



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Colombia

**LA FALTA DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA COMO UNA CAUSAL AUTÓNOMA
DE ANULACIÓN EN EL ARBITRAJE NACIONAL**

PROYECTO DE GRADO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTÁ D.C.
2018**

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| 1. EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO | 8 |
| <i>1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR INTEGRACIÓN?</i> | 9 |
| <i>1.2. GENERALIDADES DE LA COMUNIDAD ANDINA</i> | 11 |
| <i>1.3. EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN- SAI</i> | 13 |
| <i>1.4. EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO</i> | 14 |
| <i>1.5. CARACTERÍSTICAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO</i> | 16 |
| 1.5.1. Supranacionalidad | 18 |
| 1.5.2. Autonomía | 19 |
| 1.5.3. Preservación | 20 |
| 1.5.4. Complemento indispensable | 21 |
| <i>1.6. PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO</i> | 21 |
| 2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA | 24 |
| 2.1. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA | 27 |
| 3. LA INTEPRETACION PREJUDICIAL | 31 |
| <i>3.1. ANTECEDENTES A LA FIGURA</i> | 33 |
| <i>3.2. COMPETENCIA PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL</i> | 35 |
| <i>3.3. PROCEDENCIA</i> | 37 |
| 3.3.1. Obligatoria | 37 |
| 3.3.2. Voluntaria | 38 |

| | |
|--|-----------|
| 3.4. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL | 40 |
| 3.5. CARACTERÍSTICAS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL | 40 |
| 3.6. TEORÍA DEL ACTO CLARO Y EL ACTO ACLARADO | 42 |
| 3.6.1. Antecedentes | 43 |
| 3.6.2. Noción | 44 |
| 4. EL ARBITRAJE Y LA ACCION PREJUDICIAL EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA | 47 |
| 4.1. LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LOS LAUDOS ARBITRALES..... | 52 |
| 4.2. LA CONFIGURACIÓN DE UNA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN..... | 56 |
| CONCLUSIONES | 64 |
| BIBLIOGRAFÍA | 68 |

INTRODUCCIÓN

La presente monografía de grado pretende analizar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su implicación para el arbitraje nacional, luego de que la sentencia 03-AI-2010 del 26 de agosto de 2011 estableciera que los tribunales arbitrales pueden y deben solicitarle la interpretación prejudicial al Tribunal De Justicia de la Comunidad Andina (TJCA de ahora en adelante) cuando haya existencia de normas de la Comunidad Andina que puedan aplicarse al caso en concreto. Esto fundamentado en lo que dispuso el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina al comprender dentro del concepto de jueces nacionales a los árbitros.

De igual manera, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han reconocido el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional. Siendo así que la inobservancia de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad.

Sin embargo, no quedó con plena claridad si la falta de interpretación prejudicial se constituye como una causal autónoma del listado taxativo que reposa en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y cómo se ve afectado el principio de legalidad bajo el entendido de que, si no hay reconocimiento expreso dentro del listado de causales para acudir al recurso de anulación, cuya naturaleza reiteramos es taxativa, ésta se deba entender como de obligatorio cumplimiento.

Para ello es importante revisar las circunstancias de hecho y procesales del Caso Comcel Vs ETB, en el cual el Consejo de Estado en sentencia de nueve (9) de agosto del 2012 pudo dirimir una controversia contractual de interconexión cuya cuantía fue de \$134.000 millones de pesos, una de las más grandes que ha habido en el país y que fue el resultado de haberse omitido la solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En esta oportunidad el Consejo de Estado se pronunció respecto de la supranacionalidad, autonomía y carácter integrador de la normatividad de la Comunidad Andina, al igual que la Corte Constitucional, la cual ha reconocido el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional.

Así las cosas, la inobservancia de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina constituye un error procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad. Sin embargo, lo anterior carece de claridad respecto a si la falta de interpretación prejudicial constituye una causal autónoma del listado taxativo que reposa en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, donde se evidencia una posible vulneración al principio de legalidad.

Con fundamento en lo anterior, esta investigación pretende estudiar y mostrar un panorama amplio sobre la Interpretación Prejudicial como competencia jurisdiccional regional. Así,

observaremos, en primer lugar, sus antecedentes, los cuales se remontan a los primeros tratados fundacionales del Derecho Comunitario Europeo y cómo esta competencia pudo ser implementada en el derecho comunitario andino a través de procesos de integración; en segundo lugar, demostraremos cuál es su naturaleza jurídica y las características propias que tiene la interpretación prejudicial tanto en la Comunidad Andina como en la Comunidad Europea. Para ello, resulta importante analizar una doctrina interpretativa: La Teoría del Acto Aclarado y del Acto Claro, que permitirá diferenciar la naturaleza jurídica que tiene la interpretación jurídica tanto en Europa como en la Comunidad Andina y dar una crítica de la misma.

También resulta relevante explicar quiénes conforman el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuáles son sus competencias, cuál es la oportunidad para presentar la interpretación prejudicial ante este Tribunal y el proceso que se debe surtir por parte de los jueces comunitarios y los jueces nacionales.

Como elemento propositivo dentro de esta investigación, dicho componente consiste en proponer un cambio en la normatividad de la ley 1563 de 2012 si se llegase a probar que la Interpretación Prejudicial es de obligatorio cumplimiento, y con esto analizar la posibilidad de revivir la causal que reposaba en el decreto 2279 de 1989 artículo 38 # 4.3” *Causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el derecho comunitario andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la interpretación prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que*

resuelven.”, o si es necesario modificar el Artículo 41 de la ley 1563 de 2012, debido a que actualmente, las causales de anulación de laudos arbitrales son taxativas.

1. EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Un proceso de globalización como el actual, conlleva una serie de cambios en los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos y culturales en las instancias nacionales, regionales y locales. Muchas veces, dichos cambios pueden ser adversos, al generar desigualdad en muchos pueblos del planeta, ya que algunos de ellos no han podido adaptarse a las exigencias que les imponen dichos cambios. Estas exigencias no solo son de carácter económico, sino también en su estructura interna.

Ahora bien, los países en vía de desarrollo¹, entre ellos Colombia, deben buscar entonces un modelo alternativo que les permita aprovechar las ventajas de la modernidad. Por lo anterior, encuentran en la integración una manera – si se quiere decir – de enfrentar el proceso globalizador con efectos favorables y con la finalidad de mejorar de forma constante el nivel de vida, como es el caso de la Comunidad Andina.

La Comunidad Andina, tiene su fundación en rasgos comunes de los Estados: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Su vínculo de pertenencia, constituye entonces en un conjunto de relaciones y situaciones reguladas por un ordenamiento jurídico común, denominado el derecho andino, el cual presenta unas características *sui generis*, con la finalidad de surtir plenos efectos y de permitir a los sujetos de este derecho comunitario –

¹ Se consideran países en vía de desarrollo, aquellos países en los que se presenta un retraso en términos de desarrollo humano, un alto nivel de desigualdad social, debilidad institucional y una inestabilidad política.

para nuestro caso los Estados Miembros, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) y a sus particulares- la realización a plenitud de los derechos derivados del ordenamiento en comento, cuya protección no solo se otorga por el derecho comunitario, sino también por las sentencias proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR INTEGRACIÓN?

Define el Diccionario de la Real Academia Española que integrar es:

“Aunar, fusionar dos o más conceptos, corrientes, etc., divergentes entre sí, en una sola que las sintetice.”²

En esta misma línea, se ha pronunciado SACHICA³ al señalar que la acción de integrar, se dirige a obtener una articulación funcional de elementos, los cuales se consideran partes de un mismo ser de actores necesarios en miras de lograr la unidad de dirección con base en un propósito común, sin perder su anterior identidad.

² Diccionario de la Real Academia Española <http://dle.rae.es/?id=LqKFoJI>

³ SÁCHICA, Luis Carlos – *Derecho Comunitario Andino*. Bogotá Temis 1990

Vistos los anteriores conceptos, es dable concluir que la integración es entonces, un concepto que sugiere imagen de totalidad, de comprensión unificadora, sin perjuicio alguno de la variedad. Teniendo en cuenta que ésta nace de una decisión política y con proyecciones de igual índole, es fruto de maduración, intento de construir un porvenir, mediante una eficiente planificación. Constituye igualmente la concertación deliberada entre varias unidades autónomas de un programa de acción conjunta, para lo cual se crea una organización independiente, con una finalidad muy específica que es la integración, y para lograrla se le ha de dotar de poderes y recursos para llevar a cabo dicho proceso.

Derivado de lo anterior, surge entonces un único y nuevo centro de decisión, dotado de competencia, de atribución específica en diferentes ámbitos, con una fuerza subordinante sobre los Estados que transfirieron dichas atribuciones, y por consiguiente con una jurisdicción espacial en el ámbito territorial de estos.

Dentro de lo anterior, caben varios modelos de integración, según se quiera más intensa, acelerada, global o sectorial, siendo la Unión Europea el ejemplo por antonomasia en la actualidad. En América Latina surge entonces la Comunidad Andina, que es inspirada en el modelo europeo de integración subregional y en la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI.

1.2. GENERALIDADES DE LA COMUNIDAD ANDINA

La Comunidad Andina es un organismo sub-regional que propende por un objetivo en común que es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo, mediante la integración latinoamericana, teniendo como un común denominador entre sus miembros, el contexto geográfico andino.

La alianza de países ha sido una constante en la historia universal. En el pasado ya existían coaliciones – si se quieren denominar así- en torno a fortalecer el poder de expansión, o bien motivados por causas políticas. En el siglo XX, estos procesos de integración se acentuaron con el fenómeno de la globalización y la necesidad de formar grupos económicos con capacidad de competencia mundial.

Ahora bien, el imperativo de formar alianzas de carácter económico y comercial con el fin de fomentar la integración, dio lugar al nacimiento de un proceso andino de unificación de ámbitos operativos que culminó con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969.

Como bien lo describe el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al expresarse respecto del proceso comunitario:

(...) entre nosotros nos muestra los Estados de la región y de la subregión andina, por conducto de sus plenipotenciarios y directamente por sus jefes de

*Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus poderes soberanos individuales, manifiestan su disposición de asociarse con otros Estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo. Deciden de consuno acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objetivo de la organización común*⁴

La Comunidad Andina otorga a los habitantes de los Estados Miembros, entre otros derechos, un doble vínculo de pertenencia: el primero con la Nación y el segundo con la Comunidad – para nuestro caso la Comunidad Andina – que en un principio es una Comunidad de Naciones. Para FERNANDEZ DE LOS CAMPOS estos vínculos “(s)e fundan en un origen provisto de rasgos comunes, comparten *communis periculi* (peligros comunes) y se apoyan en una *communis fides* (fe común) y aspiran a una comunidad de destino.”⁵

Actualmente, la Comunidad está integrada por Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia, además de los órganos que forman el Sistema Andino de Integración (SAI) y tiene como objetivos cardinales⁶:

- ✓ Promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del Proceso 1-IP-96, publicado en la G.O.A.C. No. 257 del 14 de Abril de 1997

⁵ FERNANDEZ DE LOS CAMPOS A. Introducción al Derecho Comunitario Andino. Universidad Autónoma de Bucaramanga 2017

⁶ (Comunidadandina.org, 2018)

- ✓ Acelerar su crecimiento y la generación de empleo.
- ✓ Impulsar su participación en el proceso de integración regional con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.
- ✓ Disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países miembros en el contexto económico internacional.

1.3. EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN- SAI

Con el propósito de lograr una integración eficaz, se crearon una serie de órganos e instituciones de la Comunidad Andina, con la finalidad de facilitar una coordinación efectiva entre sí con el objeto de profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y fortalecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.

Este sistema está conformado por los siguientes órganos e instituciones a saber: Consejo Presidencial Andino; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaría General de la Comunidad Andina; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el Parlamento Andino; el Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez, el Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue; y la Universidad Andina Simón Bolívar.

Los órganos e instituciones se rigen por lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena, y por sus respectivos tratados constitutivos y sus protocolos modificatorios. Los representantes de las instituciones que conforman el SAI, se reúnen de manera ordinaria una vez al año y, en forma extraordinaria, cada vez que lo solicite cualquiera de las instituciones integrantes, en el lugar que se fije antes de cada convocatoria.

1.4. EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Esta clase de derecho, como todo ordenamiento jurídico común, es entonces un sistema normativo, estructurado e institucionalizado, que a su vez contiene poderes y competencias propias, conferidas por los Estados Miembros de la Comunidad Andina, bajo el ejercicio de su soberanía y plasmados en sus tratados constitutivos y protocolos modificatorios.

Este ordenamiento comprende, de conformidad con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su artículo 1: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y sus protocolos modificatorios; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de complementación industrial y otros que sean adoptados por los Estados miembros entre sí en el marco del esquema subregional.

Se trata, al igual que los demás ordenamientos jurídicos de los países miembros, de una estructura supra-ordenada, cuya jerarquía superior está compuesta por normas jurídicas constitutivas, originarias o primarias respecto de las derivadas, las cuales están subordinadas al derecho originario.

Como lo establece el Estatuto del Tribunal de Justicia Andino, las normas jurídicas constitutivas, originarias y primarias son: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos modificatorios e instrumentos adicionales.

Las normas derivadas están conformadas por las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de Complementación Industrial.

Valga la pena notar que las fuentes derivadas, a diferencia de las originarias que provienen de los acuerdos constitutivos y que, por lo tanto, son convencionales y producto de un proceso legislativo por parte de los respectivos órganos supranacionales⁷ de la Comunidad Andina, a los cuales se les ha transferido competencias para lograr tal efecto.

⁷ Son estos el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina

Además de las fuentes primarias y derivadas, el Derecho Comunitario Andino tiene fuentes no normativizadas como lo son las que emergen de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia comunitaria.

1.5. CARACTERÍSTICAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO

El derecho andino, al igual que las normas jurídicas que fueron adoptadas en el diseño de integración de la Unión Europea, tiene unas características que le otorgan identidad propia, con el fin de que surta plenos efectos y permita a los sujetos del Derecho Comunitario Andino, es decir a los Estados Miembros, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y a los particulares, la realización plena de los derechos derivados de este ordenamiento, además de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones originadas en el mismo.

Como ya lo ha expresado el Tribunal de Justicia Andino en la Interpretación Prejudicial del Proceso No. 1-IP-96:

(...) para entender el fenómeno Comunitario como una manifestación jurídica peculiar, basta mirar cómo opera el ejercicio de la función jurisdiccional comunitaria frente a la soberanía de cada uno de los estados miembros. Este interrogante que se hicieron los países al convenir el establecimiento del órgano judicial respectivo puede responderse diciendo que la estructura, la autonomía y las competencias en un sistema judicial de este tipo, y la forma de aplicación del derecho comunitario, se mueven dentro de una órbita de acción propia basada en el mutuo respeto de las competencias funcionales que van de la interpretación del derecho por el juez comunitario a su aplicación obligatoria por el juez nacional.

El fenómeno comunitario entre nosotros nos muestra a los Estados de la región latinoamericana y de la subregión andina, por conducto de sus plenipotenciarios y directamente por sus jefes de Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus poderes soberanos individuales, manifiestan su disposición de asociarse con otros estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo. Deciden de consuno acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objeto de la organización común.

La manifestación soberana expresada en los tratados de integración, al derivarse del ejercicio del poder estatal en democracias representativas - concretamente y en especial en el Grupo Andino - crea un ordenamiento jurídico básico, que, por su efecto directo, pasa a ser compartido por los países integrantes y por sus nacionales. De esta manera tanto los países como sus ciudadanos, los particulares o las personas jurídicas se transforman en sujetos del nuevo sistema, en destinatarios de obligaciones y al mismo tiempo en titulares de derechos, como consecuencia del “efecto de aplicación directa” de la norma comunitaria. Tal característica lo hace distinguible del derecho internacional en el exacto sentido de que, si bien no es extraño a éste, constituye en cambio la regla en el derecho comunitario, pudiendo los particulares hacerlos valer directamente.

El vocablo “integración” adquiere entonces significación cuando a la voluntad de los estados, reflejada en los tratados constitutivos- derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos reglamentarios como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena⁸, que mediante normas jurídicas de derecho derivado también de orden preeminente, regulan materias que pertenecen al ámbito de interés común de los países del área andina.⁹

De lo anterior podemos concluir entonces que el ordenamiento jurídico andino se caracteriza por la supranacionalidad, la autonomía, la preservación y el complemento indispensable.

⁸ Denominada actualmente Secretaría General de la Comunidad Andina, a partir de la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo en 1996 que modificó el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial Proceso No. 1-IP-96, Diciembre 9 de 1996. Quito, Ecuador

1.5.1. Supranacionalidad

La supranacionalidad¹⁰ del ordenamiento jurídico andino, presupone los siguientes elementos: a) La creación de un organismo sujeto de derecho internacional; b) el traslado de competencias soberanas de los Estados Miembros a órganos creados dentro del organismo internacional, por decisión autónoma y soberana de cada uno de ellos; c) el ejercicio de competencias por parte de los órganos creados dentro del organismo internacional, con efectos vinculantes para los sujetos del Derecho Comunitario; d) la transformación del concepto tradicional del Estado – Nación por uno que le permite ejercer decisiones soberanas que son fuentes de derechos y obligaciones en el marco de un organismo internacional; e) la personalidad limitada a los objetivos propuestos dentro del proceso de integración de que goza el organismo internacional y f) las competencias limitadas y otorgadas expresamente a los órganos e instituciones del organismo internacional que encarna los propósitos e instrumentos de dicha estructura.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-227 de 1999¹¹, al referirse al principio de supranacionalidad de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino dijo lo siguiente:

¹⁰ La supranacionalidad es un concepto que surge de la combinación de elementos federales e internacionales en el seno de una misma estructura.

¹¹ La sentencia C-227 de 1999 declaró exequible el Tratado de Creación del TJCA y la Ley 457 de 1998, aprobatoria del mismo

“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[2], 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.”¹²

Por otra parte, el Consejo de Estado, ha reconocido la supranacionalidad y la prevalencia del ordenamiento jurídico andino en numerosas sentencias de la Sección Primera y de la Sección Tercera. Como es el caso de la sentencia del 10 de noviembre de 2016 por medio del cual anuló el laudo proferido por el Tribunal Arbitral que resolvió la controversia entre Telmex Telecomunicaciones S.A. – UNE EPM contra la DIMAYOR¹³, donde dicho alto tribunal manifestó en detalle acerca de estas características del ordenamiento jurídico andino.

1.5.2. Autonomía

El ordenamiento jurídico andino, confiere a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, la independencia necesaria, frente a las autoridades de los Países Miembros

¹² Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-227 de 1999

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845).

para cumplir sus funciones, con fundamento en reglas propias que no están condicionadas por lo cual pueda señalar la normativa interna de cada uno de ellos.

1.5.3. Preservación

Se asienta en los principios y obligaciones contenidos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su artículo 4, así como en las competencias que le son atribuidas a este órgano jurisdiccional de las cuales se derivan el conocimiento y decisión de los recursos y acciones previstos en el referido Tratado. Dicha cualidad implica entonces, que el ordenamiento jurídico andino es de carácter vinculante e intangible.

Las normas del ordenamiento jurídico andino son entonces obligatorias, ya que provienen de la decisión soberana de los Estados Miembros de dar origen a la Comunidad Andina y a sus órganos e instituciones, transfiriéndose competencias propias de los órganos nacionales a órganos comunitarios supranacionales y, por ende, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones de hacer y no hacer frente a los demás socios comunitarios.

La intangibilidad, hace alusión a que los gobiernos de los Estados Miembros, tienen prohibida la posibilidad de modificar unilateralmente las normas adoptadas en el marco de la Comunidad Andina, ya que, si llegaren a hacerlo, incurren en una responsabilidad internacional para su Estado.

1.5.4. Complemento indispensable

Esta característica, hace referencia a la prohibición que tienen los Estados Miembros para interpretar o reglamentar las normas jurídicas andinas. Únicamente y aplicando criterios de carácter restrictivo de interpretación, es admisible la reglamentación de normas andinas mediante “medidas” internas, que están encaminadas a garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico andino, y que no sea contrario a este último.¹⁴

1.6. PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Se consideran principios fundamentales del Derecho Comunitario: la solidaridad, la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía, los cuales han sido derivados de la jurisprudencia proferida por el Tribunal.

El principio de la solidaridad, que tiene eco en el Acuerdo de Cartagena y en el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez, expresa la relación de reciprocidad, correspondencia y complementación entre los miembros de la Comunidad, con miras a la

¹⁴ Este tema fue decantado en el expediente No.10-IP-94 del 17 de Marzo de 1995, publicada en la G.O.A.C de número 177 del 20 de Abril de 1995. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia manifestó “las legislaciones internas de cada país, no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino, o restrinjan aspectos esenciales regulados por el de manera que signifiquen por ejemplo una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.”

constitución y fortalecimiento de lo supranacional. Además de esto, refuerza la equidad y la libertad que le son inherentes al proceso de integración, toda vez que quien participa en sus ventajas, debe guardar lealtad a las cargas, pues de lo contrario, se puede fragmentar la dinámica del espacio común.

La aplicación inmediata, consiste en que, una vez que se crea la norma jurídica andina comunitaria, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico de los Países Miembros y genera en todo juez nacional, la obligación de aplicarla.

Este principio se afina en que los Países Miembros, al constituir una comunidad nacional de duración ilimitada, dotada de capacidad jurídica y poderes reales, transfieren competencias en ámbitos específicos, dentro de las cuales se distinguen, las facultades de dictar normas jurídicas en el marco de los objetivos de la Comunidad, que automáticamente se convierten en Derecho interno nacional.

El efecto directo, es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones no solo para los Estados Miembros, sino que también para las personas naturales y jurídicas, las cuales están legitimadas para exigir su observancia ante los respectivos tribunales.

La primacía del Derecho Comunitario, alude a una consecuencia de la aplicación inmediata y del efecto directo, lo que entonces significa que las normas comunitarias cualquiera sea su fuente o rango, por su especialidad, prevalecen frente a las normas internas de los Estados Miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria, porque la aplicación del derecho comunitario andino, no puede quedar condicionada por normas de derecho interno que tengan un contenido contradictorio con el mismo.

2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Conforme fue evolucionando el proceso de integración hacia su institucionalización como órgano supranacional, la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional que armonice y uniformice la declaración con miras de interpretar la normativa jurídica andina, se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuya misión es la aplicación uniforme de la norma en comento en todos los Estados Miembros de la Comunidad Andina.

Este estrado nace el 28 de mayo de 1979 mediante la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Luego de un largo proceso de ratificación de su tratado constitutivo y de las gestiones destinadas para su instalación en su sede ubicada en la ciudad de Quito inició sus actividades el 02 de enero de 1984. Posteriormente, mediante el Protocolo de Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996, cambió su nombre a “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

El Tribunal está integrado por cuatro Magistrados representantes de cada uno de los Países Miembros, con competencia territorial en los cuatro países (Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia). El tratado de creación del Tribunal, reformado por el protocolo modificatorio que entró en vigencia en agosto de 1999, le atribuyó al TJCA en los artículos 17 a 40 las siguientes competencias: la Interpretación prejudicial, la Acción de nulidad, Acción de

incumplimiento, la Función Arbitral, la Jurisdicción Laboral y el recurso por omisión o inactividad.

La actual estructura institucional del TJCA se encuentra contenida en el “Protocolo Modificadorio del Tratado de creación 7 del TJCA”, suscrito el 28 de mayo de 1996 y en vigencia a partir del 25 de agosto de 1999.

La Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina lo codifica y precisa el ámbito y las funciones jurisdiccionales. Dicha norma, junto con la Decisión 500¹⁵ y la Decisión 425¹⁶ constituye el cuerpo orgánico jurídico de la administración de justicia comunitaria, tal como lo hemos reseñado hasta el momento.

Las funciones que le competen a este tribunal son:

- Control a la legalidad de las decisiones de los órganos comunitarios con capacidad decisoria a través de procesos específicos. El gran desafío de un comercio internacional justo es lograr que las fuerzas de la oferta y la demanda, la acción de las transnacionales y el interés de los Estados sean equilibrados para que la resultante sea beneficiosa para todos. En este contexto, los países con menor desarrollo y los individuos aparecen como la parte

¹⁵ Estatuto de TJCA.

¹⁶ Reglamento de Procedimientos Administrativos

más débil de las relaciones comerciales, ocasionando controversias o conflictos. Tales relaciones deben tener también, como necesario correlato, la posibilidad de las partes intervinientes de dirimir sus controversias. La interrelación que establecen los operadores o las diferentes unidades dentro de un organismo de integración puede suscitar una colisión de intereses por su frecuencia y afán de conseguir objetivos específicos de actuación.

- Vigilancia de la legalidad comunitaria de las acciones de los Estados miembros de la Comunidad Andina. El complejo conjunto de normas supranacionales que conforman el Derecho Comunitario constituye un auténtico ordenamiento jurídico. De esta naturaleza se derivan dos consecuencias; la primera, la necesidad de garantizar el respeto de las normas comunitarias por todos los sujetos de dicho ordenamiento –Instituciones, Estados miembros y particulares-, y, la segunda, la exigencia de su interpretación y aplicación uniforme por los jueces de los Estados miembros. Estos dos principios son básicos para poder analizar los diferentes recursos que ofrece el ordenamiento comunitario para cumplir el control de legalidad y el incumplimiento.

- Aplicación uniforme del ordenamiento comunitario. El Derecho comunitario constituye un orden jurídico propio, distinto del Derecho interno y del Derecho internacional que deben aplicarse uniformemente en el territorio de todos los Estados miembros y, por lo tanto, tiene una jerarquía superior a los ordenamientos jurídicos nacionales.

- Conocimiento de las controversias laborales que se suscitan en instituciones del Sistema Andino de Integración. Puesto que se derivan diversas interpretaciones en las instituciones, al dirimir controversias el TJCA actúa en atención a que el Derecho comunitario andino aplicándolo en la solución de conflictos entre las partes.

- Facultad arbitral. A elección de las partes, el laudo a proferir y, en general, el arbitraje puede ser en derecho o en equidad. En el primer caso, los árbitros deben observar el derecho positivo que sea aplicable, mientras que en el segundo, el pronunciamiento debe atenerse al sentido común, al leal saber y entender y al criterio de equidad. Al momento de reglamentar la función arbitral del Tribunal corresponderá decidir cuál sería el carácter del laudo en aquellos casos en los que no exista un acuerdo sobre este punto.

2.1. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

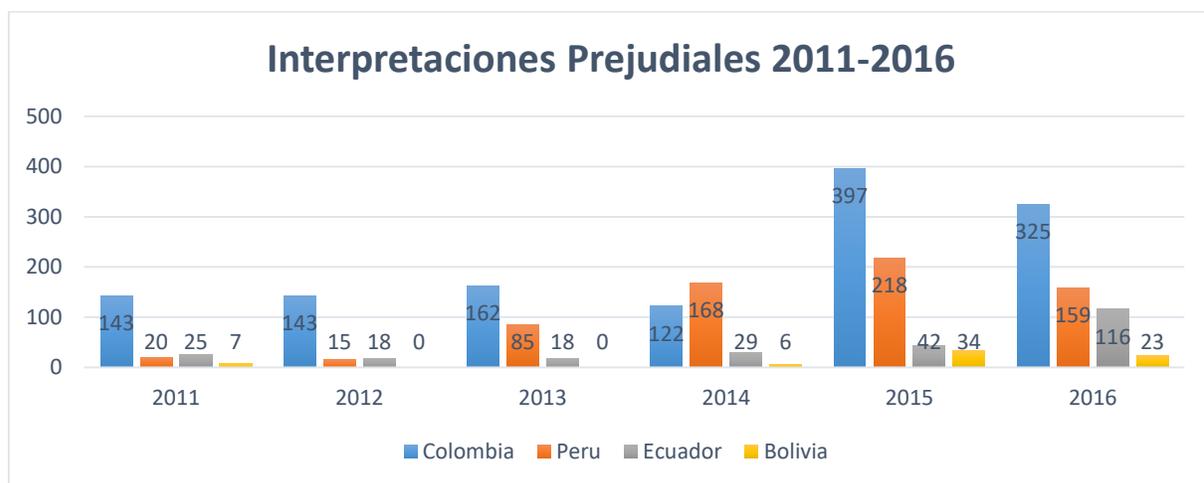
El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para resolver las controversias que surjan con motivo de la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino. Al efecto, cuenta con las siguientes competencias:

- Acción de Nulidad
- Acción de Incumplimiento
- Acción Laboral
- Interpretación Prejudicial
- Recurso por Omisión o Inactividad

Tabla 1. Numero de procesos recibidos 1984-2017¹⁷

| Proceso | Numero de Procesos Recibidos |
|--|------------------------------|
| Acción de Nulidad | 69 |
| Acción de Incumplimiento | 129 |
| Acción Laboral | 20 |
| Interpretación Prejudicial | 4548 |
| Recurso Por Omisión o Inactividad | 8 |

Gráfico 1. Numero de Interpretaciones Prejudiciales presentadas por países.¹⁸



¹⁷ Fuente: Elaboración propia en base a información del Tribunal de Justicia de la CAN: <http://www.tribunalandino.org.ec/itstudio/index.php/en/>

¹⁸ Fuente: Elaboración propia en base a información del Tribunal de Justicia de la CAN: <http://www.tribunalandino.org.ec/itstudio/index.php/en/>

El TJCA constituye, entonces, uno de los más avanzados mecanismos de solución de controversias en el ámbito de las organizaciones económicas internacionales, al permitir que un juez y recientemente un árbitro esté revestido de los más amplios poderes con una jurisdicción supranacional.

Sin embargo, es importante destacar que Colombia, como país miembro de la CAN, es el país que más procesos recibidos tiene ante el TJCA, convirtiéndolo en el país miembro que más vela para que se cumpla a cabalidad el derecho comunitario andino muy por encima de países como Ecuador y Bolivia.

Esto demuestra que los esfuerzos que está haciendo Colombia frente a la Comunidad Andina son enormes, pero a la vez preocupantes toda vez que si lo que se busca es tener una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario, para ello debe haber un trabajo armónico que reúna el interés y la seriedad por parte de todos los países miembros. Al observarse las estadísticas relativas al número de casos recibidos por país, es evidente que en países como Bolivia y Ecuador no se están cumpliendo los compromisos adquiridos por medio de tratados constitutivos.

Es por ello que se debe replantear con inmediatez cómo el TJCA está actuando en aras de hacer propender la normatividad andina y, a su vez, dar un diagnóstico de por qué se está presentando este fenómeno que pone barreras para que se puede llegar al objetivo primario

de la interpretación prejudicial que otorgue una aplicación uniforme, descentralizada y simultánea del derecho comunitario.

3. LA INTEPRETACION PREJUDICIAL

Define VIGIL¹⁹ la interpretación prejudicial como:

“(...) un mecanismo por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del Derecho comunitario”

Entonces, es un mecanismo reservado a los jueces nacionales para que en una especie de diálogo –que los convierte a ellos mismos en jueces comunitarios- con el TJCA, desentrañen, por imperio de éste, el sentido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, lográndose entonces la uniformidad en la aplicación de tal ordenamiento a través de esa figura procedimental, y gracias a la obligatoriedad para los jueces nacionales de acatar las sentencias que en materia interpretadora emita el TJCA.

Es importante precisar aquí que la mayor cantidad de procesos que conoce el TJCA, corresponde a las interpretaciones prejudiciales, asegurando entonces la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.²⁰

¹⁹ Vigil R. La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs.939 a 947) Fundación Konrad Adenauer. Quito 2004

²⁰ Art. 32 de la Decisión 472

En todos los casos en que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del TJCA. En los procesos en que la sentencia es impugnada, la solicitud de interpretación prejudicial es facultativa. El TJCA sólo se limita a interpretar la norma comunitaria relacionada con el caso concreto, debiendo abstenerse de interpretar el contenido y alcance del derecho doméstico ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante, podrá referirse a ellos cuando sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada. La interpretación realizada por el TJCA Andino, ha entonces de ser adoptada obligatoriamente por el juez nacional en la sentencia que profiera.

Por otro lado, por razones de economía procesal el Juez nacional por sí sólo podrá emitir sentencia si es que, al llegar la oportunidad, el TJCA no hubiera emitido un pronunciamiento. Es necesario establecer que la interpretación del TJCA debe estar “referida al caso concreto” así como la aclaración de que el TJCA “no podrá interpretar el contenido”, lo cual entonces consagra el principio de la objetividad de la sentencia facilitando una estricta actuación del juez.

El juez nacional que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del TJCA²¹, con lo cual se está buscando un criterio jurisprudencial uniforme y armónico.

²¹ Art. 35 de la Decisión 472

3.1. ANTECEDENTES A LA FIGURA

A mediados del siglo XX la Comunidad Europea se vio permeada por procesos de integración que tuvieron repercusiones fundamentales en el ámbito político, económico y jurídico que, a su vez, obligaron al derecho interno de cada país miembro a que hubiera especialización por materias dentro del ordenamientos jurídicos, debido a la interrelación entre los distintos ámbitos o niveles judiciales que trajo dicha integración. Situando así a la comunidad europea de ser el autor indiscutible de la Interpretación prejudicial.

Este cumulo de integraciones logro incorporar la interpretación prejudicial por primera vez en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), el cual fue firmado en Paris en 1951 y dispuso en su Art. 41 lo siguiente: “ *Solo 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.*”²². De esta manera y “en términos neofuncionalistas, la figura regulatoria del Derecho Comunitario como la Interpretación Prejudicial, fue producto de una iniciativa de carácter económico que perseguía la defensa de un bloque progresista con miras a consolidar un mercado común que permitiera la libre circulación de los bienes en la comunidad.”²³

²² Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Tratado CECA , Artículo 41

²³JUAN CARLOS DUEÑAS MUÑOZ « Un análisis crítico y comparado de la interpretación prejudicial, el caso andino » Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador Área De Derecho , Pg 167

Es importante aclarar que la interpretación prejudicial siempre ha estado delimitada por el principio de subsidiariedad toda vez que este principio cumple una doble función. Por un lado, permite a la Comunidad actuar si los Estados miembros no consiguen solucionar adecuadamente un problema con las medidas adoptadas por ellos. Por otro lado, intenta mantener la autoridad de los Estados miembros en aquellos sectores en los que la actuación comunitaria no es capaz de conseguir resultados más eficaces. El propósito de incluir este principio en los Tratados europeos, es aproximar en la medida de lo posible al ciudadano el proceso de toma de decisiones dentro de la Comunidad.

Si bien este principio ha sido el pilar orgánico de la Unión Europea en materia judicial, fue hasta el Tratado de la Unión Europea (firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993) que se plasmó expresamente, concluyendo así que en la actualidad el poder judicial en la Unión Europea queda conformado entre los órganos jurisdiccionales propios de la Comunidad, que son: el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y los órganos jurisdiccionales nacionales, que actúan de forma congruente con la ejecución descentralizada del Derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional.

La interpretación prejudicial fue regulada en los términos del Artículo 267 del Tratado de la Unión Europea:

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación del presente Tratado; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; [...] Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.”²⁴

3.2. COMPETENCIA PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

En cuanto a la competencia para solicitar la interpretación prejudicial, ya que se trata de una valoración inicial sobre los elementos de juicio necesarios para continuar el proceso constitucional, el funcionario judicial sustanciador (Juez o Magistrado) es, por regla general, quien puede actuar al respecto. Pero su competencia no es ilimitada, está ligada a determinados requisitos.

Así, el sustanciador sólo puede hacer esta solicitud si existe una duda razonable o una posibilidad fundada de aplicación de la normatividad andina. También si el ciudadano demandante hace una solicitud expresa que se encuentre debidamente justificada.

²⁴ Tratado De Funcionamiento De La Unión europea, Artículo 267

Valga anotar que esa solicitud no se transforma en una orden para el administrador de justicia, lo que quiere decir que no es obligatorio que éste solicite la interpretación prejudicial a menos que considere que existe el nexo material al que se ha hecho referencia previamente.

De esto se sigue que la posibilidad de aplicación de la normatividad andina y de la interpretación prejudicial es distinta a la necesidad u obligatoriedad de aplicación. Así, no sólo un argumento literal -referido al significado de cada concepto- diferencia estas dos hipótesis, sino que un argumento material las distancia.

En efecto, la interpretación prejudicial puede no aplicarse si el Órgano Judicial considera que las normas de la CAN no son relevantes en el caso concreto. Por el contrario, la posibilidad de aplicación puede derivar de varios aspectos y no implica entonces la obligatoriedad de la misma. Esta posibilidad, tal como se había anotado anteriormente, surge de un análisis preliminar que por regla general adelanta el sustanciador al inicio del proceso, ya sea al percatarse de la posibilidad o a solicitud del demandante.

En todo caso habrá de ser demostrado un nexo entre las normas andinas y el procedimiento constitucional. Por tanto, la competencia, por regla general, radica en el sustanciador, debido al diseño del proceso constitucional en el ordenamiento jurídico patrio, pero tal competencia está limitada por los presupuestos de razonabilidad previamente descritos.

3.3. PROCEDENCIA

La interpretación prejudicial en la CAN procede de dos maneras:

3.3.1. Obligatoria

Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno — o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria — en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, deben solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del TJCA sobre la misma materia debatida o sobre casos similares o análogos. En estos casos, el proyecto de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta que el TJCA se pronuncie, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia y en una solemnidad inexcusable e indispensable que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo.

3.3.2. Voluntaria

Cualquier juez de un país miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; en el tratado de creación del tribunal y sus protocolos modificatorios; en las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la comisión; en las resoluciones de la Secretaría General; y, en los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros en el marco del proceso de integración andina, en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno.

En conclusión, la interpretación prejudicial opera: en primer término y a manera general, en todo proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, como se dijo antes, lógicamente por controversia suscitada por las partes o entre estas y el juez de conocimiento respectivo.

En segundo término, en todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, caso en el cual el juez de conocimiento ha entonces suspender el proceso y enviar la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia Andino.

Y, extraordinariamente y de forma facultativa el juez de oficio podrá solicitar al Tribunal Andino de Justicia la interpretación prejudicial de las normas controvertidas andinas, en aquellos eventos en que en el país no existan recursos ulteriores a la sentencia que se vaya a

dictar en el proceso respectivo, o que habiendo recursos no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria.

Un ejemplo de ello puede citarse algunas acciones de stirpe contencioso administrativo como aconteció con la interpretación dada en el Proceso 1 – IP – 87 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el que el Consejo de Estado de Colombia solicitó por medio del Consejero de Estado Guillermo Benavides Melo, la interpretación prejudicial de Decisión 85 de la entonces Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Por lo tanto, la interpretación prejudicial se convierte en una nueva etapa procesal que es introducida por el ordenamiento jurídico comunitario al proceso judicial colombiano en general, en el que haya de aplicarse normas del bloque andino, no siendo un periodo en el que se pida un simple dictamen u opinión al TAJCA, ya que lo que interprete el Tribunal en comento debe ser aplicado u adoptado por el juez de conocimiento. Así lo ordena el artículo 35 del Protocolo dictado en Cochabamba, modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cuando dispone *que "(e)l juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal"*.²⁵

Así, es la interpretación prejudicial una verdadera etapa del proceso que no se puede pretermitir por el juez de conocimiento, incluso debe darse aun cuando ya existan casos similares el mismo despacho judicial, a fin de proteger las garantías procesales del debido

²⁵ Art. 35 Protocolo Modificadorio de Cochabamba

proceso que le asisten a las partes en contienda, y su inobservancia dará al traste con lo que se actúe en el momento en que toque solicitarla al juez andino.

3.4. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

La solicitud de interpretación prejudicial puede solicitarse en cualquier tiempo antes de dictar fallo de primera o única instancia. Sin embargo, existe otra posibilidad en la cual se considera que debe hacerse justo después de concluida la etapa probatoria o la de alegatos de conclusión, a efectos de darle una mejor vista del caso al juez andino para que éste pueda hacer una interpretación lo mejor y específica posible, que no sea tan general que impida su aplicación efectiva por parte del juez nacional.

Como se dijo antes, la interpretación prejudicial de las normas andinas que tome el juez comunitario deberá ser acogida en el respectivo fallo por el juez nacional, quien ha debido enviar su solicitud al Tribunal de Justicia Andino, lo que indica el efecto vinculante de las interpretaciones dadas por el Tribunal de Justicia para los jueces y autoridades de los países de miembros de la Comunidad Andina.

3.5. CARACTERÍSTICAS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

A) La interpretación prejudicial en la Comunidad Andina es un ejercicio de cooperación mediante el cual el juez nacional solicita al juez comunitario,

representado por el TJCA, que interprete en forma objetiva una norma comunitaria que debe entonces aplicar en un caso concreto.

- B)** El TJCA interpreta la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia. No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.
- C)** La interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple contestación de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso. Cualquier juez de un Estado miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; en el tratado de creación del tribunal y sus protocolos modificatorios; en las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la comisión; en las resoluciones de la Secretaría General; y, en los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros en el marco del proceso de integración andina, en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno.

- D)** La solicitud del juez nacional por la cual requiere la interpretación prejudicial debe motivarse de manera breve, pero suficientemente completa, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso objeto de consulta.
- E)** La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, es deseable que la decisión de plantear una solicitud de interpretación prejudicial se adopte después de haber escuchado a las partes, de modo que el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para compendiar, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico objeto del litigio.
- F)** Una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia deberá adoptar el pronunciamiento del Tribunal Andino. Además, el juez nacional enviará al Tribunal de Justicia la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial.

3.6. TEORÍA DEL ACTO CLARO Y EL ACTO ACLARADO

Una diferencia del derecho andino respecto al derecho comunitario europeo reside en que aquel no acepta actualmente las doctrinas del acto claro o acto aclarado. En aplicación de dichas doctrinas, el juez de un Estado Miembro de la Unión Europea no está obligado a

dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando tenga que aplicar la normativa comunitaria, contribuyéndose así a aminorar la carga procesal del órgano judicial comunitario.

3.6.1. Antecedentes

La jurisprudencia comunitaria en Europa, desde sus inicios sentó las bases de las doctrinas interpretativas del acto claro y del acto aclarado. Por lo tanto, la fuente de la doctrina del acto claro surgió en una antigua sentencia de la Cour de Cassation francesa, siendo posteriormente desarrollada por Laferriere en 1896.

“El nacimiento de esta doctrina se vincula estrechamente con el reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial en orden a la interpretación de tratados internacionales. En Francia, como recuerda Charles Rousseau, con base en la idea de que el Ejecutivo es el único competente para la dirección de las relaciones internacionales, se entendió que los tribunales debían mostrar una gran reserva en todo lo concerniente a la interpretación de tratados; así, salvo en los litigios de interés privado, se entendió que los tribunales administrativos debían suspender todo pronunciamiento hasta que les fuera aportada una "interpretación oficial" del tratado, dada por el Ministerio de Asuntos Exteriores. Con la finalidad de limitar la función del Ejecutivo en este campo, con la influencia que esto le permitía ejercer sobre la misma jurisprudencia, los tribunales desarrollaron la doctrina del "acto claro", reservándose el control de la existencia o no de verdaderas dificultades interpretativas, y por lo mismo, una amplia facultad de apreciación”²⁶

²⁶ FERNANDEZ SEGADO, “El Juez nacional como juez comunitario europeo (...)”, op cit, p 130.

3.6.2. Noción

La doctrina interpretativa del acto aclarado²⁷ y del acto claro está consagrada en el Artículo 140 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . El acto claro parte de una certeza insondable por parte del juez nacional sobre un caso el cual merece una sola interpretación desde el Derecho Comunitario y éste tendrá el mismo efecto para todos los órganos jurisdiccionales nacionales de la Unión Europea.

Secundariamente el Acto aclarado al tenor del Artículo 140 párrafo 3 se presenta

“Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado remitiéndose, en caso necesario, a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable.”²⁸

Como se mencionó anteriormente, el derecho andino no acoge la doctrina interpretativa del acto aclarado y el acto claro²⁹. Esto fundamentado en que el juez nacional está obligado a plantear la cuestión prejudicial en cada caso, sin importar si el caso al cual se está

²⁷ En palabras de Patricio Bueno Martinez Y Alejandro Daniel Perotti « El acto aclarado puede definirse como la teoría por la cual un juez interno, cuya sentencia no es susceptible de recursos ordinarios según el derecho nacional y, por lo tanto, estando obligado a remitir la consulta al Tribunal de Justicia, podrá eximirse de llevar adelante dicho reenvío en los casos en los que el Tribunal supranacional haya sentado previamente jurisprudencia en un expediente que guarda sustancial analogía, de hecho y de derecho, con el asunto que tramita ante la justicia nacional, solo y únicamente en función de dicha circunstancia”. La Teoría Del Acto Aclarado ¿Resulta Necesaria Su Aplicación En El Marco De La Interpretación Prejudicial Andina? »

²⁸Reglamento De Procedimiento Del Tribunal De Justicia De Las Comunidades Europeas, Artículo 104 pararafo 3.

²⁹ «La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la "teoría del acto claro" no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino» (sentencia de 7 de agosto de 1995, proferida en el proceso 4-IP.

solicitando la interpretación prejudicial sea análogo a otros casos ya fallados o aún si el juez tenga un profundo convencimiento y conocimiento del alcance de la interpretación.³⁰

Sin embargo, otro aspecto que merece ser resaltado es que en la Unión Europea se aplica un juicio de relevancia, para determinar la necesidad de acudir por la vía prejudicial al TJUE. Siendo así que el juez ordinario puede decidir no acudir al Tribunal de Justicia en dos situaciones que son cuando el derecho comunitario es expresamente inaplicable y también cuando la norma comunitaria es clara o existe jurisprudencia comunitaria en casos similares.

Entre los argumentos que da el TJCA para no aplicar estas doctrinas interpretativas, encontramos pronunciamientos que confirman su negativa de aplicación a estas teorías, cómo son el Proceso 91-Ip-2008, de 28 de octubre de 2008³¹. En esta oportunidad el Tribunal señalo el alcance y finalidad de la interpretación prejudicial la cual es

“(...) lograr que se aplique uniformemente el Derecho Comunitario en el territorio de los países miembros, buscando de esta manera crear una doctrina armónica y estable favorable al proceso de integración, de donde los principios interpretativos contenidos en cada sentencia del Tribunal Comunitario deben ser aplicados exclusivamente al caso concreto consultado”.

³⁰ SALGADO ESPINOZA, ob cit, p. 29 (...) incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida o sobre casos similares o análogos, los jueces nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de un recurso ulterior están obligados en todos los procesos en los que se controvierta una norma del ordenamiento jurídico andino en los que se haya invocado o en los que esta deba aplicarse a solicitar la interpretación prejudicial.

³¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andia, Proceso 91-Ip-2008, 28 de octubre de 2008

Concluyendo así que el TJCA ha sido enfático en no aplicar las teorías del acto claro y el acto aclarado, al adoptar la teoría del litigio concreto, en virtud de la cual los jueces de última instancia están obligados a hacer la remisión prejudicial, aunque la materia esté clara o ya haya sido resuelta en otro fallo emitido por el propio Tribunal de Justicia comunitario.

Sin embargo, consideramos que a pesar de los pronunciamientos que ha dado el TJCA frente a las teorías del acto claro y el acto aclarado, no son del todo nocivas para la implementación y finalidades que busca interpretación prejudicial, toda vez que la teoría del acto aclarado, al reunir situaciones en donde existe sustancial analogía tanto de hecho como de derecho y respetando que la interpretación prejudicial no puede asimilarse a una prueba, podría llegar a tener impactos positivos que son, por un lado, aliviar la carga procesal y, por otro, la construcción de jurisprudencia.

La aplicación del acto aclarado dentro del marco de la Comunidad Andina y en las palabras de DUEÑAS MUÑOZ “*daría la pauta al juez nacional como el máximo uniformador del Derecho Comunitario.*”³². Lo anterior, fundamentado en lo que se analizó anteriormente al señalar que la teoría del acto aclarado se basa en la jurisprudencia, a diferencia de la teoría del acto claro la cual parte de la convicción íntima y personal de un juez que no tiene duda alguna sobre la aplicación del Derecho Comunitario y que, por tal libertad interpretativa que tiene el juez, coincidimos en la no aplicación de la teoría del acto claro dentro del marco del derecho comunitario.

³²JUAN CARLOS DUEÑAS MUÑOZ, “Un análisis crítico y comparado de la interpretación prejudicial, el caso andino”, op cit, p 272.

4. EL ARBITRAJE Y LA ACCION PREJUDICIAL EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

La reiterada jurisprudencia del TJCA y en especial la emanada dentro del Proceso 03-AI-2010 que resolvió la controversia arbitral de Comcel S.A. contra EPM Telecomunicaciones S.A. ESP ³³, determinó que con fundamento en lo previsto en el Tratado de Creación y Estatuto de la Comunidad Andina, que los tribunales arbitrales locales tienen la ineludible obligación de solicitar al TJCA la “interpretación prejudicial” de las normas comunitarias involucradas en el caso objeto de estudio, con el fin de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del derecho comunitario andino.

“Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.” ³⁴

En esa medida, se procederá a realizar un estudio de las circunstancias fácticas y procesales del caso Comunicación Celular S. A. - Comcel S. A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ETB, por ser este el caso más relevante en cuanto se

³³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 03-AI-2010, agosto 26 de 2011

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 57-IP-2012, Julio 11 de 2012

refiere a la falta de interpretación prejudicial del TJCA y por el cual se incorpora al ordenamiento jurídico colombiano una nueva causal de anulación de laudos arbitrales.

Las compañías de telecomunicación COMCEL y ETB celebraron contratos de acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia de la primera y la red de telefonía móvil celular de la segunda, el 13 de octubre, el 13 de noviembre y el 11 de noviembre de 1998. En dichos contratos se estipuló que la solución de controversias se haría ante tribunales arbitrales.

Una vez en marcha la ejecución del contrato, ETB supero el acceso, uso e interconexión de lo acordado, por lo que COMCEL presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el año 2004 y 2005 dos demandas arbitrales, mediante la cual pretendía que se condenara a la ETB donde debía pagar la diferencia entre lo que se le ha venido pagando y lo que se le ha debido pagar por dicho concepto desde enero de 2002 y hasta la fecha en que se profirieran los laudos o la fecha más próxima a estos.

El 15 de diciembre de 2006, se profirieron laudos por los cuales se reconocieron las pretensiones de la demanda y se condenó a la ETB a los pagos correspondientes. El 15 de enero de 2007, los laudos fueron aclarados.

En razón de lo anterior, La ETB interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra laudos arbitrales, los cuales fueron resueltos mediante sentencias el 27 de marzo de

2008 y del 21 de mayo de 2008, por las cuales se concluyó que los recursos no prosperaban.

Por lo cual, dicha compañía decidió presentar ante el TJCA una acción de incumplimiento, alegando la omisión por parte de los tribunales arbitrales de no aplicar las normas andinas sobre conflictos de interconexión. Simultáneamente, la ETB acude nuevamente ante el Consejo de Estado, solicitando la interpretación prejudicial del TJCA, solicitud que fue negada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El 26 de agosto de 2011, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consideró que los temas que dieron nacimiento a la disputa entre las partes, están reglamentados el derecho común andino y por su carácter de norma supranacional, genera un efecto de aplicación directa e inmediata. Por esta razón, los Tribunales Arbitrales Colombianos debieron solicitar la interpretación prejudicial del TJCA, por lo que decide:

“Declarar a lugar la demanda interpuesta por la Empresa [de] Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ETB S.A. E.S.P., contra la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haber solicitado oportunamente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres (03) laudos arbitrales, de acuerdo a lo sentado por este Tribunal en la parte considerativa de la presente sentencia. Debe en consecuencia, la República de Colombia proceder conforme lo establece el artículo 111 de la

*Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina, a dar cumplimiento a esta sentencia”.*³⁵

En consecuencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia emitida el 9 de agosto de 2012, con el fin de dar cumplimiento al fallo proferido por el TJCA, declaró la anulación de los tres laudos arbitrales, deja sin efecto las sentencias proferidas el 27 de marzo de 2008, 27 de marzo de 2008 y 21 de mayo de 2008 y por último, obliga a COMCEL a devolver los pagos realizados por ETB.

Exceptuando lo anterior, COMCEL instauró recurso extraordinario de revisión del Proceso 03- AI-2010 ante el TJCA, el cual fue rechazado por extemporáneo, al cual se propuso recurso de reconsideración, donde fue igualmente rechazado por medio del Auto de 19 de junio de 2013. Así las cosas, las sentencias de anulación emitidas tanto por el TJCA y el Consejo de Estado tienen efecto de cosa juzgada.

Así las cosas, el Consejo de Estado a través de las providencias proferidas el 9 agosto de 2012 con Radicado. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281)³⁶, Radicado. 11001032600020120001800 (43.195)³⁷ y Radicado 11001-03-26-000-2012-00013-00(43045)³⁸, introdujo al ordenamiento jurídico nativo la causal autónoma de anulación de

³⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 03-AI-2010, Agosto 26 de 2011

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad 11001-03-26-000-2012-00020-0043281, agosto 9 de 2012

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad 11001-03-26-000-2012-00020-0043195, agosto 9 de 2012

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, Rad 11001-03-26-000-2012-00020-0043045, agosto 9 de 2012

laudos arbitrales por falta de interpretación prejudicial del TJCA, para el cumplimiento de lo ordenado por dicho Tribunal, al no estar expresamente consagrado en el Estatuto Arbitral. Motivo por el cual esta riñe con la naturaleza del proceso arbitral, toda vez que:

- A) *“Conlleva la suspensión del proceso principal hasta que el TJCA efectúe la interpretación prejudicial de las normas andinas adaptables al caso y, en cambio, el proceso arbitral por regla general no se suspende por prejudicialidad;*
- B) *La causal procede inclusive de oficio mientras que en el arbitraje el recurso de anulación es de carácter rogado y por ello las causales deben alegarse oportunamente como requisito de procedencia;*
- C) *La causal no está prevista taxativamente por la ley a diferencia de las demás causales de anulación;*
- D) *La causal tiene origen en una sentencia judicial de un órgano supranacional; y*
- E) *El juez de anulación puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia e, incluso, expedir la sentencia sustitutiva, para lo cual deberá solicitar la interpretación prejudicial prescindida por el Tribunal de Arbitramento, entre otras.”³⁹*

Adicionalmente, es necesario analizar la procedencia de esta causal autónoma, bajo los parámetros establecidos de la Ley 1563 de 2012, por la existencia de vacíos jurídicos en razón a la falta de regulación, dejando en duda la procedencia y aplicación de dicha causal.

Lo cual puede traer como consecuencia inseguridad a los árbitros frente a la obligatoriedad de la solicitud de la cuestión prejudicial y las consecuencias que conllevaría su inobservancia, que se traduciría en la posible anulación del laudo emitido por el Tribunal,

³⁹ MARTINEZ ARCOS, LORENA VICTORIA “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-35, Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia

que permitiría al juez de anulación pronunciarse sobre el fondo del asunto, argumentando dicha posición en la falta de interpretación.

En todo caso, se considera necesario establecer claridad frente a la aplicación de la causal, lo cual impone mayor diligencia y cuidado a los árbitros, con el fin de generar seguridad jurídica en el proceso.

4.1. LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LOS LAUDOS ARBITRALES

Es necesario iterar en este punto que los árbitros adquieren la calidad de jueces nacionales o comunitarios, a la luz del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia que nos dice en su inciso final:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”⁴⁰

Y lo anterior es reafirmado por la Ley 270 de 1996 en sus artículos 8 y 13 que puntualizan:

⁴⁰ Constitución Política de 1991. Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa Bogotá 2013

ARTÍCULO 8.- Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

ARTÍCULO 13.- Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.⁴¹

Esto se traduce en que la actuación debe realizarse sin óbice alguno, para que de oficio o a solicitud de las partes, precisen la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, cuando éstas deban aplicarse o se controviertan en el caso en concreto. De hecho, es una obligación de imperante cumplimiento cuando se trata de un trámite de única instancia y el laudo proferido no admite recurso alguno.

Respecto del incumplimiento de esta obligación, debemos remitirnos a lo que dispone el artículo 128 del Estatuto del TJCA que nos dice:

“Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional

⁴¹ Ley Estatutaria de Administración de Justicia – Ley 270 de 1996

obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”⁴²

Ahora bien, la jurisprudencia andina y la doctrina en cabeza de DUEÑAS, ha precisado las consecuencias derivadas de la omisión de incoar la solicitud de interpretación prejudicial, en los siguientes términos:

No es concebible para este Tribunal que el juez, por sí mismo o a pedido de las partes o sus representantes en los procesos internos, pueda resistirse a dar cabal cumplimiento a la petición de interpretación prejudicial. Las consecuencias de esta conducta ‘contra legem’ pueden derivar en acciones de incumplimiento o en vicios procesales de consecuencias impredecibles. En tal sentido, la inobservancia de las normas relativas a la interpretación prejudicial podría lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, tal como se encuentra reconocido por las tradiciones constitucionales de los Países Miembros, así como por los principios generales de Derecho comunitario. No plantear una cuestión prejudicial puede suponer, en consecuencia, una violación del derecho de todo ciudadano al juez predeterminado por la ley, así como del derecho de la defensa, del principio de seguridad jurídica y del buen desarrollo del procedimiento”⁴³

Esto se traduce en que el mecanismo de cooperación propende por la uniformidad y seguridad jurídica del derecho andino, sin que por ello exista en modo alguno, una

⁴² Estatuto del TJCA

⁴³ Dueñas, J. C. *La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?* En C. Steiner (Ed.). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (págs. 29-58). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer 2011.

subordinación o relación jerárquica entre la jurisdicción comunitaria y los sistemas jurídicos nacionales.

En ese orden de ideas, la consulta obligatoria tiene entonces por objetivo el impedir que se consolide en un país miembro, una jurisprudencia nativa incompatible con las normas de derecho comunitario o con la interpretación que a ellas deba dársele. Como ya lo señalamos, es entonces el juez nacional quien determina si dentro del proceso resulta necesaria o no la aplicación de las normas de derecho comunitario, para decidir según los términos en los que el litigio este planteado, motivo por el cual no se configuraría una eventual violación del derecho de defensa y del principio de seguridad jurídica si, con base en los hechos de la litis, opta no dar aplicación a una norma del derecho comunitario andino por no considerarla necesaria o indefectible para resolver el caso.

Al respecto de lo anterior nos dice el TJCA que:

“(n)o basta que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los proceso.”⁴⁴

⁴⁴ Proceso 2-IP-1991

En este orden de ideas, la valoración por parte del Juez nativo o de integración, debe estar justificada y debidamente motivada, en particular cuando alguna de las partes en el proceso propio, es quien solicita que el juez proceda entonces a formular la consulta de interpretación judicial, porque debemos tener en cuenta que la simple aplicación, sujeta también al árbitro a formular la consulta, independientemente de que la norma sea diáfana o con antelación fuere interpretada por el TJCA.

4.2. LA CONFIGURACIÓN DE UNA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN

Las citadas normas del ordenamiento jurídico andino⁴⁵ son esenciales para establecer las razones por las cuales se configuró esta causal de anulación.

El Tratado de Creación del TJCA consagra la interpretación prejudicial como un mecanismo de cooperación entre los jueces y tribunales nacionales de los Países Miembros de la Comunidad Andina y el TJCA a quien le corresponde *“interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.”*⁴⁶

⁴⁵ Tratado de Creación del TJCA, artículo 1°:

“Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

a) *El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;*

b) *El presente Tratado 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.”* (El subrayado no es del texto)

⁴⁶ Tratado de Creación del TJCA, artículo 32, Decisión 500 artículo 121.

De acuerdo con el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA⁴⁷, la interpretación prejudicial es un incidente procesal por medio del cual los jueces que conozcan de un proceso “*en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*” deben solicitar la interpretación del TJCA de dichas normas.

Como se explicó en el respectivo capítulo, la interpretación prejudicial es facultativa cuando la sentencia que dicte el juez o tribunal es susceptible de recursos en derecho interno, es decir, es apelable para ser conocida en segunda instancia por el superior jerárquico.⁴⁸ En este caso el incidente no suspende el proceso, es decir, si llega el momento de proferir sentencia sin que se hubiera recibido la interpretación prejudicial del TJCA, el juez podrá hacerlo bajo el entendido que en la segunda instancia dicha interpretación prejudicial se incorporará a los fundamentos jurídicos de la sentencia.

La interpretación prejudicial es obligatoria cuando la sentencia que dicte el juez o tribunal no es susceptible de recursos en derecho interno, es decir, cuando el proceso es de única

⁴⁷ Tratado de Creación del TJCA, artículo 33:

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

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

⁴⁸ Decisión 500, artículo 122:

“Artículo 122.- Consulta facultativa

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

instancia o está en segunda instancia. En este caso, el incidente procesal suspende el trámite del proceso judicial o arbitral mientras se tramita la interpretación prejudicial. El último párrafo del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA expresa lo siguiente:

“Artículo 33. (...) En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”

Por su parte, el artículo 123 de la Decisión 500 dispone lo siguiente:

“Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.”

En numerosas ocasiones el TJCA se ha pronunciado acerca de la obligación que tiene el juez o tribunal⁴⁹ de única o de segunda instancia de decretar la interpretación prejudicial

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso de interpretación prejudicial 156-IP-2011, abril 18 de 2012

obligatoria. En las conclusiones de la sentencia de interpretación prejudicial 156-IP-2011, que se fundamenta en la jurisprudencia sostenida del TJCA, dijo lo siguiente:

“PRIMERO: El artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consagra en cabeza de este organismo la función de interpretar la normativa comunitaria andina para lograr su aplicación de una manera uniforme en todo el territorio comunitario.

El esquema se plantea como un sistema de colaboración entre el juez nacional y el comunitario, de conformidad con los siguientes instrumentos básicos:

- *Consulta facultativa (artículo 122 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). El Juez nacional que no sea de única o última instancia puede elevar consulta prejudicial al Tribunal. En este caso el juez nacional no suspende el proceso.*
- *Consulta obligatoria (artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). El juez nacional de única o última instancia ordinaria tiene la obligación de elevar consulta prejudicial al Tribunal. En este caso debe suspender el proceso hasta que se reciba la consulta prejudicial.”*⁵⁰

Cuando el juez o tribunal de única o de segunda instancia no decreta la interpretación prejudicial obligatoria para consultar al TJCA sobre las normas andinas que se deben aplicar en el proceso o sobre cuya aplicación se controvierte en el mismo, incurre en un incumplimiento del ordenamiento jurídico andino (artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y artículos 123 y 124 de la Decisión 500) y esta omisión da lugar a la responsabilidad internacional del País Miembro ante la Comunidad Andina, y en consecuencia la sentencia dictada por el juez o tribunal nacional está viciada de nulidad.

En materia arbitral, cuando los árbitros no decretan la interpretación prejudicial obligatoria y profieren el laudo, respecto a éste se configura la causal de anulación por omisión o falta

⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso de interpretación prejudicial 156-IP-2011, Abril 18 de 2012

de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria como lo dispuso el TJCA en la sentencia 3-AI-2010, su aclaratoria del 15 de noviembre de 2011, el auto del 18 de julio de 2012 y la sentencia 57-IP-2012.⁵¹

Sobre la necesidad de salvaguardar la uniformidad del Derecho Comunitario en lo referente al trámite de la **interpretación prejudicial obligatoria**, ha dicho el Consejo de Estado:

“6.2.3. Es en este contexto en el que se inscribe la institución de la interpretación prejudicial, disciplinada en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y 122 y 123 de la Decisión 500 de 2001 la interpretación prejudicial es un instrumento garante de la atribución de sentido uniforme de las disposiciones de derecho comunitario en todas las jurisdicciones donde deban ser aplicada” (...)

“6.2.4. En cuanto hace a la interpretación prejudicial obligatoria, se tiene que es deber de la autoridad judicial interna solicitarla, bien sea de oficio o a pedido de parte, siempre que el juicio que se tramita sea de única o última instancia, la sentencia no sea susceptible de recursos en derecho interno y en él se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” (...)

“6.2.8. (...) se tiene que la disposición comunitaria así interpretada pasa a integrar, de manera prevalente y excluyente, una de las premisas normativas llamada a gobernar el razonamiento del fallo a adoptar, de modo que es deber del Juez concretar el contenido normativo interpretado de acuerdo a las particularidades fácticas y jurídicas del pleito (que no cercenar o anular su efecto jurídico) pues entiende esta judicatura que la interpretación del Tribunal de Justicia no se asimila a simples conceptos o consejos prudenciales sino a auténticas directivas interpretativas de orden imperativo que no otorgan espacio al Juez nacional para su discusión o aplicación discrecional en el caso concreto. (...)”⁵²

Y cuando ello no ocurre la consecuencia jurídica que ha reconocido de manera uniforme el Consejo de Estado es la nulidad del fallo proferido:

⁵¹ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena del 14 de noviembre de 2012.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 2015-00015 de noviembre 24 de 2016 proferida dentro del proceso de radicado No. 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“6.2.12.- No en vano ello, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (SIC) ha dispuesto que por vía de integración normativa y atendiendo la supremacía del ordenamiento comunitario sobre el nacional, al juez de anulación (en el caso Colombiano la Sección Tercera del Consejo de Estado o la respectiva Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial) le corresponde, “por encima de las limitaciones formales de su normatividad interna”, declarar la nulidad de la sentencia o laudo que no haya dado lugar a la interpretación prejudicial obligatoria, de manera tal que, para todos los efectos jurídicos, este supuesto se subsume como una más de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normatividad interna. Se advierte que misma consecuencia ha de pregonarse al evento en el cual pese a solicitarse la interpretación prejudicial el Tribunal de Arbitramento no aplicó ésta a la hora de dictar el laudo que zanjó la contienda.”⁵³

Sabido es que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha insistido en el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional.

En tal sentido, uno de los efectos prácticos de dicha determinación es que al catálogo de causales en las cuales se puede formular el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe agregarse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso por parte del tribunal arbitral.

⁵³ *Ibíd.*

Por esta razón, es necesario traer a colación la reiterada posición del TJCA en sus sentencias de interpretación prejudicial como es el caso del Proceso 129-IP-2012 : *“los Países Miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de Acuerdos Internacionales, la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entrenen conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él”*⁵⁴.

Lo anterior nos quiere decir que el legislador se encontraría entonces facultado para legislar sobre la aplicación de la causal de anulación de laudos arbitrales en armonía con lo previsto en el Estatuto.

Bajo las anteriores consideraciones, tenemos que anotar que el ordenamiento jurídico colombiano, debe entonces añadir la causal de anulación de laudos arbitrales derivada de la omisión del deber del tribunal arbitral de solicitar o consultar la interpretación prejudicial de las normas aplicables o controvertidas en el caso, aun cuando estando se encuentra positivizada claramente en el derecho interno, porque se entiende que al hacer parte del derecho comunitario andino tiene como consecuencia la aplicación inmediata en arreglo a lo dispuesto en los principios de primacía y efecto directo.

⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 129-IP-2012, abril 25 de 2013

En ese sentido, consideramos necesario que la interpretación prejudicial del TJCA sea considerada como una causal autónoma, por lo que proponemos la modificación del artículo 41 del Estatuto Arbitral, con el fin de generar seguridad jurídica y poner al conocimiento tanto a jueces, abogados y particulares que acuden a un Tribunal Arbitral donde la Litis se centre o tenga relación con las decisiones establecidas por la Comunidad Andina.

Nuestra proposición para eliminar y hacer evidente la obligatoriedad de analizar si se puede revivir la causal que reposaba en el decreto 2279 de 1989, Artículo 38 # 4.3” *Causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el derecho comunitario andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la interpretación prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven.*” O si es necesario modificar el ya citado artículo que tiene naturaleza actualmente es taxativa.

Por último, es importante tener en cuenta que cuando una persona utiliza un mecanismo alternativo de solución de conflictos como es el arbitraje, persigue entre muchos otros beneficios, la celeridad con la que se soluciona una controversia. Por lo cual, es necesario generar seguridad jurídica sobre la interpretación prejudicial.

CONCLUSIONES

Primera. La necesidad de modificar la Ley 1563 y así integrar al art. 41 una causal autónoma de anulación relativa a la inobservancia de la obligación impuesta por el derecho comunitario andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven.

Segunda. Con relación a la naturaleza jurídica del Proceso de Integración Andino, el mismo es manifiestamente sui generis, ya que intenta, a partir de sus principios de primacía, transferencia de competencias soberanas y aplicabilidad directa, tener rasgos supranacionales. No obstante, la estructura misma de su organización es eminentemente intergubernamental; aún el Parlamento Andino presenta representantes directamente elegidos por los Gobiernos de los Estados Miembros, por lo que, a diferencia de la Unión Europea, la misma no es una organización supranacional consolidada.

Tercera. Como lo ha enseñado la Corte Constitucional en cuanto al juicio de constitucionalidad de normas, la interpretación prejudicial del TJCA define el alcance de las normas de derecho comunitario andino, pero de ninguna manera se debe referir a la competencia o al sentido del fallo.

En este caso, la competencia para resolver la anulación de los laudos está determinada en el Estatuto Arbitral, asunto que insistimos no es materia del derecho comunitario andino. De manera adicional, la norma comunitaria no ostenta la potestad de modificar ni anular el derecho interno de los países miembros, y mucho menos por intermedio de la vía jurisprudencial, pues ni siquiera las decisiones del TJCA hacen parte del derecho comunitario andino, toda vez que son proferidas para cada caso en especial.

Cuarta. La interpretación prejudicial es obligatoria cuando el juicio que se tramita bien sea de única o última instancia, la sentencia no sea susceptible de recursos en derecho interno y en él se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Por otro lado, la interpretación prejudicial es facultativa cuando la sentencia que dicte el juez o tribunal es susceptible de recursos en derecho interno, es decir, es apelable para ser conocida en segunda instancia por el superior jerárquico.

Quinta. La Interpretación Prejudicial puede ser presentada por el juez comunitario o el juez nacional en cualquier fase del proceso.

Sexta. No son procedentes las solicitudes de Interpretaciones Prejudiciales que provengan de personas particulares y por el contrario el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sólo admitirá las solicitudes que provengan del Juez Nacional o comunitario para aquellos casos que tengan una causa concreta.

Séptima. Cuando se indique una eventual solicitud de interpretación prejudicial en el trámite arbitral, esta deberá formularse siempre y cuando los árbitros lo consideren para decidir y, por lo tanto, proferir el laudo es imprescindible de la aplicación de una norma de derecho comunitario andino. Entonces, de ser dable la solicitud, ésta deberá proponerse antes de la primera audiencia de trámite y suspenderse el proceso con motivo a una causa de carácter legal, exhortando como fundamento el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal, y los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal.

Octava. La determinación de no adoptar la teoría del acto aclarado no permite que haya vinculación de los jueces al sistema de integración, ni tampoco lograr alcanzar la uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario, porque cada caso debe ser resuelto en última o única instancia y en donde se plantee la interpretación prejudicial, se obligará a los jueces a que adopten la interpretación emanada del órgano comunitario, no a interpretarla, ni a asumir como propios los postulados y principios del Derecho Comunitario ya explicados, concluyendo así que no participarían de su construcción ni se identificarían con su uniformidad.

Novena. No debería proceder la causal de anulación de laudos arbitrales derivada de la falta de interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, máxime cuando la parte que tenía que recurrirla dentro del trámite arbitral se abstuvo de hacerlo, ya que como se referenció previamente, se estarían violando los principios de orden constitucional.

Por lo cual, los efectos de la anulación del laudo han de ser los mismos de aquellas causales establecidas en la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución y leyes

1. Constitución Política de la República de Colombia, artículos 29, 116, 150, 227. Julio 7 de 1991 (Colombia).
2. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N ° 48.489
3. Ley 8 de 1973. Por la cual se aprueba un convenio internacional, y se determina las modalidades de su aplicación. Mayo 23 de 1973. DO. N° 33.853
4. Ley 457 de 1998. Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo modificadorio del tratado de creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena“. Agosto 11 de 1998. DO. N° 43.360

Tratados Internacionales

1. Acuerdo de Cartagena. Acuerdo subregional andino. 1969.
2. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996
3. Decisión 472. Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
4. Decisión 500. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Jurisprudencia:

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 227 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Abril 14 de 1999).
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación: 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Agosto 9 de 2012
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación: 11001-03-26-000-2012-00018-00(43195) (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera ; Agosto 9 de 2012)
4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación: 11001-03-26-000-2012-00013-00(43045) (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Agosto 9 de 2012)
5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 03-AI-2010, Agosto 26 de 2011 Comcel Vs. ETB. (2012)
6. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 57-IP-2012, Comcel Vs. ETB. (2012)
7. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 141-IP-2011. Ecuacleaner S.A vs. Superintendencia de Industria y Comercio de la Republica de Colombia (2012)
8. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 020-IP-2012, Gustavo Dávila Camargo Vs. Superintendencia de Industria y Comercio de la Republica de Colombia (2012)

9. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 020-IP-2012, Organización SAYCO y ACINPRO Vs. Ana Isabel Portela Ramirez

Doctrina

1. Luis Carlos Sachica, Introducción al derecho comunitario andino, Ed. Temis, Bogotá, 1990.
2. Esther Anaya Vera & Luis Tello Vidal, Tratado sobre el derecho comunitario andino, Ed. Thomson Reuters, Lima, 2014.
3. Ricardo Vigil Toledo, La estructura jurídica y el futuro de la comunidad andina. Ed. Civitas, Madrid, 2011
4. Secretaría General de la Comunidad Andina, Integración y Supranacionalidad en América Latina. Soberanía y derecho comunitario en los países andinos. Secretaria General de la Comunidad Andina y PCAB, Lima, 2011
5. Lorena Rincón Eizaga, La supranacionalidad en los esquemas de integración. Especial Referencia a la Comunidad Andina y MERCOSUR, Revista Arbitrada Lex Nova, Maracaibo. 2003
6. Ángel María Casas, El modelo regional andino. Enfoque de economía política internacional. Abya Ayala y Corporación Editorial. Quito. 2003
7. Juan Carlos Dueñas, La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina? En C. Steiner (Ed.). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, (págs. 29-58). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer 2011.

8. Aída Elia Fernández de los Campos. Introducción al Derecho Comunitario Andino. Universidad Autónoma de Bucaramanga 2017

9. Lorena Victoria Martínez Arcos, Sobre La Inobservancia De La Obligación De Solicitar En El Trámite Arbitral La Interpretación Prejudicial De Normas Comunitarias Al Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina.