



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Martínez 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

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**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**

LORENA VICTORIA MARTÍNEZ ARCOS

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.11>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

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

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante sentencia 03-AI-2010 del 26 de agosto de 2011, determinó que los tribunales arbitrales tienen la obligación de solicitarle la interpretación prejudicial cuando se advierta la existencia de normas comunitarias aplicables al caso. Lo anterior por cuanto los árbitros, por su naturaleza, se encuentran incluidos dentro del concepto de “jueces nacionales” del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. A través de la mencionada providencia, el Tribunal de Justicia creó una causal de anulación de laudos arbitrales nacionales e internacionales, particularmente en Colombia, adicional a las contempladas de manera taxativa en la Ley 1563 de 2012, toda vez que el incumplimiento por parte de los árbitros de solicitar la interpretación prejudicial es obligatoria y, de no efectuarse, ello da lugar a la anulación de estos.

Palabras clave: arbitraje, interpretación prejudicial, derecho comunitario andino, causales de anulación.

About the failure to comply with the obligation to request to the Court of Justice of the Andean Community for the prejudicial interpretation of Community Law in the arbitration proceeding

Abstract

The Court of Justice of the Andean Community by Judgment 03-AI-2010 August 26, 2011, determined arbitration tribunals are forced to ask for judicial interpretation when notice the existence of Community rules applicable to the case, because arbitrators for their natures are included within the concept of “national courts” described in Article 33 of the Treaty Creating the Court of Justice of the Andean Community. Through the said Order, the Court created a ground for annulment of national and international arbitral awards, particularly in Colombia, in addition to those covered exhaustively in Act 1563 of 2012, the failure of the arbitrators to apply for judicial interpretation is mandatory and not made, this leads to the annulment of arbitral awards.

Keywords: arbitration, prejudicial interpretation, Andean Community Law, grounds for annulment.

Sobre a inobservância da obrigação de solicitar no trâmite arbitral a interpretação prejudicial de normas comunitárias ao Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

Resumo

O Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, mediante sentença 03-AI-2010 de 26 de agosto de 2011, determinou que os tribunais arbitrais têm a obrigação de solicitar a interpretação prejudicial quando se advirta a existência de normas comunitárias aplicáveis ao caso. O anterior por quanto os árbitros, por sua natureza, se encontram incluídos dentro do conceito de “juízes nacionais” do artigo 33 do Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina. Através da mencionada providência, o Tribunal de Justiça criou uma causal de anulação de laudos arbitrais nacionais e internacionais, particularmente na Colômbia, adicional às contempladas de maneira taxativa na Lei 1563 de 2012, toda vez que o incumprimento por parte dos árbitros de solicitar a interpretação prejudicial é obrigatória e, de não ser efetuada, isso dá lugar à anulação destes.

Palavras-chave: arbitragem, interpretação prejudicial, direito comunitário andino, causas de anulação.

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*

Lorena Victoria Martínez Arcos**

SUMARIO

Introducción – I. PROCEDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL TRÁMITE ARBITRAL – A. *La Comunidad Andina y el ordenamiento jurídico andino* – B. *La interpretación prejudicial* – C. *Alcance del término “juez nacional o de integración”* – D. *La obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial en los procesos arbitrales* – II. EL ARBITRAJE Y LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES – A. *Naturaleza jurídica del arbitraje* – B. *Fundamento de las causales de anulación en el Estatuto Arbitral colombiano* – C. *La configuración de la nueva causal de anulación* – III. EFECTOS DERIVADOS DE LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES – A. *Implicaciones en el arbitraje* – B. *Efectos respecto al trámite, la validez de las pruebas y las restituciones* – IV. EXTRALIMITACIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN POR PARTE DEL TJCA – A. *El caso Comcel vs. ЕТВ* – B. *Principios legales y constitucionales transgredidos por la sentencia 03-AI-2010 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* – V. CONCLUSIONES – Referencias - Anexo.

* Cómo citar este artículo: Martínez Arcos, L. V. (Diciembre, 2014). 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*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Abogada de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho de los Negocios Internacionales y magíster en Derecho Privado de la misma universidad. Abogada del Departamento de Litigios y Arbitraje de la Firma Cuberos, Cortés, Gutiérrez Abogados. Correo: lmartinez@ccgabogados.com.

Introducción

Con ocasión de las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) dentro del Proceso n.º 03-Al-2010, se determinó que con fundamento en lo previsto en el Tratado de Creación y Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los tribunales arbitrales tienen la 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, puesto que de no hacerlo se configuraría un defecto procedimental que afectaría la validez del laudo arbitral y, por ende, sería procedente declarar su nulidad durante el trámite del recurso de anulación a solicitud de parte o de oficio por el juez de anulación.

Esta causal de anulación fue introducida al ordenamiento jurídico nacional colombiano mediante las providencias proferidas por el Consejo de Estado el 9 de agosto de 2012, en las cuales el máximo tribunal de lo contencioso administrativo —en cumplimiento de lo ordenado por el TJCA— declaró la nulidad de tres laudos arbitrales, pues los árbitros no solicitaron la interpretación obligatoria de la norma del derecho comunitario andino aplicable para decidir el caso. La causal y las consecuencias de su declaración como tal no se encuentran previstas en nuestro reciente Estatuto Arbitral, motivo por el cual esta riñe con la naturaleza del proceso arbitral, toda vez que : i) conlleva la suspensión del proceso principal hasta que el TJCA efectúe la interpretación prejudicial de las normas andinas aplicables al

caso y, en cambio, el proceso arbitral por regla general no se suspende por prejudicialidad; ii) la causal procede inclusive de oficio mientras que en el arbitraje el recurso de anulación es rogado y por ello las causales deben alegarse oportunamente como requisito de procedencia; iii) la causal no está prevista taxativamente por la ley a diferencia de las demás causales de anulación; iv) la causal tiene origen en una sentencia judicial de un órgano supranacional; y v) 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 omitida por el Tribunal de Arbitramento, entre otras.

Adicionalmente, ante esa falta de regulación, a la fecha no es clara la procedencia de anulación ni los efectos de la que sería una nueva causal, motivo por el cual resulta necesario estudiarla con base en los fundamentos de la Ley 1563 de 2012 (en adelante Estatuto Arbitral), a fin de entender su aplicación y los retos a los que se verían expuestos los árbitros a la hora de determinar los asuntos objeto de solicitud de interpretación prejudicial y que configurarían la obligación de reenvío para los tribunales arbitrales, porque si se omite, su decisión podría ser anulada por la existencia de errores *in iudicando* y, por consiguiente, el juez de anulación puede pronunciarse sobre el fondo o materia del asunto y, además, si la parte recurrente no sustenta el recurso en la falta de interpretación prejudicial, este podrá declararla de oficio.

En consecuencia, para que la solicitud de interpretación prejudicial no se convierta en un re-

quisito previo a la expedición de cualquier laudo arbitral, deben estudiarse las circunstancias fácticas y procesales del caso *Comunicación Celular S. A. - Comcel S. A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP* (en adelante *Comcel vs. ETB*), pues sobre el tema, el TJCA (Proceso 02-IP, 1991) ha indicado que:

el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa, ya que según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal, sería improcedente la interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en que se haya planteado la litis.

No obstante lo anterior, el TJCA obvió la determinación de los árbitros y su discrecionalidad para no aplicar la Decisión 462 de 1999 en el caso indicado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que esa facultad igualmente recae en las partes, quienes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 del Estatuto del TJCA, también pueden solicitar al juez nacional de la causa —incluidos los árbitros— que realice la solicitud de interpretación prejudicial cuando sea de única instancia o la instancia final, lo cual es de vital importancia ya que son estas —las partes— quienes con mayor certeza conocen las normas sustanciales que rigen sus negocios jurídicos y su naturaleza. En todo caso, también ha de advertirse que esta causal de anulación, a diferencia de las otras, impone mayor diligencia y cuidado a los árbitros puesto que en el caso bajo estudio (*Comcel vs.*

ETB), fue irrelevante la conducta desplegada por las partes dentro del arbitraje, pues con el Proceso 03-AI-2010 el TJCA avaló y recompensó la omisión en la que la parte recurrente incurrió al no solicitar la interpretación prejudicial dentro del trámite arbitral y el recurso de anulación, aun cuando supuestamente para esta era relevante y de su interés.

Para lo anterior, en una primera etapa se estudiará la procedencia de la solicitud de interpretación prejudicial en el arbitraje en Colombia, a la luz del ordenamiento jurídico andino y las decisiones del TJCA. Posteriormente, se analizarán la figura del arbitraje y las causales de anulación de laudos arbitrales señaladas taxativamente en el Estatuto Arbitral colombiano, así como la configuración de la nueva causal. Seguidamente, se definirán los efectos e implicaciones de la nueva causal en el arbitraje y su trámite. Consecutivamente, se determinarán las extralimitaciones por parte del TJCA al momento de implementarla en el ordenamiento jurídico colombiano. Por último, se presentarán las conclusiones.

I. PROCEDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL TRÁMITE ARBITRAL

A. La Comunidad Andina y el ordenamiento jurídico andino

La Comunidad Andina (CAN), de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Car-

tagena), es una organización internacional que tiene a su cargo la realización de un programa económico que consiste en la promoción de un desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros (Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia) y en acelerar su crecimiento mediante la integración económica, con la finalidad de “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”. Para garantizar el proceso integracionista, la CAN cuenta con el Sistema Andino de Integración conformado por diferentes órganos e instituciones,¹ entre los cuales se encuentra el TJCA,

que es el órgano jurisdiccional de la CAN capaz de dirimir, legal, justa y equitativamente, las diferencias y controversias que pudiesen presentarse, ora entre los Países Miembros, ora entre estos y los órganos de la Comunidad, con relación a la interpretación y aplicación del derecho comunitario y de los posibles incumplimientos u omisiones o, entre los ciudadanos —verdaderos acreedores del proceso y la CAN o los Países Miembros (Sánchez, 2000, pp. 38-44).

Ese órgano jurisdiccional fue introducido con la suscripción del Tratado de Creación, adoptado soberanamente por los países miembros luego de un largo proceso de ratificación y de implementar las gestiones para su instalación, motivo por el cual inició sus actividades hasta el 2

de enero de 1984 y se rige —según los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena— por su Tratado de Creación, sus protocolos modificatorios y por el Acuerdo en mención. Sin embargo, la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores —Estatuto del Tribunal—, también fue expedida con el fin de regular su funcionamiento, composición y procedimientos, así como el ejercicio de las acciones previstas en el Tratado de Creación, y garantizar el cumplimiento de los compromisos contenidos en el Acuerdo de Cartagena. En ese sentido y en concordancia con el Acuerdo, el Estatuto del TJCA señala en el artículo 4º que este es un organismo de “carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.

Por consiguiente, en desarrollo de sus funciones, el TJCA es competente para conocer de las acciones de nulidad, de incumplimiento y laborales, así como también para resolver las solicitudes de interpretación prejudicial, los recursos por omisión y para ejercer función arbitral. En consecuencia, por ser las funciones primordiales del TJCA las de interpretar uniformemente, salvaguardar el ordenamiento jurídico andino y, además, dirimir los conflictos que se susciten por la aplicación de este, es necesario determinar qué normas lo conforman y cuáles son sus principales características.

1 El Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de RR. EE., 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 Andino, el Consejo Consultivo Laboral Andino, el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales, la Corporación Andina de Fomento, la Universidad Andina Simón Bolívar y el Fondo Latinoamericano de Reservas.

Para empezar, el ordenamiento jurídico andino es el resultado del sistema de integración económica al que están sujetos los Estados miembros, entre ellos Colombia, el cual rige por los principios de supranacionalidad,² subsidiariedad,³ aplicación directa,⁴ uniformidad, armonización e integración normativa, que son el fundamento con que cuentan los operadores jurídicos y, además, el sustento de interacción entre los órdenes jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales, sin que implique la renuncia a la soberanía, a la Constitución de cada país o a las garantías mínimas del ciudadano (Insignares, 2007), pues como se verá más adelante, el derecho comunitario andino no tiene prevalencia sobre la Constitución Política.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico andino solo tiene por objeto armonizar las relaciones entre los países miembros, a través de un modelo que trasciende el ámbito doméstico de cada país y que se estructura principalmente a partir del mencionado concepto de supranacionalidad, toda vez que conlleva efectos como la aplicación inmediata, directa, preeminente y prevalente de las normas del derecho comunitario andino sobre el derecho interno de los países miembros, que “se refiere a la autonomía del nuevo ente que crean los estados que se integran, la cual depende tanto del Estatuto de la integración como de los procedimientos acorda-

dos para su expedito funcionamiento” (Uribe, 1990, p. 49).

Particularmente, respecto al principio o efecto de aplicación inmediata de las normas sustanciales andinas, vale la pena señalar que es innecesaria la intermediación de autoridades nacionales de los países miembros, porque se reconoce al derecho comunitario andino un efecto directo, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 2° y 3° del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, los cuales consagran de manera expresa este principio, al establecer que las decisiones obligan a los países miembros desde la fecha de su aprobación por el Consejo o por la Comisión y que serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la gaceta oficial del Acuerdo, salvo estipulación en contrario.

Esas normas, además, traen como consecuencia la facultad que tienen los ciudadanos de cada país miembro para exigir al juez nacional —entendido como la autoridad que ejerce facultades jurisdiccionales— la aplicación de las normas comunitarias. Al respecto el TJCA (Proceso 07-AI-1999) ha señalado lo siguiente:

el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras, que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

2 Referido a la supremacía de las normas comunitarias sobre las nacionales.

3 Relativo a la articulación de competencias compartidas entre los órganos supranacionales y nacionales.

4 Alusivo a la incorporación automática al ordenamiento nacional.

Entonces, al crearse un sistema jurídico comunitario “la normativa comunitaria tiene consecuencias inmediatas por cuanto se entiende plenamente integrada al ordenamiento interno de los Estados, las mismas que deben ser aplicadas de manera directa —salvo que se disponga lo contrario— y tienen primacía sobre las normas ordinarias —salvo las constitucionales— por lo que cualquier norma contradictoria debe ser inaplicada” (De Tomaso, 2008, p. 423). En otras palabras, la norma andina se entiende incorporada a cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países miembros y, por ende, su aplicación debe ser preeminente y observada por el juez nacional, salvo determinadas excepciones.

Solo en caso de existir contradicción entre la norma interna y las normas de la Comunidad Andina, prevalecerán estas últimas en virtud de la aplicación del principio de supremacía y de aplicación directa, de acuerdo con lo señalado por el TJCA dentro del Proceso 014-IP-2014, “el ordenamiento jurídico comunitario prevalece sobre el derecho interno en razón de los principios de aplicabilidad directa y primacía que le son inherentes”. Por esta circunstancia,

cuando algún precepto de la legislación interna contradiga el ordenamiento jurídico de la integración, los Países Miembros deberán aplicar la norma andina de modo preferente. ... Por lo expuesto, en el caso de autos el Tribunal consultante, debe aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas de derecho interno y sólo aplicar éstas en los casos en que la norma comunitaria no se refiera al tema y siempre y cuando dichas normas no contravengan el derecho comunitario (Proceso 014-IP-2014).

Respecto a la relación con el derecho comunitario andino y su integración al ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia constitucional no solo se ha referido a su alcance (sentencia C-228 de 1995), sino además a cómo opera en el ejercicio jurisdiccional de los órganos comunitarios judiciales e internos y la reducción de las competencias de estos en el sistema comunitario.⁵ En cuanto a la sujeción al derecho comunitario, la Corte Constitucional ha destacado expresamente la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el ordenamiento interno (C. P., art. 93). Sin embargo, respecto al derecho comunitario andino, la Corte ha determinado que este no tiene prevalencia sobre la Constitución Política y, por tanto, las normas y decisiones de dicho ordenamiento deben sujetarse a las garantías, principios y reglas mínimas constitucionales.⁶

En otras palabras, de acuerdo con lo determinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-256 de 1998, ni los tratados de integración

5 En cuanto a la reducción o condicionamiento de competencias de los órganos internos, la Corte indicó: “El derecho comunitario derivado del Acuerdo, puede repercutir en la reducción o condicionamiento de las competencias de entes o instituciones nacionales que en el ordenamiento gozan de un margen de relativa autonomía e independencia. Si se asume la legitimidad del traslado de competencias soberanas a la comunidad, dentro de su radio de acción, ello normalmente acarrea la consecuencia que acaba de enunciarse” (sentencia C-231 de 1997).

6 Sobre la no prevalencia del derecho comunitario y los tratados de integración respecto a la Constitución Política, la Corte precisó: “Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. ... No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria” (sentencia C-256 de 1998).

ni el derecho comunitario reúnen los supuestos normativos previstos en el artículo 93 de la Constitución y, por ende, aunque sean normas supranacionales y de efecto inmediato quedan excluidos del bloque de constitucionalidad puesto que en su mayoría son normas comerciales.

Lo anterior ha sido reconocido incluso por doctrinantes, quienes señalan que

Colombia cuenta con un ordenamiento interno, que pese a su vocación internacionalista, no garantiza la eficacia plena del derecho comunitario en el mismo, debido a la ausencia de disposiciones constitucionales que reconozcan la supremacía de la norma comunitaria y su aplicación directa. Esta inobservancia de dos instituciones esenciales de penetración del ordenamiento comunitario en los ordenamientos internos, sumada a la dependencia colombiana de transformar en ley los acuerdos internacionales en principio, no facilitarían un cabal cumplimiento de las metas de la Organización Andina (Tremolada, 2006, p. 65).

En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico andino se encuentra conformado por i) el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales; ii) el Tratado de Creación del TJCA y sus protocolos modificatorios; iii) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y las resoluciones de la Secretaría General de la CAN; y iv) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración, puesto que como se anotó previamente, las funciones

principales del TJCA son las de interpretar uniformemente el ordenamiento jurídico andino por un lado, y por otro salvaguardarlo y dirimir los conflictos que se deriven de la aplicación e incumplimiento de sus normas.

Para el cumplimiento de tales funciones, el derecho comunitario andino ha desarrollado varios mecanismos jurisdiccionales, tales como: i) la acción de nulidad, por medio de la cual se controla la legalidad del ordenamiento jurídico andino; ii) la acción de incumplimiento, con la cual se busca que los países miembros den cumplimiento a las obligaciones derivadas de la integración; y iii) la solicitud de interpretación prejudicial, cuyo objeto es buscar que el Tribunal interprete de manera uniforme el ordenamiento jurídico comunitario. A esta última me seguiré refiriendo en lo sucesivo.

B. La interpretación prejudicial

La interpretación prejudicial ha sido entendida por los países miembros 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. Se establece así una cooperación horizontal, viva, entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los Países Miembros para lograr dicho fin (Vigil, 2004a, p. 940).

En otras palabras, la interpretación prejudicial es una herramienta de cooperación, mediante la cual el juez nacional solicita al juez comunitario, representado por el TJCA, que interprete en forma objetiva una norma comunitaria que aquel debe aplicar en un caso concreto.

De conformidad con lo previsto en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal, “corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”, y al juez nacional, solicitar directamente su interpretación, siempre que estas deban aplicarse o controversiarse dentro de un proceso de carácter nacional. Así las cosas, el juez nacional solicitará por iniciativa propia o de alguna de las partes, que el Tribunal de Justicia le indique la forma como debe interpretarse la norma jurídica andina que va a aplicar para resolver el caso.

Dicha solicitud puede ser obligatoria o facultativa,

la primera comprende todos aquellos supuestos en los que la decisión del tribunal nacional, que aplica Derecho Comunitario Andino, no sea susceptible de ser atacada por recurso judicial, según las disposiciones del derecho interno. En estas circunstancias el juez se encuentra constreñido a realizar el reenvío al Tribunal de Justicia. En cambio, es facultativa siempre que contra dicha sentencia del juez nacional existan —según el ordenamiento interno— vías recursivas por las cuales sea posible su cuestionamiento. Frente a dicha hipótesis es discre-

cional la decisión del juez de consultar al Tribunal de Quito (tjca) (Perotti, 2002 pp. 129-130).

En ese sentido, el juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial cuando aquellos asuntos que esté conociendo no son susceptibles de recursos ordinarios en el derecho interno, o son de única instancia, caso en el cual deberá suspender el procedimiento mientras recibe la interpretación del Tribunal; y será discrecional la solicitud, cuando la sentencia a proferirse sea susceptible de ser recurrida conforme al derecho interno y el juez deba decidir el proceso y dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal.

Por ende,

la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituyen un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él ‘no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias’ Este *requisito previo* debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo (Gálvez, 2001, pp. 142-143).

porque tratándose de un tema regulado por una regla supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los países miembros de la Comunidad Andina y su incumplimiento conlleva una violación al debido proceso.

Al momento de efectuar la solicitud, al juez nacional “le corresponde analizar y decidir o apreciar por su propio criterio si para la emisión de

su fallo se requiere que el Tribunal se pronuncie sobre determinado punto de Derecho Comunitario, decisión en la que no pueden inmiscuirse ni las partes del litigio principal ni el propio Tribunal Andino” (Bueno, 1996, p. 106), pues de acuerdo con la forma en que las partes hayan planteado la litis, este determinará la necesidad de aplicar y, por ende, interpretar las normas comunitarias. Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 61 a 64 del Estatuto del Tribunal Andino de Justicia, el juez tendrá que señalar: i) el nombre e instancia judicial del juez o tribunal nacional; ii) la relación de las normas del ordenamiento andino cuya interpretación se requiere; iii) la identificación de la causa que origine la solicitud, un informe sucinto de los hechos que se consideren relevantes para la interpretación; y iv) el lugar y la dirección en la que el juez o tribunal recibirá notificaciones.

Así mismo, la doctrina ha determinado requisitos adicionales, tales como la remisión de las alegaciones que se hubieren hecho respecto de la aplicación de la norma, y copia de los documentos que sustentan el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables (Chahín, 2011), de tal manera que permita al Tribunal comprender de manera general el caso cuya interpretación se solicita y pueda llevar a cabo su cometido, es decir, enfocar la interpretación al caso concreto para que le resulte útil al juez nacional que debe aplicarla.

Aun cuando la solicitud de interpretación prejudicial puede formularse en cualquier tiempo, pero antes de emitir el respectivo fallo, se recomienda que

a 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 oído a las partes, de modo que el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio (Tobón, 2005, pp. 461-482).

En todo caso, según el artículo 64 del Estatuto de Creación del Tribunal Andino, el Tribunal dictará sentencia en sesión plenaria que incorpore la interpretación consultada, dentro del término de treinta (30) días siguientes a la solicitud, y la notificará al juez o tribunal nacional mediante el envío de una copia sellada y certificada.

Procesalmente, la solicitud prejudicial no es ni puede considerarse ni decretarse como una prueba; tampoco se trata de un cuestionario que debe absolver el Tribunal ni mucho menos un informe de un experto o una opinión jurídica doctrinal. Su naturaleza, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 210 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, es la de un “incidente procesal de carácter no contencioso”, porque el juez nacional tiene que proferir un auto a través del cual decreta la suspensión del proceso, ordene la formulación de la consulta y su envío al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Chahín, 2011).

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto,

porque de conformidad con lo señalado en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, este no podrá: i) interpretar el derecho nacional, ya que esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales; ii) aplicar el derecho comunitario, puesto que solo se limita a interpretarlo dado que la aplicación de su interpretación al caso concreto es de exclusiva competencia de los jueces nacionales; iii) pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, por cuanto este ejercicio es privativo de las competencias del juez nacional en el caso concreto. No obstante, podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada (Vigil, 2004b).

En otras palabras, una vez requerida la interpretación al TJCA, este debe entrar a analizar y determinar —según el asunto de que se trate— las normas a interpretar y de acuerdo con el artículo 34 de su propio Tratado de Creación, “limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, es decir, señalará la forma en que debe interpretarse y aplicarse la norma andina mas no aplicarla ni resolver el caso. Por consiguiente, el Tribunal no puede entrar a resolver el fondo del asunto que se discute en el derecho interno; su función es orientar al juez nacional sobre la forma como debe interpretar la norma que se está aplicando o que está siendo controvertida y, por tanto, corresponderá al Tribunal interpretar objetivamente la norma comunitaria y al juez nacional aplicarla al caso materia de debate en el orden interno.

En los términos del propio TJCA (Proceso 30-IP, 1999): “la función del tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado 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”. De acuerdo con lo planteado por la doctrina, con la interpretación prejudicial no se pretende unificar las legislaciones internas sino que todos los países miembros tengan la misma percepción del alcance de la norma comunitaria para que pueda tener una aplicación uniforme a lo largo y ancho de todo el territorio de países que conforman la Comunidad (Vigil, 2004b).

Es importante destacar que cuando el juez nacional ha elevado la solicitud, tanto el Tratado como el Estatuto del TJCA le imponen una obligación adicional consistente en adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal y luego remitirla a este; además, se prevé que en el caso del juez nacional obligado a realizar la consulta que se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal, los países miembros y los particulares pueden acudir ante el Tribunal y ejercer la respectiva acción de incumplimiento, por existir una conducta que configure un incumplimiento de las obligaciones y los compromisos contraídos por cada uno de los miembros de la Comunidad Andina (artículo 107, Estatuto del TJCA).

C. Alcance del término “juez nacional o de integración”

Con ocasión de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, a efectos de determinar quiénes podían solicitar una interpretación prejudicial el TJCA amplió el concepto de juez nacional o de integración a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales. En Colombia incluyó a la Superintendencia de Industria y Comercio —Grupo de Trabajo de Competencia Desleal—, y aquellas que actuaren como única o última instancia ordinaria, en los siguientes términos:

Se hace evidente que en la actualidad para clasificar la naturaleza de los actos ya no es suficiente el criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse sólo a los que emanan de los Jueces de la República. En este marco argumentativo, es entendible y evidente que un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales.

...

Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna.

En este contexto, al momento de determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior, el TJCA señaló:

La jurisdicción es la potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente, los ciudadanos pueden sustraer de la justicia ordinaria determinados casos y otorgarlos a árbitros independientes o a institucionales para que diriman un conflicto transable, con iguales facultades que las otorgadas a los jueces ordinarios, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del “imperium” del que disponen éstos últimos.

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

Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales (TJCA 03-AI, 2010).

En suma, de acuerdo con las normas comunitarias y los artículos 116 y 119 de la Constitución

Política de Colombia, es claro que dentro del concepto de juez de integración se encuentran incluidos los árbitros designados para decidir en derecho y, por ende, estos también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa.

D. La obligatoriedad de solicitar interpretación prejudicial en los procesos arbitrales

Teniendo en cuenta que los árbitros también tienen la calidad de juez nacional o de integración, no existe impedimento alguno para que de oficio o a solicitud de parte requieran la interpretación prejudicial de las normas comunitarias cuando necesariamente deban aplicarse o se controviertan en el caso concreto; de hecho, es una obligación de imperativo cumplimiento por cuanto es un trámite de única instancia y el laudo que se profiera no es susceptible de recurso ordinario alguno.

Con respecto al incumplimiento de dicha obligación, el artículo 128 del Estatuto del TJCA prevé que: “Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”. La jurisprudencia andina ha señalado las consecuencias derivadas de la omisión de formular 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 (Dueñas, 2011, p. 38).

Lo anterior por cuanto el mecanismo de cooperación procura la uniformidad y la seguridad jurídica del derecho andino, sin que por ello exista, en modo alguno, una subordinación o relación jerárquica entre la jurisdicción comunitaria y los sistemas judiciales nacionales. En ese sentido, la consulta obligatoria tiene por objetivo impedir que se consolide en un país miembro una jurisprudencia nacional incompatible con las normas de derecho comunitario o con la interpretación que a ellas debe dársele. En todo caso, como se señaló previamente, será el juez nacional quien determine si dentro del proceso resulta necesaria o no la aplicación de normas de derecho comunitario para decidir según los términos en los que esté planteada la litis, 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, decide no dar aplicación a una norma del derecho comunitario andino por no considerarla necesaria o indispensable para resolver el caso.

Al respecto el TJCA ha señalado:

No 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 procesos (Proceso 2-IP-1991).

En este orden, dicha apreciación por parte del juez nacional o de integración debe encontrarse justificada y motivada, en particular cuando alguna de las partes en el proceso interno es quien solicita que el juez proceda a formular la consulta de interpretación judicial, porque debe tenerse en cuenta que la mera “aplicación” también obliga al árbitro a formular la consulta, independientemente de que la norma sea clara o con antelación fuera interpretada por el TJCA. Vale señalar que la teoría del acto aclarado⁷

es inaplicable en el derecho comunitario andino, puesto que el TJCA ha sostenido que “la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos” (TJCA, 1-IP-1987) y, por consiguiente, aun cuando exista similitud fáctica y jurídica el Tribunal eventualmente podría cambiar de opinión cuando hayan razones para hacerlo (TJCA, 7-IP-1989).

II. EL ARBITRAJE Y LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

A. Naturaleza jurídica del arbitraje

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Estatuto Arbitral, el arbitraje es “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. Este mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos se encuentra reconocido expresamente en el artículo 116 de la Constitución Política colombiana, el cual establece que “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

⁷ El acto aclarado constituye una excepción a la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria y ha sido definido 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” (Bueno y Perotti, 2005).

cional 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” (Bueno y Perotti, 2005).

las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Dicha consagración constitucional del arbitraje modifica la visión contractual de este ya que limita la autonomía de la voluntad de las partes y, además, abre paso para que desde lo constitucional se invada el ámbito del arbitraje, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha considerado un mecanismo propicio para garantizar la efectividad de principios y valores constitucionales como la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia, entre otros. Es decir, jurisprudencialmente se le ha asignado categoría constitucional a este mecanismo.

En términos del tratadista Cristian Conejero, los fundamentos de la constitucionalización del arbitraje están destinados a

asegurar la protección efectiva de las garantías constitucionales o derechos fundamentales en el campo del arbitraje internacional. Otros, en cambio, obedecen al poder del constituyente de establecer directamente limitaciones a la actuación del estado y sus entidades y/o de descansar en nociones difusas de interés público que permitan el mismo objetivo. Hay, en seguida, un tercer orden justificativo que autorizaría, por analogía, la aplicación a los árbitros de normas de naturaleza constitucional relativas a los jueces al calificar a los árbitros como jueces y, en particular, la impugnación de sus decisiones por las mismas vías que las existentes para atacar una sentencia judicial. Y por último, del hecho que prácticamente en todos los países latinoamericanos se reconozca el control de constitucionalidad de las leyes y que dicho control, en la mayoría de los casos,

se sigue que los cuerpos legales que regulan el arbitraje internacional pueden también ser objeto de una acción encaminada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones (2009, p. 94).

En otras palabras, con ocasión de la constitucionalización del arbitraje, la autonomía de la voluntad de las partes fue desplazada a un segundo plano por la intervención del juez.

Al respecto y como se indicó previamente, al considerarse la función de los árbitros como una actividad jurisdiccional y equipararse el laudo a una providencia judicial, este último es susceptible de ser revisado vía acción de tutela siempre y cuando se reúnan los requisitos de procedibilidad de la acción, tales como el agotamiento de los medios de defensa judiciales existentes, la relevancia constitucional, la inmediatez, entre otros, y de configuración de las vías de hecho judiciales. Este grado de intervención judicial no solo ha ido desnaturalizando el arbitraje, sino que además lo ha limitado hasta el punto de restringir su eficacia, pues el laudo arbitral resulta ser definitivo solo hasta tanto se resuelva la acción de tutela interpuesta contra él.

En consecuencia, como lo expone Conejero,

la paradoja de la tutela constitucional es que un resguardo ilimitado de las garantías constitucionales que se pueden considerar afectadas por el arbitraje termina por afectar y socavar de un modo más grave e irreversible la garantía constitucional de libertad de las partes que en forma autónoma han pactado el arbitraje, excluyendo así de la jurisdicción estatal las disputas surgidas del contrato que contiene la cláusula arbitral (2009, p. 94).

Por ese motivo, aun cuando la naturaleza jurídica del arbitraje en Colombia parta de una concepción mixta de la teoría contractualista y jurisdiccional, con el fin de que el arbitraje tanto nacional como internacional no pierda su eficacia y fundamento, la intervención judicial debe ser restringida para evitar su intromisión en el ámbito de los acuerdos privados de quienes escogieron precisamente excluir la intervención de la justicia ordinaria en la resolución de sus conflictos.

Por consiguiente, la intervención de los tribunales y altas Cortes debe estar dirigida a respetar la autonomía de la voluntad de las partes, así como las reglas procedimentales y sustanciales escogidas por estas para promover el trámite arbitral, en virtud de los principios de voluntariedad, seguridad jurídica y finalidad del laudo arbitral, es decir, la actividad judicial debe privilegiar los principios en torno a los cuales gira la institución del arbitraje.

B. Fundamento de las causales de anulación en el Estatuto Arbitral colombiano

Conforme a lo previsto en el artículo 40 del Estatuto Arbitral, el recurso de anulación tiene carácter extraordinario por cuanto procede solo contra laudos arbitrales, y por las causales expresamente previstas en la ley y alegadas por las partes. Respecto a las causales el juez de anulación debe verificar su procedencia, formulación y sustentación, puesto que estas le delimitan el alcance de su actividad como juez de anulación al no poder pronunciarse sobre

aspectos diferentes a los planteados en el acto de impugnación. Sobre este particular, el mismo Consejo de Estado en las providencias del 9 de agosto de 2012, Rad. 43281, 43195 y 43045 (*Comcel vs. ETB*), señaló que

El juez del recurso de anulación se encuentra delimitado por el llamado ‘principio dispositivo’ en virtud del cual, específicamente, no le es permitido al juzgador indagar sobre lo expresado por el recurrente, en su impugnación, para inferir la causal invocada y menos aún adentrarse a estudiar aspectos omitidos en la formulación y argumentación del recurso; por tanto, su estudio deberá realizarse únicamente respecto de los cargos expresamente planteados.

Las causales del recurso extraordinario de anulación se encuentran previstas en el Estatuto Arbitral (artículo 41), son de carácter taxativo y están dirigidas a subsanar los errores *in procedendo* en que hubiese podido incurrir el respectivo tribunal arbitral, mas no para corregir los errores *in judicando* dado que no constituye una segunda instancia. En ese sentido, se desestiman de plano aquellas causales que no estén expresamente señaladas, así como las orientadas a reabrir el examen de fondo, con fines de establecer si el tribunal acertó o no en la aplicación del derecho sustancial pertinente en el laudo, porque “dispone la ley que la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará las motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo” (Cárdenas Mejía, 2013, p. 267).

Así entonces, el recurso extraordinario de anulación no puede constituir una nueva instancia, en la que sea dado al juez reexaminar los argumentos y las razones que tuvo en cuenta el tribunal arbitral al momento de dirimir la controversia que las partes sometieron a su conocimiento; por consiguiente, su estudio deberá realizarse únicamente respecto de los cargos expresamente planteados. Ahora bien, como se indicó previamente, el Estatuto Arbitral contiene nueve causales de anulación, algunas ya existentes en el Decreto 1818 de 1998, pero ahora desarrolladas con mayor precisión y claridad en el artículo 41 del Estatuto Arbitral; especialmente las enlistadas en los numerales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 8º prevén como requisito de procedencia, que la parte inconforme hubiera interpuesto recurso de reposición contra el Auto que decidió el asunto respecto del cual derivaría una eventual anulación, o que hubiera invocado o hecho valer oportunamente ante el tribunal arbitral la circunstancia de anulación, una vez se configuró, se conoció o debió conocer dentro del trámite arbitral.

Lo anterior no solo tiene como fundamento la buena fe con la cual deben obrar las partes, sino además el respeto al acto propio frente al comportamiento ejercido dentro del mismo trámite, puesto que como lo ha reiterado jurisprudencialmente la Corte Constitucional en la sentencia T-295/99:

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de

buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

...

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

La mencionada sentencia dice que “El respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatorio de la buena fe— existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

“El respeto al acto propio no se predica solo de magistrados y juristas, sino de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia” (sentencia T-827/99).

Por ende, las mencionadas causales de anulación en cierta medida obligan a las partes a aceptar las consecuencias jurídicas vinculantes derivadas de sus actos voluntarios e inequívocos, en virtud de lo previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 871 del Código de Comercio, el artículo 1603 del Código civil, el artículo 249 del Código de Procedimiento civil y el artículo 241 del Código General del Proceso. Por esta razón, se puede afirmar válidamente que imponen el deber de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada previamente para limitar de esta forma el ámbito en el que se desarrolló el litigio (López, 2009).

C. La configuración de la nueva causal de anulación

En las providencias del 26 de agosto y del 15 de noviembre de 2011, proferidas dentro del Proceso n.º 03-AI-2010, y con ocasión de los laudos arbitrales emitidos dentro del proceso arbitral entre *Comunicación Celular S. A. -Comcel S. A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP*, el TJCA sostuvo con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto del Tribunal, que las autoridades jurisdiccionales de los países miembros, entre las cuales deben incluirse los tribunales arbitrales que profieren sus decisiones en derecho y en única instancia, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del derecho comunitario andino, de solicitar al TJCA la interpretación prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto sometido

al conocimiento y decisión del respectivo juez o tribunal, por tanto, su omisión es considerada bajo los siguientes términos:

el incumplimiento de dicha exigencia del Derecho Comunitario Andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, cuestión esta última excepcional (que se puede decretar de oficio) siempre que se trate de esta causal derivada del Derecho Comunitario Andino.

Con esta óptica ha de agregarse al ordenamiento jurídico colombiano la causal de anulación de laudos arbitrales, derivada de la omisión del deber por parte del tribunal arbitral de solicitar o consultar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables o controvertidas en el caso, aun cuando esta no se encuentra positivizada expresamente en el derecho interno, porque se entiende que al hacer parte del derecho comunitario andino tiene aplicación inmediata en virtud de los principios de primacía y efecto directo. Así mismo, en las mencionadas providencias el TJCA señaló que tampoco será necesario que la causal sea alegada como tal por las partes, por cuanto el juez de anulación “está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la

interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”; en otras palabras, este podrá declararla de oficio.

No obstante lo anterior, el TJCA omitió señalar los principales efectos derivados de la sentencia de anulación en relación con la validez de las pruebas practicadas dentro del proceso arbitral, la competencia de los árbitros y las restituciones a que hubiere lugar; sin embargo, sí señaló su procedencia sin tener en cuenta lo previsto en el Estatuto Arbitral respecto al recurso de anulación y sus causales, asunto que además no hace parte, ni es objeto de regulación por ninguna norma del derecho andino y, por ende, no configuraba ninguna contradicción entre el mencionado Estatuto y las alegadas normas procesales de interconexión de la Comunidad Andina. Adicionalmente, el Estatuto tampoco contiene ninguna disposición normativa respecto a la nueva causal de anulación de laudos creada por el TJCA, motivo por el cual se reitera la inexistencia de un conflicto entre la norma interna y la comunitaria.

Ahora bien, toda vez que esta nueva causal de anulación de laudos arbitrales no se encuentra incorporada en una norma comunitaria, sino que por el contrario es producto de una decisión judicial que no tiene rango normativo, puede darse aplicación al principio del complemento indispensable de la norma comunitaria, a través del cual “se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica” (TJCA 230-IP-2013). En otras palabras,

Este principio implica que 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 entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él (TJCA 230-IP-2013).

Por consiguiente, el legislador se encontraría habilitado para regular la aplicación de la causal de anulación de laudos arbitrales en armonía con lo previsto en el Estatuto Arbitral con respecto a las demás causales.

III. EFECTOS DERIVADOS DE LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

A. Implicaciones en el arbitraje

Mediante providencias proferidas el 9 de agosto de 2012 por el Consejo de Estado, y en cumplimiento de la orden emitida por el TJCA dentro del Proceso 03-AI-2010, fueron anulados tres laudos arbitrales emitidos para resolver las controversias contractuales surgidas entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) y Comcel, con base en una causal que además de no encontrarse prevista expresamente en el Estatuto Arbitral, tampoco fue invocada ni dentro del trámite arbitral ni en el recurso extraordinario de anulación, por quien pretendía la anulación

de los laudos; puesto que solo hasta después de haberse proferido el primer fallo que negó la anulación, echó de menos la interpretación prejudicial que sobre una norma de derecho andino debió haber efectuado el tribunal arbitral.

Aun cuando la anulación derivó del cumplimiento de una orden emitida por el TJCA, el Consejo de Estado dio aplicación inmediata a la nueva causal de anulación sin advertir que esta abre la posibilidad a quienes acudan al arbitraje, para usarla de manera indiscriminada y sin ninguna limitación, porque saben que en caso de no prosperar el recurso de anulación ni la acción de tutela siempre tendrán a la mano la posibilidad de invocar la falta de interpretación prejudicial de una norma andina, independientemente de si esta incide o no sustancialmente en el caso objeto del trámite arbitral.

El Consejo de Estado habría podido establecer que con ocasión de las particularidades del caso y en prevalencia de los principios de buena fe, autonomía de las partes y seguridad jurídica, el fallo no debía ser acatado por estar en contravía de principios de rango constitucional, dada la conducta procesal de la parte que pretendía la anulación de los laudos. En otras palabras, debió haber preferido actuar como garante de la Constitución Política de Colombia en lugar de privilegiar el derecho comunitario andino. Lo anterior no es exótico ni extraño, ya que en otras ocasiones la Corte Constitucional⁸ ha optado por esta solución: no acatar ni la interpretación

prejudicial ni la orden de cumplimiento que señala el TJCA, sino por el contrario dar prevalencia a la norma interna y a la Constitución Nacional (Perotti, 2002).

Ello se advierte en los demás países que hacen parte de la Comunidad, pues estos escasamente la han solicitado al TJCA y, por el contrario, se ha evidenciado que la mayor parte de las solicitudes de interpretación que recibe el TJCA provienen de Colombia, lo cual resulta absurdo, pues implica que el TJCA está asegurando la aplicación uniforme del derecho comunitario únicamente en un solo país (ver anexo 1), motivo por el cual es discutible que el TJCA conmine al Consejo de Estado a cumplir normas comunitarias cuando en los demás Estados miembros es irrisoria su aplicación (Dueñas, 2011). En el anexo I de este trabajo se puede constatar el porcentaje de aplicación de la solicitud de interpretación prejudicial, por país miembro.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que con ocasión de la constitución del mecanismo de integración regional Alianza del Pacífico,⁹ y la formalización de la asociación de Colombia, Ecuador y Venezuela al Mercosur,¹⁰ actualmente se está reformulando la permanencia de Colombia en la CAN, pues dentro de la estrategia geopolítica y comercial del país se viene dando mayor prevalencia e impulso a las dos primeras iniciativas.

⁸ Sentencias de constitucionalidad C-228 de 1995, C-988 de 2004, C-155 de 1998, C-231 de 1997, C-137 de 1996 y Auto 054/04.

⁹ Creada el 28 de abril de 2011, pero establecida formalmente el 6 de junio de 2012. A través de dicha iniciativa Chile, Colombia, México y Perú buscan crear mercados atractivos para lograr una mayor competitividad a nivel internacional y crecimiento económico.

¹⁰ Ver Acuerdo de Complementación Económica n.º 59 de 2004.

Por ese motivo, también resultaría cuestionable la decisión adoptada por el Consejo de Estado respecto a la anulación de los laudos arbitrales proferidos el 15 de diciembre de 2006, puesto que una eventual sanción de incumplimiento que se impusiera a Colombia por no acatar la providencia del TJCA sobre la obligatoriedad de los tribunales de arbitramento de solicitar la interpretación prejudicial de normas andinas, resultaría inocua ante la existencia de la Alianza del Pacífico y del Mercosur.

En consecuencia, aunque las providencias del Consejo de Estado fueron discutidas por el efecto económico que conllevaba la anulación de los laudos, se pasó por alto que estas pueden llegar a tener repercusiones en el comercio nacional e internacional —especialmente teniendo en cuenta los numerosos tratados bilaterales de inversión y de libre comercio que ha suscrito el país en los últimos años—, por la confianza que el país puede ofrecer a las compañías e inversionistas nacionales y extranjeros respecto a la seriedad y seguridad jurídica de la jurisdicción arbitral y, por consiguiente, frente a la rapidez y eficacia de laudos arbitrales emitidos en Colombia cuando sea elegido como sede arbitral. Como se anotó previamente, de los Estados miembros de la CAN, Colombia es el país que en mayor proporción ha cursado solicitudes de interpretación prejudicial, permitiendo de alguna forma que ahora el TJCA le exija aplicar exclusivamente dicha herramienta cuando no lo hace.

B. Efectos respecto al trámite, la validez de las pruebas y las restituciones

Mediante providencia del 26 de agosto de 2011, el TJCA declaró el incumplimiento de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haber solicitado la interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de los tres laudos arbitrales proferidos para resolver las controversias contractuales entre la ETB y Comcel, sin señalar las consecuencias derivadas de dicha declaración; a su vez, solicitó enmendar la decisión proferida y subsidiariamente proceder a aclarar los efectos de esta. Horizonte que contó para que en providencia del 15 de noviembre de 2011, el TJCA rechazara la solicitud de enmienda, en la medida en que no evidenciaba errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes, tal y como lo prevé el artículo 92 del Estatuto del Tribunal, pero aclaró que el Consejo de Estado se encontraba obligado a:

Dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, tomando dichas determinaciones como la interpretación prejudicial en los mencionados procesos, debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente. La interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

De acuerdo al artículo 111 del Estatuto del Tribunal, el País Miembro que incumplió una norma comunitaria quedará obligado dentro de los noventa (90) días siguientes a la notificación de la Sentencia a adoptar las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia, descrita en el presente auto (TJCA, Proceso 03-AI-2010).

Con posterioridad a dicha aclaración, el TJCA profirió nueva decisión el 18 de julio de 2012, por medio de la cual reiteró los alcances de la decisión tomada el 26 de agosto de 2011 y, en consecuencia, manifestó que la Sección Tercera del Consejo de Estado debía:

Proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que surgió la obligación para el Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial, es decir, antes de la emisión de las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

Continuar el proceso tomando la Sentencia de 26 de agosto de 2011, expedida en el marco del proceso de incumplimiento 03-AI-2010, como la interpretación prejudicial que debió solicitar el Consejo de Estado. Esta providencia, por economía procesal, se debe tomar como la interpretación prejudicial que fija el sentido y alcance de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto.

Anular los laudos arbitrales y, como efecto, devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que, de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo, acogiendo, para tal fin, la providencia que expida en su momento el Tribunal

de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA, Proceso 03-AI-2010).

Como se evidencia, en la nueva causal de anulación de laudos arbitrales el TJCA no solo estableció efectos contrarios a los previstos en el Estatuto Arbitral colombiano, sino que además omitió señalar otros efectos de carácter procesal que son importantes para quienes acuden al arbitraje, tales como la validez de las pruebas practicadas y la restitución de la segunda mitad de los honorarios pagados por el funcionamiento del tribunal arbitral.

Sobre el particular, vale la pena señalar que la nueva causal de anulación implica la suspensión del proceso por prejudicialidad, situación esta que se opone a lo previsto en el artículo 11 del Estatuto Arbitral no solo por su improcedencia, sino también por el tiempo en que el proceso puede estar suspendido, puesto que en la mencionada norma el término máximo de suspensión es de ciento veinte (120) días y en la práctica el TJCA demora un tiempo promedio de dos (2) años para emitir la interpretación prejudicial solicitada (Tobón, 2005), en contravención de lo previsto en el artículo 64 del Estatuto de Creación del Tribunal Andino, el cual señala que el TJCA debe remitir la interpretación dentro del término de los treinta (30) días siguientes al del recibo de la solicitud. Lo anterior también incide en el término de duración del proceso arbitral, porque salvo pacto en contrario, este será de seis (6) meses de acuerdo con lo previsto en el artículo 10° del Estatuto Arbitral, los cuales empezarán a contarse a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite.

En ese sentido, los árbitros deberán formular la respectiva solicitud de interpretación prejudicial antes que finalice la mencionada audiencia, pues de lo contrario podría configurarse, eventualmente, la causal sexta de anulación de laudos arbitrales prevista en el artículo 41 del Estatuto Arbitral, esto es: “Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral”, puesto que es claro que en ese caso, el tribunal no puede proferir el laudo hasta tanto no reciba la interpretación solicitada al TJCA, ya que esta debe ser adoptada en él y, por lo tanto, se encuentra sujeto a los términos de decisión del TJCA.

Ello sugiere que para los casos en los cuales deba aplicarse o esté en controversia una norma del derecho comunitario andino, la naturaleza del arbitraje se desvirtúa en el sentido en que ya no será un trámite expedito en el cual las partes delegan la solución de su controversia a los árbitros, sino por el contrario, ahora la autonomía y decisión de los árbitros se encuentra sujeta a la interpretación de un tercero, el TJCA, y peor aún, la voluntad de las partes de sustraer sus controversias a la justicia ordinaria es eliminada de plano, toda vez que el mismo TJCA decidió ampliar la competencia del juez de anulación:

Ahora bien, una vez que el juez extraordinario anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar alguna de las siguientes acciones:

- Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpre-

tación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia (TJCA, 57-IP-2012).

En ese sentido, toda vez que las funciones del Tribunal de Arbitramento cesan —y por ende, este se disuelve o desintegra—, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 del Estatuto Arbitral, por la interposición del recurso de anulación, o por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente, la sentencia sustitutiva y que decide la litis no será proferida por el Tribunal de Arbitramento sino por el juez de anulación, lo que claramente va en contravía de lo acordado voluntariamente por las partes.

Ahora bien, respecto a la anulación del laudo cuando se invoque esta causal, es importante indicar, en primera medida, que toda vez que son las mismas partes quienes saben con mayor detalle qué reglas aplican en su relación contractual, estas deben informar oportunamente al tribunal arbitral las normas de derecho comunitario aplicables al caso, en consideración a los principios constitucionales de buena fe, de lealtad procesal y de los actos propios, so pena de no poderla invocar posteriormente como causal.

De proceder la nueva causal de anulación y de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del

Estatuto Arbitral, puede afirmarse que las pruebas practicadas dentro del trámite conservarán su validez siempre y cuando no tengan relación alguna con la norma andina que fuera objeto de la interpretación prejudicial, bien porque debía aplicarse, ya porque se encuentre en controversia en el caso concreto. En otras palabras, no podrá tenerse en cuenta aquella prueba referida al asunto regulado en la norma de derecho andino, en tanto corresponda al punto o tema que debe ser aclarado y precisado por el TJCA.

De otra parte, no por el hecho que en las providencias mencionadas previamente el TJCA hubiera omitido pronunciarse respecto a las restituciones económicas como consecuencia de la anulación de los laudos arbitrales, puede aseverarse que para la nueva causal de anulación no procede el reembolso a las partes de la segunda mitad de los honorarios recibidos por los árbitros, puesto que es claro que si el recurso extraordinario de anulación prosperó por acción u omisión de aquellos, estos estarán obligados a reintegrarlos si se aplica analógicamente lo previsto en la causal 5° de anulación del artículo 41 del Estatuto Arbitral, ya que en ese caso también se establece una conducta similar respecto de los árbitros y, como se señaló anteriormente, la interpretación prejudicial podrá tener incidencia en la decisión arbitral.

IV. EXTRALIMITACIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN POR PARTE DEL TJCA

A. El caso *Comcel vs. ETB*

Comcel y ETB suscribieron contratos sobre acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia y la red de telefonía móvil celular; también se pactó que las controversias derivadas de dichos contratos serían solucionadas por un tribunal arbitral, motivo por el cual una vez surgidas estas, fueron tramitadas y resueltas mediante tres laudos arbitrales proferidos el 15 de diciembre de 2006, que accedieron a las pretensiones de la demanda y condenaron a la ETB a efectuar los pagos correspondientes. Como consecuencia de lo anterior, la ETB formuló ante la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso extraordinario de anulación contra los aludidos laudos.

El Consejo de Estado en sentencias del 27 de marzo de 2008¹¹ y del 21 de mayo de 2008,¹² declaró infundados los recursos de anulación. El 10 de abril y el 2 de mayo de 2008, con posterioridad a la radicación del recurso extraordinario de anulación y antes de la notificación de los respectivos fallos, la ETB requirió como prueba a la Sección Tercera del Consejo de Estado, que

11 Fecha en la cual fueron decididos los recursos de anulación con radicación: 1100103260002007-00010-00, expediente: 33.645 y con radicación: 110010326000200700009 00, expediente: 33.644.

12 Fecha en que fue decidido el recurso de anulación con radicación: 11001-03-26-000-2007-0000800, expediente: 33.643.

solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina prevista en los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 de 1999 y en los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina (normas procesales de interconexión). La solicitud fue negada mediante Auto del 8 de agosto de 2008, toda vez que estaba referida a defectos *in judicando* sobre los cuales no procede el recurso extraordinario de anulación y, además, el juez de anulación no está facultado para examinar.

La ETB, sin éxito, mediante acción de tutela procuró dejar sin eficacia los mencionados fallos, por lo que posteriormente formuló recursos extraordinarios de revisión, y en trámite de la decisión procesal promovió simultáneamente la acción de incumplimiento¹³ contra la República de Colombia ante el TJCA, bajo el entendido de que la Sección Tercera del Consejo de Estado había incumplido su obligación de envío al TJCA de la solicitud de interpretación prejudicial de las normas procesales de interconexión al momento de decidir el recurso de anulación.

Dentro del señalado proceso de incumplimiento, la Secretaría General de la Comunidad Andina emitió el Dictamen n.º 02-2010 a través del cual determinó que no existía prueba alguna que acreditara que la Sección Tercera del Con-

sejo de Estado hubiera incumplido obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino, y tampoco había prueba que indicara que el reclamante (ETB) hubiera presentado los recursos con fundamento en una posible indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas andinas. Adicionalmente, indicó que

la vía de la Acción de Incumplimiento en la que se reclama contra una decisión de un órgano judicial nacional, no es una revisión jerárquica y menos aún una instancia de apelación ni de casación comunitaria. En este sentido, las instituciones comunitarias no han recibido mandato alguno para pronunciarse acerca de la solución de una controversia que se conoce en sede nacional en determinado caso concreto,

motivo por el cual la intervención del TJCA no debe entenderse ni convertirse en una instancia revisora de los actos administrativos y jurisdiccionales que expidan los países miembros.

No obstante lo anterior, el TJCA concluyó que el Consejo de Estado en su papel de juez comunitario, al analizar la nulidad de los laudos arbitrales, según lo previsto en los artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 123 de su Estatuto, en protección de la validez y eficacia del ordenamiento jurídico comunitario, tenía el deber de solicitar la interpretación prejudicial sobre los siguientes temas:

1. Si el Tribunal de Arbitramento, al conocer la controversia y advertir de la existencia de normas comunitarias aplicables a los casos en cuestión (de oficio o a pedido de parte), debió solicitar la interpretación prejudicial al

13 La acción de incumplimiento tiene por objeto lograr, por vía judicial, que los Estados miembros cumplan con las obligaciones derivadas del proceso de integración de la Comunidad Andina. Por su parte, el TJCA asegura el acatamiento de la normativa jurídica andina, el control de la legalidad del sistema de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como Órgano Jurisdiccional de la Comunidad con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan de este.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para resolver los laudos arbitrales y así agotar el debido proceso. 2. Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral, generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso (TJCA, Proceso 03-AI-2010).

En otras palabras, de un lado, la ETB presentó la demanda por unos cargos —incumplimiento del Consejo de Estado del envío de la solicitud de interpretación prejudicial de las normas procesales de interconexión— y, del otro, el TJCA (03-AI, 2010) declaró el incumplimiento de la República de Colombia porque la Sección Tercera del Consejo de Estado no “consultó al Tribunal sobre la posible obligación que le asistía al Tribunal Arbitral en relación con la solicitud de interpretación prejudicial”, al verificar que en los laudos arbitrales demandados no fue solicitada la interpretación prejudicial en el proceso arbitral.

En consecuencia, mediante sentencia de 26 de agosto de 2011, el TJCA no solo ordenó a Colombia que el Consejo de Estado debía pedirle la interpretación prejudicial consultando si los tribunales arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina, sino que igualmente, le ordenó anular los laudos arbitrales por omisión de los árbitros en requerir la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina. Así mismo, determinó que los tribunales arbitrales debían constituirse nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y obtener la debida interpretación prejudicial de conformidad con

la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Lo anterior, so pena de restringir los beneficios del proceso de integración en caso de persistir el incumplimiento.

Así entonces, mediante las providencias del 9 de agosto de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado en cumplimiento del fallo proferido por el TJCA declaró la anulación de los tres laudos arbitrales. Contra las mencionadas providencias Comcel interpuso acción de tutela, la cual fue negada por improcedente al existir otros mecanismos alternativos, tales como el recurso de revisión. El 27 de agosto de 2012, Comcel instauró el mencionado recurso extraordinario de revisión ante el TJCA dentro del Proceso 03-AI-2010 contra las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, Tribunal que lo rechazó por extemporáneo mediante Auto del 17 de abril de 2013, providencia contra la cual Comcel propuso recurso de reconsideración, solicitud de nulidad y escrito de reforma y complementación del recurso de revisión, todos ellos rechazados mediante el Auto proferido el 19 de junio de 2013. En consecuencia, tanto los fallos de anulación proferidos por el Consejo de Estado como la sentencia de la acción de incumplimiento proferido por el TJCA se encuentran en firme.

Adicionalmente, el 21 de diciembre de 2012 Comcel convocó la constitución de tres tribunales de arbitramento para que solicitaran la respectiva interpretación prejudicial y procedieran a dictar los correspondientes laudos arbitrales. A la fecha se desconoce el estado en que se en-

cuentra el trámite arbitral de los mencionados tribunales.

B. Principios legales y constitucionales transgredidos por la sentencia 03-AI-2010 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

La sentencia expedida dentro del Proceso 03-AI-2010 del TJCA crea situaciones de hecho que están en contravía de la legislación nacional y de los principios constitucionales de buena fe, seguridad jurídica, lealtad procesal de las partes y obediencia de los actos propios, puesto que a través de tal providencia el TJCA habilita a las partes para aprovecharse de sus propias omisiones y para subsanarlas imponiendo cargas al árbitro y al juez de anulación, en su papel de jueces comunitarios preservadores de la eficacia y la aplicación uniforme del derecho comunitario andino.

Adicionalmente, contraviene la autonomía de la voluntad —principio en torno al cual gira el arbitraje—, el principio de voluntariedad contenido en el artículo 116 de la Constitución Política y la finalidad del laudo, pues a pesar de que las partes decidieron libremente someter sus controversias a la justicia arbitral para que a través de un laudo fueran resueltas definitivamente, no solo la justicia ordinaria sino ahora un organismo supranacional transgreden dicha voluntad y libertad, en la medida que han incluido aspectos no previstos al momento de suscribir el pacto arbitral, quebrantando así la seguridad jurídica sobre las normas aplicables.

Lo anterior se evidencia, en primer lugar, en el manejo que el TJCA le dio al recurso extraordinario de anulación promovido por la ETB contra los laudos arbitrales, porque aun cuando los recursos extraordinarios proceden contra determinadas providencias y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley, este incluyó —vía jurisprudencial— una nueva causal de anulación de carácter extralegal y, además, modificó su procedencia porque adicionó a las competencias del juez de anulación, la posibilidad de pronunciarse y examinar cuestiones de fondo como cuando existan yerros de interpretación o aplicación de normas sustantivas por parte de los árbitros.

En segundo lugar, respecto a la invocación de la nueva causal, el TJCA convalidó las omisiones en la formulación para la procedencia del recurso de anulación, pues en el caso expuesto, la ETB no solo omitió la necesidad del envío de la solicitud de interpretación prejudicial como causal de anulación en el recurso interpuesto, dentro de la oportunidad legal para proponerlo, sino que además, la requirió como prueba una vez emitido el fallo de anulación. Así mismo, con fundamento en el Estatuto Arbitral respecto de algunas de las causales de anulación, la nueva causal era improcedente, porque dentro del trámite arbitral la ETB nunca la hizo valer, como tampoco invocó su necesidad y mucho menos planteó ante el tribunal la respectiva solicitud de interpretación judicial, motivo por el cual no estaba habilitada para interponerlo, y además, con esa conducta dio a entender que la acción de incumplimiento fue empleada por la ETB solo para que el TJCA actuara como una instancia re-

visora de los fallos proferidos por el Consejo de Estado y no para que sancionara las acciones u omisiones violatorias del derecho comunitario andino (TJCA, 02-AI-2008).

Por otra parte, el TJCA declaró el incumplimiento de la República de Colombia con base en la omisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado de pedir la interpretación prejudicial, para que se determinara si los tribunales arbitrales son competentes o no para solicitar dicha interpretación en el arbitraje, aun cuando dentro del trámite de anulación de los laudos no se controvertió ni discutió este asunto no regulado en el derecho comunitario andino por ninguna norma; por ende, se desconoce respecto de qué norma andina el TJCA pretendía que el Consejo de Estado realizara la señalada solicitud. Adicionalmente, es importante anotar que el TJCA en una misma providencia resolvió la acción de incumplimiento y efectuó una interpretación prejudicial para el caso, sin estar habilitado para ello en el Tratado de Creación o en el Estatuto del Tribunal.

Lo anterior deja en evidencia el ejercicio extralimitado de la competencia funcional del TJCA para resolver la acción de incumplimiento, puesto que esta “no puede convertirse en una instancia que revise los actos administrativos y jurisdiccionales de los Países Miembros”, ya que permitir la intervención de los órganos comunitarios como una instancia revisora contraviene lo previsto en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cuanto no le confiere ninguna facultad para pronunciarse respecto a la solución emitida por el juez nacio-

nal y, en todo caso, para este tipo de acciones, la Secretaría General de la Comunidad Andina, ha indicado que

la evaluación de los actos jurisdiccionales de un País Miembro frente a un reclamado incumplimiento del ordenamiento jurídico andino es un asunto que requiere de una especial prudencia y una particular observancia del principio de proporcionalidad comunitario, conforme al cual la acción comunitaria en todos sus niveles debe tener presente que ésta no se encuentra llamada a sustituir o superponerse a la acción de los Países Miembros.

Así lo expuesto, es claro que en los respectivos fallos el TJCA debe tener en cuenta los aspectos e instituciones procesales de los países miembros.

Así mismo y como ya se indicó previamente, los efectos derivados de la implementación de la nueva causal de anulación en los futuros tribunales arbitrales impone a los árbitros una mayor diligencia para determinar e identificar el caso objeto del litigio, y si existen, proceden, se aplican o entran en controversia normas del derecho comunitario andino, para evitar la configuración paralela de otras causales de anulación básicamente relacionadas con la falta de jurisdicción o competencia y con el término para proferir el laudo arbitral, como la eventual providencia que lo aclare, complemente o adicione.

En consecuencia, toda vez que el único parámetro y antecedente de la causal de anulación derivada de la omisión de los árbitros de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, son las providencias dictadas por el TJCA dentro del Pro-

ceso 03-AI-2010, es importante precisar y limitar su aplicación, alcances y efectos, pues como vimos, tal y como está concebida por el TJCA, esta permite a las partes transgredir los principios constitucionales vistos y, además, plantear el recurso extraordinario de anulación sin las formalidades exigidas por el Estatuto Arbitral, que finalmente prosperará por la denominada primacía del derecho comunitario, que reiteradamente ha desconocido la doctrina de la Corte Constitucional, en el sentido de que dicha solicitud no vincula a los jueces nacionales para proferir fallos donde determinen asuntos específicos del derecho interno.

V. CONCLUSIONES

Aun cuando son cuatro los países que hacen parte de la CAN, Colombia es el único que desde la constitución de la Comunidad ha dado muestras de propender por la integración. Ello se ve reflejado en el número de interpretaciones prejudiciales solicitadas al TJCA, contrario a lo que sucede en los demás países miembros, quienes a pesar de conocer su existencia normativa y carácter vinculante se han abstenido de aplicarla en igual proporción. Lo anterior implica que el TJCA está asegurando la aplicación uniforme del derecho comunitario andino solo en un país, lo cual resulta absurdo e infructuoso puesto que esa no es la finalidad del mecanismo de interpretación prejudicial y, por lo tanto, convendría su reformulación.

Toda vez que la causal de anulación de laudos arbitrales derivada de la inobservancia de los

tribunales de arbitramento de solicitar al TJCA la interpretación prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso concreto no se encuentra regulada, el legislador colombiano está habilitado para crear una norma interna que no entre en conflicto tanto con el derecho comunitario como con principios y normas constitucionales internas, en virtud del principio del complemento indispensable de la norma comunitaria.

De la inobservancia de los árbitros de la obligación de solicitar al TJCA la interpretación prejudicial de normas comunitarias en el trámite arbitral, también se puede derivar otra causal de anulación referente a no adoptar ni acatar la interpretación prejudicial dentro del laudo arbitral, porque como se señaló previamente, al ser obligatoria la solicitud de interpretación esta debe ser incluida dentro de la decisión a proferir.

No debe proceder la causal de anulación de laudos arbitrales derivada de la falta de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando la parte que tenía que alegarla dentro del trámite arbitral se abstuvo de hacerlo, porque como se anotó previamente, se estarían violando principios de orden constitucional. Por consiguiente, los efectos de la anulación del laudo deben ser los mismos de aquellas causales en las que se les exige a las partes alegar la omisión o defecto procesal dentro del mismo trámite arbitral para que proceda la causal de anulación del laudo.

Cuando se advierta una eventual solicitud de interpretación prejudicial en el trámite arbitral,

esta deberá formularse siempre y cuando los árbitros consideren que para decidir y, por lo tanto, proferir el laudo es necesaria la aplicación de una norma de derecho comunitario andino. Entonces, de ser procedente, esta deberá formularse antes de la primera audiencia de trámite y suspenderse el proceso con motivo a una causa de carácter legal, invocando como fundamento el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal, y los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal.

El Consejo de Estado había podido rehusarse a dar aplicación a la interpretación prejudicial del TJCA, pues el artículo 30 de su Tratado de Creación le prohíbe a dicho Tribunal interpretar el contenido y alcance del derecho nacional y, además, calificar los hechos materia del proceso. Sin embargo, dentro del Proceso 03-AI-2010 esta necesariamente interpretó normas colombianas referidas al arbitraje y al trámite arbitral, tema que no es objeto de normativa andina alguna y, además, ya existía fallo de anulación, motivo por el cual era improcedente la interpretación prejudicial.

Como lo ha señalado 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, puesto que es de lo que se ocupa la Corte Constitucional. En este caso, es claro que la competencia para resolver la anulación de los laudos está determinada en el Estatuto Arbitral, asunto que —se reitera— no es materia de derecho

comunitario andino. Adicionalmente, la norma comunitaria no tiene la potestad de modificar ni derogar el derecho interno de los países miembros, y mucho menos vía jurisprudencial, pues ni siquiera las decisiones del TJCA hacen parte del derecho comunitario andino, toda vez que son proferidas para cada caso en concreto.

En todo caso, como dentro de la noción de “juez nacional” se incluyó a los árbitros, la interpretación prejudicial obligatoria también debe ser formulada por estos cuando así se requiera. Por ello, aun cuando la causal de anulación derivada de la inobservancia de dicha obligación no se encuentre positivizada —en virtud de los principios de primacía, efecto directo y aplicación inmediata de los artículos 121 a 128 del Estatuto del TJCA y los artículos 32 a 36 de Tratado de Creación del Tribunal— deben fijarse sus alcances y efectos con base en principios constitucionales y en el orden público, porque de lo contrario la solicitud de interpretación prejudicial podría ser utilizada para anular incluso laudos que se encuentren en firme, y respecto de los cuales ya se hubiera surtido el recurso de anulación y la acción de tutela, tal y como sucedió en el caso *Comcel vs. ETB*.

Referencias

Bueno, P. (1996). *Seminario internacional integración, derecho y tribunales comunitarios. La Paz, 19-20 de agosto de 1996; Sucre, 22-23 de agosto de 1996*. Sucre (Bolivia): Editorial Judicial.

- Bueno, P. y Perotti, A. (2005). La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina? *Dikaion: revista de fundamentación jurídica* (14), 133-152.
- Chahín, G. (2011). *Interpretación prejudicial u optativa: una mirada desde la Comunidad Andina*. Lima: Editorial Secretaría de la CAN.
- Cárdenas, J. (2013). El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional. En *Estatuto Arbitral Colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá: Legis S. A.
- Comunidad Andina de Naciones. (Agosto 3 de 2001). Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (694).
- Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General de la Comunidad Andina. *Dictamen 02-2010*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 02-IP-1991*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 07-AI-1999*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 06-IP-1999*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 30-IP-1999*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 14-IP-2007*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 130-IP-2007*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 03-AI-2010*.
- Comunidad Andina de Naciones, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 57-IP-2012*.
- Conejero, C. (2009). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencial*. Las Rosas: La Ley.
- Consejo de Estado. *Sentencia del 9 de agosto de 2012*. Radicación número: 11001032600 020120001800(43.195). Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado. *Sentencia del 9 de agosto de 2012*. Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. *Sentencia del 9 de agosto de 2012*. Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00013-00(43045). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

- Consejo de Estado. *Sentencia del 28 de febrero de 2013*. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01785-00(AC). Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
- Consejo de Estado. *Sentencia del 5 de julio de 2013*. Radicación número: 11001-0315-000-2012-01785-01. Consejero ponente: Alberto Yepes Barrero.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 1995*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-231 de 1997*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-155 de 1998*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-256 de 1998*.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-295 de 1999*.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-827 de 1999*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-988 de 2004*.
- De Tomaso, C. (2008). La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Revista Jurídica* (41), 419-442.
- Dueñas, J. C. (2011). 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.
- Gálvez, M. (2001). Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *THÉMIS*, época 2(42), 142-143.
- Insignares, S. (2007). El derecho comunitario andino ¿obstáculo en la integración? *Revista de Derecho, Universidad del Norte* (27), 295-308.
- López, M. (2009). La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación. *Vniversitas* (119), 195-198.
- Perotti, A. (2002). Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino. *Díkaion: revista de fundamentación jurídica* (11), 127-153.
- Sánchez, F. (2000). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias. *Aldea Mundo*, V(9).
- Sánchez, M. (2006). Interpretación del derecho comunitario: la interpretación prejudicial por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República de Venezuela* (22).
- Tobón, N. (2005). La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina. *Vniversitas* (109), 461-482.
- Tremolada, Á. (2006). *El derecho andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uribe, F. (1990). *El derecho de integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- Vigil, R. (2004a). La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 939-947). Quito: Fundación Konrad Adenauer.

Vigil, R. (2004b). *La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la con-*

sulta prejudicial. Quito: Ediciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Zúñiga, H. (2013). Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo. *Revista de Economía y Derecho* IX(35), 103-123.

Anexo I: Número de interpretaciones prejudiciales por año (1999-2009)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Bolivia	0	0	0	1	1	2
Colombia	28	58	52	52	86	113
Ecuador	13	19	17	46	42	52
Perú	0	0	1	1	5	4
Total	41	77	70	100	134	171

	2005	2006	2007	2008	2009
Bolivia	2	0	0	0	1
Colombia	137	91	118	67	101
Ecuador	59	39	49	43	32
Perú	35	68	32	21	15
Total	233	198	199	131	149

Fuente: elaboración propia con base en información del Tribunal Andino de Justicia, obtenida de: <http://www.comunidadandina.org/Solcontroversias>.