

La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional

Marcel Tangarife Torres*

Recibido/Received: 11/08/2020
Aceptado/Accepted: 05/11/2020

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Interpretación prejudicial y su obligatoriedad en el arbitraje. 2.1. ¿En qué consiste la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por qué es obligatorio su trámite en el arbitraje? 2.2. ¿Cómo afectan las normas de la Comunidad Andina y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al arbitraje? 3. La interpretación prejudicial obligatoria en el arbitraje no existe en el Derecho Comunitario Europeo. 4. Propuestas y apuestas de mejoras sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 5. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo analiza la figura de la interpretación prejudicial que le corresponde adelantar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como órgano judicial que forma parte del Sistema Andino de Integración, desde la perspectiva del arbitraje nacional. Para ello, se hace una breve reseña acerca de los orígenes de la Comunidad Andina y, especialmente, del

* Consultor en temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Infraestructura, Inversión, Tratados de Libre Comercio y Comunidad Andina. Socio de la firma Tangarife Torres & Asociados. Árbitro de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Santa Marta, y Árbitro internacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y de los Centros de Arbitraje de Bogotá, Cali, Lima y Bolivia. Abogado especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho Económico de la Universidad Javeriana de Bogotá.

M. TANGARIFE TORRES, “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 601-616.



rol que juega la labor interpretativa del derecho comunitario efectuada por el Tribunal en el marco de este proceso de integración. Posteriormente, se examinará la obligatoriedad de tramitar este incidente procesal en procesos arbitrales, así como las consecuencias que esto ha tenido para dicho mecanismo de solución de conflictos en los Países Miembros que lo han aplicado, como es el caso de Colombia y más recientemente Ecuador. Finalmente, se comparará la experiencia andina con la postura adoptada por la Unión Europea en esta materia, y con base a todo lo anterior se expondrán algunas propuestas para la mejora de la interpretación prejudicial efectuada por el Tribunal Andino.

PALABRAS CLAVE: Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial, arbitraje.

*Prejudicial interpretation of the Andean
Community Court of Justice in national
arbitration*

ABSTRACT: This article seeks to analyze the preliminary ruling that is done by the Andean Court of Justice, as a part of the Andean Integration System, from a national arbitration approach. In order to achieve that goal, a brief summary about the Andean Community and, specifically, about the importance of the interpretative labor developed by the Andean Court will be done. Later, the question about whether this preliminary ruling is mandatory or not in arbitral processes will be examined, along with the consequences that the Court's position about this subject has implicated for arbitration in Member States. Finally, a comparison between the Andean experience and the way that the European Union has managed this matter will be effectuated, to conclude with the exposition of some proposals that seek to improve the preliminary ruling process assigned to the Andean Court.

KEYWORDS: Andean Community, Andean Court of Justice, preliminary ruling, arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de mayo de 2019 se cumplieron cincuenta años de la firma del Acuerdo de Cartagena con el cual se creó la hoy llamada Comunidad Andina (CAN) cuyo objeto es promover la integración económica entre los Países Miembros (vg. Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), y con ello se conmemoraron también los cuarenta años de la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en 1979, como órgano que forma parte del Sistema Andino de Integración (SAI).

El Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal, que en 1989 fue sustituido por el Protocolo de Cochabamba, le asignaron funciones jurisdiccionales al TJCA relacionadas con la acción de incumplimiento que se ejerce contra los Países Miembros cuando se apartan de la observancia de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino; con la acción de nulidad como mecanismo de control de legalidad sobre las decisiones y resoluciones andinas y su conformidad con las normas jurídicas de ese sistema jurídico; con la interpretación prejudicial del TJCA en los procesos judiciales nacionales en los cuales se aplique o se controvierta sobre la aplicación de una norma jurídica andina, como mecanismo de interpretación uniforme de dichas normas para los Países Miembros de la CAN; y con otras instituciones como la jurisdicción laboral andina.

La interpretación prejudicial del TJCA es la institución que se analiza en esta ocasión debido a su impacto en el arbitraje.

2. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y SU OBLIGATORIEDAD EN EL ARBITRAJE

2.1. ¿En qué consiste la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por qué es obligatorio su trámite en el arbitraje?

La interpretación prejudicial corresponde a un incidente procesal a través del cual un juez o tribunal nacional con jurisdicción y competencia para conocer y resolver una controversia en la que se deba aplicar o se controvierta acerca de la aplicación de alguna norma del ordenamiento jurídico andino, está en la obligación de adelantar –de oficio o a petición de parte– el trámite para obtener el concepto prejudicial del TJCA en el que este Tribunal le indique al juez consultante la forma como deben interpretarse –en abstracto– las normas jurídicas andinas que resulten aplicables al caso o sobre cuya posible aplicación existe controversia entre las partes. El juez nacional, por su parte, conserva plena jurisdicción y competencia para resolver la controversia concreta sometida a su decisión, pero es su deber incorporar a los fundamentos jurídicos de la misma la interpretación prejudicial del TJCA.

Tal como lo señaló URIBE RESTREPO, ex magistrado del TJCA:

[g]racias a esta figura, los jueces nacionales adquirieron con el Tratado una nueva competencia que de otro modo no tendrían, en cuanto a la aplicación de normas de origen internacional, con la sola salvedad de seguir al Tribunal Andino en cuanto a la interpretación de esas normas, al igual de lo que suele ocurrir en el derecho interno en relación con los fallos de la Corte Suprema de Justicia o Corte de Casación¹.

De acuerdo con el artículo 32 del Tratado de Creación del TJCA, “[c]orresponderá al Tribunal interpretar por vía

1. F. URIBE RESTREPO, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, 1ra. Ed., Artes Gráficas Señal Impreseñal, 1993.

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”².

Esta norma del Tratado, que se reitera en el artículo 121 de la Decisión 500, deja establecida la competencia exclusiva y excluyente del TJCA para adelantar la interpretación prejudicial sobre las normas del ordenamiento jurídico andino, la cual es de obligatoria observancia por parte del juez consultante, como lo expresan los artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y 127 de la Decisión 500, cuando el proceso judicial es de única instancia o de segunda instancia ordinaria. El TJCA por medio de la sentencia 57-IP-2012³, extendió la interpretación prejudicial obligatoria al trámite de los recursos extraordinarios como casación, revisión y anulación del laudo proferido por un tribunal arbitral.

Por su parte, la interpretación prejudicial es facultativa en procesos de primera instancia ordinaria, esto es, que el juez o tribunal puede o no decretarla, ya que en todo caso queda la opción de la interpretación prejudicial obligatoria en el trámite de la segunda instancia⁴.

Para el caso del arbitraje, en la citada sentencia 57-IP-2012, el TJCA considera que este se asimila a un proceso jurisdiccional de única instancia, por lo que a su juicio la interpretación prejudicial es obligatoria y debe ser decretada por los árbitros, de oficio o a petición de parte, cuando en el caso concreto se deba aplicar o se controvierta acerca de la aplicación de normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino⁵.

2. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), Artículo 32.

3. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 57-IP-2012, 11/07/2012.

4. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), N. 2, Artículo 33(1).

5. *Ibidem*, Artículo 33(2).

2.2. ¿Cómo afectan las normas de la Comunidad Andina y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al arbitraje?

Las normas de la CAN se consideran supranacionales, de carácter obligatorio, de aplicación directa y efectos inmediatos en el territorio de cada País Miembro. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del TJCA y las cortes y tribunales de cada país. Por lo mismo, en caso de contradicción o incompatibilidad con una norma interna, las disposiciones de la CAN prevalecen sobre estas últimas y su aplicación es imperativa por jueces y tribunales jurisdiccionales y por los árbitros⁶.

La aplicación de la interpretación prejudicial obligatoria en el arbitraje ocurrió a partir de la sentencia 03-AI-2010 proferida por el TJCA el 12 de agosto de 2011. En ese caso la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) demandó en ejercicio de la acción de incumplimiento andina a la República de Colombia – Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haberse decretado la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA en el trámite del recurso de anulación contra tres laudos proferidos por sendos tribunales arbitrales que resolvieron las controversias surgidas por la remuneración en la interconexión entre COMCEL y ETB como operadores de servicios de telecomunicaciones⁷.

Posteriormente en la sentencia de interpretación prejudicial 57-IP-2012, proferida por la consulta que hizo el Consejo de Estado de Colombia, como órgano superior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el trámite del recurso de anulación contra el laudo COMCEL contra UNE TELECOMUNICACIONES, el TJCA dejó establecida por jurisprudencia la creación de la causal de anulación del laudo

6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 43281, 09/08/2012.

7. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 03-AI-2010, Proceso 03-AI-2010, 12/08/2012.

en los trámites arbitrales en los cuales no se hubiera decretado la interpretación prejudicial obligatoria⁸.

De acuerdo con lo dicho por el TJCA en la sentencia 57-IP-2012, en el caso colombiano la causal de anulación por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria por un tribunal arbitral se suma a las consagradas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que contiene el Estatuto Arbitral colombiano, lo cual por sí mismo genera controversia y preocupación para los árbitros y para las partes⁹.

En el caso ecuatoriano, la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) tampoco consagra expresamente la causal de anulación del laudo por falta de interpretación prejudicial obligatoria del TJCA:

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral¹⁰.

La causal se configura, a juicio del TJCA, cuando en el proceso arbitral se debe aplicar o se controvierte la aplicación de una norma del ordenamiento jurídico andino. Aunque la

8. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 57-IP-2012, N. 3.

9. *Ibidem*.

10. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO No. 417, 14/12/2006.

causal de anulación fue creada por jurisprudencia del TJCA, en este artículo no se analizará esta situación que impone unas reflexiones profundas sobre la adopción taxativa de las causales de anulación del laudo únicamente por la ley interna de cada país y no por decisión de un tribunal judicial internacional.

La anulación del laudo por falta de interpretación prejudicial, según lo expresado por el TJCA, se desagrega en los siguientes eventos: **(i)** que el tribunal arbitral no decrete la interpretación prejudicial obligatoria antes de laudarlo; **(ii)** que el tribunal arbitral decrete la interpretación prejudicial obligatoria, pero una vez proferida por el TJCA no la incorpore a los fundamentos jurídicos del laudo; **(iii)** que el tribunal arbitral, a pesar de decretar la interpretación prejudicial obligatoria, la incorpore al laudo en un sentido contrario al contenido del concepto del TJCA¹¹.

La creación jurisprudencial de esta causal de anulación del laudo, también se extiende a las controversias arbitrales que se tramiten en Ecuador, Perú o Bolivia, por lo que la figura de la interpretación prejudicial obligatoria afecta directamente al arbitraje en todos los países de la CAN.

En Colombia, como consecuencia de la creación de la citada causal, el Consejo de Estado ha anulado varios laudos por el incumplimiento de las reglas adoptadas por el TJCA, principalmente por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria. Dentro de estos se cuentan los siguientes: **(i)** *Comcel c. ETB*¹²; **(ii)** *Ocel c. ETB*¹³; **(iii)** *Celcaribe c. ETB*¹⁴; **(iv)** *Comcel c. EPM Telecomunicaciones S.A. ESP*¹⁵; y, **(v)** *Telmex – UNE EPM c. DIMAYOR*¹⁶.

11. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del Proceso 52-IP-2012, 11/07/2012.
12. Consejo de Estado de Colombia, Providencia, Expediente No. 43281, 09/08/2012.
13. Consejo de Estado de Colombia, Providencia, Expediente No. 43195, 09/08/2012.
14. Consejo de Estado de Colombia, Providencia, Expediente No. 43045, 09/08/2012.
15. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia, Expediente No. 2010-00056, 21/11/2012.
16. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia, Expediente No. 56845, 10/11/2016.

En estos casos, el Consejo de Estado no solo anuló los laudos sino que, siguiendo la regla establecida por el TJCA en la sentencia 57-IP-2012, dispuso la reconstitución de los tribunales arbitrales para que decretaran y tramitaran la interpretación prejudicial obligatoria y profirieran un nuevo laudo.

En otras ocasiones, el Consejo de Estado ha desestimado el recurso de anulación en casos en los cuales se omitió tramitar por los árbitros la interpretación prejudicial obligatoria, como ocurrió en el caso *MINTIC c. COMCEL y Colombia Telecomunicaciones* (reversión de activos en los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular). En esta ocasión, el Consejo de Estado hizo un análisis de aspectos sustantivos del laudo para establecer que, a su juicio, no se había configurado la causal de anulación por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria¹⁷.

Esta situación ha generado aún más confusión, toda vez que esta causal ha dado lugar, en la práctica, a que el tribunal jurisdiccional que conoce del recurso extraordinario de anulación se enfrente a la posibilidad de estudiar asuntos que van más allá de situaciones procesales que fundamentan las causales de anulación del laudo, ya que para establecer la procedencia de la interpretación prejudicial obligatoria, debe verificar si en el caso concreto resulta aplicable una norma jurídica andina. Lo anterior es totalmente ajeno al propósito de las causales taxativas establecidas en la ley para la procedencia del recurso extraordinario de anulación por errores *in procedendo* de los árbitros, lo que excluye la posibilidad de que analice cualquier aspecto sustantivo del laudo¹⁸.

Hasta ahora la solicitud de interpretación prejudicial en trámites arbitrales ha sido decretada en su mayoría por

17. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia, Expediente No. 012101, 05/06/2018.

18. J. GAVIRIA, *Comentario sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional*, <<https://bit.ly/3ksRCaG>> (11/08/2020).

tribunales colombianos, pues de las quince interpretaciones prejudiciales proferidas por el TJCA desde la sentencia que resolvió el proceso 57-IP-2012¹⁹, catorce tienen su origen en peticiones elevadas por árbitros encargados de procesos arbitrales en Colombia.

En Ecuador, la única interpretación prejudicial tramitada en un arbitraje ha sido la 262-IP-2013 proferida en el caso *TELEMKA S.A. c. OTECEL S.A.*, decretada por el tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito, en una controversia relativa a propiedad intelectual y competencia²⁰.

Lo anterior no significa que en el futuro inmediato la interpretación prejudicial se extienda a más casos en Ecuador, y a arbitrajes en Perú y Bolivia.

3. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ARBITRAJE NO EXISTE EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En el Derecho Comunitario Europeo, que sirve de referente al TJCA, el asunto está aclarado de tiempo atrás, toda vez que está plenamente resuelto que la interpretación prejudicial no se tramita en el arbitraje porque estas controversias no revisten interés ni influencia a nivel comunitario, aun cuando en un tribunal los árbitros puedan aplicar directivas o normas europeas para resolver la controversia.

19. Desde el 11 de julio de 2012, el TJCA ha expedido las siguientes sentencias de interpretación prejudicial en el marco de procesos arbitrales: (i) 181-IP-2013, 262-IP-2013, (ii) 14-IP-2014, (iii) 255-IP-2013, (iv) 161-IP-2013, (v) 204-IP-2013, (vi) 79-IP-2014, (vii) 261-IP-2013, (viii) 146-IP-2014, (ix) 322-IP-2014, (x) 385-IP-2015, (xi) 239-IP-2014, (xii) 371-IP-2017, (xiii) 189-IP-2017 y (xiv) 147-IP-2019.

20. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 262-IP-2013, 08/05/2014.

Tal como lo señaló SÁNCHEZ SÁNCHEZ²¹, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas delimitó el concepto de órgano jurisdiccional y estableció una serie de criterios concurrentes, que resultan exigibles para calificar una jurisdicción, a fin de determinar si el tribunal arbitral tiene facultad o no de formular cuestiones prejudiciales. Para efectos de este análisis, los criterios que se deben tener en cuenta para establecer la procedencia de la interpretación prejudicial obligatoria en los trámites arbitrales son²²:

- (i) El órgano debe ser creado o tener origen en una norma de rango legal. Un tribunal arbitral no tiene origen en la norma de rango legal, sino que su competencia tiene origen en la voluntad autónoma de las partes al adoptar la cláusula compromisoria o el compromiso. Por tanto, al no cumplir este criterio, un tribunal arbitral no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.
- (ii) La organización debe ser de carácter permanente. Un tribunal arbitral es, por esencia, transitorio, ya que únicamente se constituye para resolver la controversia que someten a su decisión las partes vinculadas por la cláusula compromisoria o el compromiso. Una vez profiere el laudo, se extingue el tribunal arbitral. Por tanto, al no cumplir este criterio, un tribunal arbitral no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial en el caso europeo.
- (iii) El carácter obligatorio de la jurisdicción. La jurisdicción de los jueces y tribunales judiciales es obligatoria en virtud de la ley de su creación. Por el contrario, un tribunal arbitral únicamente nace en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, al no cumplirse este criterio, los

21. H. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Seminario sobre interpretación prejudicial en el arbitraje, organizado por Asomágister en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, en Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto 61/65, *Viuda de G. Vaassen-Göbbels c. Dirección del Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 30/06/1966.

22. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *ibídem*.

árbitros no tienen la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.

- (iv) Que adelante un procedimiento contradictorio.
- (v) Que profiera una decisión en Derecho.

Nótese que un tribunal arbitral, al no cumplir varios de los citados requisitos concurrentes, no debería estar obligado a tramitar la interpretación prejudicial del TJCA.

4. PROPUESTAS Y APUESTAS DE MEJORAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

La creación y aplicación de la causal de anulación del laudo por no haberse tramitado la interpretación prejudicial del TJCA ha ocasionado una gran incertidumbre²³, lo que lleva a proponer algunas ideas para el fortalecimiento del arbitraje y la consolidación de la interpretación prejudicial del TJCA.

En opinión del autor, la interpretación prejudicial debe excluirse del arbitraje en los Países Miembros de la CAN. Son varias las razones por las cuales se plantea esta posición:

- (i) La interpretación prejudicial es una institución cuyo propósito es que el TJCA asegure la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino por parte de las autoridades de los Países Miembros. Esta figura tiene su origen en la Unión Europea, donde la labor del tribunal comunitario, al igual que el TJCA, ha permitido unificar los criterios de aplicación de las normas supranacionales a nivel interno.
- (ii) La interpretación prejudicial no está concebida para su aplicación en el arbitraje. La razón fundamental

23. L.V. MARTÍNEZ, *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*, <<https://bit.ly/2PLit3L>>, (11/08/2020).

es que la cláusula compromisoria o el pacto arbitral tienen su origen en la voluntad de las partes, y son estas quienes delimitan y establecen el alcance de la labor de los árbitros. En la medida en que las partes no establezcan expresamente que se debe tramitar la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA, no habría lugar a la configuración de esta causal de anulación porque su decisión autónoma no involucra este trámite incidental.

- (iii) La causal de anulación por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria no fue creada por ley. Su origen está en la jurisprudencia del TJCA, pero este no es el mecanismo idóneo para su creación. No hay norma en el Tratado de Creación del TJCA ni en la Decisión 500 de la CAN que consagre la facultad de que el TJCA adicione o modifique el ordenamiento jurídico interno de cada País Miembro. Además, como ya se indicó, no pueden modificarse o adicionarse las normas nacionales sobre arbitraje de Bolivia, Colombia, Ecuador o Perú.
- (iv) Las normas de arbitraje en los Países Miembros de la CAN no han consagrado el traslado de competencias legislativas al TJCA, y por lo mismo, este Tribunal no estaría facultado para crear la causal de anulación.

En el caso colombiano, el artículo 150 numeral 16 de la Constitución Política de Colombia establece que

[c]orresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados²⁴.

24. Constitución Política de Colombia, Artículo 150(16), 04/07/1991.

De acuerdo con esta norma constitucional, cuando el Estado colombiano suscribió y aprobó el Tratado de Creación del TJCA, manifestó su consentimiento soberano a nivel internacional para “transferir parcialmente determinadas atribuciones” a dicho Tribunal.

En Ecuador, el artículo 120 de la Constitución dispone lo siguiente:

Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: [...] 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio²⁵.

Es decir, no existe norma constitucional en Ecuador o Colombia que establezca expresamente que un tribunal internacional como el TJCA, pueda modificar la legislación interna, en este caso, adoptando una causal de anulación del laudo que no existe en las normas arbitrales nacionales.

- (v) El arbitraje no tiene la vocación de promover o consolidar la integración económica con los demás Países Miembros de la CAN, sino que corresponde a 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”²⁶, de acuerdo con la definición del artículo primero del Estatuto Arbitral colombiano.

Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador en su artículo 1 define el arbitraje como “[...] un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para

25. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 121, RO No. 449, 20/10/2008.

26. Ley 1563, Artículo 1, 12/07/2012.

conocer dichas controversias"²⁷. Tampoco en las normas de arbitraje ecuatorianas se observa que su objeto sea promover la integración económica en el marco de la CAN.

- (vi) A juicio del autor, no es necesario que se adopte una norma comunitaria que excluya la interpretación prejudicial del arbitraje. Basta con que el propio TJCA adopte la jurisprudencia que modifique la situación actual. Sin embargo, si ello no ocurre, se hace necesario que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en conjunto con los ministros que forman parte de la Comisión de Plenipotenciarios, adopten una Decisión que haga expreso que la interpretación prejudicial obligatoria no es procedente en el arbitraje.

5. CONCLUSIONES

Mientras que esta situación no se resuelva, se hace necesario que los árbitros de cada País Miembro de la CAN en cada caso sometido a su conocimiento, analicen si en el asunto en concreto se deben aplicar normas comunitarias andinas, o si resulta controvertible su aplicación, para definir si decreta la interpretación prejudicial obligatoria, a fin de evitar que se configure esta causal y se anule el laudo. Este ejercicio resulta importante y necesario en los diferentes trámites arbitrales entre particulares o con presencia de una parte pública o estatal, pues son muchas las materias objeto de trámites arbitrales que cursan en Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, en los cuales la norma andina regula la materia.

Si bien los casos más representativos de esta problemática hasta ahora han sido del sector de telecomunicaciones, es muy amplia y diversa la normativa andina en asuntos que

27. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 1.

las partes han sometido a la decisión de los árbitros, como ocurre con propiedad intelectual, contratos mercantiles, libre competencia, seguros, transporte, entre otros.