

ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS ÁRBITROS EN LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES EN LA COMUNIDAD ANDINA

**Una revisión a partir
de la jurisprudencia
del Tribunal de Justicia
de la Comunidad Andina
y del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea**

Victor Altamirano



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

Análisis de la participación
de los árbitros en las
interpretaciones prejudiciales
en la Comunidad Andina:
una revisión a partir de la
jurisprudencia del Tribunal de Justicia
de la Comunidad Andina y del Tribunal
de Justicia de la Unión Europea

Análisis de la participación
de los árbitros en las
interpretaciones prejudiciales
en la Comunidad Andina:
una revisión a partir de la
jurisprudencia del Tribunal de Justicia
de la Comunidad Andina y del Tribunal
de Justicia de la Unión Europea

Victor Alberto Altamirano Asmat

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos, mediante el sistema de “doble ciego”, requisito para la indexación en la Web of Science de Clarivate (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 Unported License.



ISBN digital 978-628-7661-30-1
ISBN impreso 978-628-7661-29-5

© VICTOR ALBERTO ALTAMIRANO ASMAT, 2024
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2024

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 601 232-3705
www.ilae.edu.co

Imagen de portada: GUIDO TASSINI. *Triangulación multicolor*, 2024, collection, acrílico sobre tela.

Adaptación de carátula y composición: HAROLD RODRÍGUEZ ALBA
Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 601 323-2181
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO PRIMERO	
LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO	15
I. El origen de la interpretación prejudicial en la Unión Europea y su adopción en la Comunidad Andina	15
II. La naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial en el derecho andino	20
A. La interpretación prejudicial como incidente procesal	22
B. La relación de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario	24
1. El rol del juez nacional como juez comunitario	26
C. El derecho comunitario objeto de interpretación prejudicial	28
D. La interpretación prejudicial facultativa y obligatoria	30
III. Las finalidades de la interpretación prejudicial	36

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARBITRAJE COMERCIAL	41
I. Las características sobresalientes del arbitraje	41
A. El acuerdo de arbitraje	41
B. La decisión del tribunal arbitral	43
C. La ejecución del laudo	44
II. La definición del término comercial	45
A. Los motivos para recurrir al arbitraje	46
B. La confidencialidad	47
III. El derecho aplicable a la controversia	52
IV. La cuestión arbitrable en el acuerdo arbitral	56
V. Las facultades de los árbitros	59
VI. La jurisdicción del tribunal arbitral	60
VII. La definición de laudo arbitral	61
VIII. La impugnación del laudo arbitral	64
IX. El arbitraje de derecho público	69

CAPÍTULO TERCERO

LA NO ADMISIBILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LAS SOLICITUDES DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FORMULADAS POR LOS ÁRBITROS	71
I. La interpretación prejudicial en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	73
II. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para no admitir la cuestión prejudicial formulada por los árbitros privados	84
A. La no vinculación del arbitraje a la actividad judicial del Estado	84
B. El planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales que examinan la validez de un laudo	93
C. El carácter no permanente del arbitraje privado	96
D. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para admitir la cuestión prejudicial formulada por los árbitros de carácter público	99

Contenido

CAPÍTULO CUARTO	
LA ADMISIBILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE LAS SOLICITUDES DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FORMULADAS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES	105
I. La evolución del concepto de juez nacional en la jurisprudencia andina	106
A. La reserva de la interpretación prejudicial al juez nacional en los países miembros	106
B. La función jurisdiccional de los órganos estatales que no forman parte del sistema judicial de los países miembros	107
C. La inclusión de órganos jurisdiccionales más allá de los jueces nacionales en la interpretación prejudicial	111
II. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para admitir la interpretación prejudicial en el caso de los tribunales arbitrales	113
A. La actuación de los árbitros designados por las partes para aplicar el derecho	113
B. La actuación de los árbitros como jueces de última instancia	124
C. La actuación de los árbitros como juez comunitario para asegurar la aplicación uniforme de la norma comunitaria	131
III. Reflexiones en torno a la participación de los árbitros en la interpretación prejudicial	133
CONCLUSIONES	137
REFERENCIAS	141
EL AUTOR	147

INTRODUCCIÓN

La solicitud de consulta prejudicial es un incidente procesal supranacional que está contemplado en los artículos 32 al 36 del Acuerdo de Cartagena (suscrito el 26 de mayo de 1969) y en los artículos 121 al 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (aprobado a través de la Decisión 500, el 22 de junio de 2001). Dicho recurso tiene un carácter accesorio que se desarrolla en dos momentos. Primero, con la presentación de una solicitud de trámite procesal por un juez nacional de cualquiera de los cuatro Países Miembros de la Comunidad Andina, a cargo de un proceso judicial, la cual puede ser facultativa u obligatoria, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En su solicitud, el juez nacional requiere la interpretación de una norma comunitaria andina. Segundo, con la expedición de la sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA–, que es de observancia obligatoria para el juez solicitante y para todas las demás autoridades que intervengan hasta la finalización del proceso judicial.

Las solicitudes o consultas prejudiciales constituyen un mecanismo de colaboración judicial entre el TJCA y los jueces nacionales para garantizar la interpretación correcta y uniforme, así como la aplicación efectiva del Derecho de la Comunidad Andina dentro del sistema de administración de justicia de los Estados miembros. Como un asunto previo a la interpretación de la norma comunitaria por el TJCA, un tema medular para dicho órgano de justicia supranacional es la determinación de la autoridad jurisdiccional facultada por la legislación comunitaria para hacer uso de la solicitud de interpretación prejudicial. Si bien, solo los jueces nacionales previamente a la emisión de la sentencia, pueden o deben solicitar la

interpretación de la norma comunitaria aplicable en el proceso que conoce, el TJCA tiene la competencia exclusiva para decidir qué se entiende por juez nacional de un Estado miembro, lo cual hace analizando un conjunto de características consustanciales de un órgano jurisdiccional, caso por caso, de acuerdo con el derecho interno de los Estados andinos y la naturaleza de la entidad consultante, a partir del principio de autonomía del Derecho Comunitario Andino.

De esa manera, de acuerdo a su propio desarrollo jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina evalúa 6 criterios: i) el desempeño de las funciones jurisdiccionales de quien solicita la interpretación prejudicial; ii) la exigencia que el órgano jurisdiccional solicitante debe haberse constituido por mandato legal; iii) el órgano solicitante es de carácter permanente; iv) el carácter obligatorio de sus competencias; v) el deber de aplicar las normas comunitarias; vi) el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso; vii) y la imparcialidad de sus actos. Según su interpretación extensiva del concepto de juez nacional, el Tribunal de Justicia ha reconocido no solo a determinadas entidades administrativas o constitucionales de un Estado miembro sino también a los árbitros a realizar una consulta con la finalidad de obtener una interpretación de carácter prejudicial, distanciándose de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde esa perspectiva, para el TJCA los árbitros son equiparados a los jueces nacionales y deben solicitar al Tribunal de Justicia que interprete el derecho comunitario andino que potencialmente sea aplicable al caso. Este desarrollo de la jurisprudencia del TJCA plantea dificultades y desafíos en cuanto a su compatibilidad con la naturaleza de la institución arbitral.

En este contexto, el objeto del presente escrito consiste en evaluar la consistencia de la interpretación extensiva del concepto de juez nacional efectuada por el TJCA con la normativa andina; la jurisprudencia precedente del propio TJCA; y, fundamentalmente, la noción de autonomía del arbitraje. Con relación a la autonomía arbitral cabe analizar la consistencia con los criterios de libertad de elección por la partes del arbitraje como una forma privada de resolución de disputas, alternativa a la justicia ordinaria, determinan-

do el procedimiento y las normas de derecho que regirá la solución de la disputa, mecanismo alternativo de solución de controversias donde los árbitros tienen una amplia capacidad de resolver la controversia y emitir una decisión de carácter privada. Para tal efecto, el trabajo se estructura en cuatro capítulos.

El primer capítulo analiza cómo está regulada la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina. En dicho capítulo se desarrolla el origen, la naturaleza jurídica, las características y la finalidad de la interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino. En el segundo capítulo se abordan las características sobresalientes del arbitraje, el derecho aplicable, la cuestión arbitrable, las facultades de los árbitros, la definición del laudo arbitral, la impugnación de las resoluciones de los árbitros y el arbitraje de derecho público. En el tercer capítulo se aborda el criterio seguido por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de no admitir las solicitudes de interpretación prejudicial formuladas por los árbitros. Para ello, se analiza la interpretación prejudicial desde el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para no admitir la solicitud de interpretación prejudicial presentada por los árbitros; y los argumentos utilizados en la jurisprudencia europea para considerar, por el contrario, la cuestión prejudicial en los arbitrajes públicos.

Por último, el cuarto capítulo trata acerca de la admisibilidad por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de las solicitudes de interpretación prejudicial que planteen los árbitros. En esta parte se examina la evolución del concepto de juez nacional, y los criterios del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para admitir la interpretación prejudicial en el caso de los tribunales arbitrales; y se reflexiona sobre los desafíos que se plantea en torno a la participación de los árbitros en la interpretación prejudicial.

Este trabajo usa el método inductivo analizando la jurisprudencia más representativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a fin de determinar la conceptualización de la figura del juez nacional u órgano jurisdiccional en los procesos de interpretación prejudicial. Así mismo, se emplea el método comparativo en tanto el alcance de la

interpretación prejudicial parte de las diferentes soluciones consagradas en las sentencias de los casos analizados por los órganos judiciales supranacionales andino y europeo.

De igual manera, se analiza la evolución de las doctrinas tanto andina como europea de la institución de la interpretación prejudicial. La investigación hará hincapié en el enfoque europeo sobre la materia, a fin de determinar las diferencias y las similitudes, el alcance y el significado de dicha institución con la constituida en la Comunidad Andina. Para estos fines, se utilizan los métodos dogmático y exegético.

El presente texto está fundamentado en la tesis de grado para optar al título de Magíster en Derecho Internacional Económico presentada por el autor a la Pontificia Universidad Católica del Perú en 2016¹.

1 VÍCTOR ALBERTO ALTAMIRANO ASMAT. "Análisis de la participación de los árbitros en las interpretaciones prejudiciales en la Comunidad Andina: Una revisión a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia" (tesis de maestría), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, disponible en [<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6909>].

CAPÍTULO PRIMERO

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

I. EL ORIGEN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU ADOPCIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA

La interpretación prejudicial es una institución tomada prestada del derecho interno y parte del hecho de la interrelación existente entre los distintos ámbitos o niveles judiciales como consecuencia de la necesaria especialización por materias que existe en un ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en un litigio donde se contienda un asunto del derecho administrativo en el que pueden existir aspectos penales o civiles, cuya dilucidación previa determinará la resolución final de la controversia, el juez debe tomar en cuenta, antes de dictar el fallo, la interpretación que efectúe la correspondiente instancia judicial especializada. Por ello, de forma general, la denominación de “interpretación prejudicial” o de *praejudicium* denota su calidad de antecedente lógico e incidental con respecto a la sentencia del proceso principal (*iudicium*)².

2 JUANA MORCILLO MORENO. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, Madrid, La Ley, 2007, p. 10. La autora señala que en el derecho romano *praejudicium* aludía a la influencia que podría tener un proceso y una sentencia a un proceso posterior, debido a la existencia de una relación entre dos o más procesos. Luego, significó incluso la vinculación entre materias diferentes dentro de un mismo proceso, por lo que el *praejudicium* sería un antecedente lógico que debía ser resuelto para incidir en la solución final. La importancia de este asunto motivó la adopción de las *acciones praejudiciales*, fórmulas en las que al solicitante le

En el ámbito internacional, la interpretación prejudicial fue adoptada dentro del esquema de integración europea. El Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1957 señalaba en su artículo 41 que “Solo el Tribunal [de la Comunidad Europea] será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso se cuestiona tal validez en un litigio ante un tribunal nacional”. Luego, el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea –TCEE– de 1957, reconoció la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del TCEE; así como la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad Europea.

El artículo 177 del TCEE consagró la regla consistente en que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la facultad u obligación de utilizar la consulta de interpretación prejudicial, si la decisión que emiten para resolver una controversia es o no susceptible de un ulterior recurso impugnatorio ante un juez nacional, respectivamente, según el derecho interno. El citado dispositivo fue sustituido, sin alterar su sustancia, por el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1985) y este, a su vez, por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012), actualmente vigente.

El procedimiento de interpretación prejudicial en la Comunidad Andina tiene como antecedente y modelo, aunque con ciertas diferencias, al previsto en el derecho comunitario europeo. En la Unión Europea, se entabla un diálogo entre el órgano jurisdiccional supranacional y los tribunales nacionales de distinta categoría y especialidad para determinar el significado del derecho europeo, a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, que autoriza a

interesaba la constatación de un aspecto de hecho o de derecho que posteriormente constituiría un referente para el proceso futuro. En la Edad Media, la legislación justiniana transformó el significado de la *praejudicium* al vincularlo a la generación de daño debido a su asociación con la determinación de un juicio anticipado. Luego, la legislación italiana incorporó el elemento material (prejudicialidad jurídica) consistente en la necesaria identidad de la naturaleza jurídico-sustantiva de los asuntos principal y prejudicial.

los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a solicitar la interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea³.

En la Comunidad Andina, un mecanismo similar que garantice ese tipo de relación entre las autoridades jurisdiccionales nacionales y el tribunal supranacional es planteado mediante la regulación de la interpretación prejudicial, que intenta emular el éxito del procedimiento interpretativo comunitario europeo. En 1969, el Pacto Andino modeló sus instituciones conforme al sistema de integración europeo, iniciando el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena sus actividades en 1984 e incluyendo la institución de la consulta prejudicial como un mecanismo que tenga el mismo objetivo de la búsqueda de una interpretación uniforme y aplicación del derecho comunitario⁴. Al respecto, el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TCTJCA– señala que: “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”.

El artículo 33 del TCTJCA señala que:

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

3 LAURENCE R. HELFER y KAREN J. ALTER. “The Andean Tribunal of Justice and its interlocutors: understanding preliminary reference patterns in the Andean Community”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 41, 2009, p. 871 a 930.

4 JUAN CARLOS DUEÑAS MUÑOZ. “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, pp. 29 a 58, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr4.pdf>]; RICARDO VIGIL TOLEDO. “La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, 2004, pp. 939 a 947, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30237/27294>].

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del tribunal.

La interpretación prejudicial de las normas comunitarias que efectúa el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA–, con la finalidad que sea aplicada por los jueces nacionales, es imprescindible para asegurar la efectividad del derecho comunitario en el territorio de los países miembros. Merece señalar que el Preámbulo del TCTJCA resalta la importancia de garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los países, finalidad última del establecimiento del TJCA:

Conscientes de que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que dé y esperan los pueblos de los países miembros.

[...]

Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardado por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independientemente de los Gobiernos de los países miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.

Acorde con lo señalado en dichos preceptos, la interpretación prejudicial andina se basa en el sistema de administración de justicia comunitaria descentralizada, modelo aplicado de forma pionera en la Unión Europea. Por una parte, permite que la efectividad del derecho comunitario sea un objetivo llamado a ser alcanzado por los jueces nacionales ordinarios de los Estados Miembros, ante quienes los particulares pueden exigir el respeto de derechos, el cumplimiento de obligaciones o la satisfacción de los intereses establecidos en la normativa comunitaria, sustentado en los principios de efecto directo, aplicación inmediata y supremacía. Por otra parte,

asegura la cooperación y el diálogo entre los tribunales judiciales nacionales y el TJCA, relación que confía a los jueces nacionales de cualquier nivel jerárquico –inferiores o de última instancia– apreciar la pertinencia de la aplicación de las normas comunitarias en un proceso judicial y de la consulta al TJCA, al que se le reserva la competencia exclusiva de interpretar vía prejudicial y con carácter obligatorio el alcance del derecho comunitario, que deberá ser tomado en cuenta en la sentencia⁵.

Desde sus orígenes en la Unión Europea, la interpretación prejudicial ha sido conceptualizada como un instrumento para lograr la aplicación uniforme del derecho comunitario, siendo vista como un mecanismo de cooperación entre el juez nacional y juez comunitario dirigido a lograr la efectividad del derecho de la comunidad de integración. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado a entender a lo largo de su jurisprudencia, que ese mecanismo de cooperación se establece en el plano interno con los órganos jurisdiccionales nacionales toda vez que la aplicación uniforme del derecho comunitario es una obligación que alcanza solo a un Estado

5 GENARO BALDEÓN HERRERA. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Ius Inter Gentes Revista de Derecho Internacional*, año 1, n.º 1, 2004, p. 21; MARÍA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Thēmis. Revista de Derecho*, n.º 42, 2001, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11623>], p. 132; MANUEL PACHÓN MUÑOZ. “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, *Revista de Derecho Themis*, n.º 23, 1992, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10961/11472>], pp. 77 a 79; ALEJANDRO DANIEL PEROTTI. “Interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino. Incumplimiento. Consecuencias. El expediente New Yorker/Procter & Gamble”, *Revista Doctrina Derecho Privado*, normas legales del Diario Oficial *El Peruano*, fascículo n.º 6, 2007, pp. 199 y 200; ALEJANDRO DANIEL PEROTTI. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino*, Buenos Aires, Biblioteca Digital Andina, 2001, p. 2; GALO PICO MANTILLA. “La acción judicial de los particulares y la interpretación prejudicial en el Pacto Andino”, *Seminario del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 19 de octubre de 1993, disponible en [<https://centroandinodeintegracion.wordpress.com/accion-judicial-de-particulares/>], pp. 357 a 361; CARLOS ANTONIO DE TOMASO ROSERO. “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista Jurídica*, edición 23, tomo 1, 2007, pp. 419 a 442, disponible en [<https://www.revistajuridicaonline.com/2008/03/la-interpretacin-prejudicial-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina/>].

miembro y, por consiguiente, las entidades que forman parte del sistema estatal de solución de disputas.

La interpretación prejudicial, en cuanto instrumento de uniformidad jurídica, articulado en términos de cooperación entre jueces –el nacional y el TJCA–, con miras a asegurar la aplicación homogénea y efectiva del derecho comunitario en los territorios de los países miembros, está dirigida básicamente a los magistrados integrantes del Poder Judicial o sistema de administración de justicia de un Estado. El objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario en las situaciones que involucran a los ciudadanos de los países miembros que son resueltas dentro de los ámbitos de jurisdicción a cargo del Estado. Por ello, el mecanismo de interpretación prejudicial solo puede ser activado por un juez u órgano que se encuentre profundamente ligado a la capacidad jurisdiccional del Estado.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO ANDINO

La interpretación prejudicial presenta las siguientes características que definen su naturaleza jurídica.

El TJCA tiene la función exclusiva de realizar la interpretación prejudicial de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (art. 32 del Tratado de Creación). De ese mandato surgen tres consecuencias:

1. El artículo 4.º del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –ETJCA– establece que el TJCA es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los países miembros. Sobre la base de ese mandato, el TJCA ha interpretado el concepto de juez nacional de manera autónoma a la legislación nacional⁶, y ha establecido un conjunto de re-

6 Providencia del TJCA respecto a la consulta formulada por el Instituto Nacional de

quisitos que, sin ser concluyentes ni exhaustivos, constituyen un marco de referencia general para la apreciación del carácter jurisdiccional de un órgano legitimado para formular una solicitud de interpretación prejudicial ante el TJCA⁷.

2. El juez nacional ejerce la acción de interpretación prejudicial ante el TJCA porque este tiene el monopolio o la competencia exclusiva de interpretar el Derecho Comunitario Andino, correspondiéndole al juez nacional la aplicación de dicho ordenamiento a los casos concretos en base a lo que diga el órgano judicial comunitario⁸. Es una regla que el juez nacional carezca de competencia para interpretar las normas comunitarias cuando se trata de un proceso que conoce en única o última instancia, esto es, cuando el derecho interno no establece ningún recurso adicional para impugnar la sentencia que pone fin a la controversia. Este es un supuesto de interpretación prejudicial obligatoria, que exige al juez suspender el proceso a su cargo hasta no conocer la sentencia interpretativa del TJCA, que determinará el contenido del derecho comunitario aplicable para solucionar la controversia.
3. Es necesario precisar que cuando un juez nacional no esté obligado a solicitar al TJCA que esclarezca el contenido del derecho comunitario porque la resolución del proceso judi-

Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI–, de 9 de diciembre de 1993, cit. por BALDEÓN HERRERA. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 24.

7 En el Proceso 121-IP-2014, sentencia de 20 de noviembre de 2014, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sistematiza y ordena las condiciones que exige que debe cumplir un órgano consultante para ser considerado un juez nacional, a los efectos de la interpretación prejudicial: la creación por mandato legal, el órgano es permanente, el carácter obligatorio de sus competencias, el deber de aplicar las normas comunitarias andinas, el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto del debido proceso, y la imparcialidad de sus actos (num. 29 de la sentencia).

8 GÁLVEZ KRÜGER. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 133; y PACHÓN MUÑOZ. “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, cit., pp. 76 y 77.

cial a su cargo es susceptible de recursos internos, estamos frente a la interpretación prejudicial facultativa, razón por la cual los jueces nacionales de inferior jerarquía podrían por sí mismos interpretar y aplicar la norma supranacional. El legislador comunitario precisa en realidad la obligatoriedad de solicitar la intervención del TJCA a las jurisdicciones superiores debido a que en muchas oportunidades sus sentencias sientan jurisprudencia. De esa forma, se les confiere la obligación de proceder, a pedido de parte o de oficio, a formular la solicitud de interpretación de la norma comunitaria, permitiendo asegurar la exclusividad de la interpretación uniforme reservada en el TJCA⁹.

A. La interpretación prejudicial como incidente procesal

La solicitud de interpretación prejudicial es un procedimiento accesorio al proceso principal, no hay partes litigantes en controversia y carece del carácter contradictorio. El tenor de la interpretación efectuada por el TJCA no decide el litigio nacional surgido entre las partes ni tiene carácter probatorio en el proceso principal. Esa característica se ratifica en el documento denominado “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de las cuestiones preliminares”, se indica que la decisión mediante la cual un tribunal del Estado miembro efectúa una o más peticiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede tomar cualquier forma admitida por la legislación nacional en materia de incidentes de un procedimiento principal¹⁰.

El artículo 34 del TCTJCA establece que la interpretación que efectúa el TJCA deberá limitarse a precisar el contenido y el alcance

9 PACHÓN MUÑOZ. “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, cit., p. 77.

10 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 338, de 6 de noviembre de 2012, disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:ES:PDF>], párr. 20.

de las normas comunitarias referidas al caso concreto, al interior del cual se plantea la consulta por el juez nacional. El TJCA no puede pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma nacional ni calificar los hechos materia de un litigio interno. Sin embargo, el TJCA puede excepcionalmente referirse a ellos cuando sea indispensable a los efectos de la interpretación de carácter prejudicial solicitada.

Debe precisarse que el TJCA no es competente para aplicar el derecho comunitario a un caso concreto, ya que la resolución del proceso principal corresponde al juez nacional. Es decir, la interpretación prejudicial debe entenderse como la búsqueda del sentido jurídico de la norma que sea susceptible de ser aplicada en el caso concreto en que un juez se encuentra interviniendo. Por ese motivo, la consulta del juez nacional no debe ser abstracta o hipotética, y debe referirse al derecho comunitario aplicable considerando su utilización en la controversia materia de la *litis*¹¹. De tal forma que el artículo 33.1 del TCTJCA prescribe que la consulta que remita el juez ordinario deberá producirse con motivo de un expediente ante él sustanciado y en el marco del cual deba aplicarse o se controvierta el Derecho Comunitario Andino. La inobservancia de esta exigencia podría llevar a que el TJCA no admita la consulta prejudicial por adolecer de un vicio sustancia¹².

A su vez, el artículo 34 del TCTJCA dispone que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deberá en su respuesta precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. Si bien el TJCA no debe pronunciarse sobre la norma interna ni los hechos del caso, el juez nacional planteará el derecho y los hechos de manera general para permitir al TJCA enfocar u orientar la interpretación para que sea útil y evitar que pueda resultar abstracta e irrelevante tanto para decidir el caso, como para garantizar la aplicación uni-

11 PEROTTI. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino*, cit., p. 10.

12 Auto del Tribunal del 15 de mayo de 1989, Shering Corp, (§VI, IX), citado por ídem.

forme del derecho comunitario¹³. En caso de que la interpretación del TJCA sea general e inaplicable, aun cuando no está regulada esta situación en el derecho comunitario, nada impediría al juez nacional replantear la consulta prejudicial ante el TJCA.

B. La relación de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario

Tanto en el derecho andino como el europeo, se estableció que el juez nacional sea quien aplique la norma comunitaria para resolver los conflictos surgidos en el territorio de un Estado miembro. La solicitud de interpretación prejudicial del juez nacional al TJCA activa relaciones de cooperación y no de subordinación entre ambos, ya que complementan funciones: corresponde al segundo interpretar el derecho comunitario, y al primero aplicar el derecho comunitario –en la forma como ha sido interpretado por el TJCA– y la normativa nacional a los hechos.

El TJCA ha señalado al respecto que:

Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargado de fallar, o sea de aplicar la norma de integración, competencia que le atribuye el Derecho comunitario, y por supuesto, la del Derecho interno en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos, y absteniéndose de interpretar el Derecho nacional o interno [...] para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional¹⁴.

13 Ídem.

14 PACHÓN MUÑOZ. “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, cit., pp. 78 y 79. Cabe indicar que las relaciones entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción comunitaria que activa la interpretación prejudicial son denominadas indistintamente por la doctrina como “cooperación”, “coordinación”, “distribución de competencias”, “diálogo”, “diálogo transjudicial” o “lealtad”.

El procedimiento prejudicial facilita la cooperación directa entre el TJCA y los tribunales nacionales, aunque se ha descrito también como una relación de confianza y diálogo. Los tribunales nacionales desempeñan un papel importante en esta comunicación fructífera ya que inician el diálogo haciendo una pregunta de cómo aplicar la legislación comunitaria. Sin embargo, el espíritu de ayuda mutua entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCA debería ser alentado a través de un mayor conocimiento del mecanismo prejudicial entre los operadores del derecho de los Estados miembros, el fácil acceso al procedimiento y la capacidad del TJCA de emitir resoluciones interpretativas que resulten eficaces para un juez nacional¹⁵.

Por diversas circunstancias parece ser que los tribunales nacionales no siempre están dispuestos a participar en un diálogo de cooperación con el TJCA. Sin embargo, cabe señalar que resulta necesario que el propio TJCA también profundice su carácter cooperativo. Al definir la modalidad de la cooperación, debe evitarse dar la impresión de posicionarse como una corte superior. Aunque es ampliamente aceptado que la decisión de consultar de manera prejudicial se produce a discreción de los tribunales nacionales, un mensaje orientado a que los jueces tienen un reducido ámbito de actuación podría implicar que el TJCA tiene una suerte de superioridad. Ese mensaje podría ser percibido como hostil y contraproducente respecto a la idea de la cooperación.

La relación entre los tribunales nacionales y TJCA debe profundizarse generando las condiciones para que estén en un estado de constante desarrollo, por lo que es fundamental que los Estados miembros y el sistema andino de integración redoblen sus esfuerzos para hacer de la interpretación prejudicial un mecanismo más eficaz para lograr la interpretación unificada y la aplicación de la legislación comunitaria andina.

15 MONIKA KIRILOVA KIROVA. "An analysis of the relationship between National Courts and the Court of Justice of the European Union - shifting from cooperation to superiority", *Queen's Political Review*, vol. 2, n.º 1, 2014, pp. 93 a 105, disponible en [https://queenspoliticalreview.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/06/240_cjeu_eu-final-04-04-2014.pdf].

1. El rol del juez nacional como juez comunitario

El TJCA ha señalado en varias oportunidades¹⁶ que el juez nacional de un país miembro debe actuar como juez comunitario andino y, en tal sentido, desempeñarse como el garante, en cooperación con el TJCA, del ordenamiento subregional. Ello implica, por supuesto básico, su correcta y uniforme aplicación. La dilucidación de este aspecto resulta importante para determinar el papel confiado al juez nacional para garantizar la aplicación del derecho comunitario.

La actuación del juez nacional como juez comunitario, implica que no tome en cuenta una ley nacional por ser contraria al derecho comunitario mediando el uso de la consulta prejudicial, ya que de esa forma se garantiza la protección del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷ y la interpretación uniforme de la norma comunitaria. En otras palabras, el juez nacional está obligado a inaplicar la ley interna por incompatibilidad con el derecho comunitario y a solicitar un pronunciamiento del TJCA vía la consulta prejudicial¹⁸. Por ejemplo, en el caso de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A.,

16 Por citar un ejemplo, en el Caso Ferrari SPA, Proceso 032-IP-2014, el TJCA reitera que el juez nacional, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú tiene un doble rol: como garante del ordenamiento jurídico nacional y del derecho comunitario. En consecuencia, el juez nacional, en este caso la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, debe actuar como juez comunitario andino, y en efecto, desempeñarse como el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del ordenamiento subregional, lo que implica, por supuesto básico, su correcta y uniforme aplicación.

Luego, el TJCA agrega que el juez que conozca un recurso extraordinario, por encima de las limitaciones formales de su derecho interno, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema comunitario.

17 RICARDO ALONSO GARCÍA. *Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*, Working Papers IDEIR n.º 4, Madrid, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), 2011, disponible en [<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-cuesti%C3%B3n%20prejudicial%20europea.pdf>].

18 BALDEÓN HERRERA. "La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", cit., p. 34.

ESP. –ETB–, el TJCA señaló que el juez nacional, el Consejo de Estado de Colombia, debió al momento de conocer el recurso extraordinario de un laudo arbitral, a pesar de las limitaciones formales de su normativa interna, declarar la nulidad del laudo que no cuente con la interpretación prejudicial y solicitarla al TJCA¹⁹.

La norma comunitaria andina, tal y como sucede con las demás normas jurídicas, es susceptible de interpretación por parte del operador jurídico. Si dicha labor fuera libre y sin condicionantes, podría haber tantas interpretaciones como operadores jurídicos existieran en el territorio comunitario andino. Para evitar este quiebre del sistema normativo, y con el fin de garantizar la validez y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, se instituyó la figura de la interpretación prejudicial.

En casos posteriores, a raíz de la jurisprudencia en mención, el TJCA determinó, independiente de si la norma interna lo prevé o no, como expresión de su rol de juez comunitario, la obligación del juez nacional de devolver el asunto al juez competente para que subsane la omisión de solicitar la interpretación prejudicial y expedir una nueva sentencia sustitutiva²⁰. Sin embargo, se observa una actitud discreta de cooperación de los jueces peruanos en comparación con sus homólogos colombianos en la remisión de consultas de interpretación prejudicial al TJCA basados en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²¹.

El juez nacional tiene un rol central ya que es ante quien los particulares tienen acceso inmediato, los que a su vez son los llamados a interrogar al TJCA para proporcionarle los elementos interpretativos necesarios con el objeto que verifique la compatibilidad del derecho nacional con las normas comunitarias²².

19 Proceso 03-AI-2010, sentencia de 26 de agosto de 2011.

20 Caso Pradaxa, Proceso 149-IP-2011.

21 Las estadísticas muestran un creciente uso del mecanismo de interpretación prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales peruanos, aunque circunscrito básicamente a materias relacionadas con la propiedad intelectual.

22 ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 466.

C. El derecho comunitario objeto de interpretación prejudicial

La interpretación prejudicial se relaciona con la necesidad de determinar la aplicación o no de la norma comunitaria, y la debida aplicación de la disposición pertinente del derecho comunitario en el supuesto de duda sobre sus alcances. El derecho comunitario respecto al cual el TJCA debe asegurar su aplicación e interpretación, está conformado por el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; los convenios de complementación industrial; y otros que adopten los países miembros en el marco del proceso de integración andina. En suma, el derecho primario y secundario de la Comunidad Andina²³.

Debe tenerse en cuenta que el TJCA basa el ejercicio de su función de interpretación prejudicial del derecho comunitario en la aplicación de los principios de aplicación inmediata, primacía y efecto directo, que obligan básicamente a los jueces y los órganos jurisdiccionales estatales²⁴.

Bajo ese planteamiento, resulta útil referirse al concepto de cada uno de dichos principios, los cuales, cabe precisar, han sido adoptados por el derecho andino a partir de la doctrina elaborada por la jurisprudencia europea. El principio de aplicación inmediata hace referencia a que el derecho comunitario se inserta de manera automática en la legislación interna sin que sea necesaria ninguna me-

23 GÁLVEZ KRÜGER. "Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", cit., p. 133.

24 Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., Proceso 03-AI-2010, sentencia del 25 de agosto de 2011, numeral 9; Caso Comcel S. A., Proceso 57-IP-2012, sentencia de 11 de julio de 2012, numeral 5; Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., Proceso 14-IP-2014, sentencia del 13 de mayo de 2014, numeral 75; Caso Comcel S.A., Proceso 79-IP-2014, sentencia de 25 de agosto de 2014, numeral 28; por citar algunos.

didada interna especial de introducción o recepción. Por el principio de primacía, el derecho comunitario goza de prevalencia respecto a la norma nacional, basado en la naturaleza y características del proceso de integración y de su ordenamiento, en el carácter obligatorio de las normas comunitarias, el compromiso de cooperación leal y la aceptación por los Estados miembros que los tratados y el derecho derivado se apliquen sin discriminación basada en la nacionalidad de los particulares²⁵. El principio de efecto directo alude a que el derecho comunitario puede ser invocado ante las autoridades públicas (judiciales y administrativas), siempre que la norma sea “clara y precisa” o “suficientemente precisa” y su mandato sea incondicional (no deje márgenes de apreciación discrecional de las autoridades públicas)²⁶.

La capacidad del juez nacional de actuar como juez comunitario derivada de los principios de aplicación inmediata, supremacía y efecto directo, determina que los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente como garantes, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Co-

25 Proceso 22-IP-2012. Sociedad Kimberly Clark Worldwide Inc., el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reconocido, desde la interpretación prejudicial efectuada en los procesos 1-IP-87 y 2-IP-88, el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los Países miembros, señalando que “... en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que [...] la norma interna resulta inaplicable”, p. 6. Este principio fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el en el Caso *Costa vs. Enel*, sentencia del 17 de julio de 1964. En MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 414 a 417.

26 Proceso 30-IP-98, Caso Sociedad Aceites y Grasas Vegetales S. A., ACEGRASAS. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que el efecto que tiene el principio, intrínseco al derecho comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos judiciales o administrativos el derecho comunitario vigente en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior, contrarias a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que surge automáticamente de estas, sin requerimiento o declaración adicional de ninguna especie. Este principio fue instaurado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso *Van Gend en Loos*, sentencia del 5 de febrero de 1963. En MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 382 a 388.

unidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional²⁷.

D. La interpretación prejudicial facultativa y obligatoria

De manera similar a lo previsto en el artículo 267 del TFUE, el artículo 33 del TCTJCA distingue dos clases de consulta de interpretación prejudicial en función de la existencia de un recurso impugnatorio en el derecho interno que permita revisar la sentencia judicial que decida sobre el fondo de la controversia en la que se aplique la interpretación prejudicial de la norma comunitaria al caso concreto²⁸.

Como lo ha señalado la doctrina, el derecho andino adoptó la teoría denominada del litigio concreto, en virtud de la cual, y a diferencia de la teoría orgánica, no importa la ubicación del juez consultante dentro de la jerarquía del poder judicial, sino que lo determinante será conocer si la sentencia que expedirá adquiere la calidad de inatacable o cosa juzgada. En efecto, cualquier órgano jurisdiccional tendrá la obligación de plantear la consulta de interpretación prejudicial ante el TJCA²⁹ cuando sea inapelable la futura sentencia del juez nacional que formule la consulta de interpretación prejudicial.

La capacidad del juez nacional para determinar si es necesaria la interpretación prejudicial para resolver el litigio es denominada “la cuestión de pertinencia”³⁰ o “juicio de relevancia”³¹. La decisión del

27 Proceso 57-IP-2012. Caso Comunicación Celular Comcel S. A. vs. Empresa EPM Telecomunicaciones S. A. ESP, numeral 5.

28 PACHÓN MUÑOZ. “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, cit., p. 84; BALDEÓN HERRERA. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., pp. 26 a 29; GÁLVEZ KRÜGER. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., pp. 135 y 136; y Proceso 07-IP-2009, sentencia de 19 de marzo de 2009, Caso Schering Corporation y Pharmacoepia, considerando 1.

29 BALDEÓN HERRERA. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 27.

30 GÁLVEZ KRÜGER. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 134.

31 MANUEL CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”,

juez estará determinada por el hecho de si procede o no aplicar la norma comunitaria para dictar sentencia.

El TJCA ha considerado que, entre los recursos de derecho interno que determinarían el carácter facultativo de la interpretación prejudicial, se encuentra el recurso extraordinario de anulación, el cual, por ejemplo, en la legislación colombiana procede “por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva”, razón por la cual dentro de esta última causal podría revisarse la aplicación que un juez hubiera hecho de normas comunitarias³². Por el contrario, los recursos extraordinarios de súplica y revisión no permitirían revisar la aplicación que se haya efectuado de las normas comunitarias, por lo que los órganos jurisdiccionales que dictan sentencias contra las que se puedan interponer ese tipo de recursos impugnatorios hacen que la consulta sea obligatoria³³.

En la Resolución 210, mediante la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por el Gobierno del Ecuador contra la Resolución 171 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, la Secretaría General señaló que el recurso extraordinario de casación ecuatoriano solo admite planteamientos jurídicos referentes exclusivamente al ordenamiento jurídico interno, por lo que resultaría inviable su invocación para analizar la aplicación de la norma comunitaria y, por tanto, la consulta es obligatoria. De forma contraria, la Secretaría General estimó en otra oportunidad que el recurso de casación que resuelve la Sala de Derecho Constitucional

Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n.º 25, 2013, disponible en [<http://www.reei.org/index.php/revista/num25/articulos/cuestiones-prejudiciales-union-europea-consultas-prejudiciales-comunidad-andina-similitudes-diferencias-influencias>].

32 Caso Aktiebolaget Volvo, Proceso 1-IP-87, sentencia de 3 de diciembre de 1987. A diferencia de lo señalado por el TJCA respecto a que las solicitudes de interpretación prejudicial formuladas por el Consejo de Estado de Colombia (que actúa como máxima instancia en lo contencioso-administrativo) son facultativas, dicho órgano jurisdiccional se considera obligado en todos los casos en los que se discute la aplicación de normas comunitarias, dado que en la práctica judicial, el recurso extraordinario contra sus resoluciones no permitiría revisar el derecho aplicable, cit. por BALDEÓN HERRERA. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 27.

33 Ídem.

y Social de la Corte Suprema del Perú puede versar sobre la debida interpretación y aplicación del derecho material, por lo que el órgano que resuelve está facultado para solicitar la interpretación prejudicial³⁴.

Si la consulta de interpretación prejudicial es facultativa, si llegase la oportunidad de dictar sentencia sin que el juez nacional hubiere recibido la interpretación solicitada al TJCA, el juez deberá dictar sentencia³⁵. Esta disposición del artículo 33, primer párrafo, *in fine*, del Tratado de Creación parte de la premisa que la sentencia judicial, de ser impugnada, podrá ser objeto de revisión por una instancia judicial superior, la cual ejercerá el control respectivo.

Tratándose de consultas obligatorias, el juez nacional debe suspender el proceso y pedir de oficio o a petición de parte, la interpretación al TJCA. La suspensión dura hasta que reciba la interpretación prejudicial. La interpretación prejudicial del TJCA es un requisito previo e indispensable para que el juez nacional pueda dictar sentencia³⁶, ya que:

En el caso de consulta obligatoria, la inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia [...] ya 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 imperativo³⁷.

La interpretación prejudicial de las normas andinas que serán aplicables a la controversia. Así mismo, el artículo 36 del Tratado de Creación establece que los países miembros están obligados a velar para que sus jueces nacionales actúen conforme a lo dispuesto en

34 BALDEÓN HERRERA. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., pp. 27 y 28.

35 GÁLVEZ KRÜGER. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 135.

36 *Ibíd.*, pp. 135 y 136.

37 Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., Proceso 03-AI-2010, sentencia del 26 de agosto de 2011, numeral 8.

materia de interpretación prejudicial, con el objeto de garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino. El hecho de que el juez nacional no solicite la interpretación prejudicial cuando es obligatoria y no adopte en su sentencia la interpretación efectuada por el TJCA, constituye un incumplimiento por parte del país miembro respecto a las obligaciones emanadas de las normas comunitarias. Este incumplimiento es pasible del ejercicio de la “acción de incumplimiento”, regulada por los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación. La acción de incumplimiento puede ser promovida por la Secretaría General, por cualquier país miembro o por cualquier persona afectada en sus derechos por el incumplimiento que cumpla con el procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado de Creación³⁸.

La acción de incumplimiento fue precisamente ejercida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB S. A. ESP–, una de las partes que tuvo un fallo adverso en el arbitraje. En esa ocasión, ETB S. A. ESP cuestionó el incumplimiento del Consejo de Estado colombiano de solicitar, como juez de última instancia, la interpretación prejudicial del TJCA para determinar si el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá era considerado “juez nacional” en los términos del artículo 33 del TCTJCA. De ser considerado el árbitro como juez nacional, se determinaría la obligación del árbitro de solicitar al TJCA la interpretación prejudicial de la Decisión 462 de la Comisión y la Resolución 432 de la Secretaría General para determinar si la controversia sobre las tarifas de interconexión de telefonía era o no arbitrable.

Al respecto, el TJCA declaró el incumplimiento del Gobierno de Colombia, ya que su órgano jurisdiccional legitimado en anterio-

38 GÁLVEZ KRÜGER. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, cit., p. 140. El primer precedente en el derecho comunitario comparado, por el cual se inicia un procedimiento de incumplimiento contra un Estado miembro, en razón de la negativa de los tribunales judiciales ecuatorianos a realizar el reenvío prejudicial al TJCA, en el supuesto en que la consulta era obligatoria, lo constituye el Caso New Yorker/Procter & Gamble, cit. en PEROTTI. “Interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino. Incumplimiento. Consecuencias. El expediente New Yorker/Procter & Gamble”, cit., pp. 199 a 216.

res casos para formular la interpretación prejudicial, el Consejo de Estado, no formuló la consulta de interpretación prejudicial, planteado a iniciativa de parte, no siendo una justificación válida alegar que el recurso extraordinario contra un laudo arbitral no permite cuestionar el fondo de la decisión del árbitro porque debió actuar como juez comunitario³⁹.

La jurisprudencia andina ha señalado que la sentencia dictada en única o última instancia por un juez nacional sin haber solicitado la interpretación prejudicial, cuando esta es obligatoria, es nula pues se efectúa en contravención del debido proceso. Atendiendo al principio de aplicación inmediata, efecto directo y primacía, se considera que la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial, cuando es obligatoria, constituyen un requisito procesal previo de carácter imperativo para que el juez pueda dictar sentencia. Por eso, de acuerdo con el TJCA, contra una sentencia que adolezca de ese vicio, cabe demandar su nulidad alegando la violación del debido proceso. Así mismo, se podría intentar una acción de amparo alegando que la resolución judicial viola el debido proceso⁴⁰.

La irrelevancia de la falta de una disposición en el derecho interno para presentar la solicitud de interpretación prejudicial ante el TJCA, significa que el juez nacional dispone de absoluta discrecionalidad que no puede ser limitada por el derecho interno. De esta forma, la consulta prejudicial puede presentarse en cualquier momento antes de dictar sentencia, aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del TJCA 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 litigio⁴¹.

39 Proceso 03-AI-2010, sentencia del 26 de agosto de 2010.

40 GÁLVEZ KRÜGER. "Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", cit., pp. 142 y 143.

41 Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales.

El juez nacional debe seguir la interpretación dada por el TJCA de la norma del ordenamiento jurídico comunitario cuya interpretación ha solicitado⁴². Ni el artículo 35 del Tratado de Creación ni el artículo 127 del Estatuto del TJCA hacen distinciones respecto de los casos en los que el juez nacional haya solicitado la interpretación cuando es facultativa o cuando tiene la condición de obligatoria⁴³.

En el supuesto de interpretación facultativa, si el juez no presentó la solicitud o si en el momento en que la sentencia no se dispone de interpretación prejudicial del TJCA, tiene la facultad de interpretar y aplicar el derecho comunitario en la forma que considere más conveniente para resolver el caso que conoce⁴⁴. El juez nacional, por el contrario, que ha recibido la interpretación prejudicial debe resolver el caso siguiendo la interpretación dada por el TJCA, conservando la facultad de aplicar la norma comunitaria a los hechos objeto de la *litis*⁴⁵.

Debe tenerse presente que la observancia de la obligatoriedad de la interpretación prejudicial del TJCA puede prevenir que un tribunal judicial cometa el vicio *in judicando* en caso de optar de manera incorrecta ante dos o más formas de entender la norma (interpretación errónea), no se considere una norma del ámbito jurídico comunitario que sea aplicable para resolver el caso concreto (falta de aplicación) o cuando se aplicó incorrectamente (aplicación indebida)⁴⁶.

El artículo 128 del Estatuto del TJCA establece la obligación de enviar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial. El mencionado artículo establece que:

42 PACHÓN MUÑOZ. "La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino", cit., p. 85.

43 Ídem.

44 PACHÓN MUÑOZ. "La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino", cit., pp. 85 y 86.

45 *Ibíd.*, p. 86.

46 Ídem.

Los países miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

[...]

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo el objeto del TJCA es efectuar un control posterior sobre la observancia de su interpretación.

Cabe señalar que, según la Jurisprudencia del TJCA, un juez nacional no podrá excusarse de plantear la consulta de interpretación prejudicial, aun cuando, según su criterio, el significado de la norma comunitaria sea claro o exista un fallo previo del TJCA sobre un caso análogo⁴⁷. Tampoco podrá justificarse que no se acuda a la interpretación prejudicial del TJCA por el hecho de que la norma andina haya sido incorporada en el derecho interno, como ocurrió con la Decisión 85 de la Comisión que fue recogida por un decreto colombiano⁴⁸.

III. LAS FINALIDADES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

La primera finalidad de la interpretación prejudicial es evitar que la independencia de la jurisdicción nacional pueda dar lugar a interpretaciones divergentes por los diversos órganos jurisdiccionales en torno a las normas comunitarias, trastocándose la unidad del derecho comunitario. Se busca salvaguardar la aplicación uniforme del derecho comunitario por los jueces nacionales o los órganos jurisdiccionales vinculados al Estado⁴⁹. Se parte de la premisa que

47 Una diferencia del derecho andino respecto al derecho comunitario europeo, reside en que aquel no acepta por el momento las doctrinas del acto claro o acto aclarado, supuestos en los que el juez de un Estado miembro de la Unión Europea no requiere dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando tenga que aplicar la normativa comunitaria, contribuyendo así a aminorar la carga procesal del órgano judicial comunitario.

48 PACHÓN MUÑOZ. "La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino", cit., pp. 82 y 83.

49 JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE. "Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos. Especial referencia al derecho interno español", en FRANCISCO

un proceso de integración sería difícil de establecerse si los jueces de los países miembros aplican diferentes criterios interpretativos, situación que atenta contra la seguridad y predictibilidad jurídica.

La segunda finalidad de la interpretación prejudicial es la de asegurar la efectividad de la normativa andina en el territorio de los países miembros.

Al respecto, las estadísticas respecto al número de sentencias interpretativas dadas por el TJCA reflejan la tendencia creciente del uso de solicitudes de esa naturaleza por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Entre su primera decisión en 1985 y finales de 2007, el TJCA ha emitido 1.338 decisiones en respuesta a las peticiones de los tribunales nacionales de decisión prejudicial de interpretación del derecho andino. El número de dichas sentencias por el TJCA durante la década 1985-1994 ascendió a solo 32. El número de decisiones comenzó a aumentar bruscamente a partir de mediados de 1990, un período que siguió a la reestructuración de las entidades administrativas⁵⁰.

La producción anual alcanzó su punto máximo en 2006, cuando el TJCA emitió 228 resoluciones. El creciente número de resoluciones preliminares en el tiempo sugiere que, en principio, el TJCA está siguiendo la trayectoria procesal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (cuya agenda también está dominada por la solución de cuestiones prejudiciales), aunque esa comparación es superficial ya que el TJUE analiza una gama completa de áreas del derecho comunitario planteada por jueces de distinto nivel y especialidad. Por el contrario, las solicitudes de interpretación prejudicial de los tribunales nacionales en la Comunidad Andina están dominados mayoritariamente por cuestiones de propiedad intelectual.

JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA (coord.). *Derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, 2006. Esta perspectiva fue adoptada en el Caso El Molino, Proceso 142-IP-2003, sentencia del 18 de febrero de 2004.

50 LAURENCE R. HELFER, KAREN J. ALTER y M. FLORENCIA GUERZOVICH. "Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community", *American Journal of International Law*, vol. 103, n.º 1, 2009, p. 13.

tual. De las 1.338 sentencias interpretativas emitidas hasta el final de 2007, 1.303 (97%) se refieren a la propiedad intelectual, 1.165 (87%) a la legislación comunitaria sobre marcas, 103 (8%) involucran reglas de patentes, 11 (menos del 1%) se refieren a los derechos de autor, y solo 35 (2,5%) se refieren a cuestiones distintas de la propiedad intelectual⁵¹.

En la Comunidad Andina, a diferencia de la jurisprudencia europea que envuelve toda una amplia gama de las áreas del derecho comunitario, la carga de trabajo del TJCA se concentra en un 90% de los casos resueltos de solicitudes de interpretación prejudicial en el derecho comunitario de la propiedad intelectual, cuyas sentencias interpretativas han ayudado a establecer una isla del imperio de la ley en la Comunidad Andina, donde los jueces nacionales, funcionarios administrativos y entidades privadas participan en litigios y ajustan su conducta a lo dispuesto por las normas comunitarias⁵².

La creación y protección de derechos comunitarios de propiedad intelectual, la aplicación efectiva de las normas comunitarias de propiedad intelectual interpretadas por el TJCA, el alto número de interpretaciones prejudiciales en esa materia y la inducción de cambios en la conducta de los países miembros que de otro modo no se hubiera alcanzado, han llevado a la doctrina a señalar que en la Comunidad Andina se ha constituido un Estado de derecho en el régimen de propiedad intelectual⁵³.

Por ese motivo, el TJCA acogió lo que un sector de la doctrina propugna de reconocer a las oficinas nacionales encargadas de aplicar a nivel administrativo, las normas de propiedad intelectual la competencia de plantear la interpretación prejudicial ya que se comporta en la práctica como un órgano jurisdiccional⁵⁴. Se plantea que, si bien las solicitudes de interpretación prejudicial correspon-

51 *Ibíd.*, pp. 13 y 14.

52 *Ibíd.*, pp. 1 y 2.

53 *Ídem.*

54 GÁLVEZ KRÜGER. "Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", cit., pp. 143 y 144.

den a los jueces nacionales dentro de un proceso judicial en trámite, y si bien el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI– no forma parte de la estructura orgánica judicial, como los particulares en su mayoría no impugnan judicialmente las resoluciones administrativas por razones de costos y tiempo, estas quedan en firme, por lo que la coyuntura actual de propiciar la interpretación efectiva y uniforme de la normativa comunitaria en los países miembros en materia de propiedad intelectual.

Esta opinión nos lleva a adelantar que el TJCA, al momento de evaluar la calidad de la entidad que formula la consulta de interpretación prejudicial, ha adoptado una interpretación extensiva del concepto de “juez nacional”, prevista en el artículo 33 del Tratado de Creación, estableciendo un test que verifica el cumplimiento de determinadas condiciones. Más allá de los requisitos construidos jurisprudencialmente, el denominador común para calificar a un órgano como jurisdiccional es su alto grado de vinculación con el sistema de administración de justicia de un país miembro, clara posición de la jurisprudencia europea. Por ello, suscita controversia la postura del TJCA que postula que debe aplicarse la regulación de la interpretación prejudicial a todos los operadores del derecho encargados de resolver las controversias, sean estatales o privados, porque no debieran existir ámbitos donde se excluya la vigencia efectiva de la norma comunitaria.

La tercera finalidad de la interpretación prejudicial se relaciona con la necesidad de salvaguardar, por un lado, la posición de garante de la interpretación objetiva del derecho comunitario que tiene el TJCA, y por otro, la función de los jueces nacionales de aplicar la legislación comunitaria en los casos de su competencia.

De esa manera, la interpretación prejudicial sirve como un medio de control indirecto por parte del TJCA del cumplimiento por parte de los órganos judiciales y jurisdiccionales estatales de los países miembros de sus obligaciones derivadas del derecho comunitario. Esta competencia exclusiva del TJCA fue determinada por el legislador comunitario porque era una vía para garantizar la aplica-

ción del derecho comunitario, considerando que en los tribunales nacionales prima el principio de pasividad, una inclinación del juez ordinario de evitar las complicaciones que impone la norma comunitaria distinta a la ley de su fuero⁵⁵.

55 El principio de pasividad del juez consiste en que este debe fallar conforme al mérito del proceso sin extender su fallo a resolución más allá de los puntos que no le hayan sido expresamente sometidos por las partes, así como no activar mecanismos de oficio. Cfr. IVÁN HUNTER AMPUERO. “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 35, n.º 2, 2010, pp. 148 a 188, disponible en [<https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/752>].

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARBITRAJE COMERCIAL

El arbitraje comercial es un método privado de solución de controversias, en el que las mismas partes escogen como un mecanismo efectivo para poner fin a sus diferencias sin recurrir a los jueces nacionales. La práctica de resolver controversias mediante el arbitraje funciona porque existen leyes nacionales y tratados internacionales que la respaldan, que pueden aplicarse hasta en cuatro aspectos distintos: el derecho aplicable al reconocimiento y a la ejecución del acuerdo arbitral; el derecho que rige el procedimiento arbitral; el derecho sustantivo que se deba aplicar a los asuntos de fondo (“derecho, ley o legislación aplicable”); y el derecho que rige el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral⁵⁶.

Por su utilidad en el presente trabajo, será objeto de un análisis los aspectos sobresalientes al acuerdo de arbitraje, la decisión del tribunal arbitral y la ejecución del laudo.

I. LAS CARACTERÍSTICAS SOBRESALIENTES DEL ARBITRAJE

A. El acuerdo de arbitraje

El acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje una controversia suscitada entre ellas, constituye la piedra fundamental del arbitraje comercial moderno. Un arbitraje deriva su existencia y va-

56 ALAN REDFERN, MARTÍN HUNTER, NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 60.

lidez a partir de la voluntad y el consentimiento de las partes litigantes. La existencia de un arbitraje pasa por tener un acuerdo adoptado de forma válida. Así lo establecen los ordenamientos jurídicos nacionales, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Ley Modelo de la CNUDMI, por lo que un juez nacional podría negar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral cuando el acuerdo no fuera válido con arreglo a su propio derecho aplicable⁵⁷. De esa manera, la fuerza organizada del Estado puede ser ejercida para garantizar no solo que los acuerdos o contratos que regulan las relaciones entre las partes, sino también que las decisiones que resuelvan una controversia por parte de los órganos no judiciales serán vinculantes entre las personas que de manera voluntaria lo han consentido⁵⁸. Es por ello que el arbitraje es concebido como una delegación del poder del Estado a los particulares para que voluntariamente decidan constituir un mecanismo alternativo de solución de sus diferencias para el logro de sus fines particulares.

El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula compromisoria o un contrato independiente. Puede englobar las controversias que ya hubieran surgido entre las partes (denominado “compromiso arbitral”) y suele tratarse de un documento detallado en que se contempla la constitución de un tribunal arbitral, el procedimiento a seguirse, las cuestiones a decidir, el derecho sustantivo y otros aspectos. Puede tratarse también de cláusulas compromisorias referentes a controversias futuras⁵⁹.

El acuerdo de arbitraje cumple varias funciones. La más importante es la de demostrar que las partes acordaron solucionar la controversia por medio de un arbitraje, siendo el consentimiento fundamental. Bajo este criterio, se considera que el proceso arbitral constituye una expresión de la voluntad de las partes y en función

57 *Ibíd.*, p. 65.

58 KENNETH S. CARLSTON. “Theory of the arbitration process”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 17, n.º 4, 1952, disponible en [<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2542&context=lcp>], p. 632.

59 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 67.

de su autonomía, incluso se sostiene la conveniencia de liberar al arbitraje comercial de las restricciones que impone el derecho interno o deslocalizado⁶⁰.

Una función adicional del acuerdo de arbitraje, consiste en ser la fuente de facultades del tribunal arbitral. El tribunal arbitral ejerce las facultades que las partes le confieren de forma expresa o tácita y las complementarias establecidas por el derecho aplicable al arbitraje.

Por último, el acuerdo de arbitraje determina la jurisdicción del tribunal arbitral. El acuerdo de arbitraje es la única fuente que puede determinar la jurisdicción de los árbitros⁶¹.

B. La decisión del tribunal arbitral

La tarea del tribunal arbitral es resolver una controversia por encargo de las partes mediante una decisión pronunciada por escrito en forma de laudo. En ese sentido, si bien el tribunal arbitral no tiene las mismas facultades que un juez, cumple una función similar, aunque con la gran diferencia de que son las partes –mas no el poder público– quienes le confieren el derecho y el deber de adoptar una decisión por la que quedarán obligadas.

La facultad de alcanzar una decisión vinculante es fundamental. Es lo que distingue al arbitraje de otros medios de solución de controversias, tales como la mediación y la conciliación, cuyo objetivo consiste en lograr un acuerdo negociado. Por ello, el tribunal arbitral está obligado a desempeñarse de forma justa e imparcial, otorgándole a las partes la oportunidad de defenderse debidamente⁶².

60 Ídem; y ANÍBAL SIERRALTA RÍOS. *Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones. Desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional*, Lima, Academia Diplomática del Perú, 2005, pp. 36 y 37.

61 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 69.

62 *Ibíd.*, p. 71.

C. La ejecución del laudo

El tribunal arbitral cumple con su función al momento de dictar el laudo y, de esa forma, cesa de existir. No obstante, el laudo arbitral produce efectos permanentes. Aun cuando es el resultado de un acuerdo celebrado entre particulares y es dictado por un tribunal arbitral privado, el laudo es vinculante respecto a una controversia suscitada entre las partes. De no cumplirse en forma voluntaria, puede exigirse su cumplimiento a través de un proceso judicial.

Existe un conjunto de tratados internacionales que regulan el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (incluyendo la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958). Pese a ello, su aplicación a un determinado laudo se regirá por el derecho local y corresponderá a los tribunales judiciales nacionales del lugar de ejecución. El procedimiento, los plazos, la forma en que habrán de interpretarse los tratados y otros aspectos, constituyen cuestiones que dependerán del derecho vigente en el país en que se pretenda obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo⁶³.

El arbitraje produce una decisión que puede ejecutarse contra la parte vencida no solo en el lugar en el cual ha sido dictado, sino también en el ámbito internacional, de conformidad con lo dispuesto para este segundo caso en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958. Hay que hacer tres aclaraciones al respecto: primero, el resultado final del proceso arbitral será una decisión vinculante, por lo que no es susceptible que las partes puedan rechazar o aceptar libremente a su criterio (como ocurre con la mediación); segundo, con determinadas excepciones, el laudo es definitivo y el arbitraje no constituye una primera instancia de una serie de recursos impugnatorios en las instancias judiciales; tercero, una vez dictado el laudo, es posible obtener su ejecución de manera directa por los tribunales nacionales en el plano nacional como en el plano internacional.

63 *Ibíd.*, p. 72.

La exigibilidad internacional del laudo por los tratados internacionales (p. ej., la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958) difiere también de las sentencias judiciales que se circunscriben al territorio nacional, aunque en la Unión Europea, el Reglamento 44/2001 del Consejo Europeo regula el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza⁶⁴.

II. LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO COMERCIAL

El arbitraje es el método más adecuado para la solución de controversias derivadas de relaciones de negocios regidas por un contrato comercial. El contrato comercial es un tipo de contrato celebrado por los comerciantes en el curso usual de sus actividades. Frecuentemente se rige por un código especial de derecho comercial y en varios países del derecho civil las instituciones del arbitraje funcionan en asociación con las cámaras de comercio, como la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio de Bogotá o la Cámara de Comercio Internacional de París.

El concepto de contrato comercial es importante en lo que respecta al arbitraje, pues en varios países solo las controversias originadas en contratos comerciales son pasibles de ser sometidas a arbitraje de acuerdo con la ley de un Estado, aunque puede ese mismo Estado permitir o no la solución de otras cuestiones mediante dicho mecanismo. En tal sentido, por ejemplo, el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje de 1923 y la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, permiten que un Estado parte que adopte una reserva comercial decida por sí mismo qué se entiende por “comercial”, por lo que para determinar si un contrato es o no

64 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 86.

de naturaleza “comercial” será indispensable remitirse al derecho nacional pertinente⁶⁵.

Toda controversia comercial es susceptible de someterse a arbitraje. No obstante, existen determinadas controversias que no pueden ser resueltas por el arbitraje por razones de orden público, por lo que las distintas leyes nacionales determinan que deban ser resueltas por los tribunales judiciales del Estado y no mediante un sistema privado de solución de diferencias⁶⁶. Por ello, es fundamental determinar el tipo de controversias que no constituyen materias arbitrales.

A. Los motivos para recurrir al arbitraje

La doctrina resume en dos razones principales que motivan a los particulares que se enfrentan a una controversia comercial a recurrir al arbitraje por sobre un tribunal judicial ya constituido.

El arbitraje ofrece a los particulares la oportunidad de seleccionar un tribunal “neutral” o en un foro privado que obliga al Estado a abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre la materia sometida a arbitraje sobre la base de un acuerdo válido entre las partes, que establece, entre otros aspectos, el derecho aplicable y las causas de impugnación de un laudo, aunque sujeto a las disposiciones procesales de carácter obligatorio en las leyes nacionales de arbitraje que tienen que ser respetados y donde no hay lugar para la autonomía de las partes. La opción del arbitraje brinda a las partes la oportunidad de elegir a un tribunal arbitral que cuente con la debida experiencia, capaz de comprender los puntos más importantes que se controviertan, sea de hecho o de derecho; ahorrar tiempo a las partes; asegurar que el laudo sea razonable; y que exista una

65 *Ibíd.*, pp. 81 y 82.

66 El Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje de 1923 y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 hacen referencia a cuestiones que no pueden ser resueltas por el arbitraje.

continuidad en la función de resolver una controversia, ya que se encargará del proceso hasta el final⁶⁷.

El arbitraje tiene limitaciones. Sus detractores señalan que representa un método de solución de controversias no necesariamente menos costoso que la justicia; las facultades de los árbitros son limitadas, dependen del respaldo del ordenamiento jurídico nacional y son más restringidas que las que posee un tribunal estatal, por lo que, por ejemplo, las medidas coercitivas deben ser adoptadas en forma indirecta por intermedio del juez; la imposibilidad de plantear de forma conjunta ante un mismo tribunal arbitral controversias que importan la participación de varias partes; y los laudos pueden ser contradictorios entre sí en circunstancias similares.

Hay otros factores que hacen del arbitraje una alternativa idónea frente a los tribunales judiciales: la flexibilidad y la confidencialidad del proceso arbitral. Por flexibilidad se entiende que las partes y los árbitros tienen libertad para determinar por sí mismos los procedimientos que mejor se adapten a las circunstancias particulares de la controversia.

B. La confidencialidad

La expectativa de que los procedimientos de arbitraje sean confidenciales es la norma histórica a nivel global. Algunos países como Inglaterra y Francia, tienen incluso previsto en su legislación que, en ausencia de cualquier acuerdo específico respecto a la confidencialidad, esta se encuentra implícita de la propia naturaleza del arbitraje⁶⁸. La confidencialidad del proceso es una de las ventajas del arbitraje. A diferencia de los procesos judiciales estatales que son públicos, el arbitraje es confidencial porque es fundamentalmente un proceso privado. Las partes valoran la confidencialidad como ca-

67 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 85 y 86.

68 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. N.º 13-869. Leo E. Strine, Jr., Chancellor, Delaware Court of Chancery, et al., Petitioners v. Delaware Coalition for open Government, Inc., on petition for writ of certiorari to The United States Court of Appeals for the Third Circuit. Amici Curiae. 24 de febrero de 2014, pp. 18 y 19.

racterística principal del arbitraje y se valora que tanto el proceso en sí como el laudo no formarán parte del dominio público⁶⁹. Para determinar el alcance de la confidencialidad, se debe distinguir entre las audiencias en las que se ventila la controversia y el laudo que dicta el tribunal arbitral.

El artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone lo siguiente:

El Tribunal Arbitral tendrá plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes. Salvo autorización del Tribunal Arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso.

El artículo 25.4 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI expresa similar posición al señalar que: “Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario...”.

La postura clásica fue ratificada por el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra en los casos *Dolling - Baker vs. Merret, Hassneh Insurance Co. of Israel vs. Mew* y *Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir*, en los que se señaló que la regla de confidencialidad se funda en el carácter privado de los procesos arbitrales y que se exige de la naturaleza del propio acuerdo de arbitraje⁷⁰.

La tendencia actual admite excepciones al carácter confidencial de las audiencias cuando está de por medio un interés del público en general⁷¹. En el Caso *Eso Australia Resources Ltd. vs. The Honorable Sidney James Plowman*, el tribunal australiano determinó que la exigencia de realizar audiencias a puerta cerrada no implicaba la obligación de prohibir la divulgación de documentos e información aportada en el proceso arbitral. En *Estados Unidos vs. Panhandle Eastern Corp.*, Panhandle solicitó al Tribunal Federal de Primera

69 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 91.

70 *Ibíd.*, p. 93.

71 ANDREW TWEEDDALE. “Confidentiality in arbitration and the public interest exception”, *Arbitration International*, vol. 21, n.º 1, 2005, disponible en [<http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Confidentiality-in-Arbitration-The-Public-Interest-Exception1.pdf>], p. 61.

Instancia de ese país que dictara una medida cautelar que impidiera la divulgación de documentos entre dicha parte y Sonatrach, la empresa nacional de hidrocarburos de Argelia, justificando su solicitud en que la revelación de documentos perjudicaría su relación comercial con Sonatrach y con el Gobierno argelino. El Tribunal rechazó el pedido y se basó en que Panhandle no había demostrado la existencia de “motivos suficientes”⁷².

Con respecto a la confidencialidad en torno al laudo, algunos reglamentos de arbitraje, entre ellos las reglas del CIADI y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, establecen que el laudo puede publicarse únicamente con el consentimiento de las partes, aunque, de manera excepcional, se admite que existen circunstancias en las que puede resultar necesario publicar un laudo, por ejemplo, para su ejecución por parte de un tribunal judicial nacional.

En el Caso *Hassneh Insurance vs. Mew*, el Tribunal Superior inglés determinó que el laudo era “potencialmente un documento público a los efectos de su supervisión o ejecución por parte de los tribunales (judiciales)”, y por ende, dictaminó que se podría divulgar el laudo sin consentimiento de la otra parte o autorización del tribunal solo si la parte que así lo solicitaba necesitaba proceder de ese modo a fin de hacer valer sus derechos frente a un tercero. En Inglaterra, el *Privy Council* (máximo tribunal) analizó si un laudo dictado en un arbitraje sobre un contrato de reaseguro podía ser invocado por la parte ganadora en otro arbitraje basado en el mismo contrato. El *Privy Council* resolvió que el uso de un laudo anterior en un arbitraje posterior y también privado celebrado entre las mismas partes puede admitir la excepción a la confidencialidad.

La *Cour d'Appel* de París en el Caso *Aita vs. Ojjeh* determinó que la impugnación en un proceso judicial de un laudo arbitral constituiría una violación del principio de confidencialidad, dado que originaba un debate público de hechos que debían mantenerse con el carácter de confidencial⁷³. Lo que estaba en cuestión era la di-

72 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 94 y 95.

73 *Ibíd.*, pp. 95 y 96.

vulgación de las transcripciones, las declaraciones de testigos, los alegatos y otros documentos, así como el laudo arbitral. El tribunal esencialmente encontró que había un deber de confianza. Con respecto a los documentos creados con el propósito de la audiencia como transcripciones o alegatos, el tribunal se basó en el carácter privado de arbitraje. Esta obligación de reserva de la confidencialidad surgió a través del razonamiento que se trataba de una obligación que era parte de la costumbre y que se correspondía con el interés empresarial. Tal obligación no surge de ningún contrato preexistente, pero existe independientemente de ello⁷⁴.

En cuanto a la confidencialidad en los arbitrajes entre un inversionista y el Estado, en el Caso *Amco vs. República de Indonesia*, el Tribunal CIADI señaló que, si bien ni el convenio ni las reglas impide que las partes expongan el caso, hay un deber general impuesto por el derecho internacional de no agravar las controversias e invocó a las partes a que sus declaraciones públicas fueran breves y precisas. En el Caso *Metalclad Corporation vs. México*, el CIADI señaló que la parte demandante, en tanto sociedad anónima abierta cuyos valores se comercian en un mercado de valores públicos en los Estados Unidos de América, se encuentra bajo el deber de proporcionar cierta información acerca de sus actividades a sus accionistas, y que sería ventajoso para el desenvolvimiento ordenado del proceso y la preservación de las relaciones de trabajo entre las partes limitar la discusión pública del caso al mínimo. Así mismo, en el arbitraje asociado al TLCAN, en el Caso *R. Loewen and Loewen Corporation vs. Estados Unidos de América*, el tribunal rechazó la solicitud planteada por el Gobierno estadounidense que todas las presentaciones y actuaciones orales se consideraran públicas, señalando que, de acuerdo con el artículo 44(2) del Reglamento de Mecanismo Complementario del CIADI, las actas de las audiencias no deben publicarse sin contar para ello con el consentimiento de las partes⁷⁵.

74 CLAUDE R. THOMSON y ANNIE M. K. FINN. "Confidentiality in arbitration: A valid assumption? A proposed solution!", *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, n.º 2, 2007, pp. 1 a 3.

75 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 97 y 98.

El Reglamento de la *London Court of International Arbitration*, de 1.º de enero de 1998, impone a las partes un deber expreso de confidencialidad:

30.1. Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, estas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, excepto por, y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier autoridad judicial.

[...]

30.3. La Corte de la London Court of International Arbitration no publica, ni total ni parcialmente, laudo alguno sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral⁷⁶.

Un interés diferente se tiene en los arbitrajes dados en el marco del TLCAN y CIADI que ha provocado que no se aplique el concepto de confidencialidad, dado que los laudos se encuentran disponibles al público.

Una de las ventajas del arbitraje consiste en que se trata de un proceso privado en que las partes pueden ventilar diferencias, sus circunstancias financieras, el *know-how* de su propiedad, etc., sin exponerse al escrutinio público. Cada vez es más común que para garantizar la confidencialidad, se celebra un acuerdo específico de confidencialidad y, excepcionalmente, dicho acuerdo puede ser dejado de lado en aquellos casos en que el tribunal competente considere que así lo requiere el interés público.

76 *Ibíd.*, p. 99.

III. EL DERECHO APLICABLE A LA CONTROVERSIA

Las partes que celebran un contrato comercial cuentan con la libertad de elegir por sí mismas el derecho (autonomía de las partes) que se aplicarán a dicho acuerdo. La teoría de la autonomía de las partes ha recibido reconocimiento en los diversos ordenamientos jurídicos, se ha sostenido que:

... a pesar de sus diferencias, el sistema del *common law*, el sistema del *civil law* y los países socialistas se han visto igualmente afectados por el movimiento tendiente a la adopción de la regla por la cual las partes tienen permitido decidir qué derecho regirá sus relaciones contractuales...⁷⁷.

La doctrina ha reconocido que el principio de la autonomía de las partes de elegir el derecho de fondo del contrato ha logrado un reconocimiento universal. Pueden existir restricciones excepcionales a esta regla destinadas a garantizar que la determinación del derecho aplicable se efectúe de buena fe y no contraríe el orden público. Así, en el Caso *Soleimany vs. Solemainy*, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra se negó a conceder la ejecución del laudo dado que la operación, si bien no era ilegal según el derecho aplicable, sí lo era para el derecho inglés. Por ello, con la buena fe, legalidad y arreglo al orden público como únicos requisitos, las partes pueden elegir el derecho aplicable a la controversia en los convenios de arbitraje.

Entre las alternativas que disponen las partes se encuentran las siguientes:

– *El ordenamiento jurídico nacional*

La mayor parte de los contratos comerciales suelen elegir un ordenamiento jurídico determinado como derecho aplicable al contrato. Por ejemplo, los contratos sobre *commodities*, los contratos

77 Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, cit. por REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 174.

de transporte y los contratos de seguro por lo usual designan al derecho inglés, por considerarse que la legislación comercial inglesa refleja las necesidades del comercio internacional moderno. Lo propio sucede en los contratos de reaseguro respecto al derecho de Nueva York. El problema puede surgir cuando el Estado modifica la ley y, con ello, el particular sufrirá los efectos de esa alteración. Por ello, para mantener el equilibrio del contrato sean tomados diversos mecanismos como las cláusulas de revisión, la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación y la fuerza mayor.

– El derecho internacional público

Las partes tienen la libertad para elegir el derecho internacional público o, subsidiariamente, los principios generales del derecho para regir su relación contractual. Sin embargo, el problema de adoptar el derecho internacional público reside en que no está preparado para dar solución a cuestiones contractuales específicas. El problema respecto de los principios generales, es que no resultan lo suficientemente precisos aunque establecen un marco general respecto a cuestiones importantes como el principio de buena fe y el abuso del derecho, que permite un juicio de discrecionalidad del tribunal arbitral para adaptarlos al caso en cuestión. Es por ello que se sugiere que, en caso de ser utilizados en un contrato, deberían aplicarse en forma concurrente y no independiente al derecho aplicable.

– Los derechos concurrentes

Una protección consagrada en la práctica, consiste en estipular que el propio derecho del Estado resultará aplicable en la medida en que se ajuste al derecho internacional público a los principios generales del derecho o algún otro sistema que cumpla criterios mínimos reconocidos. El sistema de ordenamientos jurídicos concurrentes es utilizado en el Convenio del CIADI, que señala que, ante la falta de elección del derecho aplicable por las partes, el tribunal arbitral deberá aplicar el derecho del Estado contratante y aquellas normas del derecho internacional que pudieran ser aplicables.

En tres arbitrajes que surgieron de las nacionalizaciones del petróleo de Libia, se observa la combinación del derecho nacional con el derecho internacional. La cláusula de elección del derecho aplicable incluida en los contratos de concesión que analizaron los tres árbitros diferentes era la misma y establecía lo siguiente:

La presente concesión se registrará por aquellos principios del derecho de Libia que coincidan con los principios del derecho internacional y, en ausencia de tales principios en común, por los principios generales del derecho, incluidos aquellos que puedan haber aplicado los tribunales internacionales, y se interpretarán de conformidad con ellos.

En el arbitraje del Caso Texaco, el árbitro sostuvo que la cláusula remitía en primer lugar al derecho internacional público, en el Caso BP se interpretó como elección de los principios generales del derecho, y en el Caso Liamco se sostuvo que el derecho aplicable al contrato del derecho de Libia pero que la cláusula excluía cualquier disposición de dicho ordenamiento que no se ajustara a los principios del derecho internacional. En el Caso Liamco pudo haber marcado el final de la llamada internacionalización de los contratos para inclinarse por el respeto del derecho del Estado receptor de la inversión. Ese criterio se ratificó en el Caso Aminoil⁷⁸.

Otro ejemplo de la combinación de ordenamientos jurídicos se produjo en el caso de la controversia suscitada en la construcción del Túnel del Canal surgida entre la concesionaria Eurotunnel y un grupo de empresas de origen anglo-francés, cuyo acuerdo no hacía referencia al derecho interno en ninguna de las partes ni a ningún ordenamiento jurídico nacional, sino que en lugar de ello remitía a los principios que ambos ordenamientos tuvieron en común. La justicia inglesa, la Cámara de los Lores, determinó que:

Las partes eligieron un “derecho” indeterminado para regir su derecho sustantivo; un proceso elaborado para determinar esos derechos, y una sede, con ese fin, fuera de los territorios de los participantes

78 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 185 a 187.

(Bruselas). Esta estructura llamativamente neutral, “no nacional” y extrajudicial bien puede haber sido la primera opción para las necesidades especiales del emprendimiento del Túnel del Canal. Pero independientemente de que fuera o no la solución acertada, no deja de ser la elección de las partes⁷⁹.

En definitiva, las partes tendrían que ponerse de acuerdo en la elección de un determinado derecho interno como derecho aplicable al contrato. Cuando una de las partes del contrato es un Estado u organismo estatal, puede ser necesario adoptar un sistema de ordenamientos concurrentes dependiendo de las necesidades especiales del contrato⁸⁰.

– *Las prácticas codificadas y los usos comerciales*

Puede aplicarse también un cuerpo de principios de la *lex mercatoria*, basada en los Principios de UNIDROIT sobre derecho comercial internacional, los Principios del Derecho Contractual Europeo de 1998 y los usos comerciales (reglamentos institucionales como de la Cámara de Comercio Internacional y los reglamentos de arbitraje internacional de la CNUDMI), partiendo de la base del derecho mercantil, que está conformado por reglas y prácticas que han evolucionado dentro de las comunidades internacionales de negocios que presenta la ventaja que constituye un código que se adapta a las necesidades del comercio internacional moderno y su aplicación sería uniforme⁸¹.

– *La equidad y la justicia*

La equidad y la justicia están relacionadas con la facultad del árbitro de decidir en “equidad”, lo cual puede significar que:

79 Channel Tunnel Group Ltd., vs. Balfour Beatty Construction Ltd., 1993, A.C. 334, párr. 368, citado en *ibíd.*, p. 189.

80 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 189 y 190.

81 *Ibíd.*, pp. 190 a 202.

- Debe aplicar las normas jurídicas pertinentes, pero puede pasar por alto aquellas que pueden acarrear efectos injustos en el caso específico;
- Debe decidir conforme a los principios generales del derecho; o,
- Resuelve el caso de acuerdo a su leal saber y entender, ignorando por completo las normas jurídicas⁸².

IV. LA CUESTIÓN ARBITRABLE EN EL ACUERDO ARBITRAL

La mayor parte de la controversia puede ser susceptible de ser resuelta por un tribunal arbitral privado. Sin embargo el problema puede surgir, incluso durante el curso del arbitraje, si una de las partes alega que el tribunal arbitral está excediendo el ámbito de su autoridad. Los motivos de la excepción de falta de jurisdicción pueden estar basados en el argumento de que la reclamación presentada por el demandante no está comprendida por el acuerdo de arbitraje. En este caso, además de los propios mecanismos previstos en el proceso arbitral, es posible que los tribunales de justicia del lugar donde se desarrolla el arbitraje tengan la autoridad para anular el laudo final. Además, el tribunal llamado a ejecutar el laudo sería la autorizada bajo el artículo el artículo v (1) (c) de la Convención de Nueva York a que la justicia puede negar la ejecución de un laudo que trate de una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida dentro de los términos del sometimiento a arbitraje o contiene decisiones que exceden el alcance del objeto del arbitraje. El cuestionamiento de la competencia del tribunal no está exento al riesgo de que el demandado impugne el laudo con el interés de retrasar el arbitraje⁸³.

82 *Ibíd.*, pp. 202 y 203.

83 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute settlement: International commercial arbitration*, Nueva York y Ginebra, ONU, 2005, disponible en [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add38_en.pdf], p. 7.

En esa perspectiva, existen también determinadas materias que quedan reservadas exclusivamente al dominio de los tribunales de justicia nacionales. Por ejemplo, el artículo 2059 del Código Civil francés dispone que las personas pueden establecer compromisos de arbitraje sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición, aunque luego establece en el artículo 2060, que las partes no pueden convenir en someter al arbitraje las controversias pertenecientes a determinadas áreas (relacionadas con la capacidad de las personas) y las materias que interesen al orden público.

Es decir, cuando se debe determinar la materia arbitrable es necesario considerar las legislaciones pertinentes de los distintos Estados relacionados con el arbitraje. El hecho que con arreglo a una determinada legislación una controversia sea o no arbitrable, es un tema de orden público que deberá definir el derecho en cuestión. Así, se considera que las cuestiones penales y las que afectan la situación de la persona física o jurídica no son arbitrables. Tampoco el derecho aplicable a las disputas surgidas en el otorgamiento o validez de patentes y marcas comerciales⁸⁴.

En materia de derecho de la competencia, inicialmente estuvo excluida del arbitraje, aunque en la actualidad se reconoce que constituye materia arbitrable. Así, la Corte Suprema de Justicia en el Caso *American Safety vs. Maguire*, sostuvo que los reclamos basados en la defensa de la competencia no debían someterse al arbitraje sino a los tribunales del Estado:

Un reclamo formulado al amparo de las leyes de defensa de la competencia no es meramente una cuestión privada [...] La violación de dichas leyes puede afectar a cientos de miles, tal vez millones de personas y causar terribles perjuicios económicos. No creemos que la intención del Congreso haya sido que estos reclamos se resuelvan con arreglo a la Ley Federal de Arbitraje⁸⁵.

84 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 227 a 229.

85 *Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler Plymouth Inc.*, 473 US 614, 105 S.Ct. 3346, 1985, cit. en *ibíd.*, p. 231; INGRID ORTIZ BAQUERO. "El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo", *La Propiedad Inmaterial*, n.º 14, 2010, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2474>], p. 6.

La jurisprudencia varió en el Caso Mitsubishi, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que las cuestiones de defensa de la competencia surgidas en contratos internacionales eran susceptibles de ser resueltas por arbitraje. Sin embargo, la Corte luego señaló que el interés público en el cumplimiento de la legislación sobre defensa de la competencia, de ser necesario, podría reivindicarse al momento de la ejecución del laudo arbitral:

Después de permitir que se tramite el arbitraje, los tribunales nacionales de Estados Unidos tendrán la posibilidad, en la etapa de ejecución del laudo, de asegurar que se ha tomado en consideración el interés legítimo que presenta el cumplimiento de las leyes de defensa de la competencia. La Convención [de Nueva York] le reserva a cada país signatario el derecho de negar la ejecución de un laudo cuando “el reconocimiento ejecución de la sentencia serían contrarias al orden público de ese país”⁸⁶.

En el famoso Caso *Eco Swiss Chine Time Ltd. vs. Benetton International NV* (1999), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea es una cuestión de orden público que justificaría la anulación de un laudo arbitral que no lo tome en consideración o la negativa a ejecutar dicho laudo:

El tribunal nacional al que se le solicita la anulación del laudo arbitral debe concederlas y considera que el laudo en cuestión de hecho resulta contrario al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (ex artículo 85), y sus normas procesales nacionales exigen conceder la anulación cuando el pedido estuviera fundado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público⁸⁷.

86 Caso Mitsubishi Motors Corp., párr. 628, en REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 232; y ORTIZ BAQUERO. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”, cit., p. 7.

87 Asunto sobre Interpretación Prejudicial C-126/97 (1999), en ORTIZ BAQUERO. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”, cit., p. 13.

Si bien el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no se pronunció respecto al deber de los árbitros de aplicar el artículo 81 de oficio, cuando este no ha sido invocado por las partes, por lo general se considera que los árbitros deberían aplicar dicho artículo porque, en caso contrario, se podían arriesgar a que se anule el laudo argumentándose la violación del orden público.

V. LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS

Las facultades de los árbitros son las que le otorgan las partes, dentro de los límites que establecen las leyes aplicables. Dichas facultades son conferidas de manera directa o indirecta, entendiéndose la primera cuando las partes acuerdan expresamente el grado de autoridad del árbitro, y por la segunda, cuando se lleva a cabo el arbitraje de conformidad con las normas que regulan el proceso arbitral.

Las normas elaboradas por la CNUDMI, seguidas por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional u otras normas institucionales de arbitraje, establecen ciertas facultades específicas indirectas de los árbitros, como por ejemplo:

- La facultad de determinar el lugar del arbitraje, sino ha sido convenido por las partes;
- La facultad de determinar el idioma que se utilizará en el proceso si las partes no han convenido nada al respecto;
- La facultad de designar peritos; y,
- La facultad de determinar la normativa aplicable a lo esencial de la controversia, al menos que las partes hayan establecido alguna disposición en contrario⁸⁸.

88 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 349.

La lógica es que, en un proceso de arbitraje, el control del proceso se desplaza de forma progresiva de las partes hacia el tribunal arbitral. En las etapas iniciales, las partes están a cargo del impulso del proceso hasta que el dominio de la controversia queda en manos del tribunal arbitral, por lo que comienza a tomar decisiones de oficio y a determinar las cuestiones de hecho y de derecho relevantes, siempre que no contravenga la voluntad de las partes, hasta que toma una decisión definitiva sobre las cuestiones controvertidas.

VI. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La facultad atribuida a los tribunales arbitrales para que puedan determinar su propia jurisdicción o competencia, se considera una función intrínseca del arbitraje y por lo general, toda excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral se presentará ante el mismo tribunal arbitral. Frente a una impugnación de su jurisdicción, el tribunal arbitral tiene tres alternativas:

- Decidir desde el primer momento que efectivamente no tiene jurisdicción;
- Emitir un laudo parcial respecto de su propia jurisdicción; o,
- Vincular la cuestión de la jurisdicción con el fondo de la controversia⁸⁹.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece que el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su jurisdicción a fin de evitar que una de las partes que perciba que el arbitraje se oriente en su contra, presente objeciones relativas a la jurisdicción del tribunal en un estado ya avanzado del proceso, con lo cual se podría caer en abusos. En esa misma línea de previsión de la oportunidad para cuestionar la jurisdicción del tri-

89 AISTE SKLENYTE. "International arbitration. The doctrine of separability and Competence-Competence Principle", *The Aarhus School of Business*, 2003, pp. 1 a 3.

bunal, la ley de arbitraje de Inglaterra establece que toda objeción de la competencia del tribunal debe presentarse como máximo hasta el momento en que la parte que presente la objeción dé el primer paso orientado a argumentar sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, dichas disposiciones no pueden evitar que la parte vencida presente objeciones relativas a la competencia del tribunal en el momento del reconocimiento o la ejecución del laudo⁹⁰.

VII. LA DEFINICIÓN DE LAUDO ARBITRAL

En la Ley Modelo de la CNUDMI se planteó una definición de laudo arbitral, aunque por la dificultad de su adopción se decidió no incluirla. La definición resultó difícil de consensuar debido a la complejidad de adoptar una que abarque a los laudos finales, a los laudos parciales o provisionales que deciden ciertos aspectos y dejen otros pendientes de solución⁹¹. La propuesta de la Ley Modelo consistió en:

El término “laudo” hace referencia a una resolución final que decide cada uno de los puntos sometidos a consideración del tribunal arbitral y a cualquier otra decisión que determina una cuestión de fondo, o por la que se expida sobre su jurisdicción o sobre cualquier otra cuestión procesal, aunque en este último caso solo se tratara de un laudo si el tribunal arbitral denomina de tal manera a la decisión que adopte⁹².

El laudo arbitral se rige por la ley de arbitraje del lugar de arbitraje (la mayoría de los casos) o, en la base de un acuerdo entre las partes, por la ley de un país que no sea del lugar del arbitraje. Algunos autores identifican una tercera categoría: un laudo arbitral no se rige por ninguna ley de arbitraje en absoluto, pero únicamente por un acuerdo de las partes. Las partes tienen libertad para organizar

90 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 380.

91 *Ibíd.*, p. 498.

92 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

ellos mismos el tipo de arbitraje acorde a sus necesidades o para autorizar a los árbitros a hacerlo⁹³.

La Ley Modelo CNUDM prevé la posibilidad de que se dicte más de un laudo arbitral dentro de un proceso. La doctrina cita como ejemplo que las excepciones acerca de la jurisdicción del tribunal arbitral pueden decidirse en el laudo final o como cuestión previa, y si lo hace como esta última, el laudo que dicte (“laudo parcial”, “laudo provisional” o “laudo preliminar”) podrá ser impugnado ante el tribunal judicial competente dentro de los 30 días desde su notificación a las partes⁹⁴.

Las decisiones dictadas con la calidad de laudos generan consecuencias para la aplicación del plazo de impugnación. Puede darse el caso que, dictado el laudo final, las partes no puedan impugnarlo si fue precedido por un laudo provisional que a su vez no fue cuestionado.

Un aspecto que debe quedar en claro, tal como lo mencionó la *Court d'Appel* de París en el Caso Brasoil: la condición de “laudo” está reservado a las decisiones del tribunal arbitral que en ejercicio de poder jurisdiccional resuelve de manera definitiva los puntos controvertidos por las partes⁹⁵. En ese sentido, el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos destacó que la clave para su reconocimiento o la ejecución del laudo es su carácter final o definitivo en virtud de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958⁹⁶.

La doctrina distingue entonces varios tipos de laudos. El artículo 32(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, dispone que ade-

93 ALBERT JAN VAN DEN BERG. “When is an arbitral award nondomestic under the New York Convention of 1958?”, *Pace Law Review*, vol. 6, n.º 25, 1985, disponible en [<http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol6/iss1/2/>], p. 60.

94 Ley Modelo CNUDM, artículo 16(3), en REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

95 Cour d'Appel de París, Caso Brasoil, 1998, en *ibíd.*, p. 499.

96 Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos en el Caso True North Communications Inc., 2000, en *ibíd.*, p. 500.

más de un laudo definitivo el tribunal arbitral estará facultado para dictar resoluciones parciales y provisionales⁹⁷.

Los laudos finales aluden a aquello que pone fin al objeto del tribunal arbitral y da por concluidas sus funciones, que deja de tener competencia sobre la controversia sometida en su jurisdicción y la relación existente entre el árbitro durante el proceso. Por ello, el tribunal arbitral debería dictar el laudo con la plena convicción de haber cumplido con su misión⁹⁸.

Ahora bien, el tribunal arbitral puede dictar laudos parciales o provisionales, necesarios para decidir asuntos que se determinan en el transcurso de las actuaciones y que, una vez dilucidadas, permiten ahorrar tiempo en beneficio de las partes involucradas⁹⁹. En el caso de la determinación de la competencia, resultaría aconsejable someterla a un laudo provisional porque podría pasar meses considerando el asunto de fondo para concluir en su laudo final que carecía de competencia, salvo que la competencia estuviera vinculada con el fondo de la controversia¹⁰⁰.

La facultad del tribunal arbitral para dictar laudos provisionales puede emanar del convenio arbitral. En caso que las partes no lo determinaran de manera expresa, el tribunal arbitral puede tener esa facultad de acuerdo con el emanado por la ley local¹⁰¹. En el artículo 47 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, por ejemplo, se dispone que:

(1) Salvo por el control de las partes, el tribunal podrá dictar más de un laudo en diferentes etapas sobre diferentes aspectos de las cuestiones sometidas.

(2) En especial, el tribunal podrá dictar laudos en relación con:

97 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute settlement: International commercial arbitration*, cit., pp. 11 a 13.

98 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 520.

99 *Ibíd.*, p. 521.

100 *Ídem.*

101 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 522.

- (a) una cuestión que afecta la totalidad de la demanda; o
 - (b) una parte de las demandas y reconvenciones sometidas a su decisión.
- (3) Si lo hiciere, el tribunal debe especificar en el lado la cuestión la demanda, o parte de ella, que conforma el objeto de laudo¹⁰².

VIII. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral es definitivo y vinculante. Si las partes desean una propuesta de solución frente a una controversia, entonces lo más sensato es que opten por la mediación, y si están dispuestas a seguir un proceso hasta la última instancia de sistema judicial interno, deberían elegir entablar un juicio. Al optar por el arbitraje, las partes eligen un sistema de solución de controversias distinto al judicial, que se basa en que la decisión final es de única instancia por voluntad de las partes. El laudo no es una resolución de primera instancia que pueda ser susceptible de apelación ante el tribunal nacional¹⁰³. De esa manera, tal como se recoge en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y en la Ley Modelo CNUDMI, el derecho interno de muchos países adopta una tendencia “pro ejecución”, que contempla causales excepcionales para impugnar un laudo arbitral¹⁰⁴.

El objetivo de impugnar el laudo ante el tribunal judicial nacional consiste en que se modifique alguno de sus aspectos o se deje sin efecto (“anulado”) en todo o en parte. El juez que anula o deja sin efecto el laudo determina que no podrá ser ejecutable por el tribunal del lugar donde se impugna el laudo.

102 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

103 MICHAEL POLKINGHORNE. “Enforcement of annulled awards in France: the sting in the tail”, *White & Case*, 2008, disponible en [<https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/enforcement-of-annulledawards-in-francethe-sting-in-the-tailthis-article-was-published-in-sli.pdf>], p. 1.

104 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

Un sector de la doctrina postula que el control de los laudos debe tener en cuenta el equilibrio entre la autonomía de las partes y la finalidad del arbitraje. Esta teoría fue abordada en los Casos JSC Aeroflot vs. Russo Internacional Venture, y la República Checa vs. CME República Checa, donde ratificó la tesis de la singularidad de la revisión del laudo por parte de los tribunales nacionales y que este no podía revisar las cuestiones de fondo. En consecuencia, se ratificó en que los tribunales nacionales tienen un alcance limitado de la revisión de aspectos sustantivos resueltos por los árbitros¹⁰⁵.

Cabe precisar que los reglamentos o el convenio de arbitraje por lo usual contemplan la posibilidad de impugnación interna. Por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la Asociación de Comercio de Granos y Alimentos –GAFTA, por sus siglas en inglés–, contempla la posibilidad de que, si una de las partes no está de acuerdo, tendrá derecho a apelar ante un consejo de apelación. Esta apelación significa llevar el caso a una nueva audiencia, donde el consejo de apelación podrá modificar, rectificar o dejar sin efecto el laudo del tribunal de primera instancia¹⁰⁶. Un procedimiento similar existe en la *Chambre Arbitrale* de París¹⁰⁷.

Un tipo de impugnación de un laudo arbitral de acuerdo con los procedimientos internos establecidos en el convenio arbitral, es el que se establece en el CIADI: una de las partes puede solicitar la aclaración, revisión o anulación del laudo. Si la parte solicita la anulación del laudo, se nombra un comité *ad hoc*, y si el laudo se anula, en todo o en parte, cualquiera de las partes puede solicitar que la controversia se dirima por un nuevo tribunal que deberá emitir un nuevo laudo¹⁰⁸. Según el artículo 53 de la Convenio del CIADI, el pro-

105 EMELIE HÅKANSSON. “The challenge of arbitral awards: arbitrators’ application of the ‘wrong’ substantive law - a ground for challenge!” (tesis de maestría), Upsala, Suecia, Universidad de Upsala, 2013, disponible en [<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:688849/FULLTEXT01.pdf>], pp. 55 y 56.

106 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 563.

107 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

108 *Ibíd.*, p. 564.

ceso de anulación no es una apelación y no implica revisión alguna en cuanto al fondo. Las causas de nulidad son exhaustivamente enumeradas en el artículo 52, a saber: la constitución irregular y la corrupción; el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; la falta de motivación; y el manifiesto ejercicio de un excesivo poder¹⁰⁹.

Este es un procedimiento complicado que ha sido objeto de crítica a causa de la laxitud de la anulación en algunos casos, como se evidencia en Klöckner y Amco, en los que el procedimiento de arbitraje ante el CIADI demoró nueve y 11 años respectivamente. Sin embargo, se trata del único mecanismo de impugnación de un laudo previsto en el Convenio de Washington, ya que los laudos arbitrales en materia de inversiones Estado-inversionista no pueden ser impugnados ante los tribunales nacionales¹¹⁰.

Otra forma de impugnación se refiere a la rectificación e interpretación del laudo, que consiste en que los convenios de arbitraje pueden permitir que el tribunal arbitral rectifique errores administrativos o de otra naturaleza en el laudo, o que interprete el laudo emitido¹¹¹.

Una última forma de impugnación del laudo arbitral es aquel que recurre al tribunal nacional. Las causales de impugnación ante un juez ordinario nacional son taxativas y precisas, donde la más frecuente es la falta de jurisdicción o competencia del tribunal arbitral. La doctrina señala que ello se produce cuando no existe un acuerdo arbitral en vigor, el tribunal se encuentra conformado incorrectamente o si las materias controvertidas en el arbitraje no se encuentran contempladas en dicho acuerdo¹¹².

La parte que objete la jurisdicción del tribunal arbitral puede alegarlo al inicio de arbitraje y solicitar que el propio tribunal resuelva

109 GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER. "Annulment of ICSID awards in contract and treaty arbitrations: Are there differences?", en EMMANUEL GAILLARD y YAS BANIFATEMI (eds.). *Annulment of ICSID Awards*, Huntington, N. Y., Juris Pub., 2004.

110 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

111 *Ibíd.*, pp. 564 y 565.

112 *Ibíd.*, p. 565.

dichas objeciones, a través de un laudo provisional, como parte del laudo sobre el fondo de la controversia o esperar que se dicte el laudo y luego impugnarlo en la vía judicial para intentar impedir su ejecución¹¹³. Esta segunda alternativa es usada con frecuencia por una de las partes con el laudo en contra que decide boicotear el arbitraje. Ahora bien, la parte que no plantea una excepción jurisdiccional en el momento oportuno puede perder el derecho a presentarla después dentro del proceso arbitral. Es el caso del arbitraje comercial internacional en Londres y la *Court d'Appel* de París, ya que el derecho inglés y francés, respectivamente, exigen que las excepciones a la jurisdicción se planteen en la etapa más temprana posible, y de no ser así, pierde o renuncia a su derecho a presentarla¹¹⁴.

Cuando un tribunal se enfrenta a objeciones sobre su competencia y para evitar que el arbitraje pierda su propósito de constituirse en un medio eficaz de solución de controversias, es ampliamente reconocido que un tribunal arbitral es competente para determinar su propia competencia (principio de competencia-competencia), método que da pie al tribunal la capacidad de establecer procedimientos cuando se enfrentan a una objeción planteada por una de las partes. Este principio ha sido reconocido en varios casos. En el caso de Arabia Saudita vs. Arábiga American Oil Co. Ltd (ARAMCO), el Gobierno de Arabia Saudita cuestionó en particular la competencia jurisdiccional del tribunal *ad hoc* sobre la base de que podría retirarse del tribunal teniendo en cuenta sus poderes soberanos. El tribunal rechazó este argumento y sostuvo que tiene competencia para determinar su jurisdicción, la cual está determinada por el propio acuerdo de las partes en la controversia¹¹⁵.

La regla de competencia-competencia está diseñada específicamente para proteger y salvaguardar el poder de los árbitros de pronunciarse sobre su jurisdicción sin intervención prematura de

113 *Ibíd.*, p. 566.

114 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit.

115 BABATUNDE OSADARE. "Jurisdiction and powers of Arbitral Tribunals: who decides", *CEPMLP Annual Review (CAR)*, n.º 13, 2010, pp. 1 a 15.

una corte judicial, al tiempo que permite una revisión por parte de los tribunales con poder jurisdiccional al final del proceso arbitral, cuestión arquetípica propia del grado de reconocimiento de la primacía de la autonomía privada del arbitraje¹¹⁶.

En varios países, la impugnación de un laudo debido a que la controversia no es arbitrable guarda relación con el concepto de “orden público”. La Ley Modelo CNUDMI señala que un laudo es susceptible de anulación si un tribunal nacional del lugar donde se realizó el arbitraje resuelve que es contrario al orden público de ese país. La cuestión del “orden público internacional” es recurrente en la legislación y jurisprudencia de muchos países. El hecho de que cada Estado tenga un concepto de orden público puede acarrear el riesgo de que un Estado anule un laudo que otros consideran válido. Por lo general, la amplitud del concepto ha sido aprovechada por los tribunales nacionales de algunos Estados como argumento para analizar el fondo de un laudo cuando no corresponde hacerlo.

En su informe provisional sobre el orden público como obstáculo en la ejecución de laudos arbitrales internacionales, la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional observó que más allá que la categoría de orden público es estrictamente doméstica, existe un concepto más restringido de derecho internacional público relacionado con la infracción de principios verdaderamente fundamentales del orden público de un país¹¹⁷.

En casos de impugnación de un laudo arbitral, la solicitud debe plantearse ante el juez competente. Por lo general, el juez competente es el de la sede del arbitraje. Debe tenerse en cuenta también que la impugnación de un laudo debe hacerse con carácter de urgencia. La Ley Modelo CNUDMI exige que la solicitud de anulación o remisión de un laudo parcial sobre jurisdicción se presente den-

116 EMMANUEL GAILLARD y YAS BANIFATEMI. “Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators”, en EMMANUEL GAILLARD y DOMENICO DI PIETRO (eds.). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May, 2008, pp. 271 y 272.

117 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 579.

tro de los 30 días desde su notificación. No obstante que los plazos varían de país a país, la mayoría opta por un plazo de tres meses desde su emisión¹¹⁸. Esta posición tiene por finalidad restringir la discrecionalidad de la justicia al momento de efectuar un control sobre el laudo en su papel de determinar si es nulo y sin efecto¹¹⁹.

Los efectos de la impugnación del laudo dependen de las causas que se aleguen, el derecho aplicable y del criterio del juez. El juez puede optar por ratificar el laudo; remitirlo al tribunal arbitral para su reconsideración; o modificar el laudo o anularlo, en todo o en parte¹²⁰.

En caso de que el laudo fuera impugnado por adolecer de vicios procesales (como la violación del debido proceso), si bien el acuerdo de arbitraje conserva su vigencia, la controversia podrá ser sometida de nuevo a arbitraje y el proceso comenzará desde el inicio. Sin embargo, esta opción es desalentadora para los particulares y atenta contra la eficacia misma del arbitraje. La parte perdedora será la más beneficiada por la anulación de un laudo por falta de un debido proceso arbitral, por lo que esta decisión debe estar sujeta a criterios restringidos para hacerla excepcional¹²¹.

IX. EL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO

En general, las normas imperativas protegen los intereses sociales y económicos de la una sociedad. En base a esa razón, los tribunales arbitrales pueden constituirse por el mandato de reglas obligatorias de naturaleza pública. Así, además del estableciendo del arbitraje por elección de las partes, en determinados casos el Estado establece la obligación de recurrir a un procedimiento alternativo de solución de controversias en virtud de lo que establece ciertas normas de carácter administrativo o legal. Estas reglas, que

118 *Ibíd.*, pp. 588 y 589.

119 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute settlement: International commercial arbitration*, cit.

120 REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., p. 589.

121 *Ídem.*

a menudo son obligatorias, por lo general determinan la constitución de un tribunal arbitral para la resolución de disputas entre las personas que realizan determinadas transacciones en actividades económicas, o por su tipo de relacionamiento el Estado tiene por propósito asegurar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales o financieros¹²².

122 MOHAMMAD REZA BANIASSADI. "Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration", *International Task & Business Lawyer*, vol. 10, n.º 59, 1992, pp. 63 y 64.

CAPÍTULO TERCERO
LA NO ADMISIBILIDAD POR PARTE DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LAS
SOLICITUDES DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL
FORMULADAS POR LOS ÁRBITROS

La razón del éxito de las cuestiones prejudiciales en Europa, se debe a la mayor disposición de los jueces nacionales de remitir vía ese mecanismo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea los planteamientos sobre determinados aspectos comunitarios vinculados con el objeto del litigio principal; motivada por la apertura de la legislación europea a los juzgados inferiores o especializados, la estrategia judicial para eludir las restricciones de la ley interna y generar doctrinas superiores, y la convicción de servir de interlocutores de las respuestas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²³. El único consenso en torno a este tema gira en no admitir la cuestión prejudicial a los árbitros que actúan como amigables componedores y resuelven en equidad, dado que la solución de los casos no depende de la aplicación del derecho por decisión de las partes.

Esa disposición judicial se explica por la propia concepción de la interpretación prejudicial: parte del rol del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la formación de la Unión Europea y de la dinámica de la aplicación del derecho comunitario en manos de los jueces nacionales de los Estados miembros, con el propósito cen-

123 HELFER y ALTER. "The Andean Tribunal of Justice and its interlocutors: understanding preliminary reference patterns in the Andean Community", cit., pp. 921 y 922.

tral de hacer parte del ámbito doméstico las distintas áreas de la política pública comunitaria.

La interpretación prejudicial proporciona el fundamento jurídico del sistema comunitario europeo en su conjunto¹²⁴. Es considerado como la pieza central del sistema de remedios que los individuos disponen y ha sido el vehículo procesal a través del cual los principios, tales como el efecto directo y la supremacía, fueron desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En esa perspectiva, la capacidad de los órganos jurisdiccionales nacionales de cualquier nivel, ora inferior ora superior, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los tratados y los actos adoptados por las instituciones de la Unión que garantiza la interpretación uniforme del derecho comunitario. En efecto, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro “reenvía” la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²⁵. Se parte del hecho que el juez nacional es quien tiene los elementos de juicio que le permiten decidir la correcta aplicación del derecho comunitario a los hechos y su compatibilidad con la norma interna.

En este capítulo se analizará el desarrollo jurisprudencial seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para precisar los requisitos que debe cumplir un órgano jurisdiccional solicitante de la interpretación prejudicial. Se trata de criterios amplios que la jurisprudencia europea ha aplicado, en algunos casos con laxitud, para admitir la capacidad de solicitar la interpretación prejudicial de diversos órganos vinculados al sistema jurisdiccional del Estado con facultades para resolver controversias. Por el contrario, ha rechazado la posibilidad que los árbitros utilicen las solicitudes de interpretación prejudicial, aunque lo admite en los supuestos de

124 J.H.H. WEILER y MARTINA KOCJAN. *The law of the European Union: principles of Constitutional Law: the relationship between the community legal order and the national legal orders: competencies*, Nueva York, NYU School of Law, 2005, disponible en [<https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/UNIT6-EU-2004-05.pdf>], p. 2.

125 BELTRÁN AGUIRRE. “Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos. Especial referencia al derecho interno español”, cit., p. 379.

arbitraje público, cuyo establecimiento, composición y procedimiento depende en mayor o menor grado de un mandato legal. No obstante, la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado respecto a la necesidad de establecer un control judicial respecto a la aplicación del derecho comunitario en el fuero arbitral¹²⁶.

I. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea, la cuestión prejudicial utilizada por los tribunales nacionales ha sido el motor y uno de los pilares de la construcción de la integración¹²⁷ que data de 1951, aunque la irrupción de su utilización en mayor escala se dio básicamente a partir de los años 1970¹²⁸.

El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, suscrito en Lisboa el 3 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1.º de diciembre de 2009, regula la interpretación judicial de la siguiente manera:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma si estima necesario una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

126 MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 464.

127 HELFER y ALTER. “The Andean Tribunal of Justice and its interlocutors: understanding preliminary reference patterns in the Andean Community”, cit., p. 920.

128 DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. “Prejudiciales especiales. Auge y fenomenología de los regímenes atípicos de la cuestión prejudicial europea”, *European Inklings (EUi)*, n.º 4, 2014, disponible en [<https://aquiencia.net/wp-content/uploads/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf>], p. 105.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo de asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la UE se pronunciará con la mayor brevedad¹²⁹.

El juez nacional u órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo el proceso puede plantear al TJUE que interprete los Tratados (cuestión prejudicial de interpretación) o la validez e interpretación de los actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión (cuestión prejudicial de validez). En el presente trabajo abordaremos el desarrollo jurisprudencial del literal 276 a) del TFUE.

Dicho dispositivo del TFUE se encuentra desarrollado en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, suscrito el 27 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1.º de diciembre de 2009; y en los artículos 93 al 118 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, firmado el 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1.º de noviembre de 2012¹³⁰. Así mismo, la jurisprudencia comunitaria fue sistematizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– en el documento denominado “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relati-

129 Este último párrafo fue introducido por el Tratado de Lisboa, respecto a su predecesor el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957. Al respecto, ver CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 6. El artículo 267 TFUE tiene su antecedente en el artículo 234 TCE, originalmente artículo 177 TCEE.

Cabe indicar que la “cuestión prejudicial” fue instituida en el artículo 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1941. Luego, en el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) se reguló con mayor detalle la cuestión prejudicial no solo para interpretar los tratados del derecho comunitario sino se extendió su alcance para determinar la validez e interpretación del derecho derivado.

130 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 6.

vas al planteamiento de cuestiones prejudiciales” del 6 de noviembre de 2012, de carácter puramente informativo y carente de valor jurídico con la finalidad de “orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento”¹³¹.

El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– confiere la capacidad de plantear solicitudes de interpretación prejudicial a todo “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros”, terminología utilizada ante la existencia de diferencias entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. De esa forma, la consulta de interpretación prejudicial (denominada en Europa “cuestión prejudicial”) es planteada únicamente por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, activando el sistema de cooperación entre el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–.

En la Unión Europea la interpretación prejudicial se sustenta en la colaboración judicial de garantizar la correcta interpretación del ordenamiento comunitario entre los Estados miembros¹³², los casos son conocidos y tramitados por los órganos jurisdiccionales nacionales, y de esa manera¹³³ se busca tutelar los intereses y el derecho de los particulares reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario¹³⁴; y para un sector de la doctrina se constituye de esa forma en una vía de control indirecto de la legalidad comunitaria¹³⁵. La doctrina ha puntualizado al respecto, que el carácter descentra-

131 Punto 6, citado por *ibíd.*, p. 7. El TJUE suministra a los jueces una serie de indicaciones para evitar la declaración de inadmisibilidad que declaró en varios casos, como el que se produjo en *Telemersicabruzzo* y otros. Asunto C-320, 321 y 322/90, p. I-393, sentencia de 26 de enero de 1993. El caso puede verse en: MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 471.

132 Puntos 1, 2 y 5 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, citado por CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 7.

133 Dictamen del Tribunal de Justicia 1/2009, de 8 de marzo de 2011, citado por *ibíd.*, p. 8.

134 *Ídem.*

135 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 7.

lizado de la aplicación del derecho de la Unión Europea dentro del sistema de administración de justicia, tiene por finalidad no comprometer la uniformidad de criterios y evitar futuras divergencias de interpretación entre los órganos jurisdiccionales nacionales, interés objetivo de la Unión Europea¹³⁶.

La interpretación prejudicial la plantea un órgano con carácter jurisdiccional de un Estado miembro, cuando en el proceso que dirige se cuestione la interpretación de una norma comunitaria susceptible de ser aplicada en la solución del caso. En respuesta a la solicitud del órgano jurisdiccional, el TJUE resolverá sobre las cuestiones planteadas y su decisión será obligatoria para dirimir el proceso principal¹³⁷.

Un aspecto que merece ser resaltado, es que en la Unión Europea el órgano jurisdiccional aplica “un juicio de relevancia” para determinar la necesidad de acudir vía prejudicial al TJUE. No solo el juez ordinario decide no acudir al Tribunal de Justicia cuando el derecho comunitario es manifiestamente inaplicable, la norma comunitaria es clara o diáfana en sí misma (acto claro) o existe jurisprudencia comunitaria en casos similares o análogos (acto aclarado)¹³⁸.

El artículo 267 del TFUE no define qué tipo de órganos jurisdiccionales o tribunales nacionales pueden plantear una cuestión prejudicial. El TJUE ha perfilado sus características constitutivas a partir del análisis del derecho interno de los Estados miembros, “elaborando así un concepto autónomo de jurisdicción nacional dotado de contenido específicamente comunitario porque se tiene en cuenta la función que desempeñan y la situación estatutaria que le reconoce su sistema jurídico antes que su denominación formal”¹³⁹.

136 CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILLA. “La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (un diálogo iniciado por el juez a quo y presidido por la utilidad para este, aunque no solo...)”, *European Inklings (EUi)*, n.º 4, 2014, pp. 61 a 79, disponible en [<https://aquiescencia.net/wp-content/uploads/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf>].

137 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 7.

138 Nota informativa para las audiencias nacionales emitida por el Tribunal de Justicia Europeo, oJC 2009 C/297/01, 5 de diciembre de 2009.

139 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 9.

El TJUE ha dejado en claro que el concepto de órgano jurisdiccional es un concepto autónomo del derecho comunitario¹⁴⁰. Por ello, el TJUE ha señalado que en base al derecho comunitario y no necesariamente las legislaciones nacionales serán en definitiva que, de acuerdo con sus reglas y principios, determine cuándo una entidad que solicita la interpretación prejudicial puede ser considerada “un órgano jurisdiccional nacional” a los efectos del artículo 267 del TFUE.

En términos generales, se podría señalar que el TJUE, en análisis caso por caso sobre la condición y estatus de la entidad consultante dentro de su respectivo sistema judicial nacional, en los distintos casos analizados si está comprendida dentro de la articulación entre las autoridades jurisdiccionales de los derechos nacionales y del derecho comunitario, a fin de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea.

El derecho a solicitar una interpretación prejudicial está previsto por el artículo 267 del TFUE a cualquier tribunal u órgano jurisdiccional de un Estado miembro. El TJUE entiende como órgano jurisdiccional de acuerdo con el artículo 267 del TFUE, por un lado, como una entidad definida como un tribunal por la legislación nacional, y por otro lado, como un cuerpo que si bien no se define como tal por la ley interna, pero cumple con algunos de los factores característicos establecidos por el TJUE.

La jurisprudencia del TJUE que define los criterios rectores para apreciar si el organismo remitente es considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro para formular cuestiones prejudiciales, se inicia en el Caso Vaassen-Göbbels (1966). En dicha jurisprudencia se define a un órgano jurisdiccional por el origen legal, su carácter permanente, su condición de jurisdicción obligatoria, la naturaleza contradictoria del procedimiento, a la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia¹⁴¹. Los cri-

140 Caso C-17/00, De Coster, sentencia de 29 noviembre de 2001.

141 Caso Vassen-Göbbels, Asunto 61/65, sentencia de 30 de junio de 1966, Rec. P. 377; seguida del Caso Dorsch Consult, C-54/96, Rec. P. I-4961, apartado 23; Caso Gabalfrisa y otros, Asuntos Acumulados C-110 a C-147/98, p. I-1577, apartado 33; Caso De

terios son genéricos; el TJUE los ha aplicado además en varios casos de manera amplia.

Los requisitos en el Caso Vaassen-Göbbels exigen que el órgano facultado a plantear la cuestión prejudicial deba tener una suficiente vinculación con el sistema jurisdiccional que ha conocido del Estado miembro, receptor de la facultad u obligación establecida en el artículo 267 del TFUE. Desde ese enfoque, el TJUE ha reconocido la capacidad de formular la interpretación prejudicial. Merece precisar que en un inicio el TJUE entendió como órgano jurisdiccional a aquel definido como tal por la legislación nacional, aunque luego a aquel que no siendo definido integra un tribunal judicial u órgano jurisdiccional que cumple con determinadas características desarrollado en el campo jurisprudencial que alcanza la disposición del artículo 267 de la TFUE que como vimos, además de los jueces de indistinta jerarquía y competencia, a los órganos no judiciales vinculados al Estado.

En el Caso Dorsch (1996), el TJUE, con el fin de determinar si el órgano remitente es jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado (hoy art. 267 del TFUE), corroboró que cumplía con los criterios utilizados en el Caso Vaassen-Göbbels¹⁴² e hizo hincapié en que, si bien no se trataba de un órgano judicial, el Comité de Control de Adjudicaciones de Alemania fue constituido por el artículo 57c, párrafo 7.º, de la Ley de Principios Presupuestario, esto es, su origen reposaba en un mandato legal. En esa línea jurisprudencial, en 1999 el TJUE señaló que es permanente, es obligatorio su jurisdicción las partes requieren a ese órgano la solución de su

Coster, C-17/00, Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Rec. P. I-9445, apartado 10, citado por CIENFUEGOS MATEO. "Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias", cit., p. 9. Así mismo, en los casos Josef Köllensperger, Asunto C-103/97; Lutz y otros, Asunto C-182/00; Caso Pretore di Salò, Asunto 14/86, , 1987, ECR 2545, párrafo 7; Caso Almelo y otros, Asunto C-393/92, 1994, ECR I-1477; y Caso Centro de Trabajo, Asunto C-111/94, ECR I-3361, apartado 9; el Tribunal de Justicia ratifica que un órgano nacional puede hacer uso del mecanismo prejudicial siempre que reúna dichos requisitos.

142 Caso Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH vs. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, Asunto C-54/96, párrafo 23, sentencia del 17 de septiembre de 1997.

conflicto o que las resoluciones de su organismo ha de ser vinculante, el procedimiento es inter parte, aplica normas de derecho y es independiente.

Tanto Dorsch Consulty y la Comisión de Supervisión Federal, cuestionaron la independencia del Comité por considerarlo que pertenece a la estructura orgánica de la Junta de Supervisión Federal, a su vez sujeta a la fiscalización del Ministerio de Economía, cuya duración del mandato de sus miembros no es fija o estable. El TJUE determinó que ello no es impedimento para que el Comité cuente miembros independientes, sometido únicamente al imperativo de la ley.

En el Caso De Coster (2000), el abogado general RUIZ-JARABO COLOMER propuso un cambio jurisprudencial para aplicar con mayor rigor el concepto de órgano jurisdiccional y permitirlo solo a los órganos judiciales, aunque, admitiendo que por excepción, se debiera admitir las solicitudes de interpretación prejudicial planteadas por otros organismos cuando no fuera posible que su resolución sea posible de revisión judicial ulterior y siempre que ofrezcan garantías de independencia y de proceso contradictorio¹⁴³. Como se aprecia, el TJUE no acogió esta recomendación.

Los requisitos establecidos en el caso Vaassen-Göbbels, ha merecido que el TJUE haya efectuado algunas precisiones debido a las particulares del sistema de administración de justicia de los Estados miembros o del órgano solicitante de interpretación prejudicial de una norma comunitaria al momento de evaluar la condición de órgano jurisdiccional. A continuación, se hará referencia al enfoque seguido por el TJUE en tres casos emblemáticos: Paul Miles y Otros contra las Escuelas Europeas, Salzmann y Broekmeulen.

En el Caso Paul Miles y Otros vs. las Escuelas Europeas¹⁴⁴, el TJUE (entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) se-

143 MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 467.

144 Asunto C-196/09, sentencia del TJCE de 14 de junio de 2011. La creación de las escuelas europeas se basaba inicialmente en dos instrumentos a saber, por un lado, el Estatuto de la Escuela Europea, firmado en Luxemburgo el 12 de abril de 1957 ("Recueil des traités des Nations Unies", vol. 443, p. 129) y, por otra parte, el protocolo

ñaló que la entidad consultante, la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas, aparentemente tendría el conjunto de elementos constitutivos que definen a un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, enunciados a partir del Caso Vaassen-Göbbels –el origen legal, su permanencia, la obligatoriedad de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas, así como su independencia–, no obstante, el hecho de no pertenecer a ningún sistema de administración de justicia de los Estados miembros de la UE, las Escuelas Europeas, como órgano de la UE, pese a los vínculos funcionales que mantienen con la Unión, siguen siendo distintas del órgano comunitario y de los países que los integran¹⁴⁵.

En base a ese criterio, el TJUE ha enfatizado que es consustancial a todo órgano jurisdiccional, según el artículo 267 del TFUE, el vínculo o conexión con el sistema de administración de justicia de los Estados miembros de la UE. De esa forma, si la entidad que solicita la interpretación prejudicial ante el TJUE carece de un vínculo lo suficientemente sustancial con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, no tendrá la capacidad para hacer uso de dicho recurso a pesar que resuelva controversias dentro de su ámbito de competencia aplicando el derecho de la Unión Europea¹⁴⁶.

Por ello, el TJUE aclara que la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas no es un órgano jurisdiccional que resuelva una controversia de manera común en los Estados miembros. En el citado caso Paul Miles y Otros vs. las Escuelas Europeas, el TJUE trajo a colación la sentencia que dictó en el caso Parfums Christian Dior, en la cual reconoció la capacidad del Tribunal de Justicia del Benelux de solicitarle la interpretación prejudicial de una norma comunitaria por-

relativo a la creación de escuelas europeas, establecido por referencia al Estatuto de la Escuela Europea, firmado en Luxemburgo el 13 de abril de 1962 ("Recueil des traités des Nations Unies", vol. 752, p. 267). Para la educación en común de los hijos del personal de las Comunidades Europeas, con vistas al buen funcionamiento de las Instituciones Europeas, se crearon ya en 1957 centros denominados "Escuelas europeas".

145 Párrafos 37, 38 y 39.

146 Párrafo 33.

que tiene por misión garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas comunitarias a los tres Estados del Benelux, a diferencia de la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas. Así mismo, el TJUE puntualizó que el procedimiento que activa el Tribunal de Justicia de Benelux con la solicitud de interpretación prejudicial constituye un incidente en los procesos pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

De esa forma, el TJUE determinó que la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas no tiene la capacidad para solicitar la interpretación prejudicial por no presentar tales vínculos con los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE¹⁴⁷, sugiriendo que, para garantizar la interpretación uniforme del derecho comunitario, corresponde a los Estados miembros reformar el sistema actualmente vigente del Convenio de las Escuelas Europeas¹⁴⁸.

Esta decisión fue criticada por la abogada general del caso ELEANOR SHARPSTON, básicamente porque le resultaba paradójico que la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas no pueda plantear una cuestión prejudicial cuando los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados a ejecutar sus decisiones¹⁴⁹. Esta opinión no fue tomada en cuenta por el TJUE, que sobre todo privilegió la vinculación de la entidad consultante con la estructura orgánica jurisdiccional de un Estado miembro, antes que la ejecución de la resolución de la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas por parte de los jueces nacionales.

En el Caso Doris Salzmann, el TJUE estableció que un órgano posee el carácter de jurisdiccional, en el sentido del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 267 del TFUE), cuando su decisión resuelva un litigio dentro de un procedimiento contradictorio de posiciones, lo que no ocurre cuando la entidad consultante actúa en calidad de autoridad administrativa y se pronuncie sobre la solicitud de inscripción en el Registro de la Pro-

147 Párrafo 41.

148 Párrafo 45.

149 Caso Escuelas Europeas, Asunto C-196/09, sentencia de 11 de junio de 2011.

piedad de un contrato de compraventa de un bien inmueble¹⁵⁰. En esa ocasión, el TJUE precisó que el Tribunal del Distrito de Bregenz (Austria) está ejerciendo autoridad administrativa sin que deba considerarse como el ejercicio de una función judicial, a los efectos del artículo 267 del TFUE. En consecuencia, el TJUE consideró que, en esa situación particular, el Tribunal del Distrito de Bregenz carecía de la capacidad de plantear una cuestión prejudicial.

Es decir, el TJUE consideró que la condición de órgano jurisdiccional, en función del conjunto de características identificado en el Caso Vaassen-Göbbels, dependerá de la concreta función que despliegue en un caso en particular, por lo que resolvió no aceptar la condición de órgano jurisdiccional del tribunal encargado del registro de la propiedad en Austria.

En el Caso Broekmeulen, el TJCE consideró de manera excepcional a una asociación como órgano jurisdiccional –la Comisión de Apelación del Colegio de Medicina– cuando los Estados miembros de la Comunidad Europea le han confiado que aplique las disposiciones adoptadas por las instituciones de la Comunidad Europea, cuya actuación esté sujeta a la aprobación y colaboración de las administraciones públicas competentes y con arreglo al sistema jurídico de un Estado miembro. Para el TJCE, la condición de órgano jurisdiccional se infiere cuando las decisiones que dicha asociación adopta tras un procedimiento contradictorio son reconocidas como firmes, dentro de los sistemas jurisdiccionales y corresponderá a los Estados miembros dictar, cada uno en su territorio, las medidas necesarias para garantizar su completa ejecución¹⁵¹. Aplicando una

150 Caso Salzmann (née Greif), Asunto C-178/99, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de junio de 2001, párrafos 14, 15 y 16. En el Caso J. Thieffrey/Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris, Asunto 71-76, se ratifica que las características de un tribunal, mencionadas en el Caso Vaassen-Göbbels, no son suficientes, sino que deben presentarse en el marco de una actividad jurisdiccional, por lo que el Tribunal de Justicia europeo rechazó la cuestión prejudicial presentada por el Conseil De l'Ordre des Avocats.

151 Asunto 246/80, sentencia de 6 de octubre de 1981, numeral 9. La Comisión de Apelación del Colegio de Medicina con sede en La Haya, planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación de varias directivas de la Comisión de las Comunidades Europeas. Según el reglamento interno de la Asociación, la Comisión de Apelación está

lógica similar, el TJUE admitió las solicitudes de interpretación prejudicial presentados por los tribunales económico-administrativo regionales españoles¹⁵², el Tribunal de Defensa de la Competencia de España¹⁵³ y el Tribunal Constitucional de España¹⁵⁴.

Estos casos muestran que la jurisprudencia europea enfatiza la existencia de una relación sólida entre el órgano que plantea la solicitud de interpretación prejudicial y el poder público de un Estado miembro, sin que aquél necesariamente pertenezca a la estructura judicial nacional. Esta vinculación se produce cuando, además de concurrir los requisitos que caracterizan a un órgano jurisdiccional establecidos en el Caso Vaassen- Göbbels, la ley interna determina la composición de la entidad que solicita la interpretación prejudicial¹⁵⁵; los poderes públicos participan en la designación de los miembros de la entidad¹⁵⁶ o de una parte de ellos¹⁵⁷; o la entidad tiene jurisdicción obligatoria para conocer determinado tipo de litigio por mandato de una norma interna y, por consiguiente, las partes no pueden acudir directa ni voluntariamente a los órganos judiciales para resolver sus diferencias¹⁵⁸.

Este razonamiento se justifica en última instancia por la propia naturaleza jurídica de la solicitud de interpretación prejudicial consistente en la configuración de una relación de cooperación entre las entidades que integran el sistema de administración de justicia del Poder Público de un Estado miembro y el TJUE, con la finalidad de garantizar la aplicación uniforme de las normas de la Unión Europea¹⁵⁹.

compuesta por nueve miembros, entre ellos tres designados por los ministros competentes en materia de enseñanza universitaria y salud pública, circunstancia que el solicitante recalca, pues supondría una participación marcada de las autoridades públicas neerlandesas.

152 Caso Gabalfrisa, Asunto C-110/98, sentencia de 21 de marzo de 2000.

153 Caso Dirección General de Defensa de la Competencia de España, Asunto C-67/91, sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1992.

154 Caso Stefano Melloni, Asunto C-399/11, sentencia de 26 de febrero de 2013.

155 TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1989, Handels-og.as. 109/88. Rec. Pp. 3.224-3.225.

156 Sentencia Vaassen-Göbbels ya citada.

157 Sentencia Broekmeulen, 6 de octubre de 1981.

158 Caso Vaassen-Göbbels y Handels-og.

159 HUMBERTO ZÚÑIGA SCHRODER. "Interpretación prejudicial en procedimientos de ar-

Debe puntualizarse que, producto del desarrollo de la jurisprudencia del TJUE, se han determinado los parámetros del concepto de “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro que refiere el artículo 267 del TFUE, se ha correspondido con los cambios institucionales de la propia organización comunitaria y el propio rumbo del proyecto europeo orientado a garantizar la interpretación uniforme y la efectiva aplicación de las normas comunitarias¹⁶⁰. Por ello, la definición del órgano jurisdiccional no es un análisis jurídico aislado, sino que ha tomado en cuenta los objetivos del proceso de consolidación comunitaria. La admisión de las solicitudes de interpretación prejudicial presentadas por los órganos que no integran la estructura judicial de un Estado miembro, e incluso por órganos que aparentemente no son jurisdiccionales ha respetado la naturaleza jurídica que informa y da contenido a la acción de interpretación prejudicial.

II. LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA NO ADMITIR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL FORMULADA POR LOS ÁRBITROS PRIVADOS

A. La no vinculación del arbitraje a la actividad judicial del Estado

El TJUE se ha negado a admitir la solicitud de interpretación prejudicial presentada por un tribunal arbitral porque a su juicio este no puede ser considerado un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro en los términos del artículo 267 del TFUE. Este desarrollo jurisprudencial ha merecido el análisis respectivo por parte de juristas que se resume en dos posiciones contradictorias entre sí: por un lado, se critica la posición del TJUE argumentándose que al limitársele a los tribunales arbitrales la capacidad de plantear directa-

bitraje en los regímenes andino y europeo”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, n.º 35, 2012, pp. 103 a 123, disponible en [<https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/347>].

160 Ídem.

mente al TJUE las dudas sobre los alcances de una norma comunitaria, no se garantiza el control de la aplicación uniforme del derecho de la UE en los casos que involucran a los particulares; por otro lado, los argumentos a favor consideran, que por el contrario, un tribunal arbitral es un mecanismo de justicia privada que no forma parte de los órganos jurisdiccionales que forman parte del sistema de administración de justicia de un Estado miembro receptor en última instancia del mandato establecido en el artículo 267 del TFUE.

Por ello, el juez nacional, a solicitud de parte o de oficio, durante el curso del procedimiento arbitral o de manera excepcional luego de emitido el laudo respectivo, debiera ejercer su capacidad para formular la solicitud de interpretación prejudicial ante el TJUE para velar por la aplicación correcta de la normativa comunitaria en un arbitraje. De esa manera, el TJUE opta por la tesis de control indirecto que se activa cuando la petición la efectúa un órgano jurisdiccional según los términos del artículo 267 del TFUE, lo cual supone que las legislaciones nacionales debieran contemplar formas de auxilio o cooperación para que el tribunal arbitral pueda solicitar a través de los tribunales judiciales nacionales la interpretación prejudicial al TJUE. Es necesario indicar que la legislación comunitaria europea establece el deber de los Estados miembros de cooperar con las instituciones comunitarias en la aplicación del derecho comunitario. El deber de cooperar está dirigido al Estado como ente, así como a los órganos que forman parte de su estructura permanente, que no se hace extensivo a los árbitros que ejercen funciones de administración de justicia de forma temporal y como resultado de un acuerdo privado¹⁶¹.

Distinto es el caso cuando la parte afectada impugna el laudo arbitral ante la justicia de un Estado, circunstancia en que la doctrina advierte que la legislación debe permitir que un juez realice una “segunda mirada” (*second look*) para verificar si se han producido hechos irregulares explícitamente previstos, evitando evaluar el fondo de la controversia ya que iría contra uno de los pilares del

161 ORTIZ BAQUERO. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”, cit., p. 23.

arbitraje que es la autonomía de las partes de resolver una controversia al margen del sistema judicial. No obstante, los tribunales nacionales tendrían de manera excepcional la oportunidad de cuestionar el fondo de un laudo en su fase de ejecución cuando deba garantizarse el orden público. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), admite a cada Estado signatario el derecho de denegar la ejecución de una resolución arbitral en el que “el reconocimiento o la ejecución del laudo sería contrario al orden público de ese país”¹⁶².

En el Caso Nordsee (1982), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual TJUE) rechazó la asimilación del tribunal arbitral al concepto de “órgano jurisdiccional” para los efectos de la cuestión prejudicial¹⁶³. El TJUE señaló que, si bien existen ciertas similitudes entre las actividades de un arbitraje y un tribunal judicial

162 ASON, Agnieszka. “Antitrust Arbitration and Public Policy”. En: Queen Mary Law Journal, Volume 3, Conference Edition, 2013. p. 3. El artículo se encuentra en la página web [<http://www.law.qmul.ac.uk/docs/undergrad/92620.pdf>].

163 En el Caso Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH vs. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern Ag. & Co. Kg. y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern A. & Co. Kg., Asunto 102/81, las empresas germanas de armadores colaboraron en un programa de construcción de buques-factoría para la pesca (congeladores), lo que permitió la construcción de tres buques, puestos en servicio entre 1972 y 1973, razón por la cual fueron necesarios préstamos federales como asistencia financiera. Dichas empresas concluyeron el 27 de junio de 1973, un acuerdo según el cual todas las ayudas o asistencia procedente de créditos comunitarios (tal como brindaba el FEOGA) serían repartidas de forma interna entre las partes de dicho contrato (“contrato de *pool*”). Debido a que el acuerdo incluía una cláusula compromisoria en virtud del cual quedaba excluido cualquier recurso ante el juez ordinario, se plantea la demanda prejudicial por el presidente del Hanseatisches Oberlandesgericht de Brême, en su condición de árbitro nombrado por la Cámara de Comercio de Bremen, a falta de acuerdo entre las partes. La cuestión prejudicial planteada fue la siguiente: “Un tribunal arbitral alemán, que no debe resolver en equidad sino según la ley, y cuya sentencia tiene, entre las partes, los efectos de una decisión judicial con efecto de cosa juzgada (artículo 1.040 del Código Alemán de Procedimiento Civil), ¿es competente para apelar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a título prejudicial, en virtud del artículo 177, apartado dos, del tratado CEE?”. Cfr: MANUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. “Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1.849, 1999, disponible en [<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BM/issue/view/259>], p. 2.179.

ordinario –en la medida en que el arbitraje debe decidir de acuerdo al derecho y el laudo constituye *res judicata* entre las partes, con fuerza de cosa juzgada, y ejecutable a través del exequátur otorgado por un juez nacional–, no era suficiente para reconocer al árbitro el estatus de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy art. 267 del TFUE).

El TJUE fundamentó su posición en que el arbitraje no cumple el requisito de sometimiento obligatorio por disposición legal de un Estado miembro, una de las características de todo órgano jurisdiccional enunciado en el Caso Vaassen-Göbbels, ya que su constitución y funcionamiento es producto de la decisión y mandato de los particulares. En Nordsee, las partes se excluyeron del sometimiento del juez ordinario y convinieron en someterse al arbitraje de la Cámara de Comercio de Bremen¹⁶⁴, lo que determinó que, de acuerdo con el criterio asentado en este caso, los tribunales arbitrales no tienen la calidad de “órgano jurisdiccional” por la naturaleza propia del carácter optativo del foro. La falta de capacidad para que un tribunal arbitral se dirija directamente al TJUE se debe al hecho que las partes no tienen la obligación de someter su controversia al arbitraje por mandato de la autoridad nacional¹⁶⁵ ni un Estado miembro tiene injerencia alguna en el procedimiento arbitral (las autoridades públicas alemanas no pueden intervenir de oficio en un arbitraje)¹⁶⁶.

Con relación a si el árbitro debía o no pronunciarse sobre los alcances de una norma comunitaria aplicable al Caso Nordsee, el TJUE afirmó que la República Federal de Alemania es responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho comunitario, aunque ese deber no es confiado a los particulares¹⁶⁷.

164 Cabe indicar que para HUMBERTO ZUÑIGA SCHRODER la cláusula arbitral en el Caso Nordsee consignaba más bien la posibilidad de someterse al arbitraje o a las cortes ordinarias de justicia, lo cual no es exacto. Al respecto, ver ZUÑIGA SCHRODER. “Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo”, cit., p. 116.

165 Párrafo 11 de la sentencia de Nordsee de 23 de marzo de 1982.

166 Ídem.

167 Ídem.

El TJUE señaló en tal sentido que, si en un arbitraje se planteasen cuestiones de derecho comunitario, corresponderá a la justicia ordinaria examinarlas, bien en el marco de la asistencia que preste a los tribunales arbitrales o en supuestos excepcionales de control o ejecución de los laudos previstos por la legislación aplicable, preservando la naturaleza jurídica del arbitraje. Por tal motivo, un árbitro tiene autonomía de actuación en base al pacto arbitral y la normativa establecida por las partes; y, en el supuesto que una de las partes impugne el proceso o el laudo, excepcionalmente el juez nacional podría solicitar al TJUE la interpretación de las disposiciones del derecho comunitario que resulten aplicables, a través de los recursos que establezcan las legislaciones nacionales¹⁶⁸.

El criterio seguido por el TJUE se fundamenta en que la facultad o la obligación de formular la solicitud de interpretación prejudicial consagrados en el derecho comunitario está dirigido básicamente a los órganos vinculados con el sistema judicial o jurisdiccional de los Estados miembros, mas no al resto de jurisdicciones sin conexión estatal como es el arbitraje. Precisamente, el carácter privado del arbitraje consiste en que un Estado reconoce su independencia y autonomía, y aceptan que las decisiones arbitrales adquieran la calidad de cosa juzgada. El arbitraje funciona como una única instancia, en el que prima la voluntad de las partes de determinar el derecho aplicable y regular el procedimiento arbitral acorde a sus necesidades para solucionar la controversia¹⁶⁹. El carácter “privado” del arbitraje se expresa también en que no prevalece en su fuero el interés de velar por la evolución general del derecho comunitario. No obstante, de manera excepcional, la norma nacional puede admitir que un juez cuestione un arbitraje a fin de garantizar el orden público¹⁷⁰.

168 LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. “Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial”, cit., pp. 2.177 a 2.193.

169 *Ibíd.*, p. 2.180.

170 LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. “Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial”, cit.

Un sector de la doctrina cuestiona el parecer del TJUE señalando que no incluir a los árbitros dentro de los alcances del artículo 267 del TFUE podría tolerarse laudos contrarios al derecho de la UE, desalentando la interpretación y aplicación uniforme de la norma comunitaria en un ámbito importante donde se ejercen funciones jurisdiccionales¹⁷¹. El TJUE, al hacer frente a ese cuestionamiento, señala que no obstante haber denegado a los árbitros la calificación de “órgano jurisdiccionales”, el derecho comunitario debe ser respetado íntegramente en el territorio de todos los Estados miembros y las partes no pueden establecer excepciones a esa obligación, por lo que en determinados supuestos expresamente establecidos en la normativa interna los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían interponer un recurso en el marco del control del laudo arbitral.

De los argumentos esgrimidos, se puede señalar, por un lado, que la jurisdicción de un tribunal arbitral surge en exclusiva de un compromiso libremente asumido por las partes, donde el Estado no interviene en la designación de los árbitros ni el desarrollo del procedimiento. En el Caso Nordsee, el TJUE enfatizó que las autoridades alemanas no delegaron en el tribunal arbitral la función de salvaguardar el respeto del derecho comunitario¹⁷². Así mismo, el TJUE señaló que, si bien no queda del todo excluida la intervención judicial estatal en ejercicio de su función auxiliar del procedimiento arbitral o revisora del laudo de manera excepcional, no es suficiente para sustentar una vinculación estrecha del arbitraje con el sistema de administración de justicia de un Estado miembro al que alcanza la definición de “órgano jurisdiccional de un Estado miembro” del artículo 267 del TFUE. De esa forma, según Nordsee, las partes no pueden exceptuarse del derecho comunitario por lo que los tribunales judiciales tienen un papel que desempeñar¹⁷³.

171 ZÚÑIGA SCHRODER. “Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo”, cit., p. 117.

172 ÁNGEL SÁNCHEZ LEGIDO. *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa*, Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 227.

173 El párrafo 14 de la Sentencia de Nordsee señala que debe anotarse que si las preguntas de derecho comunitario son planteadas en un arbitraje privado, los tribunales ordinarios son llamados a examinarlas, ya sea en el contexto de su colaboración

Posteriormente, en el Caso Guy Denuit y Betty Cordenier, en una disputa entre dos viajeros y una agencia de viajes, el TJCE (hoy TJUE) negó la interpretación prejudicial porque la controversia fue sometida al Comité de Conflictos de Viajes por medio de un convenio arbitral celebrado de manera voluntaria entre las partes¹⁷⁴. Así mismo, se reiteró que las autoridades públicas de un Estado miembro no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento arbitral y la autoridad judicial del Estado miembro solo interviene en la etapa de ejecución del laudo arbitral.

En tal sentido, según el TJUE debido al carácter privativo del procedimiento arbitral no le corresponde velar por la interpretación uniforme del derecho comunitario. El principal debate que suscitó este sistema paralelo, fue el relativo a si las materias reguladas por las normas comunitarias eran susceptibles de arbitraje o más bien disposiciones reservadas a las entidades administrativas y a los jueces como órganos permanentes del aparato administrativo del Estado. En un primer momento, se sostenía que dada la naturaleza de orden público que se reconocía a las normas comunitarias, como las de libre competencia, se concluía que su aplicación no podía ser confiada a tribunales arbitrales¹⁷⁵. El panorama sobre la arbitrabilidad de las normas de libre competencia fue influido por la jurisprudencia y la doctrina estadounidense.

con los tribunales de arbitraje, en particular con el fin de ayudar a analizar ciertas cuestiones de procedimiento, de interpretación de la ley aplicable o en el curso de una revisión de un laudo arbitral. Por otra parte, el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 15 que "... los juzgados nacionales determinan si es necesario para ellos hacer una referencia al Tribunal en virtud del artículo 177 (hoy artículo 267) del Tratado con el fin de obtener la interpretación o la evaluación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que puede necesitar aplicar en el ejercicio de dichas funciones auxiliares o de supervisión".

174 Caso Guy Denuit y Betty Cordenier vs. Transorient-Mosaique Voyages et Culture S. A., sentencia del 27 de enero de 2005, Asunto C-125/04. El Comité de Conflictos de Viajes solicitó al TJCE la interpretación de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los paquetes turísticos.

175 ORTIZ BAQUERO. "El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo", cit., p. 4.

En los Estados Unidos, en el Caso American Safety contra Maguire (1968), la Corte Federal de ese país negó la arbitrabilidad de las normas de libre competencia al considerar que su aplicación involucraba la protección del interés general, por lo que la protección de los derechos de terceros no podía quedar confiada a los árbitros, quienes no disponían de los mismos recursos que los jueces nacionales¹⁷⁶. Sin embargo, luego de casi 20 años, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth Inc. (1985) dispuso que las normas de competencia formaban parte del orden público internacional y, por lo tanto, debían aplicarse en todos los conflictos, tanto si las partes lo habían solicitado, como si los árbitros actuaban por iniciativa propia. Producto de esa sentencia, los tribunales estatales europeos reconocieron que los árbitros desempeñan un rol importante en la aplicación privada de las normas *anti-trust*, y que contribuyen, junto con los jueces, a mantener el funcionamiento del mercado en condiciones competitivas¹⁷⁷.

Este proceso de aceptación del arbitraje fue ratificado por el TJUE en el Caso Eco Swiss China Time Ltd. contra Benetton International NV¹⁷⁸. En el Caso Eco Swiss (1997), el TJUE reiteró su posición sobre la imposibilidad que un tribunal de arbitraje plantee una solicitud

176 *Ibíd.*, p. 6.

177 *Ibíd.*, p. 7.

178 Caso C-126/97. Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden). "Competencia - aplicación de oficio por un tribunal arbitral del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea - facultad del juez nacional de anular los laudos arbitrales", sentencia de 1.º de junio de 1999. Cabe indicar que, en ese caso, el árbitro intentó persuadir al Tribunal de Justicia que los requisitos que califican a un órgano jurisdiccional son cumplidos por el tribunal arbitral enfatizando que básicamente fallará en derecho y no en equidad y, por consiguiente, tendrá en cuenta la ley nacional y el derecho originario y derivado de las Comunidades Europeas. Alegó, así mismo, que si bien el arbitraje fue determinado voluntariamente, la Cámara de Comercio de Bremen -a falta de acuerdo- designó al árbitro independientemente de las partes; y, en virtud del artículo 1040 del Código Alemán de Procedimiento, el laudo arbitral tiene entre las partes los efectos de una sentencia con calidad de cosa juzgada, con exclusión de cualquier recurso. Al respecto ver LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. "Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial", cit., pp. 2.177 a 2.193.

de interpretación prejudicial, y estableció las reglas que rigen la aplicación de las normas de competencia por parte de los árbitros y los deberes de los jueces nacionales en el control de la actividad que despliegan aquéllos. En ningún caso, las competencias que hoy se reconocen a los árbitros, les habilitan para invadir la órbita de acción de las entidades administrativas, como, por ejemplo, la imposición de multas.

La sentencia *Eco Swiss* propiciaría el debate sobre la competencia de los árbitros para aplicar de oficio las disposiciones comunitarias en materia de competencia y el deber de los jueces nacionales de controlar el cumplimiento de la labor arbitral. Antes de ese caso, el TJUE en el Caso *Jeroen van Schijndel* y otros contra *Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (Van Schijndel)*¹⁷⁹ dispuso que las normas de competencia comunitarias son normas imperativas, que deben ser aplicadas por los jueces nacionales incluso si las partes no las han invocado, siempre que el derecho interno aplicable a la controversia contemple igualmente la aplicación de oficio de las normas imperativas de carácter nacional (principio de equivalencia); y en los casos en que las normas procesales de carácter nacional imponen a los jueces un deber de pasividad, esto es, que solo pueden pronunciarse sobre los hechos y las pretensiones llevadas al proceso por las partes, este deber de pasividad prima sobre la obligación de los jueces de aplicar de oficio las normas de libre competencia¹⁸⁰. Para el TJUE, el principio dispositivo (las partes pueden ejercer sus derechos procesales en el momento indica-

179 Casos C-430/93 y C-431/93, sentencia de 14 diciembre de 1995.

180 Cabe indicar que, en ese caso, el árbitro intentó persuadir al Tribunal de Justicia que los requisitos que califican a un órgano jurisdiccional son cumplidos por el tribunal arbitral enfatizando que básicamente fallará en derecho y no en equidad y, por consiguiente, tendrá en cuenta la ley nacional y el derecho originario y derivado de las Comunidades Europeas. Alegó, asimismo, que si bien el arbitraje fue determinado voluntariamente, la Cámara de Comercio de Bremen –a falta de acuerdo– designó al árbitro independientemente de las partes; y, en virtud del artículo 1040 del Código Alemán de Procedimiento, el laudo arbitral tiene entre las partes los efectos de una sentencia con calidad de cosa juzgada, con exclusión de cualquier recurso. Cfr. LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. “Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial”, cit., pp. 2.177 a 2.193.

do por la ley) y la pasividad exigida a los jueces nacionales protegen el derecho de defensa y el adecuado desarrollo del procedimiento, ante los que debe ceder la intervención de oficio de los jueces. Sobre estas consideraciones de la sentencia Van Schijndel, se planteó la duda de si el deber de aplicar las normas de libre competencia de oficio se ampliaba también a los árbitros y en caso tal, cuáles serían los límites aplicables en el ejercicio de este deber.

En la sentencia Eco Swiss, el TJUE respondió varias solicitudes de interpretación prejudicial planteadas por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos), en el marco de un proceso relativo a la procedencia de un recurso de anulación interpuesto contra dos laudos arbitrales. La anulación de los laudos se había solicitado bajo el argumento de que su reconocimiento y ejecución serían contrarios al orden público, toda vez que conferirían valor a un contrato de licencia que era nulo con carácter absoluto por ser contrario al artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea. Cabe indicar que, durante el trámite del procedimiento arbitral, ninguna de las partes había invocado la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Solo una vez proferido el laudo, la parte vencida había optado por alegar la infracción del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea para impedir la ejecución del fallo.

B. El planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales que examinan la validez de un laudo

El TJUE señaló que los jueces nacionales son los encargados de verificar la adecuada interpretación y aplicación de las normas comunitarias por parte de los árbitros. También destacó que este sistema de control de los laudos debe fundarse en razones de carácter excepcional, con el fin de garantizar la efectividad y utilidad de la institución arbitral. En ese orden de ideas, teniendo como base el carácter de orden público de las normas comunitarias, el TJUE concluyó que los jueces que conforme a su normativa nacional deben declarar la nulidad de un laudo arbitral por la violación de las normas de orden público interno. En el curso de este procedimiento, los jueces pue-

den incluso plantear ante el TJUE solicitudes de interpretación prejudiciales de acuerdo con el artículo 267 del TFUE a fin de garantizar una aplicación adecuada de las normas comunitarias¹⁸¹.

La interpretación que se ha dado a la sentencia *Eco Swiss* por parte de la doctrina, ha hecho hincapié en que de manera excepcional se debe permitir que los jueces nacionales entren a revisar el fondo de los laudos arbitrales para evitar que se conviertan en una nueva instancia ante la cual se debata nuevamente una controversia ya zanjada. Así mismo, un sector amplio de la doctrina ha considerado que los árbitros también tienen el deber de aplicar las normas comunitarias, tanto si las partes así lo han requerido, como con carácter de oficio.

El deber asignado a los árbitros se sustenta en primer lugar sobre el principio de la ejecutabilidad de los laudos: si los árbitros deben adoptar laudos que puedan ser aplicados y ejecutados, deberán cumplir con las normas comunitarias como normas de orden público, tanto en los casos en que las partes han invocado su aplicación como en la circunstancia en que no lo hayan hecho. De no aplicar la normativa comunitaria, como sucedió en el *Caso Eco Swiss*, el laudo proferido podría ser objeto de anulación.

No obstante los argumentos anteriores, se cuestiona si la aplicación de oficio de la normativa comunitaria por los árbitros constituye más bien una vulneración de los límites establecidos por las partes en el pacto arbitral, y por ende, una trasgresión de la naturaleza privada del arbitraje. El abogado general del caso, ANTONIO SAGGIO, defendió la tesis que, al igual que los jueces, los árbitros suelen estar sometidos a los principios de pasividad y autonomía de la voluntad por parte del juzgador. Para el abogado SAGGIO, en la controversia suscitada entre *Eco Swiss* y la compañía *Benetton*, han debido aplicarse las conclusiones de la sentencia *Van Schijndel* y considerar que los árbitros solo pueden aplicar las normas de competencia cuando estas han sido invocadas por las partes en conflicto. El abogado general consideró, además, que no puede imponerse

181 *Caso C-126/97*, numeral 40 de la sentencia de 1.º de junio de 1999.

a los árbitros el deber de aplicar las normas comunitarias de oficio bajo el argumento del principio de cooperación no se aplica a los tribunales arbitrales dado que estos no se consideran órganos de los Estados miembros¹⁸².

El abogado general enfatizó que el principio de efecto directo en que se basa el ordenamiento comunitario europeo, alcanza solo a los jueces como órganos que pertenecen al sistema de administración de justicia de un Estado miembro, por lo que no se puede exigir a los árbitros que se aparten de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito y fundamentada la demanda por la parte litigante interesada en la aplicación de la norma elegida¹⁸³.

El TJCE destacó la importancia de la legislación comunitaria en el arbitraje y la situación de los tribunales arbitrales de no poder plantear cuestiones prejudiciales directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Siguiendo con lo señalado en el párrafo 14 en el caso *Nordsee*, el Tribunal de Justicia puso de relieve la necesidad de una interpretación uniforme del derecho comunitario, por lo que, ante ello, los tribunales judiciales nacionales, en el examen de los laudos arbitrales, deben ser capaces de plantear la cuestión prejudicial al TJCE.

En este orden de ideas, merece indicar que en principio los árbitros tienen limitado su campo de acción por las materias que las partes han sometido a su decisión a través del pacto arbitral. No obstante, pueden existir algunas infracciones a las normas comunitarias que dada su gravedad podrían generar la ruptura del orden público internacional, y que, como tales, podrían dar lugar a que los árbitros apliquen las normas comunitarias de oficio. Para un sector de la doctrina, para que la intervención de oficio tenga lugar, los árbitros han debido considerar que en caso de ignorar el derecho comunitario el laudo que podrían adoptar podría ser anulado. Es decir, deberán hacer un juicio atendiendo a su deber de adoptar

182 Conclusiones del abogado general SAGGIO, presentadas el 25 de febrero de 1999, numeral 30.

183 Conclusiones del abogado general SAGGIO, presentadas el 25 de febrero de 1999, numeral 26.

fallos que sean ejecutables, bajo pena que resulte evidente que la inaplicación de las disposiciones comunitarias constituya una causa de anulación del laudo arbitral¹⁸⁴.

A partir de los Casos Van Schijndel y Eco Swiss, los árbitros pueden aplicar las normas comunitarias incluso aunque las partes no hayan hecho mención de ellos, dada su naturaleza de orden público y, por ende, su carácter imperativo. En caso que debiendo aplicarse no lo han sido o se han aplicado de manera incorrecta, los jueces nacionales en el procedimiento de valoración del laudo arbitral pueden anular la decisión, siempre que las normas nacionales les faculten para adoptar decisiones semejantes en los casos de infracción de las normas de orden público internas. Dichos casos apelan a la noción de normas de orden público dirigido a los jueces y árbitros para que apliquen las normas comunitarias aun en los casos en que no existe una petición de parte.

El TJUE entonces ha precisado que si bien los árbitros tiene un deber de velar porque no se trasgreda el orden público comunitario, y si bien no pueden solicitar una interpretación del derecho comunitario de carácter prejudicial, no significa que no exista para el ordenamiento jurídico comunitario el interés de que toda norma comunitaria reciba una interpretación uniforme para evitar divergencias, por lo que corresponderá al juez nacional que deba pronunciarse sobre la validez de un laudo considerar la pertinencia de elevar una cuestión prejudicial al tribunal. Ciertamente, el problema radica en establecer en qué medida puede el juez nacional entrar a definir cómo en el procedimiento arbitral era procedente la aplicación de las normas comunitarias.

C. El carácter no permanente del arbitraje privado

El carácter permanente es una de las condiciones que toma en cuenta el test de calificación de una entidad que cumple funciones jurisdiccionales. El proceso arbitral, en cambio, tiene un carácter

184 ORTIZ BAQUERO. "El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo", p. 17.

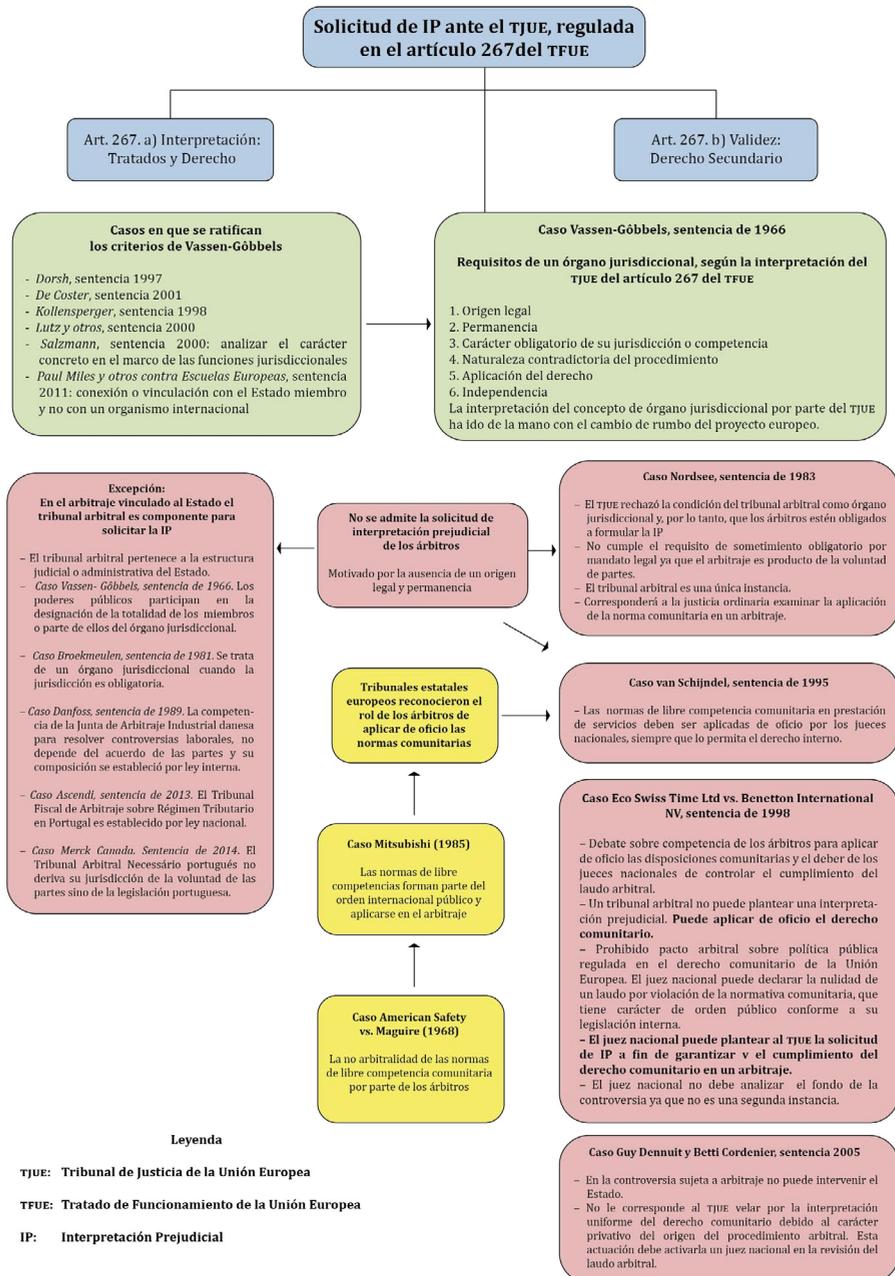
temporal, ya que se extingue cuando se dicta el laudo, por lo que, en principio, no cumpliría con una de las condiciones establecida desde 1966 a partir del Caso Vaassen-Göbbels.

En el Caso Meck Canadá, el TJUE conoció la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Arbitral Necesário de Portugal, un órgano de naturaleza arbitral, pero cuya jurisdicción es obligatoria para las partes. En su razonamiento, el TJUE consideró que se trataba de un órgano creado por ley, independiente, garante del principio contradictorio, y donde las partes estaban obligadas a su jurisdicción. Sin embargo, determinó que el tribunal no era permanente, ya que se extinguía una vez resuelta una controversia. En principio, se desvirtuaría el requisito de permanencia exigido a todo órgano jurisdiccional, aunque esa no fue la conclusión a la que arribó el TJUE.

El TJUE sopesó más el hecho que los Tribunales Arbitrales Necesário tengan un reconocimiento en la Constitución de Portugal y su carácter de obligatorio como factores determinantes para reconocerle la condición de “órgano jurisdiccional” portugués. Cabe indicar que ese matiz en la jurisprudencia abre las puertas de la cuestión prejudicial a órganos arbitrales “públicos”, donde las partes están obligadas a acudir para resolver sus diferencias¹⁸⁵.

185 MANUEL CIENFUEGOS hace referencia al Caso Dansk Industri, C400/93, sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1995, Rec. P. I-1275. Cfr. CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 10.

Figura 1. Interpretación prejudicial en la Unión Europea



Fuente: elaboración propia.

D. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para admitir la cuestión prejudicial formulada por los árbitros de carácter público

De la definición de “órgano jurisdiccional” dictaminado por el TJUE en el Caso Vaassen- Göbbels se desprende que los tribunales arbitrales, establecidos normalmente de conformidad con un acuerdo entre particulares, no tienen derecho a solicitar al TJUE la interpretación con carácter prejudicial del derecho de la UE, aunque esa decisión está matizada dependiendo de la naturaleza del arbitraje en cuestión. Esto es, el TJUE ha admitido la competencia de los tribunales de arbitraje de carácter público para solicitar la interpretación prejudicial ya que en aquéllos está de por medio la actuación estatal en diversas formas. Si bien, este importante cambio jurisprudencial se produjo en el contexto actual en el cual el arbitraje obligatorio ha ido cobrando un protagonismo *in crescendo* en los últimos tiempos a escala nacional en el escenario europeo, a fin de reducir la carga procesal de los tribunales nacionales en determinadas materias, tuvo como precedente la sentencia del TJUE en el Caso Danfoss.

En el Caso Danfoss¹⁸⁶, la Junta de Arbitraje Industrial danesa (*Den Faglige Voldgiftsret*) dirigió al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actual TJUE) una solicitud con arreglo al artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 267 del TFUE) para que resuelva varias cuestiones de interpretación prejudicial de la Directiva de la Comunidad Europea relativa a “la igualdad de remuneración”. La primera cuestión examinada por el TJUE, consistió en determinar si la Junta de Arbitraje Industrial podría solicitar al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas.

El Tribunal de Justicia señaló, en primer lugar, que según la legislación danesa, el sistema de arbitraje industrial se ocupa de los conflictos entre las partes de los convenios colectivos sin recurrir a los tribunales nacionales ordinarios. En ese sentido, el TJUE afirmó

186 Asunto C-109/88, sentencia de 17 de octubre de 1989.

que la competencia de la Junta de Arbitraje Industrial danesa no depende del acuerdo de las partes¹⁸⁷ e hizo hincapié que la composición del tribunal arbitral se fijó en la legislación interna, y por lo tanto, el arbitraje no estaba dentro del ámbito de discreción de los particulares. En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró que, en estas circunstancias, la Junta de Arbitraje Industrial debe ser considerada un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea (hoy art. 267 del TFUE).

La principal cuestión para el TJUE fue determinar si la Junta de Arbitraje Industrial que formulaba la consulta era suficientemente independiente del Estado miembro. A pesar de su vinculación con un Estado miembro, el TJUE determinó que se trataba de un tribunal que resuelve con independencia e imparcialidad, garantías que determinan que sea considerado un órgano jurisdiccional a los efectos de la interpretación prejudicial.

Tres años después de la entrada en vigor del Sistema de Arbitraje Nacional sobre el Régimen Tributario en Portugal, el TJUE, en el Caso Ascendi¹⁸⁸, finalmente emitió una decisión pionera en cuanto a la cuestión sustancial acerca de si el Tribunal Fiscal de Arbitraje en ese país podría ser considerado un verdadero “órgano jurisdiccional” a los efectos del mecanismo de interpretación prejudicial del artículo 267 del TFUE. En Ascendi, tras una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 4.º, 7.º y 10.º(a) de la Directiva 69/335/CEE del Consejo de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, el TJUE estableció que los tribunales de arbitraje que se ocupan de cuestiones fiscales debe considerarse un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del artículo 267 del TFUE.

187 Cabe hacer una precisión sobre el razonamiento del Tribunal de Justicia. Puede interpretarse que los particulares de alguna forma dieron su asentimiento al establecimiento del arbitraje ya que voluntariamente decidieron ser miembros del sindicato y formar parte de la negociación colectiva entre empleador y trabajador.

188 Caso 377/13, sentencia de 12 de junio de 2014.

La decisión no fue imprevista. De hecho, fue producto del precedente establecido en el caso Danfoss y de la condición especial del Tribunal Fiscal de Arbitraje en materia de impuestos de Portugal por su aparente similitud con cualquier tribunal nacional ordinario, que condujo al TJUE a concluir que se trataba de un verdadero órgano jurisdiccional. A la luz de su jurisprudencia, los factores que el TJUE tuvo en cuenta al realizar la evaluación fueron, a saber, si el órgano está establecido por la ley, es permanente, su jurisdicción es obligatoria, su procedimiento es contradictorio, es independiente y aplica normas de derecho, los cuales consideró cumplidos en Ascendi.

En relación con el origen legal del Tribunal Fiscal de Arbitraje en materia de impuestos, el TJUE tomó nota de que los tribunales arbitrales se incluyen en la lista de los tribunales nacionales mencionada por el artículo 209 de la Constitución de la República Portuguesa.

En cuanto al necesario carácter permanente, el TJUE consideró que a pesar de que es limitada la participación de la autoridad tributaria en la composición de los tribunales de arbitraje y la actividad arbitral termina una vez que se ha emitido la decisión final, el Tribunal Fiscal de Arbitraje en materia de impuestos, como un elemento del sistema judicial, cumple con el requisito necesario para ser considerado de carácter permanente.

La condición especial del Tribunal Fiscal de Arbitraje en materia de impuestos es particularmente visible en relación con el requisito de la jurisdicción obligatoria. En contraste con el arbitraje contractual, en que las partes contratantes no están obligadas, ya sea en derecho o de hecho, de someter la solución de sus controversias al arbitraje, en el arbitraje de impuestos una persona no está involucrada en la decisión de optar por el arbitraje y no pueden intervenir por su propia voluntad en el procedimiento arbitral. En otras palabras, la presentación de la controversia a arbitraje no está sujeta a un acuerdo previo entre las partes.

En cuanto a la exigencia de procedimiento contradictorio ante los tribunales de arbitraje en materia de impuestos, el TJUE consideró que tal requisito fue también ampliamente cumplido en Ascendi, ya que de conformidad con los artículos 16 y 28 del Decreto-Ley N.º 10 de 2011 del procedimiento de arbitraje se lleva a cabo con el respe-

to a los principios de igualdad entre las partes y la garantía del procedimiento contradictorio. Además, de conformidad con el artículo 2.º(2) del decreto-ley antes mencionado y según lo declarado por el TJUE en *Ascendi*, el Tribunal Arbitral Fiscal sigue criterios de estricta legalidad. Por otra parte, el recurso a la solución de la equidad está totalmente prohibida en el Arbitraje del Régimen Tributario.

En cuanto a la independencia del Tribunal Fiscal de Arbitraje en materia de impuestos, el TJUE señaló que, de acuerdo con el Régimen Arbitral de Impuesto portugués, los árbitros que componen el Tribunal de Arbitraje de Impuestos son nombrados por un órgano independiente –Junta de Ética del Centro de Arbitraje Administrativo– de una lista de potenciales candidatos elaboradas por esa institución. Además, de acuerdo con el mencionado decreto-ley, los árbitros deben respetar los principios de imparcialidad e independencia, así como los impedimentos para el ejercicio de la función de árbitro y la existencia de cualquier relación personal o profesional entre el árbitro y una de las partes en la controversia.

Por último, el carácter vinculante de las decisiones emitidas por el Tribunal Fiscal de Arbitraje, en especial hacia la Autoridad de Impuestos y Aduanas, fue otro fuerte indicio a favor de la afirmación del TJUE como un verdadero “órgano jurisdiccional”. El TJUE consideró que estaba meridianamente claro que en virtud del artículo 1.º del citado decreto-ley, los tribunales de arbitraje que se ocupan de asuntos fiscales emiten sentencias vinculantes de carácter jurisdiccional.

En el caso *Merck Canada Inc contra Accord Healthcare Ltd*¹⁸⁹, el TJUE sostuvo que un tribunal arbitral portugués podría plantear una solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia. De acuerdo con el TJUE, un tribunal arbitral convencional no es considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, ya que las partes contratantes no están obligadas, de derecho o de hecho, a dirimir sus diferencias en el arbitraje, ni las autoridades públicas del Estado miembro en cuestión participan en la decisión de optar por el arbitraje y no pueden intervenir por su propia voluntad

189 Caso C-555/13, sentencia de 13 febrero de 2014.

en el procedimiento arbitral. Sin embargo, el TJUE dictaminó que el tribunal portugués en cuestión, el Tribunal Arbitral Necessário, es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, a los efectos del procedimiento prejudicial porque cumple todos los requisitos para ser considerado un órgano jurisdiccional, incluyendo que su jurisdicción no se deriva de la voluntad de las partes sino a partir de la legislación portuguesa.

Es poco probable que la decisión en los Casos Ascendi y Merck se extienda a otros tipos de tribunales arbitrales, sobre todo desde que la decisión del TJUE se basó fundamentalmente en el hecho de que, contrario al arbitraje contractual en que las partes contratantes no están obligados, ya sea en la ley o de hecho, de elegir el arbitraje para solucionar las controversias, el arbitraje impuesto u obligatorio –al menos el arbitraje fiscal portugués– no está sujeto a un acuerdo previo entre las partes en cuanto a la presentación de la controversia al arbitraje ya que se deriva directamente de un mandato jurídico portugués. Incluso, se podría argumentar que la decisión del TJUE en los Casos Ascendi y Merck también ha servido para descartar cualquier posible oportunidad de que otros tipos de tribunales arbitrales puedan recurrir al mecanismo de la interpretación prejudicial. En puridad, la decisión del TJUE en Ascendi y Merck de admitir las consultas prejudiciales del arbitraje de derecho público en lo que no puede abstraerse el interés de velar por la interpretación uniforme del derecho comunitario, es coherente con su práctica jurisprudencial de no hacerlo respecto al arbitraje comercial fundamentados en principios y criterios radicalmente distintos¹⁹⁰.

De lo señalado en la sentencia Nordsee, el TJUE objetó que los tribunales arbitrales que se constituyan por libre acuerdo de las partes puedan formular cuestiones prejudiciales en el sentido del artículo 177 CE (actual art. 267 del TFUE), basado en el hecho que el árbitro carece de un vínculo suficientemente estrecho con el sistema de administración de justicia de los Estados miembros.

190 Este criterio sopesó a favor en la decisión en el Caso Broekmeulen, aunque no fue tomado en cuenta en los casos Unterweter y Nordsee al negar el carácter jurisdiccional del órgano que planteó la cuestión de interpretación prejudicial.

Este razonamiento parte de la premisa que la cuestión prejudicial se fundamenta en la relación de cooperación entre los jueces nacionales y el TJUE, a partir de la cual se debe delimitar el concepto de “órgano jurisdiccional de un Estado miembro” del artículo 267 del TFUE. Dicho criterio jurisprudencial fue confirmado más adelante en las sentencias *Eco Swiss* y *Denuit y Cordenier*. Es decir, la jurisprudencia del TJUE considera que solo las autoridades de los Estados miembros o los organismos a los que el Estado delegó las funciones para proteger jurídicamente a los particulares pueden plantear cuestiones prejudiciales. Por ese motivo, en la sentencia *Vaassen Göbbels* el Tribunal de Justicia admitió la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional, que sin pertenecer al sistema judicial formal de un país, está vinculada suficientemente a la administración pública de solución de controversias. El Tribunal de Justicia corroboró ese criterio y actuó en consecuencia en *Danfoss*, *Ascendi* y *Merck Canadá*, al admitir la consulta prejudicial planteada por órganos jurisdiccionales arbitrales públicos obligatorios para las personas, con un estatuto *sui generis* y particularidades que los diferencian de los tribunales arbitrales *stricto sensu*.

CAPÍTULO CUARTO
LA ADMISIBILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD ANDINA DE LAS SOLICITUDES
DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FORMULADAS
POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES

La interpretación prejudicial instituida en la Comunidad Andina está inspirada en el modelo de integración europeo de cooperación entre el órgano jurisdiccional nacional y la jurisdicción supranacional¹⁹¹. Dicho procedimiento de interpretación consiste en determinar el contenido y alcance de las normas jurídicas que configuran el derecho la Comunidad Andina, a fin de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario y, de esa manera, establecer una garantía para la seguridad jurídica y la efectiva aplicación de los derechos reconocidos a los particulares por el organismo subregional andino, que controle a su vez la efectividad de las normas de las instituciones comunitarias en los Estados miembros en base a la relación de cooperación entre las jurisdicciones de los ámbitos estatal y comunitario¹⁹².

191 PEROTTI. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino*, cit., p. 1.

192 PEROTTI. "Interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino. Incumplimiento. Consecuencias. El expediente New Yorker/Procter & Gamble", cit.

Por otra parte, cabe indicar que LAURENCE HELFER y KAREN ALTER señalan que son distintas las relaciones que los tribunales nacionales de los Estados de la Unión Europea y de la Comunidad Andina han desarrollado con sus respectivos tribunales supranacionales, a partir del análisis de la voluntad o reticencia de los jueces nacionales para participar en un diálogo con su colegas regionales, y sobre las diferencias en cómo los dos tribunales responden a las preguntas planteadas, que ha determinado que la interpretación preliminar juegue un papel más o menos decisivo contribuyendo al éxito del proceso de integración.

I. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE JUEZ NACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA ANDINA

A. La reserva de la interpretación prejudicial al juez nacional en los países miembros

El TJCA es competente para determinar lo que se entiende por juez nacional de acuerdo con el derecho interno de los Estados miembros

En el contexto europeo, la interpretación prejudicial ha sido el motor de la integración legal debido a que una amplia variedad de jueces nacionales de distinto nivel y especialidad al remitir consultas al órgano supranacional fueron aliados en apoyar los esfuerzos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para reforzar y ampliar la legislación comunitaria. En el ámbito andino la práctica es notablemente diferente. La pasividad y renuencia de los tribunales nacionales para servir como interlocutores ha influido en la naturaleza prescriptiva de las respuestas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así mismo, el órgano supranacional andino raramente ha emitido resoluciones con consecuencias determinantes para los litigios internos, teniendo una actuación más bien conservadora y fiel a la concepción limitada de la interpretación prejudicial del Acuerdo de Cartagena, dejando casos claves a discreción de los tribunales nacionales.

Una respuesta a la cuestión referida a por qué las cortes europeas están más dispuestas a colaborar con el Tribunal de Justicia, mientras que los jueces andinos siguen siendo reticentes, fue ensayada por JOSEPH WEILER, quien destacó tres factores para explicar el apoyo judicial nacional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer lugar, debido a la obligación legal formal para plantear preguntas de interpretación prejudicial. En segundo lugar, no había una presión adversa de terceros a la aceptación por parte de los tribunales nacionales de la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, y lo más importante, argumentó WEILER, la capacitación judicial. El autor identificó que los dos primeros factores también operan en la Comunidad Andina, aunque con menos fuerza. Con respecto al tercer factor, los jueces nacionales no son conscientes de su condición de aliados en un proyecto más amplio de construcción de la integración regional, donde el sistema judicial andino, creado más de un cuarto de siglo después del esquema europeo, se encuentra en una fase anterior al proceso de integración en Europa.

Las dos autoras postulan tres posibles respuestas: los jueces nacionales de los Estados miembros andinos pueden no ser tan independientes como sus homólogos en Europa; el apoyo de funcionarios o tecnócratas de las instancias administrativas a los jueces nacional es fundamental, lo que se demuestra con el desarrollo de una doctrina regional andina relativa a las normas de propiedad intelectual, que ha tenido como socio clave a la autoridad administrativa; y, el compromiso de más amplias redes de defensores de derecho de integración en los ámbitos político, social y académico que se esfuerzan por construir la integración y por lo tanto están comprometidos con hacer cumplir las normas internacionales. Si esta tercera explicación es correcta, entonces los esfuerzos audaces para constitucionalizar el derecho integracionista puede requerir el apoyo de redes compuestas por abogados, académicos, y jueces. Cfr. HELFER y ALTER. "The Andean Tribunal of Justice and its interlocutors: understanding preliminary reference patterns in the Andean Community", cit., pp. 920 a 928.

a los efectos de la interpretación prejudicial, lo que hace caso por caso¹⁹³. Es decir, el TJCA construye de manera autónoma la noción de “juez nacional” prevista en el artículo 33 de su Tratado de Creación –TCTJCA– y los artículos 122, 123, 127 y 128 de su Estatuto –ETJCA– para abarcar a los órganos que cumplen una función jurisdiccional¹⁹⁴.

Inicialmente, el TJCA adoptó la interpretación literal del artículo 33 del TCTJCA y los artículos 122, 123, 127 y 128 del ETJCA para señalar que solo los jueces nacionales de un Estado miembro tienen la capacidad de presentar una solicitud de interpretación prejudicial, considerando que la legislación comunitaria expresamente lo ha previsto así. En esa línea jurisprudencial, el TJCA en su sentencia emitida ante la consulta planteada por la doctora ÁNGELA RIVAS MARTÍNEZ¹⁹⁵, determinó que el legislador comunitario otorgó la capacidad de plantear solicitudes de interpretación prejudicial solo a los “jueces nacionales” de los países miembros, ya que se trataba de un mecanismo de cooperación que es utilizado por un tribunal vinculado a la justicia de un Estado¹⁹⁶.

B. La función jurisdiccional de los órganos estatales que no forman parte del sistema judicial de los países miembros

Las diferencias y la complejidad en la estructura judicial de los Estados miembros propiciaron que el TJCA considere que el concepto de jueces nacionales puede abarcar a órganos del Estado que cumplen funciones jurisdiccionales. En el Caso Sociedad Aktiebolaget Volvo (Caso Volvo), el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena admitió la competencia del Consejo de Estado de la República de Colombia para formular la consulta de interpretación

193 Proceso 1-IP-89, doctora ANGELA RIVAS MARTÍNEZ, sentencia de 25 de abril de 1989.

194 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit.

195 *Ibíd.*, p. 9.

196 Proceso n.º 1-IP-89, doctora ANGELA RIVAS MARTÍNEZ, sentencia de 25 de abril de 1989, considerando 3. Citado por CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 25.

prejudicial, señalando que, si bien se encuentra separado de la estructura del Poder Judicial, cumple funciones judiciales al actuar como máxima instancia en lo contencioso-administrativo según el artículo 141 literal c) de la Constitución Política de Colombia¹⁹⁷.

De su jurisprudencia resulta una noción amplia de juez nacional vinculado al sistema jurisdiccional de un Estado, dado que engloba también a las jurisdicciones constitucionales. El TJCA admitió, sin mayor precisión, la consulta de la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, de una interpretación prejudicial del artículo 1.º numeral 3 del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial orientada a establecer si se opone a las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Cartagena¹⁹⁸.

La jurisprudencia andina tuvo un punto de inflexión en el Caso Acción de Incumplimiento interpuesto por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Ecuador, por aplicar una medida calificada como “gravamen” a las importaciones de la subregión¹⁹⁹. En esta oportunidad, el TJCA estableció un conjunto de elementos que deben concurrir para calificar la condición de un órgano jurisdiccional en el sentido de la interpretación prejudicial. Al analizar las funciones de índole jurisdiccional que ejerció la Secretaría General de la CAN y que le condujo a plantear la acción de incumplimiento, el TJCA, sin pretender establecer una lista de *numerus clausus*, caracterizó las funciones de naturaleza jurisdiccional por su objeto de definir las cuestiones controvertidas, la independencia o autonomía (no sometimiento a instrucciones jerárquicas), la imparcialidad o neutralidad y la fuerza de cosa juzgada de sus resoluciones (a diferencia de las resoluciones administrativas que

197 Proceso n.º 1-IP-87, interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, sentencia de 3 de diciembre de 1987.

198 Proceso n.º 1-IP-96, Solicitud de Interpretación Prejudicial de los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º y 7.º de la Decisión 344 y 2 y 3 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en relación con el artículo 1.º, numeral 3 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Presentada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia de 9 de diciembre de 1996.

199 Proceso n.º 19-AI-99, sentencia de 2 de junio de 2000.

si bien se encuentran amparadas por una presunción de legalidad *iuris tamtum*, son susceptibles de una posterior revisión judicial).

Luego, el TJCA fue más allá y aceptó la consulta de interpretación prejudicial que provino del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (Caso Industrias Mayka S. A.), órgano administrativo que desempeña funciones formalmente de naturaleza jurisdiccional, fundamentando su decisión en que los organismos que cumplen funciones judiciales, conforme a la ley interna, están legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el derecho comunitario andino²⁰⁰. En ese caso, el TJCA efectuó una reflexión sobre el concepto de juez nacional establecido en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El órgano supranacional comunitario reconoció que la división del poder público en diferentes ramas genera problemas de identificación en relación con la naturaleza de los actos que se expiden, ya que hoy en día en un Estado existen variados órganos de producción normativa y varias formas jurídicas complementarias y entrelazadas, por lo que consideró que ya no es suficiente el uso del criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse solo a los que emanan de los jueces de la República. En ese enfoque argumentativo, el TJCA precisó que un Estado puede atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir resoluciones equivalentes a sentencias judiciales. Precisamente, en este caso el TJCA da un giro en su jurisprudencia e in-

200 Proceso 14-IP-2007, Interpretación prejudicial de los artículos 136, literales a) y b), 155, literales a), c) y d), 157, párrafo primero, 258, 259, párrafo primero y literal a), y 267 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y de oficio, de los artículos 238 y 268 de la mencionada Decisión, así como, el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Consulta formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal. Caso Industrias Mayka S.A., sentencia de 21 de marzo de 2007.

interpreta de manera amplia el concepto de juez nacional del artículo 33 del TCTJCA y los artículos 122, 123, 127 y 128 del ETJCA como aquel que ostenta la función judicial.

El TJCA concluyó en el caso Industrias Mayka S. A., que 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, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino y, de esa manera, se garantice la finalidad de la interpretación prejudicial consistente en la aplicación uniforme de la normativa comunitaria. En esa perspectiva, el Tribunal añade que es “entendible que un Estado atribuya funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales, por lo que se debe interpretar de manera amplia el concepto de ‘jueces nacionales’ mencionados en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 122, 123, 127 y 128 del Estatuto”²⁰¹. Añade que de esa manera se garantiza la aplicación uniforme de la norma comunitaria²⁰².

Un criterio similar fue desarrollado por el TJCA en el Caso Yanbal de Colombia S. A., con motivo de la formulación por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, de la consulta prejudicial de varios artículos de la Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. En dicho caso, se infiere que la interpretación amplia del concepto de juez nacional, abarcando a los órganos que por su carácter funcional actúan como jueces nacionales, para el TJCA consolida el principio de cooperación entre el órgano jurisdiccional nacional y el juez comunitario en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración.

201 Proceso 14-IP-2007, Sección VI-A, cuarto y quinto párrafo de la sentencia.

202 Proceso 14-IP-2007, Sección VI-A, sexto y séptimo párrafo de la sentencia.

C. La inclusión de órganos jurisdiccionales más allá de los jueces nacionales en la interpretación prejudicial

Cabe indicar que, en base a un criterio amplio, el TJCA efectuó una interpretación funcional al momento de determinar la capacidad de la Dirección de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú –INDECOPI– para solicitar la interpretación prejudicial en el Caso Marfor Producciones SRL vs. Exponáutica Perú²⁰³. El TJCA, de manera clara enunció las características que los órganos administrativos deben cumplir para ser considerados entidades con funciones de naturaleza jurisdiccional, a saber: 1) que sea constituido por mandato legal, 2) que se trate de un órgano permanente, 3) el carácter obligatorio de sus competencias, 4) el deber de aplicar las normas comunitarias, 5) el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo, y 5) la imparcialidad de sus actos. Luego de verificar que cada una de los criterios se cumpla en el caso, el TJCA concluye que la referida Dirección del INDECOPI actúa como juez nacional²⁰⁴.

De esa manera, en el desarrollo de la jurisprudencia se observa que la definición de “juez nacional” del TJCA se basó principalmente en la calificación que el ordenamiento nacional otorgaba al órgano consultante (teoría del reenvío o criterio orgánico)²⁰⁵, esto es, tomó en cuenta lo que el derecho interno señala para determinar si la entidad que formula la solicitud de interpretación prejudicial cumple funciones judiciales, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino. Luego, el TJCA acogió a entidades no judiciales con funciones ju-

203 Proceso 121-IP-2014, sentencia de 20 de noviembre de 2014.

204 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cambia así su criterio jurisprudencial. En la Providencia emitida el 9 de diciembre de 1993, respecto de la consulta formulada por el INDECOPI, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena declaró que carece de competencia para absolver la consulta presentada por el INDECOPI, por cuanto no ha aclarado la calidad de órgano jurisdiccional de dicha entidad.

205 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 26.

jurisdiccionales, elaborando así un concepto autónomo comunitario de juez nacional, que toma en cuenta la función que desempeña y la situación estatutaria reconocida en el sistema jurídico interno de un país (teoría de la adopción o funcional)²⁰⁶, estableciendo de esa manera determinadas condiciones que deben poseer los órganos jurisdiccionales nacionales para formular solicitudes de interpretación prejudicial²⁰⁷.

En resumen, la jurisprudencia del TJCA ha recalcado que le corresponde definir lo que se entiende por juez nacional a los fines de la interpretación prejudicial²⁰⁸ por tratarse de un concepto cuya construcción depende de un enfoque comunitario²⁰⁹, estableciendo un conjunto de características que definen a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro para los efectos de la interpretación prejudicial²¹⁰. De su jurisprudencia resulta una noción amplia, puesto que incluye a los órganos vinculados al Estado así calificados por los ordenamientos nacionales, a las jurisdicciones constitucionales y a los órganos administrativos.

206 *Ibíd.*, p. 9.

207 SÁNCHEZ LEGIDO. *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa*, cit., p. 298.

208 Providencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial del Perú –INDECOPI–, 9 de diciembre de 1993, párrafo III-1.

209 PEROTTI. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino*, cit., p. 10.

210 CIENFUEGOS MATEO. “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias”, cit., p. 9.

II. LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA PARA ADMITIR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL CASO DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

A. La actuación de los árbitros designados por las partes para aplicar el derecho

Hemos visto cómo la jurisprudencia del TJCA ha evolucionado, desde una interpretación circunscrita a lo establecido literalmente en su TCTJCA y ETJCA, para considerar como juez nacional a un órgano que, sin pertenecer formalmente al sistema de justicia un Estado miembro, cumple funciones jurisdiccionales. Para tal efecto, el TJCA ha identificado y desarrollado las condiciones que debe cumplir el órgano en cuestión para ser considerado juez nacional, a partir del análisis de la ley de un Estado miembro que regula el funcionamiento de la instancia decisoria en cuestión y su carácter que determina que actúa como un verdadero juez.

La facultad del TJCA de definir la calidad de juez nacional dejó la puerta abierta para considerar de manera amplia a los órganos no necesariamente integrantes del Poder Judicial de un país miembro sino a los vinculados con la potestad soberana del Estado de ejercer funciones jurisdiccionales, siempre que cumplan determinadas condiciones señaladas por la jurisprudencia andina. Una característica común dentro del concepto de juez nacional y órgano jurisdiccional que subyace en la jurisprudencia comunitaria consiste en que la entidad está investida de autoridad para ejercer la función de resolver los conflictos y determinar el derecho a través de los procedimientos establecidos legalmente, y que forme parte de la estructura jurisdiccional estatal.

El concepto amplio de juez nacional seguido por el TJCA conlleva a preguntarse si el paso inexorable en la evolución de la jurisprudencia andina en ese aspecto era, por una parte, reconocer a los tribunales arbitrales la condición de órgano jurisdiccional a los efectos de la interpretación prejudicial o, por el contrario, zanjar las diferencias de la naturaleza jurídica del arbitraje con dicha definición. El TJCA optó por lo primero. En el Caso Empresa de Teleco-

municaciones de Bogotá S. A. ESP (ETB S. A. ESP) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en el TCTJCA y ETJCA²¹¹, el TJCA

211 Proceso 03-AI-2010, sentencia de 26 de agosto de 2011. El caso se origina a partir de los contratos de acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia y la red de telefonía móvil celular, celebrados, por un lado, entre las empresas Comcel, OCCEL y Celcaribe; y, por otro lado, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP, firma administrada por el distrito de Bogotá con alcance nacional. En caso se presentase una controversia, se convino que su solución se sometería a un tribunal arbitral. En los tres casos se utilizó el arbitraje, emitiéndose los laudos respectivos el 15 de diciembre de 2006. El caso se remonta a fines de la década de 1990, cuando ETB y las compañías de telefonía móvil celular aplicaban cargos por interconexión para los servicios de larga distancia que proveían. La actual Comcel, que agrupa por fusión a tres operadoras de telefonía celular, acudió en 2004 a la vía arbitral demandando a ETB el pago de cargos de interconexión supuestamente adeudados. Los tres laudos fueron favorables a Comcel y ETB tuvo que pagar, cuestionando la decisión, la suma de US\$ 71 millones.

Los casos objetos de arbitraje eran susceptibles de aplicación de las normas andinas sobre conflictos de interconexión, por lo que la ETB inició el proceso de única instancia ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, solicitándole que requiera la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los artículos 3.º, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1.º, 3.º, 13, 32 y 35 de la Resolución 432, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

La empresa ETB alegó que el artículo 30 inciso final de la Decisión 462, y los artículos 13, 17 literal f) y 32 de la Resolución 432 tienen que ver con asuntos procesales para dirimir conflictos contractuales de interconexión que por pacto entre las partes pueden ser resueltos por un tribunal arbitral según el artículo 17 literal f) de la Resolución 432; y los conflictos técnicos, macroeconómicos, de competencia y regulatorios de la interconexión, solo pueden ser resueltos por la Autoridad de Telecomunicaciones, como lo señala el artículo 32 de la Resolución 432. La empresa ETB indica que la naturaleza del conflicto entre los operadores determinará la competencia del Tribunal Arbitral o la Autoridad de Telecomunicaciones. Para dicha empresa, la norma comunitaria excluye del arbitraje algunas materias, y, a su juicio, los laudos arbitrales modificaron una tarifa, conflicto que debía ser resuelto por la Autoridad de Telecomunicaciones mediante un proceso administrativo. Por ello, para ETB, el tribunal arbitral no tenía competencia para pronunciarse al respecto.

En atención al pedido de la ETB, el Consejo de Estado emitió una resolución negando el pedido de consulta de interpretación prejudicial, lo que motivó que dicha empresa ejerciera la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante la cual manifestó que su demanda tenía por objeto que el tribunal comunitario declare que la República de Colombia, a través del Consejo de Estado, incumplió con sus obligaciones contenidas en el organismo jurídico andino, en parti-

determinó 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, y los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. El TJCA añadió que 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; y 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 interpretación prejudicial actúan como jueces nacionales. Esto es, de acuerdo con la interpretación extensiva del TJCA, el tribunal arbitral que resuelve en derecho está incluido dentro del concepto de juez nacional, por lo que deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales. El TJCA justifica su decisión debido a la finalidad misma de la interpretación prejudicial de asegu-

cular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a interpretación prejudicial prevista en los artículos 4.º, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y ordene el cese el incumplimiento.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resolvió el 26 de agosto de 2011 declarando “a lugar” la demanda interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. (ETB) contra la República de Colombia, por no haber solicitado oportunamente la interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres laudos arbitrales. En consecuencia, el Tribunal de Justicia la República de Colombia debe proceder conforme lo establece el artículo 111 del Estatuto de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Cabe indicar que el artículo 111 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina regula lo siguiente sobre los efectos de la sentencia de incumplimiento: “El país miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia”.

rar la uniformidad de la aplicación de las normas comunitarias, por lo que los tribunales arbitrales, con capacidad para resolver controversias basadas en el derecho, no podrían abstraerse de obligación encargada a los Estados miembros de salvaguardar la legalidad y correcta aplicación del derecho comunitario.

A efecto de analizar de manera pormenorizada la sentencia del TJCA, se resumirá a continuación los principales argumentos de cada una de las partes.

Los argumentos de la empresa demandante (ETB) se pueden resumir en los siguientes:

- El Consejo de Estado ha sido reconocido por parte del TJCA como órgano competente para elevar solicitudes de interpretación prejudicial, conforme a lo señalado por el artículo 33 del TCTJCA.
- La competencia del tribunal arbitral para conocer la controversia en materia de interconexión telefónica debe determinarse en función de la interpretación de la normativa comunitaria correspondiente (arts. 3.º, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1.º, 3.º, 13, 32 y 35 de la Resolución 432).
- De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, los árbitros son particulares que de manera transitoria cumplen con la función de administrar justicia, constituye un proceso de única instancia, y el laudo arbitral tiene los mismos efectos que una sentencia con calidad de cosa juzgada y mérito ejecutivo.
- Los tribunales de arbitraje pueden conocer casos en que deban aplicarse normas andinas. El hecho que los árbitros sean particulares y no servidores públicos no implica que el Estado pierda la condición de garante de la adecuada impartición de la justicia comunitaria.
- El inciso 2.º del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN (consulta obligatoria) sobre interpretación prejudicial se refiere a todos los procesos, concepto dentro del cual caben los de anulación de laudos arbitrales.

- De acuerdo con el artículo 4.º del TCTJCA, los jueces y las personas que en cada país estén habilitadas para administrar justicia deben observar el derecho andino y que el Estado miembro es responsable de dicho cumplimiento.
- Los tres procesos de anulación de laudo arbitral iniciados por la ETB, en los cuales se solicitó al Consejo de Estado plantear la consulta de interpretación prejudicial al TJCA, son procesos en única instancia, por lo que se trata de la última oportunidad procesal para dar correcta aplicación a las normas procesales comunitarias andinas sobre interconexión, lo cual significa que la consulta de interpretación prejudicial es obligatoria y no facultativa. El Consejo de Estado no suspendió el proceso para formular la consulta de interpretación prejudicial, negó el pedido de la empresa ETB, y dictó sentencias en los tres procesos. La omisión del Consejo de Estado de suspender los procesos para solicitar la interpretación prejudicial se contrapone con la naturaleza de la consulta obligatoria en este caso a fin de garantizar la aplicación uniforme del ordenamiento andino en el territorio de los países miembros.

En resumen, el argumento de la empresa ETB se centra en que el arbitraje debe tomar en cuenta la norma comunitaria andina, ya que ejerce una función jurisdiccional porque imparte justicia y sus laudos tienen la calidad de una sentencia con cosa juzgada, aunque evita pronunciarse si le correspondía formular la consulta de interpretación prejudicial. En tal sentido, ETB señala que el juez nacional –en este caso, el Consejo de Estado de Colombia– está obligado a formular la consulta de interpretación prejudicial sobre los alcances de los artículos pertinentes de la Decisión 462 y la Resolución 432 con el objeto que el TJCA determine si cabe el arbitraje en materia de interconexión telefónica.

La República de Colombia basó su defensa en los siguientes argumentos:

- El arbitraje se deriva del pacto o cláusula compromisoria del contrato entre las partes, con la finalidad que se resuelva la diferencia por un tribunal privado designado *ad hoc*.
- No existe una norma originaria o derivada en la Comunidad Andina que disponga que existen aspectos no arbitrales.
- El arbitraje es una materia que se encuentra fuera del ámbito del derecho comunitario.
- El laudo es una decisión de única instancia que solo puede ser cuestionada ante la jurisdicción por errores *in procedendo*. Por consiguiente, el juez no puede revisar temas de fondo relacionados con la aparente falta de competencia del tribunal arbitral sobre asuntos vinculados a la interconexión en las telecomunicaciones.
- En dichos procesos de anulación de laudos no estaba en discusión disposiciones del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Por ello, resultó correcta la decisión del Consejo de Estado de no tramitar las consultas de interpretación prejudicial ante el TJCA.
- El TJCA no es competente para pronunciarse sobre la decisión del Consejo de Estado de Colombia ya que a este no le alcanza los efectos de la regulación comunitaria.
- Los laudos de los tres procedimientos arbitrales se basaron en las reglas y normativa que las empresas convocantes del arbitraje (OCCEL, Comcel y Celcaribe) determinaron voluntariamente, al considerar que las sumas que venían pagando a ETB por concepto de acceso a la red de telefonía no correspondían a los cargos de acceso máximos por minuto, establecidos en las resoluciones vigentes de la autoridad de comunicaciones de Colombia.
- En ningún momento del procedimiento las partes invocaron la aplicación del derecho comunitario para determinar si podía ser arbitrable o no el asunto materia de la controversia.

De lo expuesto, se podría señalar que la República de Colombia sustenta su posición en base a que el arbitraje forma parte de un ámbito de actuación de carácter privado distinto al que actúa un juez nacional, cuyo procedimiento y normas aplicables derivan de la voluntad y autonomía de las partes y, por ende, no está sujeto al derecho comunitario. Es decir, las partes sustraen la controversia de la jurisdicción estatal para encomendar su solución a un fuero privativo. Cabe indicar que Colombia implícitamente alega que el tribunal arbitral no cumple con las características que definen a un juez nacional: el órgano en cuestión debe ser establecido por la ley, debe ser permanente, debe respetar los requisitos del debido proceso, debe aplicar el derecho, y las personas bajo su jurisdicción deben ser obligadas a someter sus controversias ante él.

Por otra parte, Colombia hace mención a que el Consejo de Estado no podía dirigirse al TJCA ya que un laudo como decisión de única instancia solo puede ser revisado por errores *in procedendo* según la legislación interna. Cabe hacer notar el problema que subyace la revisión de los laudos porque podría poner en peligro la garantía de la intangibilidad de los laudos y la voluntad de las partes para establecer el marco de la actuación arbitral. Tampoco admite que el procedimiento arbitral o el laudo mismo pueda ser revisado por un tribunal nacional, en su calidad de garante del derecho comunitario. De esa forma, Colombia niega la posibilidad de la formulación de preguntas al órgano jurisdiccional comunitario, la cual fue admitida por la jurisprudencia europea en el caso Nordsee.

Luego de conocer las dos argumentaciones, el TJCA consideró lo siguiente:

- El Consejo de Estado de Colombia es un órgano jurisdiccional a los efectos de la interpretación prejudicial y debió solicitar al TJCA la interpretación prejudicial respecto a dos temas fundamentales: por un lado, si el tribunal arbitral puede o debe solicitar directamente la interpretación prejudicial; y por otro, si la falta de dicha solicitud generaría la nulidad del laudo por vulneración del debido proceso.

- El arbitraje responde a la necesidad mundial de encontrar sistemas alternativos para una más ágil e independiente administración de justicia. En el sistema arbitral las partes someten de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción. El arbitraje puede ser institucional (administrado por un centro de arbitraje) o *ad hoc* por árbitros independientes.
- Para el caso del arbitraje fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a lo preceptuado por la ley, incluyendo la comunitaria.
- El TJCA ya amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades que cumplen funciones jurisdiccionales.
- La jurisdicción proviene del latín *jurisdicti*, que quiere decir “acción de decir el derecho”, no de establecerlo, lo cual corresponde a la función específica de los jueces. La jurisdicción así entendida puede ser ejercida por un tribunal judicial o por un árbitro designado por las partes²¹². La justicia ordinaria o los árbitros independientes tienen iguales facultades, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del *imperium* del que disponen aquéllos.
- Los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez.
- Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia.
- Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales, actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales,

212 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina hace mención a la definición de jurisdicción en MANUEL OSSORIO. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1974, p. 409.

de acuerdo con la interpretación extensiva de la jurisprudencia del TJCA están incluidos dentro del concepto de juez nacional y por ello deben solicitar de manera directa la interpretación prejudicial, sin que sea necesaria la participación de organismos judiciales.

- El árbitro ejerce sus funciones por mandato de las partes en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad y un juez ordinario actúa en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.
- El concepto de juez nacional, de acuerdo con las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho.
- Los árbitros que actúan como única o última instancia están obligados a solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al TJCA. Así mismo, el factor de la duración excesiva de muchos procesos bajo la justicia ordinaria hace necesario que los árbitros se dirijan directamente al TJCA.
- El juez nacional debe garantizar que todos los operadores jurídicos nacionales cumplan en debida forma el orden comunitario y, para ello, se encuentran investidos de todas las prerrogativas que pudieran darse para cumplir dicha labor. Merece señalar que el TJCA no hace un mayor desarrollo al respecto a fin de garantizar la intangibilidad del laudo, salvo que, por causas excepcionales, pueda ser revisado.
- El Consejo de Estado de Colombia no puede argumentar que omitió elevar la solicitud de interpretación prejudicial ante el TJCA porque su legislación interna no permite someter a revisión el contenido de un laudo por una causal referida a la aplicación del derecho comunitario. Por el contrario, el Consejo de Estado está obligado a formular la solicitud de interpretación prejudicial debido a su condición de órgano jurisdiccional del

Estado miembro reconocido por el TJCA y a velar por la validez y eficacia del orden supranacional²¹³.

Desde un primer momento, el TJCA en el Proceso 03-AI-2010 plantea ir más allá y analiza si los árbitros son jueces nacionales a los efectos del planteamiento de consultas prejudiciales. El Tribunal de Justicia parte en reconocer la importancia del arbitraje frente a la problemática derivada de la carga procesal y la dilación de los procesos de los sistemas judiciales de los países miembros. Luego, considera a un tribunal arbitral como un “juez nacional” de acuerdo con el artículo 33 del TCTJCA estando en capacidad de solicitar interpretaciones prejudiciales, distanciándose del criterio establecido en la jurisprudencia europea a partir del Asunto 102/81-Nordsee y seguido, por ejemplo, en el Asunto 125/04, Guy Denuit²¹⁴. Para sustentar su posición, el TJCA alude a los siguientes criterios que asemejan al tribunal arbitral al concepto de juez nacional a los efectos de interpretación prejudicial:

1. Se trata de un sistema de administración de justicia;
2. La capacidad jurisdiccional puede tener su origen legal o convencional;
3. Las controversias son susceptibles de transacción;
4. El arbitraje es de derecho;
5. El arbitraje es imparcial ya que los árbitros, al igual que los jueces, pueden ser recusados;

213 Nótese que la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, a diferencia de la Unión Europea, no está dirigida a determinar la validez sino la interpretación uniforme del derecho comunitario.

214 Asunto 125/04, sentencia de 27 de enero de 2005.

6. La resolución que emite y pone fin a la controversia tiene carácter de cosa juzgada;
7. En el arbitraje puede resultar aplicable el ordenamiento jurídico andino por lo que es necesaria la interpretación del TJCA.

El TJCA justificó la asimilación de los conceptos de juez y árbitro aduciendo que de esa forma evita que existan operadores jurídicos con funciones jurisdiccionales aplicando el derecho comunitario sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario y de esa forma evitar la “afectación de la validez y eficacia del orden supranacional”. En su razonamiento, el TJCA no tomó en cuenta el carácter optativo del arbitraje, el ámbito privativo de la jurisdicción arbitral, la constitución y regulación del procedimiento arbitral por las partes y la falta de injerencia alguna del poder jurisdiccional estatal en los laudos, argumentos que, por el contrario, llevaron al TJUE a concluir que un tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional y, por tanto, no está obligado a solicitar la interpretación prejudicial.

Otro aspecto importante a abordar es el control a cargo de los jueces nacionales del laudo arbitral. El TJCA determinó que le corresponderá al tribunal arbitral solicitar al órgano judicial supranacional la interpretación de la norma comunitaria aplicable al caso y, en caso no lo haya hecho o no haya respetado la interpretación prejudicial, le corresponderá al juez nacional revisar el laudo. De no haberse tomado en cuenta la interpretación prejudicial del derecho comunitario, un defecto procedimental afectaría la validez del laudo arbitral y, por ende, una de las partes o el juez de oficio podría solicitar la declaración de su nulidad a través de un recurso de anulación. En resumen, el TJCA reconoce en el juez nacional la función de control sobre el laudo arbitral a través del mecanismo de la interpretación prejudicial para garantizar la interpretación uniforme del derecho comunitario. Cabe indicar que en el Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd.*, el TJUE determinó que solo un juez nacional debe efectuar un control sobre el laudo mediante el recurso de la interpretación prejudicial cuando se discuta la aplicación de la norma comunitaria.

La solicitud de interpretación prejudicial por los árbitros contraviene la naturaleza de procedimiento arbitral ya que implicará la suspensión del proceso principal hasta que el TJCA efectúe la interpretación prejudicial del derecho comunitario aplicable al caso, la causal de anulación puede ser presentada por un juez nacional de oficio incluso en la etapa de ejecución del laudo sin tener en cuenta que debe presentarse oportunamente, la causal no está explícitamente prevista en la norma interna, la causal está motivada en una sentencia del TJCA y el juez nacional puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia e incluso expedir una sentencia sustitutiva mediando la interpretación prejudicial omitida por el tribunal arbitral. Por ese motivo, en el control judicial del arbitraje por la existencia de errores *in iudicando* cabe cuestionarse acerca del momento de la presentación de la nulidad, las causales y los efectos de la declaración de nulidad de un laudo.

Debe tener presente que las partes también pueden solicitar al juez nacional de la causa o a los árbitros que realice la solicitud de interpretación prejudicial cuando sea de única instancia o la instancia final. Esta causal de anulación impone una diligencia debida a los árbitros, puesto que en el Caso ETB fue irrelevante la conducta desplegada por las partes dentro del arbitraje porque el TJCA 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 era de su interés.

B. La actuación de los árbitros como jueces de última instancia

La sentencia del TJCA en el Caso Empresas de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. (Proceso 03-AI-2010) determinó que los tribunales arbitrales tienen la obligación de solicitar al TJCA la “interpretación prejudicial”.

Para determinar el significado de las normas comunitarias involucradas en la controversia, con el fin de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, puesto que, en caso contrario, se configuraría un defecto procedimental

que afectaría la validez del laudo arbitral. A partir de ese criterio jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia, en el Caso Comunicación Celular Comcel S. A., plantea la consulta de interpretación prejudicial en el proceso arbitral²¹⁵ de varios artículos de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina²¹⁶.

La Sección Tercera del Consejo de Estado solicitó dicha interpretación prejudicial advirtiendo que ninguna de las partes en el arbitraje invocó una posible transgresión de las normas comunitarias andinas en materia de interconexión en telecomunicaciones; precisando que algunas normas comunitarias podrían ser aplicables al caso y que el Consejo de Estado –a través del recurso extraordinario de anulación del laudo– solo es competente para conocer de los posibles defectos por errores *in procedendo*, sin que pueda analizar aspectos sustanciales. La Sección Tercera del citado Consejo añadió que, de conformidad con el accionar limitado que tiene en relación con el recurso extraordinario de anulación, no es la instancia competente para determinar las normas ni los parámetros interpretativos en relación con el caso.

215 Proceso 57-IP-2012, sentencia de 11 de julio de 2012. Las sociedades Empresas Públicas de Medellín EPM ESP, y Comunicación Celular S. A., Comcel S. A., celebraron en el 2005 un contrato para el acceso, uso e interconexión directa de telefonía. Comcel presentó el 28 de diciembre de 2007 una demanda arbitral contra la sociedad EPM Telecomunicaciones, alegando que actuó de manera negligente respecto de sus obligaciones contractuales, dado que se advirtió la existencia de irregularidades en las adjudicaciones de líneas de telefonía, lo cual le causó perjuicios patrimoniales. El Tribunal de Arbitraje expidió laudo el 29 de mayo de 2010 que declara la prosperidad de la pretensión “a-i”, en el sentido de definir que EPM Telecomunicaciones S. A. ESP fue negligente en el cumplimiento de la obligación contractual. La empresa interpuso recurso extraordinario de anulación contra el laudo mencionado anteriormente porque, de acuerdo con la ley que regula el arbitraje en Colombia (Dcto. 1818 de 1996), no se constituyó el Tribunal de Arbitramento en forma legal y cuando los árbitros fallaron en conciencia cuando debieron hacerlo en derecho (aunque sin alegar la eventual inobservancia de normas andinas que regulan la materia).

216 Específicamente, se trata de los artículos 2.º, 3.º y 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y 1.º, 3.º, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

El TJCA se pronunció en siguiente sentido:

- El ordenamiento jurídico comunitario andino, en virtud de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los países miembros. En tal sentido, los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente.
- La norma comunitaria andina es susceptible de interpretación por parte del operador jurídico. Para evitar interpretaciones diferentes de cada operador jurídico y con el fin de garantizar la validez y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, se instituyó la figura de la interpretación prejudicial.
- Teniendo en cuenta que la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la norma comunitaria andina, es muy importante que el conjunto de operadores jurídicos aplique la normativa subregional en un mismo sentido.
- Reitera la interpretación extensiva de la sentencia expedida en el Proceso 03-AI-2010 ampliando el concepto de juez nacional para incluir a los árbitros. Al respecto, señala que los árbitros son de única o última instancia, resuelven en derecho y conocen los procesos donde se deba aplicar o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.
- La consulta de interpretación prejudicial es obligatoria para los tribunales nacionales de última instancia ordinaria. Por ende, un tribunal arbitral está obligado a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, sin que eso signifique que se atenta contra su independencia, pues, en este caso, actúa como juez comunitario.
- La suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye 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 en la normativa nacional como una regla procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser percibido como una violación al debido proceso. Entonces, una violación del debido proceso en un caso que se controvierte debería acarrear su nulidad, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.

- El Consejo de Estado, al que la jurisprudencia andina ha reconocido la condición de juez nacional, actuando como juez comunitario, debe salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, cuando se enfrente a un recurso extraordinario debe tener en cuenta una serie de criterios.
- Los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien delimitadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio. El carácter de dicho recurso de anulación que prevé la ley colombiana, no debe ser impedimento para que el Consejo de Estado, actuando como juez comunitario, vele por la interpretación uniforme de la norma comunitaria andina.
- El TJCA se coloca en dos hipótesis que se pueden presentar cuando el juez nacional (Consejo de Estado) se enfrenta al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral:
 - a. Que el recurso extraordinario se sustente en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia, el juez debe declarar la nulidad o invalidez de la sentencia. De conformidad con lo que disponga su normativa procesal interna, deberá:
 - Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que emita

una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el TJCA.

- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, y este debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia.

- b. Que el recurso extraordinario no se sustente en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiera a la interpretación de normas comunitarias. El Consejo de Estado, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad del laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. La falta de interpretación prejudicial, de conformidad con los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normativa interna.

La posición de considerar al arbitraje como última instancia obligada a formular la interpretación prejudicial ante el TJCA, fue ratificada en el Caso Comunicación Celular Comcel S. A. (demandante) contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ETB. En esa oportunidad, el TJCA tomó como precedentes la jurisprudencia contenida en los Procesos 03-AI-2003 y 57-IP-2012 que incorporan al árbitro dentro del concepto de juez nacional, y al no haber recurso ulterior sobre el laudo, el tribunal arbitral tiene el deber de suspender el proceso y plantear la consulta de interpretación prejudicial.

En los casos en mención el TJCA establece que el tribunal arbitral actúa como un juez de única y última instancia y, por lo tanto, está obligado a formular la consulta de interpretación prejudicial. Con respecto al incumplimiento de dicha obligación, el artículo 128 del

Estatuto del TJCA establece 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 esta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”.

La jurisprudencia andina ha señalado que no plantear la consulta 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. Hemos advertido que el mecanismo de la interpretación prejudicial se fundamenta en la cooperación entre los sistemas judiciales nacionales y la jurisdicción supranacional con el fin de procurar la uniformidad y la seguridad jurídica del Derecho Comunitario Andino, sin que medie una subordinación entre ambas. Por ello, la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria tiene por objetivo impedir que se desarrolle en un país miembro una jurisprudencia nacional incompatible con la interpretación de las normas de derecho comunitario. Dependerá entonces del juez nacional o árbitro, la evaluación de si es necesaria o no la aplicación de normas de derecho comunitario dentro del proceso. Debe el juez nacional constatar que dicho trámite se justifica y de no procederse de esa forma, se dilataría injustificadamente los procesos violando los principios de economía procesal²¹⁷.

Los árbitros son considerados jueces nacionales, por consiguiente, son destinatarios de las disposiciones comunitarias. En lo que concierne a la suspensión del procedimiento de arbitraje para solicitar la interpretación prejudicial ante el TJCA y velar por la correcta interpretación y efectividad del derecho comunitario, esta situación parecería colisionar con los principios que lo orientan, tales como la independencia de los árbitros, la autonomía de las partes en su conducción, la celeridad y el carácter temporal de sus competencias²¹⁸. Un sector de la doctrina incluso sostiene que la suspen-

217 Proceso 2-IP-1991

218 ORTIZ BAQUERO. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”, cit., p. 34.

sión será procedente cuando las partes acuerden su aplicación o los árbitros la estimen necesaria a fin de evitar que el laudo sea anulado por no plantear la consulta de interpretación prejudicial²¹⁹. La sentencia del TJCA en el Proceso 03-AI-2010, determina que debe suspenderse el proceso a fin de evitar un riesgo real de que el laudo puede llegar a ser declarado nulo, independiente de que las partes hayan dado su autorización manifiesta a la suspensión.

Respecto al suministro de información, cabe señalar que los jueces están obligados a enviar copia de las sentencias que toman en cuenta la interpretación de las normas del derecho comunitario efectuada por el TJCA. La operatividad de esta obligación para los tribunales arbitrales puede ser difícil, ya que colisiona contra los motivos que tiene las partes para elegir el arbitraje: buscar una adecuada protección de la información que está bajo secreto empresarial, salvaguardar los intereses y el prestigio de los contenientes, evitar interferencias en el funcionamiento e independencia del procedimiento arbitral, etc. Por ello, habrá casos en que no se podrá develar o suministrar la información al órgano comunitario. La recopilación de los laudos depende de los centros de arbitraje, por lo que no puede imponerse a los Estados miembros una obligación de control en este aspecto. Hay que tener en cuenta que, por las características propias de los procedimientos arbitrales, el conocimiento de los laudos está limitado a las partes y a los árbitros.

El Tribunal de Justicia reitera los criterios para calificar como “juez nacional” al tribunal arbitral aunque prescinde de analizar la naturaleza jurídica de la consulta prejudicial que vincula solo a los órganos jurisdiccionales del país miembro y supranacional comunitario y las características distintivas del arbitraje que lo hacen inconsistente con su asimilación a la noción de “juez nacional”. El Tribunal justifica su posición, argumentando la necesidad de garantizar que todos los operadores jurídicos que conocen y resuelven controversias entre los particulares apliquen la interpretación

219 Ídem.

proporcionada por el Tribunal, única vía para que el Derecho Comunitario Andino sea interpretado y aplicado de manera uniforme.

C. La actuación de los árbitros como juez comunitario para asegurar la aplicación uniforme de la norma comunitaria

En el Proceso 161-IP-2013, Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP contra UNE EPM Telecomunicaciones S. A., interpretación prejudicial solicitada por el tribunal arbitral conformado para dirimir la controversia suscitada entre ambas empresas sobre las condiciones para la interconexión de redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones²²⁰, se resalta la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros, en tanto la solicitud provenga de un juez nacional con competencia para actuar como juez comunitario, como lo es el Tribunal Arbitral Consultante, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso conforme a lo establecido por el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con lo previsto en los artículos 2.º, 4.º y 121 del Estatuto del Tribunal²²¹. Cabe resalta la mención al artículo 4.º del Estatuto por cuanto esta disposición en varios casos ha sido mencionada por la jurisprudencia andina para reforzar la interpretación extensiva del concepto de juez nacional e incluir a los árbitros argumentando que el legislador comunitario le otorgó al Tribunal de Justicia la obligación de declarar el derecho andino y asegurar su aplicación en interpretación uniforme en todos los países miembros.

El criterio ha sido ratificado en las consultas de interpretación prejudicial planteadas por tribunales arbitrales en el Caso Secreto

220 Consulta sobre interpretación prejudicial del artículo 30 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y de los artículos 3.º, 7.º, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

221 Sentencia del 13 de mayo de 2014, numeral 46.

Empresarial Compañía Telemka S. A.²²², Caso P. Kooij En Zonen B. V. y Suata Plants S. A.²²³ y Caso Comunicación Celular S. A. (Comcel S. A.) contra UNE EPM Telecomunicaciones S. A. Actor: Comcel S. A.²²⁴.

Cabe analizar, por otra parte, si la actuación de los árbitros como juez comunitario para asegurar la interpretación y aplicación uniforme de la norma comunitaria se puede derivar del deber de cooperación leal, previsto en el artículo 4.º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. Merece analizarse cómo alcanza el deber de cooperación establecido de los tribunales nacionales con la Comunidad Andina en su conjunto para garantizar la aplicación efectiva e interpretación uniforme del derecho comunitario.

La redacción del artículo 4.º deja claro que hay dos tipos de obligaciones de los países miembros, esencialmente un deber positivo de ayudar y un deber “negativo” de no obstaculizar. Bajo ese enfoque, podríamos señalar que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia ha impuesto el deber a los países miembros para cooperar a que funcione el sistema legal comunitario conforme a los objetivos de la Comunidad, y un deber que corresponde a evitar cualquier acción que interfiera con ese propósito.

Ciertamente esta disposición es amplia y hace que se aplique a una extensa variedad de situaciones. La doctrina que analiza este principio plasmado en el artículo 4.º(3) del Tratado de la Unión Europea, señala que el mismo no impone obligaciones *per se* y su efecto depende de las otras normas o política de la Comunidad que explique los objetivos para los que hace falta cooperación. Es decir, el principio

222 Proceso 262-IP-2013, Caso Secreto Empresarial. Interpretación prejudicial de los artículos 260 y 262 literales a) y b) y último párrafo de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, solicitada por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito. Interpretación del 20 de marzo de 2014.

223 Proceso 204-IP-2013, Interpretación prejudicial de los artículos 238, 239, 241, 243, 244 y 245 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina; artículos 8.º, 14, 17, 23 y 24 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; y, artículo 5.º de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina; solicitada por el Tribunal de Arbitramento, Centro de Arbitraje y Conciliación - Cámara de Comercio de Bogotá, interpretación del 25 de agosto de 2014.

224 Proceso 79-IP-2014, interpretación del 25 de agosto de 2014.

se aplica cuando hay una norma o la política comunitaria que regula un aspecto que se corresponde con el objetivo de la integración.

La jurisprudencia andina se ha referido a la cooperación leal cuando han estado de por medio actuaciones de autoridades gubernamentales, a través de medidas legislativas, ejecutivas o administrativas²²⁵. Si bien puede tener una amplitud de manifestaciones, este principio podría expresarse también en el deber de los tribunales ordinarios nacionales para proteger y hacer cumplir los derechos conferidos por el derecho comunitario, y para ello, debe activar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia.

III. REFLEXIONES EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS ÁRBITROS EN LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

El TJCA ha aplicado un concepto amplio de juez nacional a los efectos de la interpretación prejudicial. En un primer momento, ha considerado como jueces nacionales a los órganos del Estado que cumplen funciones jurisdiccionales, aunque no formen parte del sistema judicial de un país miembro, en base a la calificación dada por la legislación nacional y las condiciones que ostenta el órgano consultante. Esta interpretación extensiva se ha orientado a garantizar la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario en los distintos ámbitos donde se controvierta un derecho, sea aplicable la normativa andina y el Estado ejerza la función jurisdiccional. De esa manera, se habría establecido un sistema amplio de interlocutores con capacidad jurisdiccional que dialogan con el TJCA a través del mecanismo de interpretación prejudicial.

El giro que hace la jurisprudencia andina en el citado Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP se debe a la decisión pionera del TJCA de equiparar a los tribunales arbitrales con los

225 Puede verse, por ejemplo, los casos consignados en el Proceso 118-AI-2003, acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General contra la República de Colombia, 14 de abril de 2005; y Proceso 69-IP-2013, interpretación prejudicial formulada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 25 de abril de 2013.

jueces de los Estados miembros a fin de asegurar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario²²⁶, receptores de las obligaciones y preceptos emanados del derecho comunitario, plantea una situación nueva en el desarrollo del mecanismo de interpretación prejudicial en la Comunidad Andina. A partir del Caso ETB de 2011, se circunscribió el debate sobre la competencia de los árbitros de solicitar de oficio la interpretación de la norma comunitaria aplicable y el deber de los jueces nacionales de evaluar el laudo arbitral. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina observó que, según los hechos, ninguna de las partes había invocado en el proceso arbitral la aplicación de la norma comunitaria y que la parte vencida lo había hecho para impedir la ejecución del laudo.

De esa manera, el TJCA estableció que los árbitros formarían parte del modelo de cooperación y descentralización establecido entre los órganos jurisdiccionales estatales y el TJCA. En este sentido, la jurisprudencia consideró que los árbitros, al ser operadores del derecho, disfrutaban de las mismas competencias y obligaciones que los jueces estatales.

En el Caso ETB S. A., el TJCA determinó que los árbitros tienen el deber legal de formular la consulta prejudicial si las partes lo han requerido o a pedido de oficio. Esto último se puede sustentar en su condición de juez comunitario y su obligación de velar por la ejecución de los laudos y, de esa manera, evitar que no sea impugnado por incumplir con las normas comunitarias. De esa manera, el tribunal arbitral deberá determinar la pertinencia de plantear una consulta de interpretación prejudicial y suspender el proceso en caso considere que la solución de la controversia depende de la aplicación de una norma comunitaria. El pacto arbitral no debiera poner en entredicho esa obligación. Este deber emana de su rol de juez comunitario que determina que el árbitro esté obligado a garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones comunitarias a

226 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sustenta su decisión de admitir la capacidad de los tribunales arbitrales de derecho público debido a su vinculación con el sistema jurisdiccional de un Estado miembro, en el contexto en el cual los países impulsan el arbitraje en determinados sectores frente a la carga procesal existente.

pesar que la suspensión del procedimiento arbitral o la aplicación de una norma comunitaria no hayan sido previstas por las partes.

Los árbitros suelen estar sometidos al principio dispositivo, esto es, que su labor debe cumplirse dentro del marco de los hechos y las controversias fijadas por las partes, y por consiguiente, están obligados a aplicar las normas solo en la medida que han sido invocadas por los contendientes.

Cabe indicar que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia estadounidense y europea acepta que los árbitros tienen el deber de aplicar las normas pertenecientes al orden público internacional, tanto si las partes las han invocado como fundamento de sus pretensiones, como si ellas han guardado silencio al respecto. El cumplimiento de esta obligación a cargo de los árbitros está vinculado con el control que los jueces nacionales realizan sobre el desempeño y el laudo que emiten. Este control, denominado como *second look*, es una forma excepcional que permite revisar si las normas de orden público han sido aplicadas por los árbitros de manera apropiada²²⁷.

Este sistema de control ha sido desarrollado en la UE, y consiste en que los jueces nacionales, a petición de parte o de oficio, evalúan si los árbitros han aplicado las normas comunitarias o lo han hecho de forma correcta. Si no lo ha sido, se podrá anular el laudo arbitral siempre y cuando las normas internas lo prevean así (principio de equivalencia)²²⁸ o a través del mecanismo de interpretación prejudicial.

El buen uso de este control depende de las normas procesales de carácter nacional y de la interpretación prejudicial del TJCA: las causales extraordinarias previstas deben estar establecidas en la ley y la sentencia interpretativa del TJCA debe ser clara de manera que la impugnación del laudo no se convierta en una nueva instancia de revisión de la solución dada por los árbitros. La sentencia interpretativa prejudicial no puede ser amplia porque puede abrir

227 ORTIZ BAQUERO. "El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo", cit., p. 40.

228 *Ibíd.*, p. 41.

las puertas a la revisión de fondo de los laudos arbitrales y alentar la actitud especulativa de la parte que percibe que puede perder, en desmedro de la efectividad del arbitraje y el principio de seguridad jurídica. Por ese motivo, se ha propuesto establecer límites al control de los jueces nacionales en el proceso de revisión de los laudos: que solo constate la aplicación del derecho comunitario y cuando sea flagrante la inaplicación de las disposiciones comunitarias por parte de los árbitros²²⁹. La regla debe ser la prohibición de la revisión del fondo de los laudos arbitrales.

Un aspecto que debería ser definido y que serviría como un límite al control de los jueces, sería exigir que el cuestionamiento de las normas de competencia haya sido alegado en el curso del procedimiento arbitral a efectos de evitar que pueda invocarse después como fundamento del recurso de anulación y, de esa manera, evitar actuaciones procesales sorpresivas o de mala fe por una de las partes. En tal sentido, no debe proceder la causal de anulación por la falta de interpretación prejudicial del TJCA, cuando la parte no lo alegó en el momento oportuno.

229 Ídem. La Corte de Apelación de París, en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, pronunciada en el asunto *Thalès Air Defence sa vs. Euromissile gie* (sentencia *Thalès*) señaló que “solo es contrario al orden público el laudo que se produce en manifiesta violación de una norma legal o de un principio fundamental; siendo en todo caso necesario acreditar que tal violación ha sido además flagrante, efectiva y concreta”. Al respecto, ver ORTIZ BAQUERO. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”, cit., p. 43.

CONCLUSIONES

- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dilucidado que un tribunal arbitral constituido en virtud de un acuerdo de arbitraje puramente de carácter privado, cuya autoridad deriva solo de la autonomía de las partes, es un “juez nacional de un Estado miembro” en el sentido del artículo 13 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Esta posición del órgano jurisdiccional andino no es consistente con la naturaleza jurídica misma de la interpretación prejudicial que encomienda a un Estado miembro que sus tribunales de justicia –u órganos jurisdiccionales– a cumplir con el deber de garantizar la aplicación efectiva y uniforme del derecho comunitario.
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se aparta del criterio jurisprudencial seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que llegó a la conclusión de que un tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional ya que el Estado no tiene participación en la decisión de someter un asunto al arbitraje o en el procedimiento arbitral. Este criterio jurisprudencial ha generado dificultades en cuanto a la compatibilidad de algunas disposiciones del derecho comunitario que regula el mecanismo de interpretación prejudicial y las características del arbitraje.
- Es claro que los tribunales de arbitraje están obligados a aplicar la legislación comunitaria y de esa forma garantizar la validez y ejecutabilidad del laudo. La facultad de aplicar de oficio las normas internacionales imperativas por parte de los tribunales

judiciales a partir del desarrollo del concepto de orden público, es aplicado también a los árbitros dada su condición de juez nacional a los efectos de la interpretación prejudicial.

- La suspensión del procedimiento que el tribunal arbitral debe efectuar a fin de solicitar la interpretación prejudicial del órgano judicial supranacional para garantizar la aplicación uniforme de la norma comunitaria, colisiona con el principio de la autonomía de las partes en la orientación y conducción del procedimiento, la independencia de los árbitros, la celeridad y el carácter temporal de sus competencias. Por ello, la suspensión debería ser aplicada excepcionalmente en la medida en que exista un riesgo de que el laudo pueda contradecir la norma comunitaria y ser declarado nulo por ese motivo o las partes hayan dado su autorización para ello.
- El control judicial de los laudos arbitrales por violación del orden público debe tener límites, porque de otra forma se atentaría contra la regla general de intangibilidad de los laudos que determina que no es posible revisar los asuntos de fondo ni que el juez ordinario que lo hace se constituya en una segunda instancia. De lo contrario, se estaría vulnerando la voluntad de las partes y perjudicando la efectividad y la seguridad jurídica de la institución arbitral. Por ese motivo, la regla general debe ser la prohibición de la revisión de los laudos, porque garantiza la estabilidad de la institución del arbitraje y que el examen judicial sobre la aplicación o no de las normas comunitarias no signifique un nuevo juicio sobre el fondo del asunto. Partiendo de la presunción de la validez del laudo, se debe constatar la aplicación de las normas de orden público, y de manera excepcional, si hay dudas de ello, que se trate de una violación flagrante para proceder a analizar el laudo.
- La decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de considerar a los árbitros como instancia obligada a plantear la solicitud de interpretación prejudicial ha demostrado la dificult-

Conclusiones

tad para que las partes en un arbitraje comercial, sujeto a reglas de reserva o no exposición al público, se les aplique el mecanismo de cooperación entre los tribunales nacionales y el órgano supranacional comunitario referido al deber del juez consultante de remitir el texto de su sentencia para un control posterior. El deber del árbitro, en cumplimiento del derecho comunitario, de remitir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo actuado en el procedimiento arbitral, atentaría contra la confidencialidad del arbitraje.

REFERENCIAS

- ALONSO GARCÍA, RICARDO. *Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*, Working Papers IDEIR n.º 4, Madrid, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), 2011, disponible en [<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-cuesti%C3%B3n%20prejudicial%20europea.pdf>].
- ALTAMIRANO ASMAT, VÍCTOR ALBERTO. “Análisis de la participación de los árbitros en las interpretaciones prejudiciales en la Comunidad Andina: Una revisión a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” (tesis de maestría), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, disponible en [<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6909>].
- BALDEÓN HERRERA, GENARO. “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Ius Inter Gentes Revista de Derecho Internacional*, año 1, n.º 1, 2004, pp. 21 a 34.
- BANASSADI, MOHAMMAD REZA. “Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration”, *International Task & Business Lawyer*, vol. 10, n.º 59, 1992, pp. 59 a 84.
- BELTRÁN AGUIRRE, JUAN LUIS. “Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos. Especial referencia al derecho interno español”, en FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA (coord.). *Derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.
- CARLSTON, KENNETHS. “Theory of the arbitration process”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 17, n.º 4, 1952, pp. 631 a 651, disponible en [<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2542&context=lcp>].

- CIENFUEGOS MATEO, MANUEL. "Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes diferencias e influencias", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 25, 2013, disponible en [<http://www.reei.org/index.php/revista/num25/articulos/cuestiones-prejudiciales-union-europea-consultas-prejudiciales-comunidad-andina-similitudes-diferencias-influencias>].
- DE TOMASO ROSERO, CARLOS ANTONIO. "La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", *Revista Jurídica*, edición 23, tomo 1, 2007, pp. 419 a 442, disponible en [<https://www.revistajuridicaonline.com/2008/03/la-interpretacin-prejudicial-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina/>].
- DUEÑAS MUÑOZ, JUAN CARLOS. "La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año xvii, Montevideo, 2011, pp. 29 a 58, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr4.pdf>].
- ENÉRIZ OLAECHEA, FRANCISCO JAVIER. *Derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.
- GAILLARD, EMMANUEL y YAS BANIFATEMI. "Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators", en EMMANUEL GAILLARD y DOMENICO DI PIETRO (eds.). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May, 2008.
- GÁLVEZ KRÜGER, MARÍA ANTONIETA. "Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", *Thémis. Revista de Derecho*, n.º 42, 2001, pp. 131 a 144, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11623>].
- HÅKANSSON, EMELIE. "The challenge of arbitral awards: arbitrators' application of the 'wrong' substantive law - a ground for challenge!" (tesis de maestría), Upsala, Suecia, Universidad de Upsala, 2013, disponible en [<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:688849/FULLTEXT01.pdf>].

Referencias

- HELPER, LAURENCE R. y KAREN J. ALTER. "The Andean Tribunal of Justice and its interlocutors: understanding preliminary reference patterns in the Andean Community", *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 41, 2009, p. 871 a 930.
- HELPER, LAURENCE R.; KAREN J. ALTER y M. FLORENCIA GUERZOVICH. "Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community", *American Journal of International Law*, vol. 103, n.º 1, 2009, pp. 1 a 47.
- HUNTER AMPUERO, IVÁN. "El principio dispositivo y los poderes del juez", *Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 35, n.º 2, 2010, pp. 148 a 188, disponible en [<https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/752>].
- KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE. "Annulment of ICSID awards in contract and treaty arbitrations: Are there differences?", en EMMANUEL GAILLARD y YAS BANIFATEMI (eds.). *Annulment of ICSID Awards*, Huntington, N. Y., Juris Pub., 2004.
- KIRILOVA KIROVA, MONIKA. "An analysis of the relationship between National Courts and the Court of Justice of the European Union - shifting from cooperation to superiority", *Queen's Political Review*, vol. 2, n.º 1, 2014, pp. 93 a 105, disponible en [https://queenspoliticalreview.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/06/240_cjeu_eu-final-04-04-2014.pdf].
- LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, MANUEL. "Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial", *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1.849, 1999, pp. 2.177 a 2.193, disponible en [<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/259>].
- MANGAS MARTÍN, ARACELI y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERA. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2006.
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, CARMEN. "La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (un diálogo iniciado por el juez a quo y presidido por la utilidad para este, aunque no solo...)", *European Inklings (EUi)*, n.º 4, 2014, pp. 61 a 79, disponible en [<https://aquiencia.net/wp-content/uploads/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf>].

- MORCILLO MORENO, JUANA. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, Madrid, La Ley, 2007.
- ORTIZ BAQUERO, INGRID. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”, *La Propiedad Inmaterial*, n.º 14, 2010, pp. 3 a 48, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2474>].
- OSADARE, BABATUNDE. “Jurisdiction and powers of Arbitral Tribunals: who decides”, *CEPMLP Annual Review (CAR)*, n.º 13, 2010, pp. 1 a 15.
- OSSORIO, MANUEL. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1974.
- PACHÓN MUÑOZ, MANUEL. “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, *Revista de Derecho Themis*, n.º 23, 1992, pp. 75 a 88, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10961/11472>].
- PEROTTI, ALEJANDRO DANIEL. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino*, Buenos Aires, Biblioteca Digital Andina, 2001.
- PEROTTI, ALEJANDRO DANIEL. “Interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino. Incumplimiento. Consecuencias. El expediente New Yorker/Procter & Gamble”, *Revista Doctrina Derecho Privado*, normas legales del Diario Oficial *El Peruano*, fascículo n.º 6, 2007.
- PICO MANTILLA, GALO. “La acción judicial de los particulares y la interpretación prejudicial en el Pacto Andino”, *Seminario del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 19 de octubre de 1993, disponible en [<https://centroandinodeintegracion.wordpress.com/accion-judicial-de-particulares/>].
- POLKINGHORNE, MICHAEL. “Enforcement of annulled awards in France: the sting in the tail”, *White & Case*, 2008, pp. 1 a 6, disponible en [<https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/enforcement-of-annulledawards-in-francethe-sting-in-the-tailthis-article-was-published-in-sli.pdf>].

Referencias

- REDFERN, ALAN; MARTÍN HUNTER, NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO; MARIELA MORALES-ANTONIAZZI y JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (coords.). *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011.
- SÁNCHEZ LEGIDO, ÁNGEL. *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa*, Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL. “Prejudiciales especiales. Auge y fenomenología de los regímenes atípicos de la cuestión prejudicial europea”, *European Inklings (EUi)*, n.º 4, 2014, pp. 104 a 121, disponible en [<https://aquiescencia.net/wp-content/uploads/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf>].
- SIERRALTA RÍOS, ANÍBAL. *Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones. Desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional*, Lima, Academia Diplomática del Perú, 2005.
- SKLENYTE, AISTE. “International arbitration. The doctrine of separability and Competence-Competence Principle”, *The Aarhus School of Business*, 2003, pp. 1 a 3.
- TERKILDSEN, DAN y SEBASTIAN LYSHOLM NIELSEN. “Tribunales arbitrales y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - La Regla danesa By-Pass”, 2012.
- THOMSON, CLAUDE R. y ANNIE M. K. FINN. “Confidentiality in arbitration: A valid assumption? A proposed solution!”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, n.º 2, 2007, pp. 1 a 7.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 338, de 6 de noviembre de 2012, disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:ES:PDF>].

TWEEDDALE, ANDREW. "Confidentiality in arbitration and the public interest exception", *Arbitration International*, vol. 21, n.º 1, 2005, p. 59 a 69, disponible en [<http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Confidentiality-in-Arbitration-The-Public-Interest-Exception1.pdf>].

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute settlement: International commercial arbitration*, Nueva York y Ginebra, ONU, 2005, disponible en [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add38_en.pdf].

VAN DEN BERG, ALBERT JAN. "When is an arbitral award nondomestic under the New York Convention of 1958?", *Pace Law Review*, vol. 6, n.º 25, 1985, pp. 25 a 65, disponible en [<http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol6/iss1/2>].

VIGIL TOLEDO, RICARDO. "La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, 2004, pp. 939 a 947, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30237/27294>].

WEILER, J.H.H. y MARTINA KOCJAN. *The law of the European Union: principles of Constitutional Law: the relationship between the community legal order and the national legal orders: competencies*, Nueva York, NYU School of Law, 2005, disponible en [<https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/UNIT6-EU-2004-05.pdf>].

ZÚÑIGA SCHRODER, HUMBERTO. "Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo", *Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, n.º 35, 2012, pp. 103 a 123, disponible en [<https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/347>].

EL AUTOR

Abogado, con maestría en Diplomacia, Diplomacia y Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Económico. En su servicio diplomático ha sido inscrito en el Escalafón Diplomático con la categoría de Tercer Secretario a partir de 2003, promovido a Segundo Secretario en 2006, promovido a Primer Secretario en 2009, promovido a Consejero en 2013 y promovido a Ministro Consejero en 2019.

En el exterior, fue Segundo Secretario de la Embajada del Perú en la República Bolivariana de Venezuela en 2015, Consejero de la Representación Permanente del Perú ante la UNESCO en París en 2021. Desde 2021, se desempeña como Cónsul General del Perú en Bogotá.

Contacto [consulgeneral@consuladodelperu.org.co]



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en junio de 2024

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia