

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL IBEROAMERICANA: LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANDINA: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?*

Marcel Tangarife Torres**

Resumen

La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCA, es un mecanismo de cooperación judicial que permite que dicho tribunal emita un concepto abstracto sobre la aplicación de las normas andinas para asegurar que esta sea uniforme en los Países Miembros de la Comunidad Andina. Lo anterior, con el fin de que los jueces y tribunales nacionales competentes a nivel de instancias ordinarias acojan dicho concepto y lo incorporen a los fundamentos jurídicos de sus sentencias. El objetivo de este artículo es establecer que la interpretación prejudicial deja de ser un instrumento de cooperación judicial para convertirse en un mecanismo de interferencia en los procesos, a la luz de la jurisprudencia más reciente del TJCA, que extiende la interpretación prejudicial a la etapa de recursos extraordinarios contra sentencias proferidas por jueces y tribunales nacionales y la ha hecho obligatoria para los tribunales arbitrales.

Recibido: Octubre 15 de 2015 - Aprobado: febrero 18 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: TANGARIFE, Marcel. "Cooperación judicial internacional iberoamericana: La interpretación prejudicial andina: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?" *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 207-230.

** Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Administrativo de la misma Universidad y Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad

Palabras clave: Interpretación prejudicial, instancia ordinaria, recursos extraordinarios, arbitraje, nulidad, anulación.

Abstract

The preliminary interpretation of the Andean Community Court of Justice –ACCJ is a judicial cooperation mechanism which allows that the ACCJ issues an abstract concept on the implementation of the Andean rules to ensure its uniform application by Member Countries of the Andean Community, in order to the national judges and tribunals, at the level of ordinary instances, apply and include that concept into the legal basis for its own decisions. The aim of this paper is to establish the preliminary interpretation applied in excess the purpose for which it was created ceases to be an instrument of judicial cooperation to become a mechanism of interference in judicial and arbitration proceedings. The author analyze the most recent jurisprudence of the ACCJ which extends the preliminary interpretation to the procedures started based on extraordinary appeals against judgments issued by national judges and tribunals; the ACCJ made compulsory the preliminary interpretation in the arbitration procedures.

Key words: Preliminary interpretation, ordinary instance, extraordinary appeal, arbitration, nullity, annulment.

1. La interpretación prejudicial andina en el proceso judicial y en el arbitraje.

A partir del año 2012, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante el TJCA) ha adoptado un conjunto de decisiones judiciales que han

Javeriana. Amplios conocimientos y experiencia en asesoría, litigio y arbitraje (nacional e internacional) en las relaciones de la Empresa con el Estado (Derecho Público: Derecho Constitucional y Administrativo); asesoría en contratación estatal e infraestructura; asesoría y solución de controversias en comercio internacional (OMC, Comunidad Andina, tratados de libre comercio); consultor y apoderado de empresas multinacionales y nacionales; visión internacional de la empresa por experiencia en la Comunidad Andina y el ejercicio profesional como líder del área de Derecho Público, Derecho Económico Internacional e Integración Económica en oficinas de abogados y en empresas del sector privado; asesor de gremios y empresas en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y otros países; apoderado del Gobierno de Colombia en su defensa ante la Corte Constitucional. Miembro de la lista A de árbitros de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá y de Medellín; miembro de la lista de árbitros internacionales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; miembro de la lista de árbitros de la OMPI; miembro de la lista de expertos para grupos especiales de la OMC en acceso a mercados de bienes y propiedad intelectual.

modificado sustancialmente la jurisprudencia que dicho tribunal sostuvo de manera uniforme por más de treinta años en lo que tiene que ver con el alcance de la interpretación prejudicial en procesos judiciales.

Las decisiones del TJCA se resumen en lo siguiente: En primer lugar, éste ha extendido la posibilidad de que se tramite la interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios contra las sentencias dictadas por jueces y tribunales nacionales, cuando el Tratado de Creación del TJCA¹, la Decisión 500² de la Comunidad Andina y la uniforme y reiterada jurisprudencia del TJCA establecen que la interpretación prejudicial se tramita únicamente en instancias ordinarias, esto es, en procesos de primera, segunda o única instancia, lo que excluye la posibilidad de que se tramite en el trámite de recursos extraordinarios como casación o revisión.

En segundo lugar, el TJCA extendió la interpretación prejudicial a los procesos arbitrales e inclusive creó a través de la Sentencia 57-IP-2013³ una nueva causal de anulación de los laudos, al referirse específicamente a la Ley 1563 de 2012 vigente en Colombia, que es la norma sobre arbitraje nacional e internacional, y asimilar el proceso arbitral a un proceso judicial de única instancia. Además, el TJCA estableció la posibilidad de que la interpretación prejudicial sea solicitada en el trámite del recurso extraordinario de anulación contra el laudo.

El TJCA ha advertido en la Sentencia 57-IP-2013, y en otras posteriores, que la falta de trámite de la interpretación prejudicial en instancias ordinarias, en sede de recursos extraordinarios y en el procedimiento arbitral da lugar a la nulidad de la sentencia y a la anulación del laudo, respectivamente.

Estas decisiones del TJCA afectan sustancialmente los procesos judiciales en los que se aplique o se controvierta sobre la aplicación de una norma del ordena-

¹ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que entró a regir el 25 de agosto de 1999 y fue adoptado originalmente con fundamento en el Acuerdo de Cartagena de 1967, fue sustituido por el Protocolo de Cochabamba suscrito en 1997, también denominado *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996 al Acuerdo de Integración Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena.

² Comunidad Andina. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500 del 22 de junio de 2001.

³ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2018 del 14 de noviembre de 2012, pp. 2 a 14.

miento jurídico andino, puesto que son los jueces y tribunales de las instancias ordinarias quienes, en virtud del principio de autonomía e independencia del juez, tienen la competencia constitucional y legal de pronunciarse y resolver los aspectos sustantivos del asunto sometido a su consideración. En contraste, no le corresponde a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado calificar los hechos ni las pruebas del proceso, cuando su función es admitir, tramitar y resolver recursos extraordinarios cuando el recurrente cumpla los requisitos establecidos en las normas procesales, salvo en los casos en que estos últimos o la Corte Constitucional actúen como tribunales de única instancia.

A fin de evitar posibles nulidades, no solo los jueces y tribunales de instancias ordinarias, sino también los tribunales y cortes que tienen competencia para conocer y resolver acerca de los recursos extraordinarios contra las sentencias, han optado por tramitar la interpretación prejudicial en casos en los cuales no se aplican normas del ordenamiento jurídico andino.

En el caso del arbitraje, las decisiones del TJCA anteriormente analizadas han conducido a la anulación de varios laudos y, además, han ocasionado un alto nivel de incertidumbre jurídica que afecta sustancialmente el principio de autonomía de las partes.

Por ello, los árbitros y las partes han optado por solicitar y tramitar la interpretación prejudicial del TJCA en casos en los cuales no se aplicaría la norma andina dentro del trámite arbitral, a pesar del costo en dinero y en tiempo que implica dar cumplimiento a lo dispuesto por el TJCA.

Frente al panorama anterior surgen las siguientes preguntas: ¿la interpretación prejudicial del TJCA es un mecanismo de cooperación entre los jueces y tribunales nacionales y dicho órgano comunitario andino para promover la adecuada administración de justicia? ¿la extensión de esta figura a casos no previstos expresamente en las normas andinas se constituye en un instrumento de interferencia que afecta los procesos judiciales nacionales?

Para resolver este interrogante, es necesario desarrollar los temas que a continuación se tratan. Debido al límite de espacio, se aborda el estudio de la interpretación prejudicial como mecanismo de cooperación judicial para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino; se explica su condición de incidente procesal facultativo u obligatorio, según la instancia procesal en que se tramite; se analiza su procedencia en sede de recursos extraordinarios como la casación y la revisión de sentencias o la anulación de laudos; se estudia el deber del juez consultante de incorporar a su decisión la interpretación prejudicial; y, finalmente, se dará respuesta a la pregunta que dio origen a estas reflexiones.

2. La interpretación prejudicial andina como mecanismo para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Desde la creación en 1979 del TJCA se incorporó al ordenamiento jurídico andino la figura de la interpretación prejudicial, la cual a su vez fue traída por los Países Miembros de la Comunidad Andina⁴ del modelo de la Unión Europea.

La interpretación prejudicial consiste en la atribución, que tiene el juez o tribunal nacional que esté conociendo de un caso en el que se deba aplicar o se controvierta alguna norma del ordenamiento jurídico andino⁵, de solicitar directamente o por petición de una de las partes que el TJCA le indique – en abstracto – la forma como deben interpretarse las normas jurídicas andinas que resulten aplicables al caso o sobre cuya posible aplicación existe controversia entre las partes. Tal como lo señala Fernando Uribe Restrepo, “gracias a esta figura, los jueces nacionales adquirieron con el Tratado una nueva competencia que de otro modo no tendrían, en cuanto a la aplicación de normas de origen internacional, con la sola salvedad de seguir al Tribunal Andino en cuanto a la interpretación de esas normas, al igual de lo que suele ocurrir en el derecho interno en relación con los fallos de la Corte Suprema de Justicia o Corte de Casación”⁶.

De acuerdo con el Tratado de Creación del TJCA, “Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordena-

⁴ De acuerdo con el artículo 5° del Acuerdo de Cartagena, después de la denuncia del tratado que hizo la República de Venezuela el 22 de abril de 2006, los Países Miembros de la Comunidad Andina son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

⁵ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 1°:

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;*
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;*
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;*
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y*
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.*

⁶ URIBE RESTREPO, Fernando. La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1993. p. 43.

miento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”⁷.

La norma transcrita, reiterada por el artículo 121 de la Decisión 500, deja establecida la competencia exclusiva y excluyente del TJCA para adelantar la interpretación prejudicial sobre las normas del ordenamiento jurídico andino, la cual es de obligatoria observancia por parte del juez consultante, como lo expresan los artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y 127 de la Decisión 500.

Al respecto, José Guillermo Andueza explica que “La sentencia del Tribunal es obligatoria para el juez nacional. (...) Si el juez nacional se aparta de la interpretación prejudicial este error de derecho puede ser subsanado por el juez superior o por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, siempre que sea procedente el recurso de apelación o de casación. En cambio, si es la Corte Suprema de Justicia o si es un tribunal superior cuya decisión no tiene recurso de casación, este error de derecho no puede ser subsanado”⁸. Cabe precisar que en la actualidad la falta de trámite o la no incorporación de la sentencia del TJCA a la decisión del juez, da lugar al ejercicio de la acción de incumplimiento andina por el afectado, según lo indica el tercer párrafo del artículo 128 de la Decisión 500.

Por tratarse de un mecanismo de cooperación judicial del TJCA con los jueces y tribunales nacionales, se observa que el TJCA no tiene competencia para interpretar normas diferentes a aquellas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, es decir, no puede interpretar el ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros de la Comunidad Andina ni calificar los hechos que se someten a la consideración del juez o tribunal nacional competente, pues este es quien debe resolver el caso concreto. Sobre el particular, Fernando Uribe Restrepo señala que “esta doble limitación es apenas lógica teniendo en cuenta la división de funciones entre el juez nacional y el comunitario, puesto que al primero le corresponde, naturalmente, calificar los hechos del proceso (es “juez de lo fáctico”) e interpretar el derecho nacional aplicable al caso, mientras que el aporte del juez comunitario debe limitarse, en principio, a la interpretación de la norma común”⁹.

El mismo autor, al referirse a la prohibición del TJCA de interpretar el derecho nacional, expresó que “Tampoco podría el Tribunal entrar a interpretar el derecho nacional ya que es esta la principal función, natural y propia, que deben cumplir los organismos jurisdiccionales de cada país; si se intentase hacerlo, se producirían sin duda inevitables conflictos de competencia de imposible solución ya que, de

⁷ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 32.

⁸ ANDUEZA, José Guillermo. El Tribunal del Pacto Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1986. p. 158.

⁹ URIBE RESTREPO. Op. cit. p. 111 y 112.

una parte, no existe ni podría existir un orden jerárquico según el cual se supedite o desplace a los jueces nacionales en el manejo de su propio derecho”¹⁰.

Asimismo, la norma en cuestión señala que el propósito fundamental de la interpretación prejudicial es asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.

El TJCA ha sido enfático y reiterativo en destacar este propósito de la interpretación prejudicial como mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el TJCA, que “interpreta en forma objetiva la norma comunitaria”, tal como lo establece el artículo 34 del Tratado de Creación del TJCA¹¹, reiterado por el artículo 126 de la Decisión 500. Mientras que “al primero (juez o tribunal nacional) le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno”¹².

De acuerdo con el TJCA “Su finalidad (de la interpretación prejudicial) no es otra cosa que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros”¹³.

La función del TJCA, como tribunal comunitario, “es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance: función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia”¹⁴.

De lo anterior también queda establecido que cuando en la controversia nacional no se discute ni se aplique una norma del ordenamiento jurídico andino, no es necesario, por el contrario podría resultar violatorio del Tratado de Creación del TJCA y de la Decisión 500, acudir a la interpretación prejudicial.

¹⁰ URIBE RESTREPO. Ibid. p. 112.

¹¹ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 34:

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

¹² Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cita de la sentencia 16-IP-2014: Sentencia de 25 de febrero de 1994, dictada en el proceso 6-IP-93, caso “LOUIS VUITTON”, publicada en el Tomo III de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 101.

¹³ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de interpretación prejudicial 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014, Magistrado Ponente: José Vicente Troya Jaramillo. Expediente: 16-IP-2014.

¹⁴ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cita de la sentencia 16-IP-2014: Sentencia de 3 de septiembre de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, caso “DEMIN”.

En conclusión: la interpretación prejudicial es un mecanismo de cooperación judicial para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino por parte de las autoridades de los Países Miembros de la Comunidad Andina, en virtud del cual el juez o tribunal nacional consulta al TJCA para que interprete, en abstracto, una o varias normas andinas, cuando la controversia sometida a consideración del juez o tribunal nacional versa sobre la aplicación de estas normas supranacionales o cuando se controvierte sobre su eventual aplicación.

3. La interpretación prejudicial es un incidente procesal que se tramita en instancias ordinarias del proceso.

El artículo 33 del Tratado de Creación del TCJA consagra la interpretación prejudicial facultativa y la interpretación prejudicial obligatoria.

El artículo 122 de la Decisión 500 establece que la consulta facultativa se presenta cuando “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación prejudicial, el juez deberá decidir el proceso”.

Al respecto, se ha señalado que:

“La interpretación prejudicial facultativa, a diferencia de la obligatoria, no suspende el proceso judicial interno, por lo cual, si llegare el momento de dictar sentencia sin que se hubiera recibido la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá decidir el proceso. Lo anterior tiene fundamento en el hecho de que las partes tienen a su disposición los recursos ordinarios contra la sentencia, que permitirían al mismo juez o a su superior jerárquico, incorporar el criterio del Tribunal comunitario antes de la sentencia definitiva, sin perjuicio de la celeridad en el trámite del proceso judicial interno”¹⁵.

Por su parte, el artículo 123 de la Decisión 500 consagra la consulta prejudicial obligatoria, que se tramita en un proceso nacional en el cual “la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que

¹⁵ TANGARIFE TORRES, Marcel. Derecho de la Integración en la Comunidad Andina. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2005. p. 406.

conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, por lo cual el juez “deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

De acuerdo con lo anterior, la interpretación prejudicial se puede solicitar y decretar en cualquier etapa del proceso judicial antes de que se dicte la sentencia de instancia, pero en procesos de segunda o única instancia, se suspende el trámite mientras que se tramita el incidente ante el TJCA y se recibe su concepto.

En la Resolución 210 del 31 de marzo de 1999¹⁶, la Secretaría General de la Comunidad Andina señala que la interpretación prejudicial facultativa se da en presencia de varios elementos:

“a) La existencia de un proceso judicial en primera instancia; b) la necesidad de analizar la aplicación de una o más normas que formen parte del ordenamiento jurídico andino; c) que la sentencia que dicte el juez de la causa sea susceptible de recursos en derecho interno; d) en caso de que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno, si llegare la oportunidad de dictar dicha sentencia el juez deberá decidir el proceso, sin que se hubiere recibido la interpretación prejudicial; e) la solicitud de interpretación prejudicial corresponde a un incidente, que en este caso no suspende el trámite del proceso”.

Por su parte, el artículo 123 de la Decisión 500 consagra la interpretación prejudicial obligatoria y señala que ésta se presenta cuando “De oficio o a petición de parte del juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

En la Resolución 210 del 31 de marzo de 1999, la Secretaría General de la Comunidad Andina señala que la interpretación prejudicial obligatoria se presenta bajo la ocurrencia de los siguientes requisitos:

“a) la existencia de un proceso judicial en única instancia o en segunda instancia; b) la necesidad de analizar la aplicación de una o más normas que formen parte del ordenamiento jurídico andino; c) que la sentencia que dicte el juez de la causa **no** sea susceptible de recursos en derecho interno; d) en caso de que la sentencia **no** sea susceptible de recursos en derecho interno, el juez debe suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal, de oficio, o a petición de parte si la considera procedente; e)

¹⁶ Comunidad Andina. Secretaría General. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 424 del 6 de abril de 1999, pp. 1 a 19.

la solicitud de interpretación prejudicial corresponde a un incidente, que en este caso **suspende** el trámite del proceso” (las negrillas son del texto).

Por su parte, el TJCA en la Sentencia 57-IP-2012 incorporó el siguiente cuadro comparativo de las características de la interpretación prejudicial facultativa y la interpretación prejudicial obligatoria:

<i>Facultativa</i>	<i>Obligatoria</i>
<i>Solicitud facultativa: el juez de instancia no está obligado a solicitarla.</i>	<i>Solicitud obligatoria: el juez de única o última instancia ordinaria está obligado a solicitarla.</i>
<i>Su aplicación es obligatoria: si bien el juez de instancia no está obligado a solicitarla, una vez requerida y expedida sí tiene el deber de acatarla al resolver el caso concreto.</i>	<i>Su aplicación es obligatoria: una vez expedida la interpretación prejudicial debe ser acatada para resolver el caso concreto.</i>
<i>Es una herramienta directa: el juez de instancia puede acudir directamente ante el Tribunal sin necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia. No es necesario que se haga por medio de un exhorto o cualquier otra forma para recaudar información en el exterior; se puede requerir con un simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>	<i>Es una herramienta directa: el juez de última instancia ordinaria puede acudir directamente al Tribunal sin necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia. No es necesario que se haga por medio de un exhorto o cualquier otra forma para recaudar información en el exterior; se puede requerir con un simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>
(...)	(...)
<i>Se puede solicitar en cualquier momento antes de emitir sentencia, pero su solicitud “no” suspende el proceso. Si llegare el momento de dictar sentencia y no se hubiere recibido la interpretación prejudicial, el juez nacional debe resolver el asunto. De conformidad con lo anterior, es recomendable que el juez solicite la interpretación prejudicial en un momento procesal relativamente alejado de la sentencia. De todas maneras, debe tener en cuenta que para hacer la consulta debe contar con todos los elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>	<i>Se puede solicitar en cualquier momento antes de emitir sentencia y su solicitud suspende el proceso. Hasta tanto el juez nacional no reciba la interpretación prejudicial, el proceso debe quedar suspendido. Aunque la interpretación prejudicial se puede solicitar en cualquier momento, es recomendable que se haga cuando el juez tenga todos los elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>

Nótese que el TJCA en el anterior cuadro comparativo deja establecido expresamente, a la luz de las normas andinas, que la interpretación prejudicial, sea facultativa u obligatoria, se tramita en procesos de primera, segunda o única instancia ordinaria. En la misma Sentencia 57-IP-2012, al reiterar lo expresado en la Sentencia 03-IP-93, el TJCA enfatiza que “La consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria, sin que esto signifique que se atenta (SIC) contra su independencia; (...)” (el subrayado es del texto).

El TJCA reitera su posición histórica que indica que la interpretación prejudicial, como incidente procesal, se tramita en instancias ordinarias, con lo cual excluye, de acuerdo con las normas del Tratado y de la Decisión 500, la procedencia de dicho incidente en sede de recursos extraordinarios. Al respecto, en la Sentencia 57-IP-2013, al referirse a la consulta obligatoria, manifiesta que “cuando no cabe un recurso ulterior” (en instancias ordinarias), “(...) el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo¹⁷, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento”.

El propio TJCA, en la citada Sentencia 57-IP-2012, señala que la interpretación prejudicial no cabe en el trámite de los recursos extraordinarios, en los siguientes términos:

¹⁷ VIGIL TOLEDO, Ricardo: Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Quito, octubre 2006. pp. 26-29. Así, por ejemplo en la Sentencia de Casación de la Corte Suprema del Ecuador, Expediente 256-2001 del 31 de Agosto de 2001, declararon la nulidad de la sentencia y repusieron la causa al estado en que se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal Andino por cuanto el asunto versaba sobre la aplicación de las normas contenidas en los artículo 81, 83 lit. a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En otro caso, en la Sentencia de la Corte Suprema del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil del 5 de Octubre de 1999, claramente estableció en sus considerandos que era obligación de la Corte Superior de Guayaquil, por ser la última instancia de grado, de solicitar la consulta al Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, y que dicha obligación no se extendía a los Recursos de casación por ser estos extraordinarios a diferencia de los ordinarios y, en tal situación, son las Cortes que absuelven el grado en última instancia los obligados a formular la consulta. En el caso de España, mediante Sentencia STC 58/2004 del Tribunal Constitucional, se ha declarado fundado un Recurso de Amparo por incumplimiento de la obligación. El Tribunal al anular la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña ha actuado, lo mismo que los jueces del Tribunal Supremo de Ecuador, como verdaderos jueces comunitarios al restablecer las reglas del debido proceso y aplicar el Derecho comunitario en los casos en que la consulta a los Tribunales de Justicia de las respectivas Comunidades es obligatoria (cita de la sentencia 57-IP-2012).

“Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretenden revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo de casos, de asuntos y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina”.

En consonancia con la naturaleza y finalidad de los recursos extraordinarios, es claro que en su trámite, en general, el tribunal judicial competente, tal como lo enfatiza el TJCA, no actúa como un juez de instancia ordinaria por cuanto no revisa en todos sus extremos la actuación del juez de instancia, valga la repetición, ya que su propósito no es analizar los hechos del proceso ni probarlos y tampoco hacer una valoración probatoria, sino que su objetivo es revisar la legalidad de la sentencia de segunda o de única instancia, de acuerdo con las causales establecidas previa, taxativa y expresamente en las normas procesales nacionales. Por lo mismo, concluye el TJCA “no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial”.

Y añade el TJCA, que dada la técnica jurídica que exigen los recursos extraordinarios contra la sentencia, con el fin de salvaguardar la finalidad y la eficacia del ordenamiento jurídico andino, “el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta definitivamente la *litis* en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales”.

En conclusión: la interpretación prejudicial es un incidente procesal que se tramita en las instancias ordinarias y, según sea facultativa u obligatoria, no suspende o suspende el proceso nacional. En contraste, la interpretación prejudicial no cabe ni debería tramitarse en sede de recursos extraordinarios.

4. ¿La obligación de la interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios y en procedimientos arbitrales excede las atribuciones del TJCA?

El proceso 57-IP-2012 tuvo origen en una interpretación prejudicial solicitada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo

de Estado de la República de Colombia, en el trámite de un recurso extraordinario de anulación contra un laudo.

Esta actuación del Consejo de Estado fue motivada por la Sentencia 3-AI-2010 del 12 de agosto de 2011¹⁸, dentro de la acción de incumplimiento andina promovida contra la República de Colombia –Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Tercera, autoridad jurisdiccional que, con fundamento en la normativa andina y en la jurisprudencia uniforme del propio TJCA, no decretó una solicitud de interpretación prejudicial en el trámite del recurso extraordinario de anulación contra un laudo proferido en 2006.

Las razones que esgrimió el Consejo de Estado para no decretar en esa oportunidad la interpretación prejudicial fueron la extemporaneidad de la solicitud, no haberse solicitado la interpretación prejudicial en el trámite del procedimiento arbitral y haberse solicitado en el trámite del recurso extraordinario de anulación.

En la Sentencia 3-AI-2010 y en su providencia aclaratoria del 15 de noviembre de 2011, el TJCA equiparó el procedimiento arbitral a un proceso judicial de primera instancia e invocó el contenido del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia¹⁹.

Como ya se indicó atrás, el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500 prohíben, incluso así lo reconoce el propio TJCA en su reiterada jurisprudencia hasta la Sentencia 57-IP-2012, que su competencia en el marco de la consulta prejudicial no le permita interpretar el ordenamiento jurídico interno de cada País Miembro de la Comunidad Andina ya que su función específica es la de interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.

En la Sentencia 3-AI-2010 se observa que el TJCA interpreta el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, para extender a través de su propia interpretación de una norma de rango constitucional que para efectos de la consulta prejudicial andina los tribunales arbitrales se equiparan a los jueces o tribunales de única instancia ordinaria. Al respecto, el TJCA, en una interpretación extensiva tanto del artículo 116 de la Constitución Política como de las normas andinas sobre el alcance de la interpretación prejudicial, dice lo siguiente:

¹⁸ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1985 del 11 de octubre de 2011, pp. 1 a 22.

¹⁹ República de Colombia. Constitución Política de Colombia, artículo 116, párrafo cuarto: *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*

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

Revisadas las normas de la Comunidad Andina, no existe alguna disposición que establezca expresamente que los tribunales arbitrales deben tramitar la interpretación prejudicial del TJCA. En ese sentido, en la Unión Europea el Tribunal de Justicia ha señalado en reiteradas ocasiones que la interpretación prejudicial no cabe en procedimientos arbitrales, por cuanto estas controversias, por su misma naturaleza, no tiene influencia en el Derecho Comunitario Europeo. Aun cuando en los tribunales arbitrales se apliquen directivas o normas europeas, no es obligación de los árbitros solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al respecto, en el Asunto 61/65 (1966) *Vaassen Gobbels*,²⁰ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas delimitó el concepto de órgano jurisdiccional y estableció una serie de criterios concurrentes, que resultan exigibles para calificar una jurisdicción, a fin de determinar si el tribunal arbitral tiene facultad o no de formular cuestiones prejudiciales. Dichos criterios son:

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

²⁰ Para el desarrollo de este punto, se consultó la presentación que hizo el profesor Hernando Sánchez-Sánchez titulada *Elementos del Reenvío Prejudicial en Derecho Comparado*, en el marco del seminario sobre interpretación prejudicial en el arbitraje, organizado por Asomágister en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el 27 de septiembre de 2012.

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

- (iii) El carácter obligatorio de la jurisdicción. La jurisdicción de los jueces y tribunales judiciales es obligatoria en virtud de la ley de su creación. Por el contrario, un tribunal arbitral únicamente nace en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, al no cumplirse este criterio, dicho tribunal no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.
- (iv) Que adelante un procedimiento contradictorio.
- (v) Que profiera una decisión en Derecho.

Nótese que un tribunal arbitral, al cumplir únicamente algunos de estos requisitos concurrentes, no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En contraste, en la Sentencia 57-IP-2012, el TJCA interpreta las normas procesales colombianas concernientes al recurso extraordinario de anulación de los laudos, no solamente para indicar que en su trámite sí cabe la interpretación prejudicial obligatoria, sino que además señala que no tramitarla se erige en una nueva causal de anulación de los laudos. Dice el TJCA:

“En este orden de ideas, el Consejo de Estado al conocer de un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, 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 de la sentencia o laudo 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 (SIC). Es muy importante, tal y como se dijo anteriormente, que 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”.

Nótese que el TJCA reitera que la interpretación prejudicial también se debe tramitar en el trámite de recursos extraordinarios, en este caso, dentro del recurso extraordinario de anulación contra el laudo, lo cual, como ya se indicó, excede el marco de las normas comunitarias andinas y de las determinadas y expresas atribuciones propias de autoridades judiciales colombianas que le fueron transferidas.

De otra parte, el TJCA crea a través de la Sentencia 57-IP-2012 una nueva causal de anulación de los laudos que modifica sustancialmente el artículo 41 de

la Ley 1563 de 2012²¹, con lo cual, no solamente interpreta una norma jurídica procesal colombiana, sino que además la adiciona sin tener función legislativa en el marco del Tratado de su creación ni en la Decisión 500.

Cabe señalar que el fundamento de la existencia y aplicación del ordenamiento jurídico andino, incluidas las normas relativas a la interpretación prejudicial, es el principio de supranacionalidad, que en el caso colombiano tiene fundamento en los artículos 9° y 150 de la Constitución Política²².

²¹ República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012, artículo 41: *Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:*

1. *La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.*
2. *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
3. *No haberse constituido el tribunal en forma legal.*
4. *Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*
5. *Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*
6. *Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*
7. *Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
8. *Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*
9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.*

²² República de Colombia. Constitución Política de Colombia, artículo 9°, párrafo primero: *Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.*

República de Colombia. Constitución Política de Colombia, artículo 150 numeral 16: *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

16. *Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.*

De acuerdo con esta última norma, el Estado colombiano, a través de tratados de integración económica como el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCA, puede “transferir parcialmente determinadas atribuciones”. Como se trata de la transferencia soberana de atribuciones propias de las autoridades nacionales, la interpretación de las atribuciones transferidas al TJCA es determinada y limitada. Lo que no se hubiera transferido de forma determinada y expresa, no forma parte del ordenamiento jurídico andino.

En Colombia, el Consejo de Estado de Colombia expresa lo siguiente: “El ordenamiento jurídico comunitario, como es sabido, se configura como un conjunto de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los estados miembros y sus ciudadanos, dotado de órganos propios con poderes soberanos en ciertas materias específicas y en donde sus miembros han cedido parcialmente la soberanía nacional en ámbitos que se han reservado a la autoridad comunitaria”. Por su parte, la Corte Constitucional manifiesta que:

“El concepto de supranacionalidad encuentra claro fundamento en la Constitución colombiana cuando ella establece que las relaciones internacionales del país se “orientarán hacia la **integración latinoamericana** y del Caribe”. En este sentido, el Congreso de la República podrá “aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”²³ (las negrillas son del texto).

El profesor José Manuel Sobrino, al referirse al principio de supranacionalidad reflejado en la personalidad jurídica internacional limitada de los organismos internacionales que hayan sido creados en el marco de procesos de integración como la Unión Europea o la Comunidad Andina, dice que estos nuevos sujetos “(...) van a disfrutar de personalidad jurídica internacional, pero, a diferencia de los Estados, sujetos originarios y soberanos, que poseen una personalidad plena y general, la personalidad de las organizaciones va a estar afectada por el principio de especialidad que inspira todo su régimen jurídico; es decir, va a estar limitada a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal y como aparecen enunciados o pueden deducirse de sus tratados constitutivos y han sido desarrollados en la práctica”²⁴.

²³ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-137 de 1996, del 9 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ SOBRINO, José Manuel. Secretaría General de la Comunidad Andina. Integración y Supranacionalidad. Conferencia dictada en La Paz Sucre, noviembre de 2000.

En dicho contexto se observa lo siguiente: (i) Al TJCA no se le transfirió la atribución de interpretar las normas constitucionales, legales o administrativas colombianas; (ii) al TJCA no se le transfirió la atribución de interpretar extensivamente la figura del concepto prejudicial para extenderlo al trámite de recursos extraordinarios; (iii) al TJCA no se le otorgaron facultades legislativas en materia procesal andina, como sí se le otorgaron al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; (iv) al TJCA no se le otorgó la facultad de modificar o adicionar, a través de sus decisiones judiciales, normas procesales colombianas, es decir, no se le otorgó la facultad de crear una causal de anulación de los laudos.

Esta situación afecta directamente el principio de soberanía nacional consagrado en el artículo 9° de la Constitución Política de Colombia y supera el ámbito del principio *pacta sunt servanda* en materia de cumplimiento de tratados internacionales, que está incorporado al orden constitucional colombiano a través de la citada norma.

Revisado el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500, se observa que no existe algún mecanismo de control sobre las sentencias de interpretación prejudicial del TJCA, a través de las cuales se incurre en la situación descrita en los párrafos anteriores.

Lo anterior llevaría a pensar en la eventual aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, al tener como fundamento el artículo 4° de la Constitución Política²⁵ que establece que la Constitución es norma de normas, y en caso de incompatibilidad entre esta y cualquier otra norma jurídica prevalece la norma constitucional, lo que corresponde a la aplicación del principio de prevalencia constitucional en materia de tratados internacionales. Esto no significa una afectación del principio *pacta sunt servanda*, ya que es la autoridad supranacional la que se excede en las atribuciones determinadas, limitadas y expresas que le fueron transferidas por el Estado colombiano a través del tratado de su creación, situación que, a falta de correctivo contenido en las normas andinas, le corresponde corregir a las autoridades colombianas en el ámbito de sus competencias.

El TJCA invoca el principio de “complemento indispensable” que se predica del ordenamiento jurídico andino para señalar que la falta de trámite de la interpretación prejudicial en los procesos arbitrales se constituye en una nueva causal de anulación del laudo. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del propio TJCA, en virtud del “complemento indispensable”, por regla general “está prohibido a los Países Miembros interpretar o reglamentar normas jurídicas

²⁵ República de Colombia. Constitución Política. Artículo 4°, párrafo primero: *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

andinas. Solamente, y aplicando criterios restrictivos de interpretación, cabe la reglamentación de normas andinas a través de ‘medidas’ internas, siempre y cuando se trate de ‘medidas’ encaminadas a garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico andino, y que no sea contrario (SIC) a este último”²⁶.

Desde tiempo atrás, en la Sentencia 10-IP-94, el TJCA dijo lo siguiente acerca del “complemento indispensable”: “(...) El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional es empero excepcional y por tanto a él (SIC) le son aplicables principios tales como el del ‘complemento indispensable’, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica”²⁷.

Nótese que, de acuerdo con el principio de “complemento indispensable”, el desarrollo de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por la legislación nacional de los Países Miembros es excepcional y parte de la prohibición de expedir normas nacionales sobre el mismo asunto regido por las normas andinas, salvo que las normas nacionales sean necesarias para la correcta aplicación de estas últimas.

Al estudiar el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500, se observa que estas normas andinas establecen la interpretación prejudicial en las condiciones antes señaladas. Sin embargo, en dichas normas supranacionales no hay disposición alguna que regule el proceso judicial interno, ni que establezca reglas acerca de los recursos extraordinarios contra las sentencias, como tampoco hay normas que establezcan disposiciones acerca del trámite del proceso arbitral. Estas materias corresponden a atribuciones que no fueron objeto de una transferencia determinada, limitada y expresa del Congreso de la República (en materia legislativa) y de la Rama Judicial (en materia judicial) hacia el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de Plenipotenciarios (en materia normativa andina) ni al TJCA (en materia judicial).

Por lo tanto, de acuerdo con el principio de “complemento indispensable”, las autoridades andinas carecen por completo de competencias sobre las materias indicadas, las cuales siguen siendo totalmente responsabilidad de las autoridades colombianas. Ello significa que las modificaciones jurisprudenciales introducidas por el TJCA, que se han comentado a lo largo de este estudio, no

²⁶ TANGARIFE TORRES. Op. cit. p. 303.

²⁷ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 10-IP-94. Sentencia del 17 de marzo de 1995. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 177 del 20 de abril de 1995.

están enmarcadas dentro de dicho principio, sino que, por el contrario, también lo vulneran.

En conclusión: el TJCA, al haber extendido la interpretación prejudicial para su trámite en sede de recursos extraordinarios como el de anulación, al haber calificado la función que ejercen los tribunales arbitrales y haberla equiparado a procesos judiciales de única instancia, y al haber creado vía jurisprudencia una nueva causal de anulación de los laudos al adicionar la Ley 1563 de 2012, se excedió en el marco de las determinadas, limitadas y expresas atribuciones propias de los jueces y tribunales nacionales y del Congreso de la República que le fueron transferidas.

5. La obligación del juez consultante de incorporar la interpretación prejudicial a la sentencia.

De acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”. Esta norma consagra la obligación del juez consultante de incorporar a los fundamentos jurídicos de su sentencia las consideraciones que adopte el TJCA *en abstracto*. Lo anterior ha sido reiterado en numerosas sentencias del TJCA.

Si el juez o tribunal nacional no incorporan a su sentencia la interpretación prejudicial del TJCA adoptada con estricta sujeción al tratado de su creación y a la Decisión 500, de acuerdo con el artículo 36 del tratado y con el 128 de la Decisión 500, se considera que incurren en incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, lo que habilita a los Países Miembros o a los particulares a acudir a la acción de incumplimiento prevista en los artículos 23 y siguientes de dicho tratado, como se indicó anteriormente²⁸.

Recientemente, en la Sentencia 16-IP-2014, el TJCA señala que le corresponde al juez o tribunal nacional, de manera exclusiva, incorporar la interpretación prejudicial del TJCA y aplicar las normas andinas interpretadas a los hechos

²⁸ Comunidad Andina. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500, artículo 128, párrafos 1 y 2: “*Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial. 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.*

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.”

objeto de la controversia, para que de esta manera resuelva *en concreto* el asunto sometido a su decisión.

La facultad de decidir el caso concreto por el juez nacional es indispensable para preservar y proteger el principio constitucional de autonomía del juez, consagrado en las constituciones de los Países Miembros de la Comunidad Andina. En el caso colombiano, el artículo 228 de la Constitución Política establece el principio de autonomía e independencia de los jueces de manera enfática: “Sus decisiones (las de la Administración de Justicia) son independientes”.

En la exposición de motivos de la ponencia para debate en comisión, presentada para su aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, se señaló que en virtud del principio de independencia “Los jueces ejercen sus funciones sin interferencia de otros órganos del Estado y serán sometidos únicamente al imperio de la ley”²⁹.

En el contexto del problema jurídico planteado surge el interrogante: ¿Debe el juez o tribunal nacional aplicar la interpretación prejudicial del TJCA que excede las determinadas, limitadas y expresas atribuciones que le fueron asignadas en virtud del tratado de su creación y de la Decisión 500?

Para dar respuesta a esa pregunta, se debe señalar que, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA, el juez o tribunal nacional que conozca del proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación prejudicial. Sin embargo, esta obligación está sujeta a lo siguiente:

- (i) Que el TJCA hubiera interpretado en abstracto las normas del ordenamiento jurídico andino que se sometieron a su concepto y las que de oficio hubiera considerado interpretar;
- (ii) Que el TJCA no hubiera interpretado normas jurídicas nacionales;
- (iii) Que el TJCA no hubiera calificado los hechos del proceso sometido a decisión del juez o tribunal nacional.

Se observa que una imposición de esta naturaleza afecta directamente el principio de autonomía e independencia de los jueces, consagrado a nivel constitucional. Esta extralimitación podría, además, entrañar una invasión de las competencias propias del juez o tribunal nacional cuando en la interpretación prejudicial se estudia el contenido y alcance de normas nacionales y/o

²⁹ LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel. República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia. 1ª edición, tomo II. Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Diké, 1996. p. 882.

se califican los hechos que deben servir de fundamento fáctico al juez o tribunal nacional para decidir de manera autónoma e independiente, con sujeción a la Constitución y a la ley.

En conclusión: es deber del juez o tribunal nacional adoptar en su sentencia la interpretación prejudicial del TJCA y resolver el caso concreto en el marco del principio constitucional de autonomía e independencia de los jueces. De igual forma, es deber del TJCA emitir su concepto prejudicial en los estrictos términos consagrados en el Tratado de Creación del TJCA y en la Decisión 500.

6. La interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios y en procedimientos arbitrales interfiere en la labor de jueces y árbitros.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, se observa que la obligación impuesta por el TJCA de que se tramite la interpretación prejudicial en sede de recursos extraordinarios, cualquiera que este sea, se constituye en una interferencia no establecida en las normas andinas. Esta situación afecta la labor de los jueces y autoridades nacionales, por cuanto el TJCA los está obligando a decretar un incidente procesal no previsto en el trámite de esta clase de recursos.

Adicionalmente, en este escenario el concepto prejudicial deja de estar ligado a la interpretación en abstracto de las normas jurídicas andinas aplicables al caso, ya que se convierte en un instrumento que se vincula al estudio de legalidad de la sentencia adoptada autónoma e independientemente por el juez o tribunal nacional.

Las instancias judiciales ordinarias son el escenario procesal para tramitar la interpretación prejudicial del TJCA de tal forma que el juez pueda conservar plenamente sus competencias para incorporarla a su sentencia y aplicarla a los hechos concretos, probados en el expediente, sobre los cuales debe adoptar su decisión en primera, segunda o única instancia ordinaria.

De otra parte, al establecerse la obligación de la interpretación prejudicial en los procedimientos arbitrales, no solamente se está interfiriendo en la decisión de las partes de sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de su controversia, con lo que se afecta directamente el principio de autonomía de la voluntad de las partes al pactar el arbitraje, sino que también se están asignando a los árbitros deberes u obligaciones procesales no previstas expresamente en las normas legales que regulan el procedimiento arbitral.

La Constitución consagra el debido proceso como derecho fundamental y establece que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. La creación de una causal de anulación de los laudos por sentencia del TJCA interfiere en la correcta realización de este derecho constitucional de las partes, ya que la misma no está creada por ley preexistente, sino que se aplica con base en una decisión judicial de un tribunal supranacional.

Esta situación interfiere en el arbitraje al obligar a las partes y a los árbitros a acudir a la interpretación prejudicial en clara afectación de la cláusula compromisoria y del compromiso, afecta la celeridad del trámite arbitral, y ocasiona costos y gastos adicionales a las partes para sufragar dicho trámite prejudicial, ya que incorpora al procedimiento un incidente procesal que las partes no contemplaron al pactar este mecanismo de solución de sus controversias.

En todo caso, mientras esta situación no se corrija, la prudencia impone que los tribunales y cortes que tramiten recursos extraordinarios decreten la interpretación prejudicial del TJCA y que los árbitros hagan lo mismo dentro de los procesos arbitrales, en ambos casos cuando para resolver la controversia se aplique una norma del ordenamiento jurídico andino.

En conclusión: la interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios y en procedimientos arbitrales se constituye en una interferencia a la labor de jueces y tribunales nacionales y de los tribunales arbitrales que excede las competencias asignadas al TJCA y afecta la soberanía nacional y el principio constitucional de autonomía e independencia de los jueces.

Bibliografía

ANDUEZA, José Guillermo. El Tribunal del Pacto Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1986.

COMUNIDAD ANDINA. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

COMUNIDAD ANDINA. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500 del 22 de junio de 2001.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2018 del 14 de noviembre de 2012, pp. 2 a 14.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 16-IP-2014.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de interpretación prejudicial 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cita de la sentencia 16-IP-2014: Sentencia de 3 de septiembre de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, caso “DEMIN”.

Cooperación judicial internacional iberoamericana: La interpretación prejudicial andina

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 10-IP-94. Sentencia del 17 de marzo de 1995. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 177 del 20 de abril de 1995.

COMUNIDAD ANDINA. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel. República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia. 1ª edición, tomo II. Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Diké, 1996. p. 882.

SOBRINO, José Manuel. Secretaría General de la Comunidad Andina. Integración y Supranacionalidad. Conferencia dictada en La Paz Sucre, noviembre de 2000.

TANGARIFE TORRES, Marcel. Derecho de la Integración en la Comunidad Andina. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

URIBE RESTREPO, Fernando. La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1993.

VIGIL TOLEDO, Ricardo: Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Quito, octubre 2006.