de parte, la interpretación de los alcances de dicha norma, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de toda la Comunidad.

II. EVOLUCIÓN Y ALCANCES DE LA COMPETENCIA DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

A. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

La interpretación prejudicial, como se señalaba en la sección anterior, constituye una de las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en la práctica, se ha convertido en la más importante de ellas. Como se ha dicho, en su ejercicio el Tribunal comunitario cumple la atribución exclusiva de interpretar, por vía prejudicial y a solicitud de un juez nacional, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, “*con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros*”.²⁴

Se trata de una figura “trasplantada” del derecho de la integración europea cuando, inicialmente, el Tratado Constitutivo del mercado común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA, en abril de 1951, le asignó a una de sus instituciones comunes -el Tribunal de Justicia-, la competencia de pronunciarse, “*con carácter prejudicial*” sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que, en un litigio ante un Tribunal nacional, se cuestionara dicha validez.²⁵

Posteriormente, en 1957 la cuestión prejudicial se reguló en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), con modificaciones que contribuyeron a transformar esta competencia “*en la pieza más importante del sistema de control jurisdiccional establecido por el derecho comunitario*”.²⁶ En virtud del referido artículo 177 se le atribuyó al Tribunal de Justicia europeo no solo la competencia para pronunciarse sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones de la CEE, como se reguló en la CECA, sino sobre la interpretación de dichos actos

²⁴ Artículo 32 del Tratado del TJCA.

²⁵ **Artículo 41 del Tratado de la CECA:** Sólo el Tribunal será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional.

²⁶ Mangas, Aracelli y Liñan, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Editorial Tecnos, Quinta Edición, 2005. Pg. 476

y sobre la interpretación del propio Tratado. Se determinó, además, que “la cuestión prejudicial” en la Comunidad era obligatoria por parte de los jueces y tribunales de los Estados Miembros cuando éstos tuviesen que adoptar providencias que no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial en el derecho interno.

Cabe observar que dicho artículo 177 fue tomado como modelo para establecer, por vez primera, la competencia de la interpretación prejudicial en el Tratado que creó el entonces denominado Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en 1979, como lo explicaremos en el capítulo siguiente de este informe.

En la etapa siguiente de la integración europea, el Tratado de Maastricht de 1992 fundacional de la Unión Europea (UE), el denominado “*reenvío prejudicial*” se reguló en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, momento en el cual se reiteró el doble ámbito de esta competencia del Tribunal. Por un lado, la posibilidad que un juez nacional, en un proceso interno, preguntara al Tribunal sobre la interpretación del Tratado y de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad (y se añadió el Banco Central Europeo); y por otro, sobre la validez de los actos adoptados por las referidas instituciones. Igualmente, se reiteró que los órganos jurisdiccionales nacionales estaban en la obligación de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, siempre que su decisión no fuere susceptible de ulterior recurso judicial.

Finalmente, en el Tratado de Lisboa de 2009, la cuestión prejudicial se reguló en el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 19.3.b) del Tratado de la Unión.²⁷ Bajo el régimen vigente, que reitera los antecedentes de la figura, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: (a) sobre la interpretación de los Tratados; y (b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Así, cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados Miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.²⁸ Se reitera, igualmente, que si el órgano jurisdiccional nacional debe adoptar un fallo que no es susceptible de ulterior recurso judicial, dicho órgano está obligado a someter la cuestión al Tribunal.²⁹

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al emitir su interpretación, lo hace mediante una sentencia o un auto motivado, y el órgano jurisdiccional nacional destinatario está en la obligación de adoptar dicha interpretación al momento de resolver el litigio. La cuestión prejudicial es, pues, un procedimiento entre jueces. Y si bien puede solicitarla una de las partes en el litigio, es el órgano jurisdiccional nacional quien finalmente decide remitir la consulta al Tribunal comunitario.

²⁷ La regulación de la cuestión prejudicial se completó con los artículos 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Zaera Espinós, Salvador, *La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias To-rresi, K y A, y programa OMT*. Universidad Complutense de Madrid. Texto presentado en el *EU Law Workshop* celebrado en la Facultad de Derecho en enero de 2016. Disponible en internet.

²⁸ Cienfuegos Mateo, Manuel “*La cuestión prejudicial comunitaria*”. Miami European Union Center, University of Miami. The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series. Vol 14, No. 1. February 2014. Pg.5.

²⁹ El artículo 267 señala finalmente que cuando se plantee una cuestión en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

B. DESARROLLOS DEL MARCO JURÍDICO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

Inicialmente, el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado el 29 de mayo de 1979 y cuya entrada en vigor se concretó el 2 de enero de 1984, consagró por primera vez en la integración subregional andina la interpretación por vía prejudicial de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en los Países Miembros.³⁰ Dicha competencia se estableció, en contraste con el derecho comunitario europeo, exclusivamente con respecto a la interpretación de normas del ordenamiento jurídico subregional, es decir, no se refirió a la posibilidad de apreciación de su validez. Sin embargo, sus características operativas se basaron en modelo europeo de integración:

- **Interpretación facultativa:** Si en el proceso jurisdiccional nacional en que debía aplicarse alguna de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la sentencia a emitir era susceptible de recursos en derecho interno, los jueces nacionales podían o no solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas. Si, solicitada la interpretación, llegaba la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez debía decidir el proceso.
- **Interpretación obligatoria:** Si la sentencia no era susceptible de recursos en derecho interno, el juez debía suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal.
- **Alcance de la competencia prejudicial:** El Tribunal andino no podía interpretar el contenido y alcances del derecho nacional, ni calificar los hechos materia del proceso. En su interpretación, el Tribunal debía limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.
- **Obligación de adoptar la interpretación:** El juez nacional que conociera del proceso debía adoptar la interpretación dictada por el Tribunal del Acuerdo de Cartagena.

En la primera interpretación prejudicial proferida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en diciembre de 1987, se destacaron los siguientes alcances de esta figura:³¹

“Se ha establecido un esquema de división del trabajo o colaboración armónica entre los jueces nacionales encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, ... y por supuesto las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino, al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno, para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional”. (El énfasis es nuestro).

Posteriormente, al aprobarse el mencionado Protocolo de Cochabamba, el 28 de mayo de 1996, que entró en vigor el 25 de agosto de 1999, la competencia de interpretación prejudicial fue objeto

³⁰ Artículos 28 a 31 del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

³¹ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sentencia 1-IP-87. Interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre propiedad industrial, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia. Actor: Sociedad VOLVO. Quito, 3 de diciembre de 1987.

de mayor precisión en sus alcances tanto en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (artículos 32 a 36), como en su Estatuto adoptado mediante Decisión 500 de 2001 (artículos 121 a 128). No obstante, dichas normas mantuvieron, en esencia, los mismos alcances de la competencia asignada al anterior Tribunal del Acuerdo de Cartagena para interpretar, en este caso, por vía prejudicial, las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y asegurar así su aplicación uniforme en los Países Miembros de la Comunidad.

El TJCA emitió recientemente, en 2017, un Reglamento que contribuye a precisar los alcances del proceso de solicitud y emisión de las interpretaciones prejudiciales.³² Con base en éste, y en los alcances de la extensa jurisprudencia sobre interpretación prejudicial, los alcances del funcionamiento de la figura pueden sintetizarse así:

1. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA PROCESAL DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL?
 - *La interpretación prejudicial que emite el TJCA constituye una sentencia emitida en un proceso judicial de carácter no contencioso.*³³ No se trata entonces de una acción judicial, sino de un *incidente procesal* que permite un diálogo entre el juez nacional y el juez comunitario en aras de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino en el territorio de los Países Miembros, en aquellos casos en que deban ser aplicadas o se controviertan en un proceso interno la normas de dicho ordenamiento.
 - *La interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni un concepto o informe de expertos, o una opinión jurídica de tipo doctrinal:* Es un incidente procesal de carácter no contencioso, en el cual el Tribunal comunitario cumple la función de precisar el alcance jurídico de la norma comunitaria consultada, función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de su competencia.³⁴
2. ¿CUÁNDO ES OBLIGATORIA O FACULTATIVA LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL?
 - *Consulta facultativa (artículos 33 del Tratado y 122 del Estatuto):* Si la sentencia -o laudo, como se explica más adelante- es susceptible de impugnación en el derecho interno, y en el respectivo proceso judicial debe aplicarse o se controvierte una disposición del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el *juez nacional podrá solicitar la interpretación*. Es decir, está legitimado para consultar, pero puede no hacerlo. Si opta por solicitar la interpretación y llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere producido la interpretación solicitada del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

³² Ver Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ACUERDO 08/2017: “REGLAMENTO QUE REGULA ASPECTOS VINCULADOS CON LA SOLICITUD Y EMISIÓN DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES”. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXXIV – Número 3146. Lima, 29 de noviembre de 2017.

³³ Ibid. Artículo 3.

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “NOTA INFORMATIVA SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES NACIONALES”. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXVIII – Número 694. Lima, agosto de 2001. El Acuerdo 08/2017 se refiere a esta NOTA señalando su vigencia en lo que no se oponga al REGLAMENTO adoptado por dicho Acuerdo.

No obstante, según el reciente Reglamento expedido por el TJCA, tratándose de una **consulta facultativa, de manera excepcional**, el Juez nacional **podrá** suspender el procedimiento interno de que se trate, siempre y cuando la legislación interna lo permita sobre la base del principio de complemento indispensable, si considera pertinente y necesario aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina antes de emitir el correspondiente pronunciamiento de fondo.³⁵

- **Consulta obligatoria** (artículos 33 del Tratado y 123 y 124 del Estatuto): Si la sentencia **no fuere susceptible de recursos en el derecho interno**, el juez nacional **deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación** de oficio, o a petición de parte. En estos casos el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada. La referencia a “recursos en el derecho interno” corresponde a **recursos ordinarios**. Es decir, debe tratarse de recursos contra sentencias que permitan la revisión del caso a la luz de la aplicación que se dio a las normas jurídicas del ordenamiento comunitario, entre otras. Así, el hecho de que contra las sentencias, o laudos en derecho, procedan recursos extraordinarios como el de revisión, o nulidad, o la acción de tutela, ello no sería relevante para considerar que la “sentencia es susceptible de recursos en derecho interno”, a los efectos del artículo 33 del Tratado del Tribunal, en razón que a través de ellos no podría revisarse la aplicación sustantiva que se hubiese hecho del ordenamiento jurídico andino.³⁶ Tampoco, la posibilidad de acudir al recurso extraordinario casación, ha señalado el TJCA, podría considerarse una “instancia adicional” a los efectos de darle a la interpretación prejudicial el carácter de “facultativa”.³⁷
- **La obligación de hacer la consulta al Juez comunitario se mantiene en todos los casos, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida,³⁸ o sobre casos similares análogos.³⁹** La posición adoptada al respecto por el Tribunal en su jurisprudencia es que la interpretación se emite *para cada caso concreto*, por lo que “la teoría de acto claro” no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino.⁴⁰ Como lo señala el TJCA, en el caso de la consulta obligatoria:

“(…) la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación. Asimismo, bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”⁴¹

³⁵ TJCA, Acuerdo 08/2017, Artículo 2 c). En este caso el Tribunal establece este lineamiento de conformidad con lo establecido en el Proceso 458-IP-2015 de 13 de junio de 2017.

³⁶ Véase Secretaría General de la CAN, Resolución 771.- Dictamen 06-2003: Incumplimiento por parte de la República del Perú relativo a la obligación de solicitar la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XX – No. 988. Lima, 23 de setiembre de 2003.

³⁷ TJCA, Sentencia Proceso 076-IP-2009. Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Consulta formulada la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Quito, 28 de agosto de 2009.

³⁸ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC), Sentencia de Proceso 7-IP-89. 24 de noviembre de 1989.

³⁹ TJAC, Sentencia de Proceso 1-IP-87. 3 de diciembre de 1987.

⁴⁰ TJAC, Sentencia 4-IP-94. 7 de agosto de 1995. NOTA INFORMATIVA. Op.Cit.

⁴¹ TJCA, Sentencia Proceso 076-IP-2009. Op. Cit. Se cita en esta providencia la Sentencia del Proceso 03-IP-93.

De otro lado, el hecho que el juez nacional esté tan bien capacitado como el juez comunitario para interpretar la norma andina aplicable al caso, no exime de la obligación de hacer la consulta prejudicial, ya que de otra forma se pondría en riesgo la finalidad de la consulta, que no es otra que la de asegurar que la norma comunitaria tenga los mismos efectos en todo el territorio de la Comunidad.

3. ¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS PARA FORMULAR LA CONSULTA AL TRIBUNAL COMUNITARIO?

- ***La decisión de solicitar, o no, la interpretación del Tribunal comunitario le corresponde exclusivamente al juez nacional, ya sea que se trate de una posible consulta obligatoria o de una consulta facultativa:*** De esta manera, si cualquiera de las partes solicita al juez que eleve una consulta prejudicial, es a éste quien le corresponde decidir si dicho trámite se justifica, dependiendo de la controversia planteada por las partes, del efecto jurídico de las normas andinas sobre la misma, y de si resulta previsible su aplicabilidad en la sentencia.⁴²
- ***La formulación de la consulta debe dirigirse a que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resulte útil para el juez nacional, y prevenir así una sentencia de interpretación irrelevante para el fallo del caso:*** Para este efecto, los requisitos para formular la consulta contemplan, además de la necesidad de identificación del juez o tribunal nacional consultante, los siguientes (artículo 125 del Estatuto):
 - *La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere del Tribunal. De igual manera, en la consulta se podrán formular preguntas relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina a ser interpretada. La pertinencia de preguntas formuladas por las partes para ser incluidas en la consulta será verificada por el juez nacional, quien verificará su relevancia para decidir si las incorpora en la solicitud, y siempre que no se trate de preguntas que apunten a resolver el caso concreto.*⁴³
 - *La identificación de la causa o de la cuestión controvertida que origine la solicitud.*⁴⁴
 - *El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para su consulta, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso consultado.*⁴⁵

⁴² Sentencia Proceso 02-IP-91 de 18 de marzo de 1991.

⁴³ ACUERDO 08/2017, artículos 6 y 5.

⁴⁴ El REGLAMENTO del Tribunal define la “*cuestión controvertida*”, así: “*el asunto o materia que la solicitud administrativa o jurisdiccional correspondiente debe dilucidar para resolver la controversia contenida en el procedimiento o en el proceso interno*”. Ibid.

⁴⁵ Artículo 7 del REGLAMENTO. Por otra parte, el término “*síntesis de los hechos relevantes*” se define así: “*resumen de las causas o circunstancias que originaron el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral en sede nacional, así como los argumentos principales de las partes involucradas en el proceso interno*”. Ibid.

- Una *copia de los documentos necesarios* que sustente el informe de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables, con el fin de facilitar al Tribunal enfocar la interpretación al caso concreto.⁴⁶

Con el lleno de estos requisitos, se contribuye a orientar la interpretación al caso concreto. “De otro modo, la interpretación de que adopte el tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica, e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario”.⁴⁷

4. ¿EN QUÉ MOMENTO SE DEBE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL?

- ***La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia:*** A efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido, y que la respuesta del Tribunal sea útil, es deseable que la decisión de solicitar la interpretación se adopte después de haber oído a las partes, de modo que el Juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en su solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio.⁴⁸

5. ¿CUÁLES SON LOS CONTENIDOS DE LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES?

- ***En su interpretación el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad andina referidas al caso (artículos 34 del Tratado y 126 del Estatuto):*** Para estos efectos el Tribunal comunitario, en su sentencia:⁴⁹
 - Incorporará en la interpretación una *síntesis de los hechos* relevantes en la cual se consignen brevemente los argumentos principales de las partes.
 - Deberá precisar el *contenido y alcance de las normas andinas* indicadas de modo directo por el consultante, y de aquellas contenidas o derivadas de las preguntas específicas formuladas;
 - Podrá el Tribunal *adicionar o restringir las normas pertinentes a ser interpretadas*, según lo advierta de la materia controvertida del procedimiento interno.

⁴⁶ NOTA INTERPRETATIVA. Op.Cit.

⁴⁷ TJCA, Sentencia del Proceso 30-IP-99, de 3 de septiembre de 1999.

⁴⁸ Ibid. Ver también artículo 8 del REGLAMENTO.

⁴⁹ ACUERDO 08/2017, artículo 10.

- *No podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso.*⁵⁰ Sin embargo, podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.
 - *Así, será de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar,* adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, el acervo de las normas sugeridas por el requirente. Y le corresponderá también absolver la consulta en el orden de prelación que estime conducente.⁵¹
 - *Al emitir la Sentencia de interpretación prejudicial, el Tribunal podrá, de modo excepcional, solicitar informes escritos u orales sobre aspectos técnicos y/o normativos,* a las autoridades de los Países Miembros, así como a organizaciones internacionales.⁵²
6. ¿CUÁLES OBLIGACIONES ASUME EL JUEZ CONSULTANTE RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y QUÉ CONSECUENCIAS ACARREA SU INCUMPLIMIENTO?
- *Una vez notificada la interpretación prejudicial, el juez nacional continuará el trámite del proceso y deberá adoptar en su sentencia el pronunciamiento del Tribunal de Justicia (artículos 35 del Tratado y 127 del Estatuto).* Además, de acuerdo con el artículo 128 del Estatuto, el juez nacional deberá enviar al TJCA la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial.
 - *El incumplimiento de las obligaciones de la interpretación prejudicial por parte del juez nacional se configura en dos casos (artículo 128 del Estatuto):*
 - *Cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo.*⁵³
 - *Cuando efectuada la consulta el juez nacional aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.*
 - *En caso de incumplir el juez nacional la consulta obligatoria o el mandato de incorporarla en su sentencia una vez emitida por el TJCA, los Países Miembros y los particulares tendrán derecho de acudir al Tribunal comunitario en ejercicio de la acción de incumplimiento: (artículo 128 del Estatuto):* El segundo párrafo del artículo 128 del Estatuto del Tribunal faculta a los Países Miembros y a los particulares a acudir

⁵⁰ El ACUERDO 08/2017, artículo 2, define el término “*calificar los hechos*”, así: “*valorar los hechos como acordes o contrarios a derecho, o subsumidos a una norma específica*”. Ibid. El límite de “abstenerse de valorar los hechos” implica que el TJCA no puede valorar las pruebas, ni “calificar” si un hecho se ha o no verificado, pero sí debe determinar si los hechos materia del proceso interno -determinados por la jurisdicción interna- se encuentran dentro de los alcances normativos del ordenamiento jurídico andino y cuál es la respuesta que el derecho comunitario andino ofrece ante una determinada situación de hecho. Baldeón, Genaro, “*La competencia (...)*”. Op.Cit. Pg. 269.

⁵¹ NOTA INTERPRETATIVA. Op.Cit. Ver igualmente Sentencia del TJAC en el Proceso 1-IP-94, de 11 de octubre de 1994.

⁵² ACUERDO 08/2017, artículo 9.

⁵³ Por este motivo, en caso de duda sobre si se aplica o no el derecho comunitario, lo más recomendable para el juez nacional sería solicitar la interpretación y prevenir los riesgos de un incumplimiento de su respectivo País Miembro.

ante la justicia comunitaria en acción de incumplimiento -cuando un juez nacional requerido a realizar la interpretación prejudicial se abstenga de hacerlo, o si habiéndola efectuado aplica en su sentencia una interpretación diferente a la emitida- y ello debe ser entendido en el marco de la legitimación activa establecida en el Tratado del Tribunal (artículo 25) y en su Estatuto.⁵⁴

Adicionalmente, la sentencia de incumplimiento que a este respecto dicte el Tribunal constituirá título legal y suficiente para que un particular afectado en sus derechos pueda acudir ante un juez nacional para solicitar la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere (artículo 30 del Tratado).

- ***En presencia de una “consulta obligatoria”, la solicitud de interpretación y la suspensión del proceso interno hasta que el TJCA se pronuncie, así como la obligación de “adoptar” en su sentencia la interpretación emitida por el TJCA, constituyen una solemnidad inexcusable e indispensable que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo.*** La inobservancia de estos presupuestos, como se ha señalado, puede derivar no solo en acciones de incumplimiento bajo el ordenamiento andino, sino en vicios procesales en el derecho nacional.⁵⁵ Al respecto la jurisprudencia del TJCA ha reiterado que el incumplimiento de este trámite procesal constituye una clara violación al principio fundamental del **debido proceso** y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.⁵⁶ Así, la sentencia podría ser revisada o anulada por el órgano de la función judicial que corresponda, según los recursos previstos en el ordenamiento nacional de cada País Miembro.

III. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE “JUEZ NACIONAL” EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

A. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS QUE EJERCEN FUNCIONES JURISDICCIONALES

De acuerdo con el artículo 33 del Tratado del TJCA, el Tribunal carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación que no provengan de “*jueces nacionales*” que estén conociendo de una causa concreta en que deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración. Sin embargo, el concepto de los funcionarios legitimados para hacer la consulta se ha ampliado en el tiempo en la jurisprudencia del Tribunal. Por un lado, en cuanto se refiere a funcionarios administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales en los países, en la conocida providencia emitida respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, INDECOPI, de 9 de diciembre de

⁵⁴ TJCA, Sentencia 01-AI-2015. Op.Cit. Pg.30.

⁵⁵ NOTA INFORMATIVA, Ibid. Este planteamiento también se encuentra en la Sentencia 01-AI-2015 de 7 de julio de 2017. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, No. XXXIV, No. 3100. Lima 25 de septiembre de 2017. Pg.25. A este respecto se citan al respecto como relevantes las sentencias del TJCA 6-IP-99 de 18 de junio de 1996; 10-IP-94 de 17 de marzo de 1995; y 11-IP-96 de 29 de agosto de 1997.

⁵⁶ TJCA, Sentencia Proceso 076-IP-2009. Op.Cit.

1993,⁵⁷ el Tribunal modificó la posición que había sostenido en cuanto a que la legitimación para solicitar al Tribunal una interpretación jurídica por vía prejudicial, estaba reconocida únicamente a los jueces de la rama judicial de los Países Miembros, y que ninguna otra persona tenía facultad para promover dicha interpretación.⁵⁸

En la providencia de INDECOPI el Tribunal advirtió que, si bien era indiscutible la competencia de los “jueces nacionales”, le correspondía al propio Tribunal comunitario la facultad de apreciar y definir la calidad de “órgano judicial” para efectos de dar aplicación al artículo 29 de su Tratado de creación. *“Esto por cuanto puede darse el caso de organismos a los cuales las leyes nacionales encargan definir, en materias especializadas, algunas controversias específicas, como podría ser un Tribunal especial, para el caso de que llegare a establecerse su calidad y funciones de órgano contencioso administrativo”*.⁵⁹ Si bien en esta providencia de 1993 el Tribunal andino se declaró finalmente incompetente para absolver la consulta prejudicial presentada por el INDECOPI, ello obedeció a que, en aquel caso específico, no se había acreditado debidamente en el proceso la calidad “jurisdiccional” del órgano consultante.

Desde entonces, la posición del Tribunal ha venido reconociendo explícitamente que el término “juez nacional” puede comprender cuerpos administrativos con funciones de naturaleza jurisdiccional a efectos de plantear la interpretación prejudicial. Como ejemplo, podemos citar el caso de registro de marca Proceso 149-IP-2007 (Tecnoquímicas Vs. Pfizer) donde la solicitud de interpretación fue presentada por el área de competencia desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, oportunidad en que el Tribunal señaló:

*“Que este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, como lo es, en este caso, el Tribunal Consultante, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso, conforme a lo establecido por el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.”*⁶⁰ (El énfasis es nuestro).

Igualmente, en el caso de competencia desleal del Proceso 130-IP-2007 (Yanbal Vs. Bel-Star) donde la solicitud de interpretación fue igualmente presentada por el área de competencia desleal de la misma Superintendencia, el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, así:

“Se hace evidente que en la actualidad para clasificar la naturaleza de los actos ya no es suficiente el criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse sólo a los que emanan de los Jueces de la República.

⁵⁷ Providencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año X, No. 146. Lima 31 de enero de 1994. INDECOPI es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú.

⁵⁸ Esta posición se encuentra en Providencia emitida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena respecto a la consulta formuladas por la Dra. Angela Vivas Martínez, de fecha 25 de abril de 1989.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia Proceso 19-IP-2007 que requirió la interpretación prejudicial de varios artículos de la Decisión 486 de 2000, en un caso de competencia desleal, sobre la base de lo solicitado por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. Actor: sociedad TECNOQUÍMICAS S.A. Proceso Interno N° 04-13661. Quito, 23 de noviembre de 2007.

En este marco argumentativo, es entendible y evidente que un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales.

Por lo anterior, resulta menester interpretar el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 122, 123, 127 y 128 del Estatuto, cuando se refieren a los Jueces Nacionales, de manera amplia, en aras de identificar el sujeto legitimado para solicitar la interpretación prejudicial y que dentro de un País Miembro es aquel que ostenta la función judicial.

Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma.

Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino”.⁶¹ (El énfasis es nuestro).

Bajo los referidos lineamientos jurisprudenciales y el contenido del Reglamento de la interpretación prejudicial (Acuerdo 08 de 2017 del TJCA), los **órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales** para efectos de la interpretación prejudicial son aquellos que llenan los siguientes requisitos:

- i) *Creado por norma constitucional o legal*
- ii) *De naturaleza permanente*
- iii) *El carácter obligatorio de sus competencias*
- iv) *Aplica normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias.*
- v) *El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo; esto es, que resuelve un conflicto entre dos partes con intereses opuestos.*
- vi) *Que en el trámite se respete el debido procedimiento.*
- vii) *Decisiones motivadas.*
- viii) *Independencia (autonomía funcional) e imparcialidad.*⁶²

Así, en el marco del artículo 116 de la Constitución Política que comprende la atribución excepcional de funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, y del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 (CGP)⁶³ que regula el ejercicio de dichas funciones en determinados procesos y controversias, las siguientes autoridades administrativas estarían legitimadas y obligadas a solicitar, cuando fuere del caso, la interpretación prejudicial de normas andinas relevantes en tales procesos: Superintendencia de Industria y Comercio;

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, PROCESO 130-IP-2007. Caso de competencia desleal que requirió la interpretación prejudicial de varias normas de la Decisión 486 de 2000. Actor: YANBAL DE COLOMBIA S.A. Expediente Interno N° 04-102822. Quito, 17 de octubre de 2007. Ver también sentencia del proceso 14-IP-2007.

⁶² Acuerdo 08 de 2017, artículo 2 d). Op.Cit.

⁶³ El artículo 24 de la Ley 1564 fue adicionado por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013. Esta disposición establece, entre otros aspectos, que las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces. Cabe señalar que, a efectos de la consulta prejudicial obligatoria o facultativa, correspondería en cada caso examinar si se trata de providencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales proferidas en única instancia, o si se trata de providencias impugnables en segunda instancia. Ver al respecto artículo 31 de la Ley 1564 de 2012 en materia de la segunda instancia.

Superintendencia Financiera; Dirección Nacional de Derechos de Autor; Instituto Colombiano Agropecuario; el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Superintendencia de Sociedades.

B. JUSTICIA ARBITRAL

La doctrina constitucional en Colombia ha sido clara y reiterativa acerca del alcance del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual las partes deciden libre y voluntariamente investir temporalmente a los particulares de la función de administrar justicia:

“El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares (...)”.⁶⁴

*Los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, toda vez que (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; (ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia.*⁶⁵

Así, al desplazarse temporalmente el ejercicio de la función estatal de administrar justicia a los árbitros para la resolución del caso específico sometido a su consideración, estos actúan como “jueces nacionales” en los términos del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y asumen, en consecuencia, en el proceso arbitral, las responsabilidades de solicitar, cuando corresponda, la interpretación por vía prejudicial de las disposiciones supranacionales que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, las que reúnen las referidas condiciones de efecto directo, aplicación inmediata y prevalencia sobre cualquier normativa nacional.

Respecto a esta función judicial que cumplen los árbitros, en sentencia del Proceso 03-AI-2010, el Tribunal comunitario sentó su criterio sobre el **alcance del término juez nacional**: así:⁶⁶

“Etimológicamente el término jurisdicción proviene del latín "jurisdicti", que quiere decir "acción de decir el derecho", no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces, sean éstos integrantes del Poder Judicial estadual o designados por las partes para un contrato en particular. (...) En relación con lo anterior, la jurisdicción es la potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente, los ciudadanos

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2012. Ref. Expediente D-8677. M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 9 de mayo de 2012. Pg. 1 y 35.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-058 de 2009. Referencia: expediente T-1960031. M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2 de febrero de 2009. Pg.30.

⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia en Proceso 03-AI-2010. Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia -Sección Tercera del Consejo de Estado-, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 26 de agosto de dos mil once.

pueden sustraer de la justicia ordinaria determinados casos y otorgarlos a árbitros independientes o a institucionales para que diriman un conflicto transable, con iguales facultades que las otorgadas a los jueces ordinarios, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del "imperium" del que disponen éstos últimos.

Se debe considerar, además, que los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos pero sí ejecutarlos.

Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales". (El énfasis es nuestro).

En la misma sentencia del Proceso 03-AI-2010, el Tribunal se refirió a la procedencia de solicitar interpretación prejudicial en los procesos de arbitraje, así:

"Si la calidad de juez nacional alcanza a los árbitros, no se encuentra impedimento para que ellos la soliciten directamente, máxime si con este medio de solución de controversias se persigue una justicia más rápida y sin dilaciones (...)

Otro elemento a tener en cuenta, es el momento procesal en el cual se debe solicitar la interpretación prejudicial. Para ello, se debe distinguir la etapa de decisión del laudo, de la etapa de ejecución del mismo, como también, el momento en que se decide el derecho del de ejecutar el derecho (...) si en la ejecución del mismo, el juez encuentra que debe aplicar normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, debe solicitar la interpretación prejudicial al único organismo con competencia para hacerlo.

En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria". (El énfasis es nuestro).

En el Reglamento de la interpretación prejudicial, la definición de "órgano jurisdiccional" incorpora explícitamente a los "árbitros y tribunales arbitrales o de arbitramento" dentro del concepto de "juez nacional", así:⁶⁷

- e) **Órgano jurisdiccional:** *los órganos judiciales, los árbitros y tribunales arbitrales o de arbitramento y aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales conforme a la legislación interna de cada País Miembro de la Comunidad Andina".*

⁶⁷ Acuerdo 08 de 2017, artículo 2 e). Op.Cit.

IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA

A. ¿LOS ÁRBITROS ESTÁN FRENTE A CONSULTAS PREJUDICIALES “FACULTATIVAS” U “OBLIGATORIAS”?

Como se señalaba en la sección III - B de este informe, la omisión de solicitar la interpretación prejudicial, o la aplicación de una interpretación diferente a la dictada por el Tribunal (artículo 128 del Estatuto), por parte los *jueces nacionales* - árbitros y tribunales arbitrales en derecho en este caso-, podría implicar que el País Miembro respectivo sea demandado en acción de incumplimiento ante el TJCA, como lo establece el artículo 128 del Estatuto del Tribunal.

Cabe entonces examinar más detenidamente, en primer lugar, si la consulta prejudicial que deben realizar los árbitros en Colombia tiene el carácter de “obligatoria” o de “facultativa”. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal comunitario y del Consejo de Estado coinciden en que en un proceso arbitral en Colombia regido por las normas de la Ley 1563 de 2012, los árbitros están obligados a solicitar la interpretación dentro de los procedimientos arbitrales en derecho que adelanten.

Ello, porque, como se ha explicado, la consulta prejudicial es obligatoria para cualquier juez nacional de los países andinos cuya sentencia no sea susceptible de recursos ordinarios en el derecho interno, según lo establece el artículo 33 del Tratado. En este sentido, el derecho comunitario no opta por la “teoría orgánica” para determinar la aplicabilidad de la consulta en función de la ubicación o rango del juez dentro de la jerarquía del poder judicial, sino acoge la teoría del “litigio concreto” que considera determinante que el pronunciamiento judicial de cada caso pueda, o no pueda, ser atacado mediante recursos donde se cuestione la aplicación que se haya dado a la *norma sustantiva*. Así se pronunció el Tribunal comunitario en sentencia 1-IP-87 en el caso de la solicitud de registro de la marca VOLVO, al referirse a la interpretación obligatoria, en una consulta formulada por el Consejo de Estado de Colombia:⁶⁸

“(…) es obligatoria “si la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno...” o si sólo fueran procedentes otros recursos que no permiten revisar la aplicación de la norma sustantiva como los llamados recursos de súplica y revisión, ya que en virtud de ellos, conforme al derecho interno colombiano, no cabría la posibilidad de revisar la aplicación que se haya hecho de las normas comunitarias (Código Contencioso Administrativo, artículos 183 y 188). En consecuencia, en tal caso, tendría aplicación el inciso lo. del Artículo 29 del Tratado, o sea la consulta obligatoria, ya que no habría propiamente “recursos”, en el sentido que debe darse a la norma comunitaria citada”. (El énfasis es nuestro).

Como lo señala en artículo 2 de la Ley 1563 *el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje*, y reúne por tanto todos los atributos de una sentencia que, una vez ejecutoriada, hace tránsito a cosa juzgada. En el ordenamiento legal colombiano el proceso arbitral es de única instancia, de manera que, emitido y ejecutoriado el laudo, no puede ser

⁶⁸ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sentencia 1-IP-87. Op.Cit.

modificado, ni puede someterse a un nuevo escrutinio judicial, ya sea ante los jueces ordinarios o contencioso administrativos, ni ante otro tribunal de arbitramento.⁶⁹

Es decir, el laudo “*no es susceptible de recursos en derecho interno*” en los términos del artículo 33 del Tratado del TJCA. La posibilidad de **aclaración, corrección y adición del laudo** dentro de los cinco días siguientes a su notificación (artículo 39 Ley 1563 de 2012) no constituye un recurso contra el laudo arbitral que deba tramitarse en otra instancia, sino que debe ser atendida por los mismos árbitros, de acuerdo con su investidura temporal, ya sea de oficio o a petición de parte, y de conformidad con las causales previstas en el Código General del Proceso sobre aclaración, corrección y adición de las providencias.⁷⁰

Por otro lado, el **recurso extraordinario de anulación del laudo** que interpongan las partes por alguna de las causales previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no puede considerarse como un “*recurso en derecho interno*” relevante para que la interpretación prejudicial sea considerada como “facultativa” dentro de un proceso que culmine con laudo arbitral. En efecto, según lo ha reiterado la jurisprudencia, la finalidad de este recurso es la verificación y la corrección de errores *in procedendo*, pero no la rectificación de errores *in iudicando* por violación de normas sustantivas, lo que impide el reexamen de la cuestión litigiosa. Al respecto, el inciso 4 del artículo 42 de la Ley 1563 es claro al señalar que “*la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo*”. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:⁷¹

“Según lo ha destacado esta Corporación, el recurso extraordinario de anulación fue instituido para estudiar los yerros de orden procesal en los que hubiese podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, pero, desde luego, no puede admitirse que este recurso pase a constituir una nueva instancia, en la cual sea dado al juez del recurso extraordinario reexaminar los argumentos y las razones que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento al momento de dirimir la controversia que las partes sometieron a su conocimiento.

(...) Por lo anterior, se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.”

Tampoco hay lugar a sostener que el **recurso extraordinario de revisión del laudo**, a que se refiere el artículo 45 de la Ley 1563 de 2012 pueda ser considerado como un “*recurso en derecho interno*” a efectos de determinar si la interpretación prejudicial es “facultativa”. Se trata de un recurso a interponer “*contra sentencias ejecutoriadas*”⁷² por las causales expresamente consignadas en el artículo 355 del Código General del Proceso, y cuyo trámite extraordinario no

⁶⁹ Gamboa Morales, Luis Carlos, “*El Pleito Pendiente y la Cosa Juzgada*”. Publicado en La Práctica del Litigio Arbitral. Tomo II Volumen I: Aspectos Contractuales y Procesales. Cámara de Comercio de Bogotá-Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2017.

⁷⁰ Artículos 285, 286 y 287 de la Ley 1564 de 2012.

⁷¹ Consejo de Estado, Sentencia agosto 9 de 2012. **Radicación:** 11 001 03 26 000 2012 00020 00 (43281) **Actor:** COMCEL S.A. **Demandado:** Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., Pg.89.

⁷² Artículo 354 del Código General del Proceso.

resulta incompatible con la cosa juzgada que ampara al laudo arbitral, como expresamente lo establece el artículo 303 de este Código. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al señalar:

*“la finalidad del recurso de revisión apunta que puedan retirarse del ordenamiento jurídico aquellas sentencias que, aunque cobijadas con el manto de la cosa juzgada, hubieran sido obtenidas con ilicitud, o con desconocimiento del derecho de defensa, o con vulneración de la propia cosa juzgada anterior”.*⁷³

Así, las causales taxativas del **recurso extraordinario de revisión** no están concebidas para erigirse en una segunda instancia que comprometa el fondo y las interpretaciones adoptadas por los árbitros en el trámite arbitral.

Como conclusión, debemos entender que siempre que en un proceso arbitral en derecho regido por la Ley 1563 de 2012 deba aplicarse en el laudo o se controvierta por las partes alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, los árbitros se encuentran frente a la necesidad de suspender el procedimiento y solicitar directa y obligatoriamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la interpretación de dichas normas, ya sea de oficio o a petición de parte, como lo establece el segundo inciso del artículo 33 del Tratado del TJCA.

Es pertinente observar que no ocurre lo mismo con los árbitros en la cuestión prejudicial en la Unión Europea, donde se considera que los árbitros designados por las partes, a los efectos de plantear la consulta prejudicial, no tienen el tratamiento de un “órgano jurisdiccional”. Si bien un laudo arbitral produce el efecto de obligar a las partes, se considera que ello constituye una emanación de la autonomía privada.⁷⁴ Al respecto, el Tribunal de Justicia europeo señaló en Sentencia de 1982.⁷⁵

“[a]unque es cierto que la actividad del tribunal arbitral [...] admite ciertas aproximaciones con la actividad jurisdiccional, en cuanto el arbitraje se organiza en el marco de la ley, el árbitro es llamado a decidir conforme a Derecho, y su sentencia tiene entre las partes autoridad de cosa juzgada y puede constituir título de ejecución si está revestida de exequátur;

sin embargo, estas características no son suficientes para conferir al árbitro el estatuto de una “jurisdicción de un Estado miembro” [a los efectos de la cuestión prejudicial]. Importa constatar que en el momento de la conclusión del contrato, las partes contratantes eran libres de dejar la solución de sus eventuales litigios a las jurisdiccionales ordinarias o de elegir la vía del arbitraje [...] las autoridades públicas alemanas no están implicadas en la elección de la vía del arbitraje, y no son llamadas a intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro. En tanto que Estado miembro de la Comunidad, responsable del cumplimiento de las obligaciones resultantes del Derecho comunitario sobre su territorio [...] la República Federal de Alemania no ha confiado o dejado a personas privadas la misión de hacer respetar las obligaciones en el ámbito en que actúan en este caso”.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 11001-02-03-000-2002-00116-01. Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo. Bogotá 13 de octubre de 2004. Sentencia citada en Ibid. Pg. 288.

⁷⁴ Quindimil López, Jorge Antonio, *Informe jurídico sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 26 de agosto de 2011 (Proceso 3-AI-2010)*. Universidad de La Coruña. 2012. Se cita en este informe a Pescatore, Pierre, “El Recurso Prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE y la Cooperación del Tribunal con los Órganos Jurisdiccionales Nacionales”. Luxemburgo, 1986, p. 26.

⁷⁵ TJUE, Sentencia de 23 de marzo de 1982, as. 102/81, *Nordsee/reederei mond*, rec. pp. 1095, pp. 1100 ss.

Al respecto, se observa que el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en armonía con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea que le precedió, señala que la cuestión prejudicial compete a “*los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros*”, lo cual excluye a aquellos que claramente no lo son. Y, en esta materia, el Tribunal de Justicia se ha limitado a establecer unos criterios orientativos sobre lo que debe entenderse por órgano jurisdiccional, atribuyéndole importancia determinante no tanto al “*nomen juris*” del órgano de que se trate, sino a sus características materiales, sin que dichos criterios cobijen a los tribunales arbitrales conformados por las partes.⁷⁶

En la conocida Sentencia de 1966 (asunto *Vaassen- Göbbels*)⁷⁷ el Tribunal estableció claros lineamientos sobre cuáles “órganos jurisdiccionales” serán competentes para plantear una cuestión prejudicial:

- *Creación por ley.*
- *Carácter permanente.*
- *Competencia obligatoria.*
- *Procedimiento contradictorio.*
- *Aplicación de normas de derecho.*

Posteriormente, el TJUE, en Sentencia de 11 de junio de 1987 (Asunto *Preto di Salò*) añadiría a estas características la de *independencia*.⁷⁸

A partir de estos criterios, en la práctica, el TJUE ha admitido varias cuestiones planteadas por órganos que formalmente no son jurisdiccionales, como los tribunales arbitrales que tengan carácter permanente, o los colegios profesionales en el ejercicio de funciones disciplinarias.⁷⁹ Sin embargo, se reitera, no ha admitido la posibilidad de que árbitros u órganos cuya composición dependa de las partes en controversia puedan hacer uso del artículo 267, ni tampoco los órganos de carácter puramente administrativo que no reúnan los lineamientos mencionados. Se ha considerado que un tribunal arbitral de origen “convencional” no cumple estos requisitos porque las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje; y las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros.⁸⁰

⁷⁶ Polanco Puga, Guillermo, “*La Cuestión Prejudicial en el proceso de construcción del Derecho de la Unión Europea*”. Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de las Universidad de Málaga. 2015. Pg. 91 y ss.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia del 30 de junio de 1966.

⁷⁸ Zaera Espinós, Salvador, “*La Cuestión Prejudicial europea en la teoría y en la práctica: Sentencias TO-RRESI, K Y A, Y PROGRAMA OMT*”. Universidad Complutense de Madrid. Texto presentado en el EU Law Workshop celebrado en la Facultad de Derecho en enero de 2016. Pgs 8-9.

⁷⁹ En España, por ejemplo, aunque no forman parte del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Comisión de la Competencia y los Tribunales Económico-Administrativos se consideran órganos jurisdiccionales para el incidente prejudicial y de hecho han elevado consultas al Tribunal de Justicia, que éste ha respondido. Cienfuegos.Op.Cit. Igualmente, se han admitido cuestiones planteadas por órganos administrativos como el Tribunal de Defensa de la Competencia o el Tribunal Central Económico Administrativo. Más recientemente, la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/01), reconoció carácter jurisdiccional del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, atendiendo a los criterios de origen legal del órgano, su permanencia, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas”. Zaera Espinós Ibid.

⁸⁰ Pero un tribunal arbitral “no convencional” que reúna tales requisitos sí sería considerado órgano jurisdiccional a estos efectos. Puede consultarse la selección de jurisprudencia del propio TJUE: (1) Anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_cee/data/index_B19_04_01_01.htm

No obstante, y pese a que el TJUE ha desestimado la posibilidad que los tribunales arbitrales convencionales hagan uso de la cuestión prejudicial, no es menos cierto que el arbitraje privado no puede actuar en desconocimiento del derecho comunitario y, al respecto, los órganos jurisdiccionales nacionales de cada Estado Miembro deben asistirlos cuando corresponda. El TJUE destacó al respecto lo siguiente:⁸¹

“el Derecho comunitario debe ser respetado íntegramente en el territorio de todos los Estados miembros; por lo tanto, las partes de un contrato no son libres para desviarse del mismo. Desde este punto de vista, procede llamar la atención sobre el hecho de que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especialmente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar el Derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequatur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable”. (El énfasis es nuestro).

Así, la aplicación del derecho comunitario europeo en una litis arbitral derivada de un contrato entre las partes no es sinónimo de la posibilidad u obligación de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. No obstante, en el marco de sus competencias, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar porque el órgano arbitral privado respete el derecho comunitario, y lo aplique en caso de que sea procedente su interpretación.⁸²

B. ¿CUALES IMPLICACIONES SE DERIVAN DE NO CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÁRBITROS EN DERECHO?

Como se explicaba en este escrito, en la Comunidad Andina se considera que la forma de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario por parte de los “jueces nacionales” es a través del ejercicio de la atribución del Tribunal supranacional con capacidad de interpretar uniformemente los alcances de su ordenamiento jurídico, interpretación prejudicial que rige para cada caso concreto. Ello significa, como se ha dicho, que los árbitros en Colombia deben solicitar la interpretación en cada proceso, aunque ya existan interpretaciones del Tribunal sobre la misma materia, y aunque el árbitro o el tribunal arbitral consideren que tienen claro el significado de la norma comunitaria que hace parte del proceso. A su vez, la sentencia de interpretación que emita el TJCA resuelve la cuestión referente al derecho comunitario y es vinculante para los árbitros.

Ahora bien, reiteramos que las consecuencias de no hacer la consulta obligatoria, así como de incluir en el laudo una interpretación diferente a la emitida por el TJCA, se han establecido en el artículo 128 de su Estatuto. En este caso, los países y los particulares tendrán derecho de acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento.

Y (2) Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa:

https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/data/index_3_04_01_01.htm

⁸¹ TJUE, Sentencia de 6 de octubre de 1981, *Broekmeulen* (as. 246/80, Rec. p. 2311).

⁸² Quindimil López, Jorge Antonio. Op. Cit.Pgs.21-22.

En adición a la posibilidad de que un país de la Comunidad Andina pueda ser denunciado por incumplimiento ante la Secretaría General y posteriormente demandado ante el Tribunal de Justicia, numerosos pronunciamientos del TJCA y del Consejo de Estado han puesto de presente que el incumplimiento de la obligación de solicitar la interpretación obligatoria, o no incorporarla en la decisión de los árbitros, tendría por efecto la posibilidad de que el laudo dictado en derecho adolezca de nulidad. De esta manera, como lo ampliaremos a continuación, este incumplimiento pasaría a ser parte integrante de las causales de nulidad de las sentencias o laudos previstas en la normativa interna.⁸³

A continuación se resumen algunos lineamientos establecidos en la jurisprudencia, advirtiendo de antemano que si bien se hará referencia a importantes pronunciamientos del Consejo de Estado como autoridad competente para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública, los lineamientos jurisprudenciales sentados son relevantes para el conocimiento de dicho recurso por parte de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial cuando las partes son particulares.

1. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA Y DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE CONSECUENCIAS DE ANULACIÓN DE UN LAUDO POR LA INOBSERVANCIA DE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÁRBITROS EN COLOMBIA

El TJCA ha recalcado varios elementos que serían relevantes para la suerte de un laudo arbitral emitido sin haberse solicitado la interpretación prejudicial:⁸⁴.

(...) este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada “acción de incumplimiento”, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal.

Los citados artículos del Tratado de Creación del TJCA disponen que la acción de incumplimiento en el que incurra alguno de los Países Miembros respecto a las obligaciones que imponen las normas comunitarias (entre ellas, conforme se ha visto, el que los jueces nacionales soliciten interpretación prejudicial cuando actúan como última instancia) puede ser promovida por la Secretaría General, por cualquier País Miembro o por cualquier persona afectada en sus derechos por el incumplimiento vía el procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado. La sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda”. (El énfasis es nuestro).

⁸³ TJCA, Sentencia Proceso 57-IP-2012. Interpretación prejudicial, de oficio, de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de la Decisión 500 de 22 de junio de con fundamento en la consulta solicitada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia. Expediente Interno N°. 2010-00056. Actor: COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. Interpretación Prejudicial en trámite de recurso extraordinario de anulación. Quito, julio de 2012

⁸⁴ Ver interpretación prejudicial en el proceso 106-IP-2009 de 21 de abril de 2010. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en sentencias de los procesos 01-IP-2010 de 19 de mayo de 2010, y 57-IP-2012 de 11 de julio de 2012

Respecto al cumplimiento de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en materia administrativa, la República de Colombia fue objeto de una demanda en acción de incumplimiento ante el TJCA instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), en la cual se argumentó que la Sección 3ª del Consejo de Estado no había solicitado la interpretación prejudicial al decidir sobre el recurso de anulación interpuesto contra tres laudos emitidos inicialmente en la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuyos procesos, se alegaba, los árbitros no habían efectuado la consulta obligatoria de normas andinas en materia de telecomunicaciones.

La demanda fue dirimida en Sentencia del Proceso 03-AI-2010 de agosto de 2011, en la cual el Tribunal comunitario declaró el incumplimiento de Colombia por la actuación de la Sección Tercera del Consejo de Estado al no haber solicitado la interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de los tres laudos arbitrales.⁸⁵ Señaló el TJCA:

“(…) Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio in procedendo de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral, es decir el Consejo de Estado de la República de Colombia debió aplicar los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto, teniendo en cuenta que en este ámbito su papel era de juez comunitario andino y no simplemente de juez nacional. (El énfasis es nuestro).

De acuerdo con el TJCA, no bastaba que el Consejo de Estado argumentara que las causales de nulidad del laudo fuesen taxativas y que su función en el trámite de anulación tenía como límite dichas normas, sino que el Consejo de Estado debió solicitarle al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial, en relación con dos temas fundamentales:

- (i) Si el Tribunal de Arbitramento, al conocer la controversia y advertir de la existencia de normas comunitarias aplicables a los casos en cuestión (de oficio o a pedido de parte), debió solicitar la interpretación prejudicial al TJCA para resolver los laudos arbitrales y así agotar el debido proceso; y
- (ii) Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral, generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso”.⁸⁶

También, la citada sentencia 03-AI-2010 observa respecto al requisito procesal de solicitar la interpretación prejudicial lo siguiente: “Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional

⁸⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia en Proceso 03-AI-2010 de 26 de agosto de 2011. Op.Cit. Las iniciales controversias arbitrales entre las empresas Comcel, Ocel y Celcaribe y la ETB se tradujeron en la emisión de tres laudos con fecha 15 de diciembre de 2006, sobre los cuales se inició proceso de anulación instaurado por la ETB ante la Sección 3ª del Consejo de Estado, solicitando que elevara una interpretación prejudicial en el proceso de anulación. En este caso la sentencia que decidió sobre la anulación se profirió sin que el Consejo de Estado hiciera la consulta solicitada de las normas del ordenamiento jurídico andino. Las normas andinas controvertidas de estos procesos están contenidas en la Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de la Secretaría General.

⁸⁶ Ibid. Pg. 26. Y al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el TJCA concluye que el Consejo de Estado dejó de actuar “como un verdadero juez comunitario” y se configuró entonces un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto.

*de los Países Miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso.*⁸⁷

Al decidir las peticiones de enmienda y aclaración de su sentencia 03-AI-2011, el TJCA precisó las acciones que debía adelantar el Consejo de Estado, específicamente, declarar infundadas las providencias que habían denegado inicialmente los recursos de anulación, así como proceder resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales, de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano.

Así, se adoptaron en agosto de 2012, tres providencias uniformes en su estructura y contenido, referidas a los laudos arbitrales emitidos en la Cámara de Comercio de Bogotá y a los tres fallos que inicialmente había emitido el propio Consejo de Estado donde había rechazado el recurso de anulación interpuesto contra ellos, con las siguientes decisiones principales:⁸⁸

- (i) **Dejar sin efecto las sentencias inicialmente proferidas por el propio Consejo de Estado** mediante las cuales se había declarado infundado el recurso de anulación impetrado contra dichos laudos; ello con base a que el Consejo de Estado, en el trámite de la anulación, no había efectuado la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, consultándole si los Tribunales Arbitrales tenían la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los respectivos procesos que dieron lugar a los laudos.
- (ii) **Declarar la nulidad de los laudos arbitrales** inicialmente proferidos por los tribunales de arbitramento, también con fundamento en la causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación que tenían los árbitros de realizar la consulta al Tribunal comunitario.
- (iii) **Confirmar que “al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo”.**
- (iv) **Devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo,** acogiendo, para tal fin, la providencia que expidiera, en su momento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

Respecto a la “devolución del asunto” al Tribunal de arbitramento, el propio Consejo de Estado en la referida sentencia de agosto de 2012 subraya cómo los alcances de la competencia temporal de los árbitros -en aquellos casos en que, declarada la nulidad de un laudo por razones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de la interpretación prejudicial-, les impide “emitir un nuevo laudo”.

⁸⁷ Ibid. Pg. 24.

⁸⁸ Ver, entre otras, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia radicación: 110010326000 2012 00020 00 (43281). Actor: Comcel S.A.; Demandado: ETB S.A ESP. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 9 de agosto de 2012. Pg. 97. Sentencia referida a la controversia entre la ETB y Comcel. Pgs. 105 y siguientes.

Este criterio se reitera en 2015 por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo al resolver el recurso de anulación de laudo arbitral emitido por árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá:⁸⁹

(...) el Tribunal Arbitral que fue constituido por la convocatoria hecha el 7 de diciembre de 2004 cesó en su función el 15 de enero de 2007 (en vigencia del Decreto-ley 1818 de 1998), fecha en la cual fue notificado el auto aclaratorio del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y, por consiguiente, no puede afirmarse que el Tribunal de Arbitramento instalado posteriormente, con fundamento en la solicitud presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 2 de diciembre de 2012, fuera la continuación del Tribunal de Arbitramento anterior o que se tratara de la continuación del proceso arbitral que había concluido previamente. Afirmar que se trataba del mismo proceso equivaldría a señalar que el Tribunal de Arbitramento continuó ejerciendo sus funciones (de forma permanente) o que el proceso arbitral continuó después de la anulación del laudo que, precisamente, le puso fin, aquello en abierto desconocimiento de las normas procesales de orden público que contemplan que la duración del proceso arbitral no puede exceder el término fijado en la ley, sin perjuicio de las suspensiones y de las prórrogas autorizadas por el ordenamiento jurídico.

Es decir, en estos casos, la convocatoria a un nuevo tribunal arbitral *no es solo para producir un nuevo laudo arbitral, sino que corresponde surtir toda la actuación procesal*, dentro del término convencional o legal, hasta proferir el laudo. Este, a su vez, podría, o no, ser objeto de impugnación a través del recurso extraordinario de anulación, dependiendo, en materia de interpretación prejudicial, si se omitió su solicitud cuando era obligatorio hacerlo, o si, habiéndose emitido la sentencia de interpretación del TJCA, se desconocieran sus lineamientos en el laudo arbitral.

Cabe poner de presente que el Consejo de Estado, en la referida Sentencia de agosto de 2012, considera que la forma de cumplir con las decisiones del TJCA no es a través del trámite del recurso extraordinario de revisión, por tres razones. Primero, porque este recurso se encuentra sometido al principio dispositivo, en cuya virtud el Consejo de Estado mal podría tramitarlo o resolverlo de manera oficiosa y, por tanto, si la parte interesada no lo promoviere dentro de los plazos legales o lo hiciera sin observar las exigencias y la técnica del ordenamiento vigente, se quedarían sin cumplimiento efectivo las decisiones de carácter judicial y con fuerza de cosa juzgada proferidas por el TJCA. Segundo, porque la precisión y las restricciones de las causales taxativamente establecidas para su prosperidad, también suponen el riesgo de que las hipótesis fácticas de tales causales no se configuren plenamente, situación que igualmente pondría en riesgo el cumplimiento de las decisiones judiciales del Tribunal comunitario. Y, tercero, porque el trámite legal del recurso extraordinario de revisión supone y exige unos términos cuya observancia suponen, por su propia naturaleza, la imposibilidad de cumplir con celeridad, eficiencia y eficacia decisiones que ya fueron adoptadas por el TJCA.⁹⁰

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia N° 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054). Actor COMCEL S.A.; Demandado: ETB S.A. E.S.P. Magistrado Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 23 de septiembre de 2015.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia radicación: 110010326000 2012 00020 00 (43281). Op.Cit. Páginas 114 y 115. Bogotá 9 de agosto de 2012.

Finalmente, observamos que tanto en la Sentencia 03-AI-2010 de 2010 como en la sentencia del Consejo de Estado de 9 de agosto de 2012 no solo se añade al catálogo de taxativas causales de anulación de laudos la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias por parte del Tribunal de Arbitramento, sino que se abre la posibilidad de que el recurso extraordinario de anulación de laudos sea estudiado y decretado “**de oficio**” cuando se trate de dicha causal. En efecto, el Consejo de Estado, basado en la interpretación de los pronunciamientos del TJCA, considera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del Tribunal de arbitramento, constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad, durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, **ora a solicitud del impugnante, ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación**, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.⁹¹

De igual manera, jurisprudencia de interpretación prejudicial del TJCA también reafirma la posibilidad de identificación, de oficio, de un vicio de nulidad del laudo, independientemente que haya sido alegado o no en la interposición del recurso de anulación. En efecto en el proceso 57-IP-2012 que absolvió una consulta prejudicial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el Tribunal comunitario indicó lo siguiente:⁹²

“El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

Es decir, si al interponerse el recurso de anulación sobre un laudo arbitral no se alegara la omisión de la interpretación prejudicial, pero el juez que resuelve el recurso encuentra que el recurso se refiere a normas comunitarias “que deban interpretarse o aplicarse” esta autoridad judicial podría eventualmente declarar, de oficio, la nulidad del laudo arbitral que no contare con la debida interpretación prejudicial.⁹³

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA Y DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE CONSECUENCIAS DE ANULACIÓN DE UN LAUDO POR OMITIR LOS ÁRBITROS LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

En adición a la omisión de solicitar la interpretación prejudicial, el Consejo de Estado ha examinado en sentencias de anulación si los árbitros cumplieron con la obligación del artículo 25 del Tratado de adoptar en el laudo la interpretación emitida por el Tribunal.

En junio de 2016, al decidir el recurso extraordinario de anulación de un laudo producto de las diferencias en un contrato de interconexión entre ETB y COMCEL, dicha autoridad judicial destacó como causal de nulidad el no haber adoptado la interpretación prejudicial en el laudo.⁹⁴ En este caso, el Tribunal de arbitramento había solicitado la interpretación prejudicial al TJCA,

⁹¹ Ibid. Pg. 97.

⁹² TJCA, Sentencia Proceso 57-IP-2012. Op. Cit. Pg.16.

⁹³ Ibid. Pg.12

⁹⁴ Consejo de Estado, Sentencia Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094)A. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Demandante COMCEL S.A. Demandado ETB S.A. E.S.P. Bogotá 13 de junio de 2016.

el cual consideró que en materia de contratos de interconexión el único competente para resolver las controversias relacionadas con ese tipo de contratos era la autoridad competente de telecomunicaciones. El Tribunal arbitral, en decisión del 29 de mayo de 2015, determinó que no podía acoger la interpretación del TJCA, porque dicho tribunal sí se consideraba competente para decidir sobre la demanda que dio origen al proceso arbitral, por tratarse de una controversia de alcance contractual.

En este caso, al declarar fundado el recurso de anulación el Consejo de Estado señaló:

- i) El laudo desconoció la primacía del derecho comunitario andino y los parámetros fijados en relación con la resolución de litigios en materia de interconexión, puesto que, según la interpretación dada en este caso, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones y no un Tribunal de Arbitramento la competente para conocer de dichas materias.
- ii) No se puede pretender que a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene la Interpretación Prejudicial.
- iii) Es causal de nulidad del laudo arbitral, no solo no haber solicitado interpretación prejudicial obligatoria de las normas comunitarias, sino también solicitar la interpretación prejudicial y no adoptarla en la decisión.

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de noviembre de 2016 cuando al tramitar al tramitar un recurso extraordinario de anulación consideró que el laudo emitido el 21 de octubre de 2014 para dirimir las diferencias entre las partes no había acogido el contenido de la interpretación prejudicial del TJCA, a decidir en este caso que la ETB había incumplido el Contrato de Interconexión con COMCEL en cuanto al pago del precio convenido. Observó el Consejo de Estado al anular el laudo.⁹⁵

- i) El Juez Nacional debe aplicar la interpretación prejudicial en su sentencia, y acatarla de manera integral y de conformidad con el sentido de la misma, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal Andino.
- ii) Se configura la causal de anulación de falta de competencia porque, el derecho comunitario andino en la Decisión 462 y la Resolución 432, enuncia que la competencia en materia de conflictos de interconexión es de conocimiento “exclusivo y excluyente” de la autoridad de telecomunicaciones del país miembro, que en el caso colombiano es la CRC.
- iii) Es causal de nulidad del laudo arbitral, no solo no haber solicitado interpretación prejudicial de las normas comunitarias, sino también solicitar la interpretación prejudicial y no adoptarla en la decisión.
- iv) La jurisprudencia no ha dado cabida a la doctrina del “acto aclarado” y por el contrario ha reafirmado el deber de interpretar cada asunto, por razones de seguridad jurídica.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sentencia Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992). Recurso de anulación interpuesto por ETB y el Ministerio Público alegando las causales de falta de competencia y por haberse procedido contra providencia del TJCA, cuando éste determinó que la controversia no era susceptible de definición arbitral, correspondiéndole ello a la Comisión de Regulación de Comunicaciones M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá 24 de noviembre de 2016.

En consonancia con la anterior consideración de si se adopta, o no, la interpretación del TJCA en el laudo arbitral, en fallo reciente de 3 de agosto de 2016, el Consejo de Estado negó la anulación de un laudo por considerar que, en ese caso, sí se habían ceñido los árbitros a la interpretación prejudicial dictada por el TJCA en el marco del proceso arbitral. Concluyó que el Tribunal de arbitramento no podía apartarse de la interpretación prejudicial No. 079-IP-2014 pues ello implicaría considerar que dicho pronunciamiento estaba equivocado al atribuir la competencia funcional sobre la materia a la CRC. Añade la sentencia que ello resultaría improcedente en sede del recurso de anulación teniendo en cuenta que éste no se constituye en una instancia adicional en la que se puedan desestimar o debatir los argumentos o razonamientos que tuvo en cuenta el Tribunal para adoptar su decisión.⁹⁶ Y por estas razones declara infundada la anulación y mantiene en firme el laudo arbitral.

V. INTERROGANTES JURÍDICOS A CONSIDERAR POR LOS ÁRBITROS EN CUANTO A SOLICITAR, O NO, LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL, Y SUS IMPLICACIONES EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN

Como lo hemos reiterado en este informe, de acuerdo con el artículo 123 del Estatuto del TJCA, la interpretación prejudicial en sede arbitral en derecho es *obligatoria*, y constituye un presupuesto procesal del laudo que, de no cumplirse, puede derivar en acciones de incumplimiento, y en vicios procesales del laudo. Ahora bien, cabe plantearse algunos interrogantes:

- (i) ¿Si en todos los trámites arbitrales en que se ponga de presente una o más disposiciones del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deben los árbitros hacer la consulta al juez comunitario?; y
- (ii) ¿Si en el proceso arbitral ninguna de las partes, ni los propios árbitros entran a controvertir dichas disposiciones y estas no son aplicadas en el laudo, qué connotaciones tendría que alguna de las partes invoque, luego de emitido el laudo, la causal de anulación del laudo por no haberse solicitado la interpretación?
- (iii) ¿Si ninguna de las partes, ni los propios árbitros entran a controvertir dichas disposiciones y estas no son aplicadas en el laudo, pero en el trámite del recurso extraordinario se considera, de oficio, que correspondía hacer la consulta obligatoria, cuáles serían los alcances de la competencia de la autoridad de anulación?

⁹⁶ Sentencia del Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00089-00(54315). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 3 de agosto de 2016. Resuelve la nulidad del laudo arbitral proferido el 2 de marzo de 2015 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre Comcel y Une con fundamento en la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Señala el Consejo de Estado que tratándose de controversias suscitadas en la ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión entre las partes, conforme a lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y según el numeral 9º del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, éstas son de competencia exclusiva y excluyente de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, razón por la cual mal puede afirmarse que el Tribunal de Arbitramento sí era competente para resolver el litigio sometido a su decisión. No obstante, cabe anotar que en reciente Sentencia 366-IP-2015 de fecha 12 de junio de 2017, el TJCA moduló su jurisprudencia anterior señalando que si en la relación contractual de esta modalidad de contratos surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, estas podrán resolverse mediante mecanismos de solución de controversias como el arbitraje. No así cuando se trata de materias de orden público. TJCA, Sentencia 366-IP-2015. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Año XXXIII, No. 3108. Lima 16 de octubre de 2017.

Respecto al **primer interrogante**, ya sea que cualquiera de las partes solicite al tribunal arbitral que eleve una consulta prejudicial, o que en el proceso se haga mención a alguna(s) normas del ordenamiento jurídico andino, no puede perderse de vista que le corresponde exclusivamente al “juez nacional” (árbitro en este caso) evaluar si hay lugar a dicho trámite dependiendo de la controversia planteada por las partes y de la relevancia de las normas andinas para dirimir el litigio y, sobre todo, de si resulta previsible que dichas normas sean aplicables en el laudo. Como lo ha señalado el TJCA:

“El juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa, ya que según se desprende del artículo 29 [actual artículo 33] del Tratado del Tribunal, sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en que se haya planteado la litis”. TJAC, Sentencia Proceso 02-IP-91 de 18 de marzo de 1991.⁹⁷ (El énfasis es nuestro).

Cabe tener en cuenta, por otra parte, que la diferencia entre el Artículo 29 del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el artículo 33 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es que, anteriormente, para efectuar la *consulta obligatoria* debía tratarse de un proceso en el que se debía “*aplicar alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico*” andino. En el nuevo Tratado de Cochabamba que crea el TJCA se añade al anterior criterio el hecho que “se controvierta” alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad. Sin embargo, en uno y otro caso, en nuestro criterio, deben ser los “jueces nacionales” y no las partes quienes deciden si se presenta la solicitud de interpretación al TJCA. Así lo ha reiterado el TJCA en el proceso 01-AI-2015:⁹⁸

“(…) se puede verificar que las normas andinas si bien fueron invocadas por una de las empresas intervinientes en el proceso nacional, no fueron controvertidas y menos aplicadas para la decisión final de la sentencia, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal, para que proceda la interpretación prejudicial de alguna disposición del ordenamiento comunitario andino, no es necesario que las partes invoquen la norma o soliciten su interpretación, sino que el consultante detecte que se ha controvertido alguna norma andina y, sobre todo, que para resolver la causa se deba aplicar y aplique dicha norma”. (El énfasis es nuestro)

Es claro, entonces, que si los árbitros, con los elementos allegados por las partes, o de oficio, llegan al convencimiento que dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas jurídicas comunitarias para decidir el asunto central de controversia, procederá la consulta obligatoria. Pero, también, podrían concluir lo contrario luego del examen de los problemas jurídicos planteados para resolver el caso. Ahora bien, más compleja resulta la evaluación del criterio de “que se controvierta” la normatividad andina. La amplitud de este segundo criterio llevaría a pensar, inicialmente, que bastaría, por ejemplo, la sola mención de una norma jurídica andina presentada por una de las partes en los fundamentos de derecho, para que se active la consulta obligatoria. O que bastaría que se hayan esbozado argumentos de las dos partes sobre dicha norma.

⁹⁷ TJAC, Sentencia Proceso 02-IP-91 de 18 de marzo de 1991. Op. Cit.

⁹⁸ TJAC, Sentencia Proceso 01-AI-2015. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Op. Cit. Quito, 7 de julio de 2017. Pg.27.

No obstante, en nuestra opinión, la simple enunciación o referencia al alcance de una o más normas andinas en un proceso arbitral, de ninguna manera es suficiente para que los árbitros de la causa, automáticamente, decidan formular la interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar, previamente, que dicho trámite se justifica para resolver las pretensiones en el laudo. De otra forma, se correría el riesgo de estar utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna en cualquier litis en que salga a cuento una disposición andina, lo que redundaría en la dilación injustificada de los procesos, y en evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantizan la celeridad de los procesos.⁹⁹

Sobre el alcance del criterio de que *las normas deben ser controvertidas*, el propio TJCA ha sido muy claro:¹⁰⁰

*“Lo esencial para que se requiera dicha interpretación – se reitera- es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por las partes procesales, **sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida con opiniones contrapuestas, sobre tales normas;** o que el juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso”.* (El énfasis es nuestro).

No pueden, en todo caso, adoptarse reglas generales en esta materia y, en nuestra opinión, serán los árbitros, **en cada caso**, quienes decidan: (i) si corresponde aplicar las normas andinas en la resolución de la litis, y también evaluar (ii) si hay lugar a una controversia con opiniones contrapuestas entre las partes sobre dichas normas, a efectos de proceder o no a la consulta obligatoria. Si, finalmente, los árbitros optaran por no hacer la consulta, ello no significa, necesariamente, poner en riesgo la competencia del órgano judicial andino de interpretar de manera uniforme las normas comunitarias, las que posiblemente en este caso no se han controvertido ni aplicado en el laudo, como lo exige el artículo 33 del Tratado del Tribunal para que la interpretación sea obligatoria. Sin embargo, previendo la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda alegar la nulidad del laudo de conformidad por las vías procesales internas, sería del caso indicar en el laudo las razones por las cuales el Tribunal arbitral concluye que no había lugar a acudir al TJCA para que efectuara la interpretación de la norma del ordenamiento jurídico andino a la cual se haya hecho referencia en el proceso.

La interpretación prejudicial se fundamenta en un *principio de cooperación* entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, como también entre los propios jueces nacionales. En este sentido, de interponerse un recurso de anulación, la autoridad judicial competente del trámite del recurso, y el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en una eventual acción de incumplimiento, les corresponderá examinar estos casos tomando en cuenta las exigencias de las “*normas fundamentales o de derecho primario*” del derecho comunitario, aquellas que tipifican la procedencia de la consulta prejudicial obligatoria, es decir: (i) si en el proceso no correspondía en efecto aplicar alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por lo cual los árbitros en la resolución de la litis solo aplicaron la normativa que amparaba la relación jurídica entre las partes, (ii) si hubo lugar, o no, a una *discusión extensa, detenida y con opiniones contrapuestas* sobre del derecho comunitario aplicable.

⁹⁹ Ver consideraciones al respecto en Sentencia Proceso 02-IP-91. Ibid.

¹⁰⁰ TJAC, Sentencia Proceso 01-AI-2015. Op. Cit.Pg.28.

Este tema ha sido objeto de discusión y análisis crítico reciente al examinarse, por ejemplo, el rol asumido por el Consejo de Estado como autoridad competente de anulación al resolver la anulación de un laudo arbitral en materia de la propiedad intelectual, pese a que no correspondía la aplicación, ni una discusión profunda y con opiniones contrapuestas sobre las normas andinas relevantes de propiedad intelectual.¹⁰¹

“Pueden acontecer situaciones donde el problema jurídico de la controversia solo tangencialmente está relacionado con las normas sustantivas de la propiedad intelectual v. gracia: el incumplimiento de un contrato de licencia de marca o de uso de una obra. En esos casos la discusión central seguramente no girará en torno a la propiedad intelectual en sentido estricto; el tema central será el comportamiento contractual de las partes. Sin embargo, surge la pregunta: ¿en esos casos también será necesaria la interpretación prejudicial ante el TJCA?

También puede suceder que la controversia sometida a los árbitros se regule por las normas internas en virtud de una remisión expresa de las normas comunitarias, como acontece en varios casos del derecho de autor y de la propiedad industrial. ¿Será que en esos casos también es necesaria la interpretación prejudicial? Una respuesta afirmativa parece exagerada.

No se trata de un riesgo meramente hipotético, ya hay pronunciamientos que evidencian una sobreestimación a la interpretación prejudicial: es el caso de la Sentencia del Consejo de Estado del 10 de noviembre de 2016¹⁰² que anuló un laudo arbitral por no haberse solicitado la interpretación prejudicial en un caso donde: (i) la discusión era eminentemente contractual (giraba en torno a la interpretación, aplicación y posible incumplimiento de una cláusula de opción preferente de transmisión de eventos deportivos); (ii) la norma comunitaria que supuestamente se omitió interpretar prejudicialmente (el artículo 30 de la Decisión Andina 351 de 1993¹⁰³) no agregaba ni quitaba nada al caso; (iii) Esa misma disposición comunitaria es una norma que remite a la legislación interna; (iv) Incluso muchas dudas surgen sobre si esa controversia era una discusión propiedad intelectual en estricto sentido, específicamente de derechos conexos; ya que lo que se discutía era el cumplimiento o no de un contrato de transmisión de eventos deportivos y, técnicamente, un evento deportivo no es un bien protegido por el derecho de autor o por los derechos conexos, pues el bien protegido por los derechos conexos, para el caso de los organismos de radiodifusión, es la emisión de radio o televisión de dichos eventos, pero no el evento como tal”.

Finalmente, cabe anotar que, en caso de duda razonable sobre la incidencia de la norma jurídica andina en la solución de la controversia jurídica, sería recomendable que los árbitros soliciten la interpretación del Tribunal comunitario.

Respecto al **segundo interrogante**, se hacen a continuación algunas consideraciones sobre el escenario, en el cual, durante el proceso arbitral las partes no hacen referencia ni fundamentan el alcance de normas andinas que, a su juicio, son relevantes en la resolución de la controversia, y

¹⁰¹ Ríos Pinzón, Yecid; Landaeta Chinchilla, Stefania, y otros. Op.Cit. Pg. 28-29

¹⁰² Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. El conflicto se centraba en determinar si una parte (la Dimayor) había incumplido una cláusula de opción preferente, que permitía a la otra parte (Telmex y EPM) continuar transmitiendo, en calidad de licenciatarios, los partidos de la División Mayor del Fútbol Colombiano. Frente al laudo arbitral la Dimayor formuló recurso de anulación con fundamento, entre otras causales, en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso.

¹⁰³ Decisión andina 351 de 1993, artículo 30: “Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros”.

el tribunal arbitral, por su parte, no introduce debate o controversia alguna sobre tales normas, ni tampoco las aplica en el laudo arbitral. ¿Qué connotaciones tendría la posibilidad de invocar, después de emitido el laudo, la causal de anulación del mismo por no haber solicitado los árbitros la interpretación de una o más disposiciones andinas? ¿Y qué podría esperarse de la actuación del juez de anulación?

Ciertamente, como lo hemos explicado en este escrito, la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado han añadido al catálogo de causales para sustentar el recurso extraordinario de anulación, la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial. No obstante, como ya se ha dicho, según el artículo 33 del Tratado y el artículo 123 del Estatuto del TJCA el deber de los árbitros de efectuar la *consulta obligatoria* de normas comunitarias se activa por las causales expresamente mencionadas de aplicabilidad de dichas normas en el laudo, o de controversia sobre las mismas.

En tal sentido, una vez emitido el laudo arbitral con base en los fundamentos de derecho allegados por las partes y debatidos en el proceso y otros que pueda aplicar el Tribunal arbitral con prescindencia de los invocados por las partes (principio *iura novit curia*), en nuestra opinión la interposición de un recurso extraordinario de anulación basado en que “*el tribunal arbitral no solicitó la interpretación prejudicial*” arroja varias inquietudes. En primer lugar, porque el accionante en nulidad tendría indiscutible responsabilidad en la generación de la causal de nulidad que ahora alega por vulneración de la obligación de los árbitros de efectuar la consulta prejudicial obligatoria de normas andinas. Ello, al haber guardado silencio sobre tales disposiciones, y no proponer su consideración o debate oportuno en el curso del proceso arbitral. El principio de que nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) merece consideración a este respecto.

En cumplimiento de los “deberes del juez” corresponde a los árbitros “*realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso*”.¹⁰⁴ En este contexto las partes tienen indiscutible oportunidad de manifestar ante el tribunal arbitral la presencia de un vicio o error por carencia de un incidente procesal, en este caso “no haberse presentado la solicitud de interpretación prejudicial”. Si las partes guardan silencio al respecto, anular un laudo en estas condiciones podría estar amparando el descuido o la imprudencia de quien invoca el recurso, por no haber generado, en las oportunidades que permite el proceso arbitral, las condiciones para que se evaluara si correspondía hacer la consulta obligatoria.

También, la procedencia de la anulación de laudo en estas circunstancias podría conllevar la afectación de la confianza legítima y la lealtad procesal al hacerse valer un yerro “*in procedendo*” sobre el cual se guarda silencio durante el trámite arbitral. Igualmente, al no haberse debatido ni aplicado en el laudo la norma o las normas andinas que se invocan en nulidad, los jueces de anulación se ven necesariamente abocados a reexaminar la cuestión litigiosa evaluando los hechos, pretensiones, excepciones, y en general los asuntos sustanciales de la controversia para concluir acerca del derecho sustantivo aplicable en el laudo, pronunciándose de esta manera sobre el fondo de la controversia para decidir el recurso. Ello resulta extraño o ajeno a la naturaleza del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en Colombia.

En aclaración de voto de la mencionada sentencia del Consejo de Estado de noviembre de 2016, en la cual se anuló el laudo arbitral dictado el 3 de diciembre de 2015 que dirimió las controversias

¹⁰⁴ Artículo 42, numeral 12 del Código General del Proceso.

surgidas entre TV Cable y EPM Vs. Dimayor, con base en la causal de anulación “de omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso” se plantean algunas inquietudes derivadas de la circunstancia de que tales normas no fueron invocadas ante el Tribunal antes que este dictara su laudo:¹⁰⁵

“2. El entendimiento de la “causal” de anulación contraviene la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral.

“(…) El proceso de raciocinio que lleva a sostener que en un caso son aplicables normas comunitarias, sin que tal circunstancia fuera debatida en el proceso arbitral, supone la definición del derecho aplicable al litigio, aspecto que tiene que ver con asuntos sustanciales de la controversia.

“Este “causal” desconoce, entonces, los estrictos y precisos términos del recurso anulación de laudos arbitrales, pues impone al juez del recurso extraordinario definir primero el derecho aplicable, para, de allí, derivar el verro que justifica la anulación, esto es, su no consulta al Tribunal Andino de Justicia.

“Así, aun cuando las características del recurso de anulación de laudos arbitrales exigen al Consejo de Estado limitarse a aspectos in procedendo, la aplicación de esta “causal” amplía el restringido ámbito de acción del juez del recurso, en cuanto funda su procedencia en errores in iudicando.

(…) ¿Las consideraciones contenidas en la interpretación prejudicial 57-IP-2012, emitida en el trámite de una consulta en un proceso particular, constituye “precedente” obligatorio para exigir, de manera generalizada, la anulación de un laudo arbitral en cuyo trámite no se consulte la aplicación de normas andinas?

¿Las decisiones proferidas por el Tribunal Andino de Justicia, permiten afirmar que le asiste competencia al juez arbitral para, de oficio, anular un laudo arbitral si no se procedió a la consulta ante el Tribunal Andino de Justicia, en casos como este, en los cuales ni siquiera se discutió en el proceso arbitral la aplicación de una norma de naturaleza comunitaria?

Por lo expuesto, consideramos que sería del caso reglamentar por el legislador nacional la procedencia de la causal del recurso de anulación por omisión de la consulta prejudicial obligatoria, añadida por la jurisprudencia al artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, estableciendo que “no podrá ser alegada en anulación si el recurrente no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento durante el proceso arbitral”, como sucede, por ejemplo, con otra de las causales del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (# 6). Si, eventualmente, el recurrente descubriera la existencia de una norma andina que no invocó en el proceso arbitral, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina regula la posibilidad de iniciar una *acción de incumplimiento* si el laudo afectara sus derechos subjetivos, escenario en el cual el propio TJCA tiene la competencia establecida en el Tratado para definir el alcance del derecho comunitario cuya interpretación habría sido omitida en el proceso arbitral. Pero adolece de sentido que este debate “in iudicando” sea transferido a los jueces nacionales de anulación, desvirtuando la naturaleza de este recurso extraordinario.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845). Aclaración de voto del Magistrado Guillermo Sánchez Luque. Op. Cit. Pg. 71.

Respecto al **tercer interrogante**, tal como lo hemos señalado en este escrito, la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado han coincidido en la posibilidad de que, **independientemente de las causales que esgrima el recurrente en anulación**, la autoridad que estudia el recurso está investida de todas las prerrogativas para examinar si el Tribunal de arbitramento cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Se trata de un asunto polémico en la medida en que entrar a proferir “*de oficio*” una sentencia de anulación del laudo por no haberse efectuado la consulta obligatoria, es decir, sin que el recurrente haya alegado ni sustentado esta causal de origen jurisprudencial, también desvirtúa el alcance de un recurso que por su naturaleza es extraordinario y restrictivo. En el trámite de este recurso no puede perderse de vista que “*los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.*”¹⁰⁶. Esta posición ha sido reiterada en sentencias de la Corte Constitucional:¹⁰⁷

“5.7.1 Ahora bien, como lo ha expresado esta Corporación, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación. Es más, por ejemplo, las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas si se comparan con las motivaciones que se pueden alegar y sustentar durante el trámite del recurso de apelación. Incluso, la Corte ha precisado que ‘los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador. (El énfasis es nuestro).

No obstante, como se ha visto, la jurisprudencia aquí reseñada en materia de interpretación prejudicial ha abierto la posibilidad de estudiar causales de anulación de laudos “no invocadas” por los recurrentes, en circunstancias de posible omisión de hacer la consulta prejudicial por los árbitros. La mencionada sentencia de interpretación prejudicial 57-IP-2012, el TJCA señala que ya sea que el recurso de anulación se haya sustentado en la falta de consulta prejudicial, o no habiéndose alegado dicha falta, si en la anulación el juez competente aprecia que de acuerdo con la naturaleza del asunto se debían aplicar normas andinas, el juez nacional deberá declarar la nulidad.¹⁰⁸

Esta sentencia del TJCA es clara en señalar que, para salvaguardar el orden supranacional y comunitario, el juez nacional de la anulación tiene como “*su primera función (...) examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”¹⁰⁹. En este sentido, **si se pretende asumir de oficio** la identificación de una causal de nulidad de un laudo arbitral por un supuesto vicio de falta de consulta prejudicial, no puede la autoridad de anulación simplemente constatar un acontecimiento meramente formal de si se presentó, o no, por los árbitros, un escrito al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina requiriendo la interpretación de ciertas normas. Deben examinar las condiciones objetivas que establece el Tratado para que los árbitros hayan solicitado, o no, la interpretación.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente T-980611. Bogotá 14 de marzo de 2007.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-790 de 2010. M.P. José Ignacio Pretelt. Referencia expediente T-2.418.581. Bogotá, octubre de 2010. Pg.31.

¹⁰⁸ TJCA, Sentencia Proceso 57-IP-2012. Op. Cit. Pgs.12-13.

¹⁰⁹ Ibid.

En efecto, si el juez de anulación decide identificar de oficio la referida causal de anulación, no puede perder de vista que el Tratado del TJCA en su artículo 33, y el artículo 123 de la Decisión 500, no consagran una obligación incondicional de consultar al TJCA en todos los casos en que exista una disposición andina relacionada con la litis. Estas disposiciones supranacionales establecen criterios de “aplicabilidad” para que los árbitros, como jueces nacionales, estimen en cada caso si es procedente o no la consulta obligatoria.

De esta manera, en esta actuación “de oficio” el juez de anulación deberá valorar sustantivamente la litis, tomando en cuenta, entre otros aspectos, los hechos de la controversia, las pretensiones, el contenido de la relación jurídica entre las partes, las excepciones y los fundamentos de derecho que fueron invocados por las partes, así como las normas aplicadas por el Tribunal arbitral en el laudo, para, finalmente, pronunciarse sobre la “aplicabilidad” y relevancia de ciertas disposiciones del ordenamiento andino que, a su juicio, no fueron aplicadas en el laudo ni consultadas al TJCA.¹¹⁰

Así, el juez de anulación asumiría, en la práctica, funciones de interpretación prejudicial de disposiciones del ordenamiento andino y del sentido de aplicabilidad de tales normas al caso controvertido. Estas funciones, de acuerdo con el Tratado, solo corresponden a los jueces comunitarios y no a los jueces nacionales de los países. Con base en la interpretación de oficio de las normas andinas por parte de la autoridad nacional de anulación en relación con determinado caso, se podría, por ejemplo, llegar a situaciones como la de anular de oficio un laudo arbitral “*por omisión de la consulta prejudicial obligatoria*”, y posteriormente, luego de integrarse un nuevo tribunal arbitral que haga la consulta prejudicial al TJCA, la sentencia de interpretación “autorizada” de las normas andinas que emita este órgano comunitario, podría no coincidir con la interpretación que hizo el juez de anulación del laudo, dejando sin fundamento la supuesta causal de vulneración del debido proceso del laudo que llevó a decretar su nulidad.

El análisis de oficio en sede de anulación que se adelanta para evaluar los criterios de procedencia, o no, de la consulta obligatoria, *independientemente de las causales que esgrima el recurrente en anulación*, se reitera, obliga a la autoridad de anulación a ejercer una competencia calificada, no meramente dirigida a identificar posibles vicios procedimentales, sino a tomar definiciones sobre asuntos “*in iudicando*” del laudo acusado, que pudieron haber afectado su validez. Con ello el recurso extraordinario de anulación corre el riesgo de convertirse en una segunda instancia en la medida en que por su intermedio se estaría continuando o replanteando el debate sobre el fondo del proceso, para poder decidir sobre el alcance de la aplicabilidad de las normas andinas al caso.

El propio Consejo de Estado se ha referido a los alcances sustanciales del concepto de “*aplicación*” de una norma andina para efectos de su posible interpretación:

“5.27.- De lo expuesto, la Sala entiende que el concepto de aplicación dice relación con la observancia directa y concreta (no hipotética o eventual) de las normas comunitarias en la resolución del caso planteado, lo cual reconduce, indefectiblemente a tomar en consideración la base fáctica sobre la que se planteó el litigio, lo pretendido y lo excepcionado por los sujetos procesales que intervienen en la causa, haciendo énfasis que tales posiciones jurídicas deben ser valoradas no a partir de un criterio formal (si se citó o

¹¹⁰ Adviértase que la identificación de una norma jurídica andina como relevante en una determinada controversia no es condición necesaria para su aplicación al caso. Por ejemplo, en casos en que la propia norma del ordenamiento andino remite a la aplicación de la legislación nacional o de las normas contractuales; o casos en que la norma andina es de aplicación opcional, u otros casos en que siendo aplicable la norma andina ello no es debatido por las partes ni los árbitros.

no normas comunitarias en el pleito) sino sustancial, esto es, atendiendo a si tales disposiciones comunitarias deberían (o no) integrar uno de los problemas o sub-problemas jurídicos que debe desentrañar el Juez Nacional a la hora de sentenciar la causa. Si del resultado de tal examen se sigue que una o varias disposiciones comunitarias emergen como relevantes para el caso o, cuanto menos, plantean al operador jurídico una duda objetiva y razonable sobre su aplicación, habrá lugar a predicar el deber de solicitar la consulta prejudicial.”¹¹¹ (El énfasis es nuestro).

Y, al respecto, la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado coinciden en que la discusión sobre la obligatoriedad de la interpretación prejudicial basada en este *concepto de aplicación* debe enraizarse en el juez de última instancia, es decir, en el tribunal arbitral y no en la etapa del conocimiento de un recurso extraordinario de anulación que no constituye ni puede constituirse en una nueva instancia. Si la autoridad que conoce el recurso decide actuar de oficio en la identificación de una causal de anulación del laudo no alegada por el accionante, necesariamente incursionará en interpretaciones sobre la aplicabilidad del derecho comunitario al caso, con lo cual, como se señalaba anteriormente, se estaría arrogando funciones de interpretar el alcance de normas de la Comunidad Andina cuya competencia está asignada al Tribunal comunitario, de acuerdo con el artículo 32 del Tratado.

En esencia, corresponde a las partes y a los árbitros (“jueces nacionales”) a los cuales se ha diferido la solución de una controversia evaluar si corresponde la aplicación de normas andinas, y a dichas partes también correspondería la carga de argumentar, eventualmente, ante un juez nacional de anulación, la presencia de un vicio procesal por incumplirse las condiciones de procedencia de la “consulta obligatoria”. Al respecto, sería preciso un replanteamiento de la jurisprudencia tanto del Tribunal como del Consejo de Estado, o adoptar normas por los órganos legislativos de la Comunidad Andina en materia arbitral para evitar el decreto de nulidades de oficio de laudos arbitrales por parte de las autoridades judiciales de anulación de los cuatro países de la CAN las que estarían asumiendo funciones de interpretar el alcance de determinadas normas comunitarias en diferentes casos, cuando así consideren y sin que medie solicitud de las partes.

Lo anterior contribuiría a mantener la esencia del recurso de anulación y a garantizar que el debate sustancial sobre la procedencia, o no, de la consulta obligatoria, se adelante dentro del escenario del proceso arbitral, en forma tal que los árbitros, actuando como “jueces nacionales” y como “jueces comunitarios”, decidan si hay lugar a presentar la consulta en aquellos casos en que el arbitraje sea en Derecho y verse sobre normas andinas que “deban aplicarse” o “se controviertan” en el proceso.

Lo anterior, como lo hemos señalado, no significaría que una parte que se considere afectada en sus derechos por el contenido de un laudo arbitral en el cual no se habrían aplicado las normas andinas que correspondían, o éstas no hayan sido objeto de consulta, quede sin la posibilidad de invocar sus derechos que considere vulnerados bajo el derecho comunitario. Al respecto el ordenamiento jurídico andino permite a cualquiera de las partes que considere que el laudo emitido afecta sus derechos bajo el ordenamiento comunitario, iniciar una “*acción de incumplimiento*”. El instrumento procesal reglado en el Tratado para estos efectos no es la interposición del recurso extraordinario de anulación, sino la acción de incumplimiento prevista en el Tratado del Tribunal (artículos 23, 24 y 25) y particularmente la consagrada en su Estatuto (artículo 108).

¹¹¹ Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Op. Cit. Pg. 63.

El TJCA podrá verificar si las normas andinas que no fueron debatidas ni aplicadas en el laudo, y otras que considere aplicables, fueron efectivamente incumplidas al proferirse el laudo arbitral, vulnerando con ello los legítimos derechos del accionante. Le correspondería al Tribunal comunitario decidir si el laudo proferido por el tribunal nacional se tradujo, o no, en un incumplimiento de las obligaciones asumidas por Colombia en el marco del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (artículos 4 y 25 del Tratado), y eventualmente señalar la omisión de la consulta prejudicial.

VI. INDICADORES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y SUS EFECTOS EN EL PROCESO ARBITRAL

A. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LAS ACCIONES ANTE EL TRIBUNAL Y MATERIAS JURÍDICAS CUBIERTAS

Luego de 35 años de haberse erigido la interpretación prejudicial como una de las competencias de los Tribunales de Justicia del Acuerdo de Cartagena y de la Comunidad Andina, se encuentra que, hasta el 31 de diciembre de 2017 se habían tramitado 4.548 Interpretaciones Prejudiciales solicitadas por las autoridades jurisdiccionales nacionales y administrativas con funciones judiciales, representativas de más del 95% de la carga de trabajo de los jueces comunitarios (Cuadro 1).

CUADRO 1

ACCIONES ANTE EL TRIBUNAL COMUNITARIO

1984- 2017

ACCIONES	No.	%
INTERPRETACIONES PREJUDICIALES	4.548	95.2
ACCIONES DE INCUMPLIMIENTO	129	2.7
ACCIONES DE NULIDAD	69	1.4
PROCESOS LABORALES	20	0.4
RECURSOS POR OMISIÓN	8	0.2
TOTAL	4.774	100.0

Fuente: TJCA: <http://www.tribunalandino.org.ec>

En reciente evaluación comparada del activismo del Tribunal andino, se encuentra que se ha constituido en la tercera corte internacional más activa, y en la más antigua y exitosa entre once cortes que han “trasplantado” el modelo de la Corte Europea de Justicia.¹¹² Sin embargo, dicha evaluación concluye que estos notables avances han sido dispares, con desarrollos muy significativos en materia de la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, que se han constituido base de la mayoría de las sentencias de interpretación prejudicial. En contraste, en otras áreas asociadas a las materias de la integración subregional, el Tribunal andino habría sido subutilizado. Respecto del origen de las interpretaciones prejudiciales solicitadas al

¹¹² Alter, Karen J. and Helfer Laurence R. “*Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*”. Oxford University Press, 2017. Pg. xi

Tribunal comunitario, se encuentra que las solicitudes elevadas por los jueces nacionales de primera instancia, han sido prácticamente inexistentes. Y en la medida en que se amplió el concepto de “juez nacional” ha habido un creciente número de interpretaciones requeridas por funcionarios administrativos y la justicia arbitral.

Las áreas de la propiedad intelectual, y lo referente a la promoción de la libre competencia en el mercado andino, han sido consistentemente reguladas por los países andinos a través de las siguientes Decisiones, actualmente vigentes, cuyas normas suelen ser fuente de la mayoría de las solicitudes de interpretación prejudicial:

- i) Régimen Común de Propiedad Industrial: **Decisión 486 de 2000 y Decisión 632 de 2006.**
- ii) Régimen Común de Derecho de Autor y Derechos Conexos: **Decisión 351 de 1993.**
- iii) Régimen Común de Protección de los Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales: **Decisión 345 de 1993.**
- iv) Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos: **Decisión 391 de 1996.**
- v) Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina: **Decisión 608 de 2005.**

Además de estas normativas del ordenamiento jurídico andino, otras Decisiones con innegable relevancia en las consultas prejudiciales son las siguientes, en materia de la integración y liberalización del comercio de servicios:

- vi) Régimen liberalización del comercio de servicios en la CAN: **Decisión 439 de 1998.**
- vii) Integración y liberalización comercio de servicios de telecomunicaciones: **Decisión 462 de 1999.**
- viii) Normas comunes para la interconexión de los servicios de telecomunicaciones: **Resolución 432 de la Secretaría General de la CAN.**

En materia de normas de valoración en aduanas de las mercancías:

- ix) Valoración Aduanera: **Decisión 378 de 1995 y Decisión 521 de 2002.**

En cuanto a las normas para el registro y el control de plaguicidas químicos de uso agrícola:

- x) Normas sobre registro y control de Plaguicidas: **Decisión 436 de 1998.**
- xi) Manual de registro y control de Plaguicidas: **Resolución 630 de 2002** de la Secretaría.
- xii) Revaluación de registros de Plaguicidas: **Decisión 684 de 2008**

En asuntos de doble tributación en la subregión:

- xiii) Régimen para evitar la doble tributación y prevención de la evasión fiscal: **Decisión 578 de 2004.**

En cuanto a los tribunales arbitrales de los Países Miembros que han solicitado interpretaciones al TJCA en los últimos años, en investigación reciente realizada con base en la revisión de las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena entre el año 2012 y marzo de 2018, se encuentra que 11 de las 12 solicitudes correspondieron a tribunales colombianos de la Cámara de Comercio de Bogotá, y una a un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito.¹¹³ De los doce casos examinados, la mayoría (9 casos) correspondieron a interpretaciones prejudiciales relacionadas con aspectos del derecho de telecomunicaciones¹¹⁴; y los restantes (3 casos) se refirieron al conocimiento de asuntos de protección de la Propiedad Intelectual.¹¹⁵

B. LA DURACIÓN DEL TRÁMITE DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO ARBITRAL

De conformidad con el artículo 126 del Estatuto del TJCA “*dentro del término de treinta días siguientes al de admisión de la solicitud por el Tribunal, este dictará sentencia*”. No obstante, en la referida investigación referida sobre los tiempos procesales de la interpretación prejudicial solicitada por tribunales arbitrales entre 2012 y marzo de 2018 se encuentra que dicho término se excede ampliamente.

Específicamente, se encuentra que las sentencias de interpretación correspondientes a los 12 tribunales se dictaron en los siguientes términos:¹¹⁶

239-IP-2014: 1 año y 6 días (371 días)
385-IP-2015: 5 meses y 21 días (171 días)
322-IP-2014: 5 meses y 1 día (151 días)
146-IP-2014: 5 meses y 24 días (174 días)
261-IP-2013: 5 meses y 24 días (174 días)
79-IP-2014: 2 meses y 19 días (79 días)
204-IP-2013: 11 meses y 5 días (335 días)
255-IP-2013: 6 meses y 9 días (189 días)
14-IP-2014: 2 meses y 25 días (85 días)
181-IP-2013: 7 meses y 27 días (237 días)
262-IP-2013: 2 meses y 28 días (88 días)
385-IP-2015: 5 meses y 21 días (171 días).

Ello arroja un promedio superior a 6 meses en fallar una solicitud de interpretación prejudicial presentada por un Tribunal arbitral, lo cual, según dicha evaluación “*afecta uno de los valores más apetecidos del arbitraje: una pronta decisión de los casos que se someten al mismo*”.¹¹⁷

¹¹³ Ver resultados de dicha investigación sobre laudos arbitrales en Ríos Pinzón, Yecid; Landaeta Chinchilla, Stefania, y otros, *La Interpretación Prejudicial en el Arbitraje de Propiedad Intelectual en Colombia*. Bogotá, abril de 2018.

¹¹⁴ Procesos 239-IP-2014, 385-IP-2015, 322-IP-2014, 146-IP-2014, 261-IP-2013, 79-IP-2014, 255-IP-2013, 14-IP-2014, 181-IP-2013

¹¹⁵ Proceso 204-IP-2013: Derechos de obtentor de vegetales, ii) Proceso 262-IP-2013: Competencia desleal y propiedad industrial; y 385-IP-2015: Transmisión del derecho de autor.

¹¹⁶ Ríos Pinzón, Yecid y otros. Op. Cit.

¹¹⁷ Ibid.

Conforme al artículo 11 de la Ley 1563 las suspensiones del proceso arbitral deben realizarse por solicitud de ambas partes. Ahora bien, ya sea por solicitud de las partes, o si los árbitros aplican la normativa supranacional para suspender de oficio el proceso con el fin de solicitar la interpretación al TJCA, cabe tener en cuenta, dados los tiempos que dicha interpretación está insumiendo en la práctica, que podría excederse el tiempo máximo de 120 días que el legislador nacional consideró razonables para las suspensiones del proceso.¹¹⁸ Además, en estos casos el tribunal arbitral está en la obligación de esperar el pronunciamiento del Tribunal comunitario, sin cuya sentencia no puede emitir el laudo, como lo ordena el artículo 124 del Estatuto del Tribunal. De esta forma, el laudo se podría proferir después del vencimiento del término legal de duración del proceso, por lo que este asunto debería ser materia de diálogo y búsqueda de soluciones entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los órganos de enlace y los Centros de Arbitraje de los Países Miembros.

BIBLIOGRAFÍA

Alter, Karen J. and Helfer Laurence R. (2017). *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*. New York, Oxford University Press.

Baldeón, Genaro (2003). La Competencia de Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*. Universidad de Margarita, Isla Margarita. Colección Eventus. Pgs. 245-274. Primera Edición.

Cienfuegos Mateo, Manuel (2014). La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). *The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*. Miami-Florida European Union Center of Excellence, University of Miami. Vol. 14 No.1. Disponible en: http://aei.pitt.edu/63608/1/Cienfuegos_PrejudicialComunitariaEU_rev.pdf

Fuentes Hernández, Alfredo y Alegrett Salazar, Adriana (2009). Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de solución de controversias. En *¿Integración suramericana a través del Derecho?: Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Von Bogdandy, A., Landa Arroyo, C. y Morales Antoniazzi, M. (eds.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Instituto Max-Planck. Madrid: Colección Cuadernos y Debates No. 197. (Pgs.) 359-396.

Gamboa Morales, Luis Carlos (2017). El Pleito Pendiente y la Cosa Juzgada”. En *La Práctica del Litigio Arbitral*. Tomo II Volumen I: Aspectos Contractuales y Procesales. Herrera Mercado, H. y Mantilla Espinosa, F. (eds.). (Pgs.) 271-310. Cámara de Comercio de Bogotá - Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

Herrera Mercado, Hernando (2017). La Interpretación Prejudicial Andina y el Arbitraje. En *La Práctica del Litigio Arbitral*. Tomo II Volumen II: Estructura del Proceso y Estrategia del Litigio. Herrera Mercado, H. y Mantilla Espinosa, F. (eds.). (Pgs.) 127-141. Cámara de Comercio de Bogotá - Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

Kaune Arteaga, Walter (2004). La necesidad de la integración y el orden y el ordenamiento jurídico comunitario. En *“Testimonio Comunitario”*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito Primera Edición. (Pgs.) 27-84.

¹¹⁸ Término establecido en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

Mangas, Aracelli y Liñan Noguerras, Diego (2005). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Tecnos, Quinta Edición.

Polanco Puga, Guillermo M. (2015), “*La Cuestión Prejudicial en el proceso de construcción del Derecho de la Unión Europea*”. Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/14923>

Quindimil López, Jorge A. (2012). *Informe jurídico sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 26 de agosto de 2011 (Proceso 3-AI-2010)*. Facultad de Derecho, Universidad de La Coruña. No publicado.

Zaera Espinós, Salvador (2016). *La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: Sentencias Torresi, K y A, y programa OMT*. En EU Law Workshop. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. (No publicado). Disponible en: <http://eprints.ucm.es/39963/>