

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

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 para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional Económico

AUTOR

Víctor Alberto Altamirano Asmat

ASESORA

Yovana Janet Reyes Tagle

JURADO

Elvira Victoria Mendez Chan

Yovana Janet Reyes Tagle

Víctor Augusto Saco Chung

LIMA – PERÚ

San Miguel, 16 de septiembre de 2015

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO 1 .....	8
LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO .....	8
1.1. El origen de la interpretación prejudicial en la Unión Europea y su adopción en la Comunidad Andina .....	8
1.2. La naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial en el derecho andino .....	12
1.2.1. La interpretación prejudicial como incidente procesal .....	13
1.2.2. La relación de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario .....	15
1.2.3. El derecho comunitario objeto de interpretación prejudicial .....	19
1.2.4. La interpretación prejudicial facultativa y obligatoria .....	21
1.3. Las finalidades de la interpretación prejudicial .....	26
CAPÍTULO 2 .....	30
EL ARBITRAJE COMERCIAL .....	30
2.1. Las características sobresalientes del arbitraje .....	30
2.1.1. El acuerdo de arbitraje .....	30
2.1.2. La decisión del tribunal arbitral .....	32
2.1.3. La ejecución del laudo .....	32
2.2. La definición del término comercial .....	33
2.2.1. Los motivos para recurrir al arbitraje .....	34
2.2.2. La confidencialidad .....	36
2.3. El derecho aplicable a la controversia .....	39
2.4. La cuestión arbitrable en el acuerdo arbitral .....	43
2.5. Las facultades de los árbitros .....	45
2.6. La jurisdicción del tribunal arbitral .....	46
2.7. La definición de laudo arbitral .....	47
2.8. La impugnación del laudo arbitral .....	49
2.9. El arbitraje de derecho público .....	54
CAPÍTULO 3 .....	55
LA NO ADMISIBILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LAS SOLICITUDES DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FORMULADAS POR LOS ÁRBITROS .....	55
3.1. La interpretación prejudicial en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .....	56
3.2. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para no admitir la cuestión prejudicial formulada por los árbitros privados .....	66

3.2.1. La no vinculación del arbitraje a la actividad judicial del Estado .....	66
3.2.2. El planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales que examinan la validez de un laudo .....	72
3.2.3. El carácter no permanente del arbitraje privado .....	77
3.3. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para admitir la cuestión prejudicial formulada por los árbitros de carácter público .....	80
CAPÍTULO 4 .....	85
LA ADMISIBILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE LAS SOLICITUDES DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FORMULADAS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES .	85
4.1. La evolución del concepto de juez nacional en la jurisprudencia andina .....	86
4.1.1. La reserva de la interpretación prejudicial al juez nacional en los países miembros .	86
4.1.2. La función jurisdiccional de los órganos estatales que no forman parte del sistema judicial de los países miembros.....	87
4.1.3. La inclusión de órganos jurisdiccionales más allá de los jueces nacionales en la interpretación prejudicial.....	89
4.2. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para admitir la interpretación prejudicial en el caso de los tribunales arbitrales .....	91
4.2.1. La actuación de los árbitros designados por las partes para aplicar el derecho .....	91
4.2.2. La actuación de los árbitros como jueces de última instancia .....	103
4.2.3. La actuación de los árbitros como juez comunitario para asegurar la aplicación uniforme de la norma comunitaria .....	108
4.3. Reflexiones en torno a la participación de los árbitros en la interpretación prejudicial ....	110
CONCLUSIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

#### TABLAS Y CUADROS

Tabla N° 1	Interpretaciones Prejudiciales en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1985-Septiembre de 2014) .....	19
Cuadro N°1	Revisión judicial del laudo arbitral .....	76
Cuadro N°2	Interpretación prejudicial en la Unión Europea .....	78
Cuadro N°3	Admisión de las competencias de los árbitros públicos de solicitar la interpretación prejudicial en la Unión Europea.....	79
Cuadro N°4	Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP .....	94
Tabla N°2	Principales argumentos en el caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB S.A.)	
	- Empresa demandante ETB S.A. ....	95
	- República de Colombia .....	97
	- Decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina .....	98

## ABREVIATURAS

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

**TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

**UE:** Unión Europea

**TJCA:** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

**TCTJCA:** Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

**ETJCA:** Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina



## 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 28 de mayo de 1979, y en los artículos 121° al 128° del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (aprobado a través de la Decisión No. 500, el 22 de junio de 2001). Dicho recurso tiene un carácter accesorio y se desarrolla en dos momentos. Primero, con la presentación de una solicitud de trámite procesal por un juez nacional de carácter facultativa u obligatoria, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Segundo, con la expedición de la sentencia interpretativa, que es de observancia obligatoria para el juez solicitante y para todas las demás autoridades que intervengan en la solución del caso hasta la finalización del proceso.

Las consultas prejudiciales constituyen un mecanismo de colaboración judicial para garantizar la interpretación correcta y aplicación efectiva del Derecho de la Comunidad Andina en los Estados Miembros. Si bien sólo los jueces nacionales, previamente a la emisión de su fallo, pueden o deben solicitar la interpretación de la norma comunitaria aplicable en el proceso que conoce, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene la competencia exclusiva para decidir qué se entiende por juez nacional de un Estado Miembro. Esto se lleva a cabo caso por caso a través del análisis de un conjunto de características consustanciales de un órgano jurisdiccional 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 esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina evalúa el desempeño de las funciones jurisdiccionales de quien solicita la interpretación prejudicial, exigiendo su constitución por mandato legal, que se trate de un órgano permanente, el carácter obligatorio de sus competencias, el deber de aplicar las normas comunitarias, el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo, el respeto al debido proceso, y la imparcialidad de sus actos. Según su interpretación extensiva del concepto de juez nacional, el Tribunal de Justicia ha reconocido no sólo a determinadas entidades administrativas o constitucionales de un Estado Miembro sino también, a diferencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los árbitros la facultad para realizar una consulta con la finalidad de obtener una interpretación de carácter prejudicial. Desde esa perspectiva, los árbitros son asimilados a los jueces nacionales y deben solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación del derecho

comunitario andino que sea aplicable al caso. Esta decisión conlleva dificultades en cuanto a su compatibilidad con la naturaleza de la institución arbitral.

En este contexto, el objeto de la presente investigación consiste en evaluar la consistencia de la interpretación extensiva del concepto de juez nacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con relación a la normativa andina. Este trabajo evalúa su jurisprudencia precedente y, fundamentalmente, la noción de autonomía del arbitraje, donde las partes libremente eligen una forma privada de resolución de disputas, que es alternativa a la justicia ordinaria, determinando el procedimiento y las normas de derecho que regirá la disputa, y los árbitros tienen una amplia capacidad de resolver la controversia y emitir una decisión de carácter privada. Para tal efecto, el trabajo se divide 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 estudia 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. Con esta finalidad, se analiza la interpretación prejudicial en 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 el caso de los arbitrajes públicos.

Finalmente, 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. Asimismo, se reflexiona 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. Asimismo, 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.

Igualmente, se analiza la evolución de las doctrinas tanto andina como europea en torno a 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 instituida en la Comunidad Andina. Para estos fines, se utilizan los métodos dogmático y exegético.



## CAPÍTULO 1

# LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

### 1.1. *El origen de la interpretación prejudicial en la Unión Europea y su adopción en la Comunidad Andina*

La interpretación prejudicial es una institución que surge en el derecho interno y parte del hecho de la interrelación entre los distintos ámbitos o niveles judiciales como consecuencia de la necesaria especialización por materias de un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en un litigio donde se contiene un asunto del derecho administrativo en 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” (“*praejudicium*”) denota su calidad de antecedente lógico e incidental con respecto a la sentencia que pone término al proceso principal (“*iudicium*”)¹.

En el ámbito de la integración, la interpretación prejudicial fue adoptada dentro del esquema europeo. El Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1951 señalaba en su artículo 41º que “Sólo 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 (de la Comunidad Europea), en caso se cuestione tal validez en un litigio ante un tribunal nacional”. Posteriormente, el artículo 177º del Tratado de la Comunidad Económica

---

¹ 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, p. 10. La autora señala que en el derecho romano *praejudicium* aludía a la influencia que podría tener un proceso y una sentencia en un proceso posterior, debido a la existencia de una relación entre dos o más procesos. Luego, dicho concepto 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 *actiones praejudiciales*, fórmulas en las que al solicitante le 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. Posteriormente, 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.



Europea (TCEE) de 1957 reconoció la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para interpretar con carácter prejudicial el TCEE y pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad Europea.

El citado artículo 177° del TCEE consagró que los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros tienen la facultad u obligación de utilizar la consulta de interpretación prejudicial dependiendo de 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. Sin alterar su sustancia, el artículo 177° fue sustituido por el artículo 234° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1985); y éste, 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, el previsto en el derecho comunitario europeo. En la Unión Europea, a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, 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. Dicho mecanismo autoriza a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros a solicitar la interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>2</sup>.

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, el mismo 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. En la actuación del Tribunal se incluyó la institución de la consulta prejudicial con el mismo objetivo previsto en la integración europea de velar por la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario<sup>3</sup>. Al respecto, el

---

<sup>2</sup> HELFER, Laurence y ALTER, Karen. "The Andean Tribunal of Justice and its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community. Vanderbilt University School". Law & Economic Research Paper, Nro. 09-01, Public Law & Legal Theory Research, Nro. 09-01. 41 y N.Y.U. Journal of International Law and Politics, 2009, p. 873. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1334733###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334733###) (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>3</sup> DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos. "La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?". En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVII, Montevideo, 2011, p. 37, ISSN-1510, 4974. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr4.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015). VIGIL TOLEDO, Ricardo. "La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2004. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en :

artículo 32° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, 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 estipula 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.

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 (en adelante, TJCA) es imprescindible que sea puesta en práctica por los jueces nacionales para asegurar la efectividad del derecho comunitario en el territorio de los países miembros. Cabe señalar que el Preámbulo del TCTJCA resalta la importancia de garantizar el cumplimiento de los compromisos comunitarios asumidos por los países, finalidad última del TJCA. Sobre el particular, el Preámbulo del TCTJCA indica:

“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”.

---

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.2/pr/pr25.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

Teniendo en cuenta el alcance de dichos preceptos, la interpretación prejudicial andina se basa en el sistema de administración de justicia comunitaria descentralizada adoptado en la Unión Europea.

Por una parte, permite que la efectividad del derecho comunitario sea un objetivo a ser alcanzado por los jueces nacionales ordinarios, 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 de cualquier nivel jerárquico —inferiores, de intermedia o de última instancia— y especialidad apreciar si corresponde la aplicación de las normas comunitarias en un proceso judicial y, de determinarlo así, consultar al TJCA, al que se le reserva la competencia exclusiva de interpretar vía prejudicial y con carácter obligatorio el alcance del derecho comunitario. La interpretación del TJCA deberá ser tomada en cuenta por el juez nacional en su sentencia<sup>4</sup>.

La lógica andina se fundamenta en los orígenes de la interpretación prejudicial de la Unión Europea, en la que desde entonces el artículo 177° del TCEE la conceptualizó 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 una efectiva 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 ámbito interno con los órganos jurisdiccionales nacionales, toda vez que la aplicación uniforme del derecho comunitario es una obligación que alcanza sólo a un Estado Miembro y, por

---

<sup>4</sup> BALDEÓN HERRERA, Genaro. *La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ius Inter gente. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Año I, Nro. 1, mayo de 2004, p. 21; GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta. *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Thēmis. Revista de Derecho*. Lima, 2001, Nro. 42, p. 132; PACHÓN MUÑOZ. *Ob. cit.*, pp. 77-79; 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*, 6 de agosto de 2007, fascículo Nro. 6, pp. 199-200; PEROTTI, Alejandro Daniel (2001, 5 de mayo). *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*. Buenos Aires: Biblioteca Digital Andina, p. 2; PICO MANTILLA, Galo (1993). “La acción judicial de los particulares y la interpretación prejudicial en el Pacto Andino”. *Revista Jurídica*, p. 357-361; y DE TOMASO R., Carlos A. (2002). “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. *Revista Jurídica Online*. Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-1/23a\\_la\\_interpretacion\\_prejudicial\\_del\\_tribunal.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-1/23a_la_interpretacion_prejudicial_del_tribunal.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).

consiguiente, involucra a las entidades que forman parte del sistema jurisdiccional estatal de solución de disputas.

De esa manera, la interpretación prejudicial, en cuanto instrumento de uniformidad jurídica, está articulado en términos de cooperación entre jueces, el nacional y el supranacional, 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 consiste en que los jueces apliquen de manera similar el derecho comunitario en las situaciones que involucran a los ciudadanos de los Países Miembros que son resueltas dentro de los ámbitos de su jurisdicción. Por ello, el mecanismo de interpretación prejudicial está conceptualizado en que sea activado por un juez u órgano que se encuentre profundamente ligado a la capacidad jurisdiccional del Estado.

### ***1.2. La naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial en el derecho andino***

El artículo 4° del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, 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 nacional<sup>5</sup>, y ha establecido un conjunto de requisitos 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 TJCA<sup>6</sup>.

Igualmente, como lo hemos advertido, el juez nacional ejerce la acción de interpretación prejudicial ante el TJCA porque éste tiene el monopolio o la competencia exclusiva de interpretar el derecho comunitario andino, correspondiéndole al juez nacional la aplicación de

---

<sup>5</sup> Providencia emitida por el Tribunal respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, INDECOPI, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 146, 31 de enero de 1994. Citado por: BALDEÓN. *Ob. cit.*, p.24.

<sup>6</sup> En el Proceso 121-IP-2014, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sistematiza y ordena las condiciones que debe cumplir un órgano consultante para ser considerado un juez nacional a los efectos de la interpretación prejudicial: su creación por mandato legal, su carácter permanente, el carácter obligatorio de sus competencias, el deber de aplicar las normas comunitarias andinas, el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo, el respeto del debido proceso, y la imparcialidad de sus actos. Proceso 121-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2427, 11 de diciembre de 2014, numeral 29.

dicho ordenamiento a los casos concretos en base a la interpretación del órgano judicial comunitario<sup>7</sup>.

Es una regla que el juez nacional carece 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, la cual determinará el contenido del derecho comunitario aplicable para solucionar la controversia.

Es necesario precisar que un juez nacional no está obligado a solicitar al TJCA la interpretación del derecho comunitario cuando la sentencia que emitirá en el proceso judicial a su cargo es susceptible de ser impugnada. En este caso, la interpretación prejudicial tiene el carácter de 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 al TJCA<sup>8</sup>.

### ***1.2.1. 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. Asimismo, el recurso de interpretación prejudicial puede tener cualquier forma o denominación. Esta característica es común a la interpretación prejudicial de la legislación comunitaria europea. En el documento titulado: “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de las

<sup>7</sup> GÁLVEZ KRÜGER. *Ob. cit.*, p. 133 y PACHÓN MUÑOZ. *Ob. cit.*, pp. 76-77.

<sup>8</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, p.77.

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 principal<sup>9</sup>.

El artículo 34° del TCTJCA establece que la interpretación que efectúa el TJCA deberá limitarse a precisar el contenido y el alcance de la norma comunitaria referida al caso concreto, con respecto al cual el juez nacional plantea la consulta. En tal sentido, 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 es susceptible de ser aplicada al caso concreto en el cual un juez interviene. 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<sup>10</sup>. En este sentido, el artículo 33°, numeral 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 sustancial<sup>11</sup>.

A su vez, el art. 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 debe plantear el derecho y los hechos de manera general para permitir al TJCA enfocar u orientar la

---

“Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de las cuestiones prejudiciales” (2012/C 338/01, DOUE de 6 de noviembre de 2012), par. 20.

<sup>10</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel. “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino”. Buenos Aires, 5 de marzo de 2001, p. 10. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:P47gwm1r8AQJ:www.comunidadandina.org/bda/docs/can-int-0010.pdf+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>11</sup> Auto del Tribunal del 15 de mayo de 1989, Shering Corp, cit. (§VI, IX). Citado por PEROTTI, Daniel. *Ob. cit.*, *loc. cit.*

interpretación a fin de que ésta sea útil y evitar que pueda resultar genérica e irrelevante tanto para decidir el caso como para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario<sup>12</sup>. En caso la interpretación del TJCA sea inaplicable, nada impediría al juez nacional replantear la consulta prejudicial ante el TJCA, no obstante que dicho supuesto no se encuentra regulado por el derecho comunitario.

### *1.2.2. 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 órganos jurisdiccionales, ya que existe un complemento de sus 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 del caso.

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 nacional”.<sup>13</sup>

El procedimiento prejudicial facilita la cooperación directa entre el TJCA y los tribunales nacionales, aunque dicha cooperación también se ha descrito 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 respecto a la forma cómo ha de aplicarse la legislación comunitaria. Sin embargo, el espíritu de ayuda mutua entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCA debería ser estimulado a través de un mayor

---

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, pp. 78-79. Cabe indicar que en la doctrina, las relaciones que se producen entre la jurisdicción nacional y la comunitaria que dan lugar a la interpretación prejudicial son denominadas indistintamente como “cooperación”, “coordinación”, “distribución de competencias”, “diálogo”, “diálogo transjudicial” o “lealtad”.

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 nacional<sup>14</sup>.

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 asumir la posición de 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 ser contraproducente 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 a fin de lograr la interpretación unificada, la uniformidad de criterios en cuanto al alcance del derecho de integración y la aplicación de la legislación comunitaria andina.

### ***1.2.2.1. El rol del juez nacional como juez comunitario***

El TJCA ha señalado en varias oportunidades<sup>15</sup> que el juez nacional de un país miembro debe actuar como juez comunitario andino y, en tal sentido, desempeñarse como el garante, en

---

<sup>14</sup> 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”, 2014, pp. 4-5. Disponible en: [https://queenspoliticalreview.files.wordpress.com/2014/06/240\\_cjeu\\_eu-final-04-04-2014.pdf](https://queenspoliticalreview.files.wordpress.com/2014/06/240_cjeu_eu-final-04-04-2014.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>15</sup> Véase el Caso Ferrari S. P. A., Proceso 032-IP-2014 en el cual 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, por consiguiente, debe declarar la nulidad de la sentencia que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esta medida que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema comunitario. Proceso 032-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2363, 11 de julio 2014.



cooperación con el TJCA, del ordenamiento subregional, lo cual implica, como 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 efectiva<sup>16</sup> 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 a través de una consulta prejudicial<sup>17</sup>. Resulta ilustrativo mencionar el Caso de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., ESP. (ETB S.A. E.S.P.), donde el TJCA señaló que el juez nacional, en este caso, el Consejo de Estado de Colombia, debió al momento de conocer el recurso extraordinario de un laudo arbitral, declarar la nulidad del laudo que no contaba con la interpretación prejudicial y solicitar dicha interpretación al TJCA a pesar de las limitaciones formales de su normativa interna<sup>18</sup>.

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 los casos sucesivos, a raíz de la jurisprudencia en mención, el TJCA determinó que, como expresión de su rol de juez comunitario, el juez nacional tiene la obligación de devolver el asunto al juez competente para que subsane la omisión de solicitar la interpretación prejudicial y expedir una nueva sentencia sustitutiva, independientemente si dicha obligación está o no prevista en la norma interna<sup>19</sup>. Sin embargo, se observa una actitud discreta de cooperación de

---

<sup>16</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo. Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR). Madrid: Fondo Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Working Paper N° 4 (2011), Cátedra Jean Monnet, p.3. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-cuesti%C3%B3n%20prejudicial%20europea.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>17</sup> BALDEÓN. *Ob. cit.*, p. 34.

<sup>18</sup> Proceso 03-AI-2010, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2136, 15 de enero de 2013.

<sup>19</sup> Caso PRADAXA, Proceso 149-IP-2011, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2069, 5 de julio de 2012.

los jueces peruanos en comparación con sus homólogos colombianos en la remisión de consultas de interpretación prejudicial al TJCA de conformidad con el artículo 33° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>20</sup>.

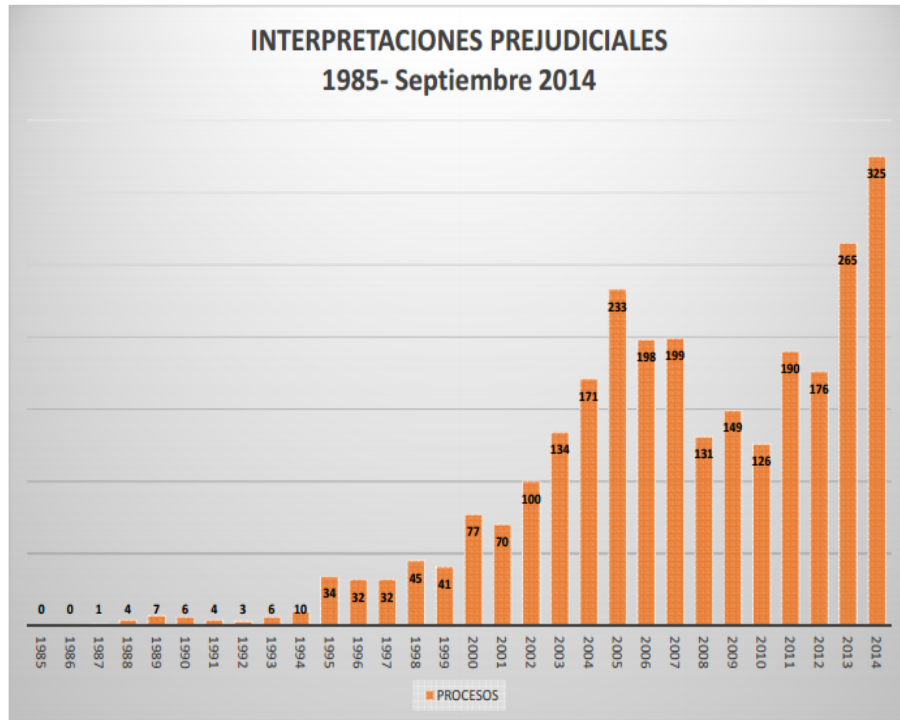


---

<sup>20</sup> 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. Disponible en:  
<http://www.comunidadandina.org/Solcontroversias.aspx?fr=0&codProc=218&codpadre=16&tipoProc=2>  
(consultada el 25 de febrero de 2015).

Tabla N° 1

AÑOS	PROCESOS
1985	0
1986	0
1987	1
1988	4
1989	7
1990	6
1991	4
1992	3
1993	6
1994	10
1995	34
1996	32
1997	32
1998	45
1999	41
2000	77
2001	70
2002	100
2003	134
2004	171
2005	233
2006	198
2007	199
2008	131
2009	149
2010	126
2011	190
2012	176
2013	265
2014	325
<b>TOTAL</b>	<b>2769</b>



Fuente: Comunidad Andina

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 comunitarias<sup>21</sup>.

### 1.2.3. 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. El derecho comunitario respecto al cual el TJCA debe asegurar su aplicación e interpretación está conformado por el Acuerdo de Cartagena, 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

<sup>21</sup> MANGAS y LIÑÁN. *Ob. cit.*, p. 466.

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 Andina<sup>22</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la aplicación de los principios de aplicación inmediata, primacía y efecto directo, que obligan básicamente a los jueces y los órganos jurisdiccionales estatales, constituyen la base del ejercicio de la función de interpretación prejudicial del derecho comunitario del TJCA<sup>23</sup>.

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 se refiere a que el derecho comunitario se inserta automáticamente en la legislación interna sin que sea necesaria ninguna medida interna especial de introducción o recepción. En aplicación del 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 particulares<sup>24</sup>. 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

---

<sup>22</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, p.133.

<sup>23</sup> Véase por ejemplo, el Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., Proceso 03-AI-2010, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2136, 15 de enero de 2013, numeral 9; Caso COMCEL S.A., Proceso 57-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2118, 14 de noviembre de 2012, numeral 5; Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., Proceso 14-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2367, 21 de julio 2014, numeral 75; Caso COMCEL S.A., Proceso 79-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2393, 15 de setiembre de 2014, numeral 28.

<sup>24</sup> Proceso 22-IP-2012. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2069, 5 de julio de 2012. 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”, Proceso 1-IP-87, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28, 15 de febrero de 1988, Proceso 2-IP-88, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, 26 de julio de 1988. Cabe mencionar que este principio fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-6/64, Flaminio Costa v ENEL (1964) ECR 585. En: MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 414-417.

mandato sea incondicional (no deje márgenes de apreciación discrecional de las autoridades públicas)<sup>25</sup>.

La capacidad del juez nacional de actuar como juez comunitario derivada de los principios de aplicación inmediata, supremacía y efecto directo, y determina que los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente como garantes de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional, en colaboración con el TJCA<sup>26</sup>.

#### **1.2.4. 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 o no 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 concreto<sup>27</sup>.

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 o facultad de plantear la consulta de interpretación prejudicial ante el TJCA<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Caso Sociedad ACEITES Y GRASAS VEGETALES S.A., ACEGRASAS, Proceso 30-IP-98, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 475, 1 de setiembre de 1999. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que el efecto que tiene el principio de la aplicabilidad directa, intrínseco al Derecho Comunitario, 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 puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que existe una norma nacional anterior o posterior, contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que surge automáticamente de estas normas, sin requerimiento o declaración adicional, de ninguna especie. Este principio fue consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-6/64, Flaminio Costa v ENEL (1964) ECR 585. En: MANGAS y LIÑÁN NOGUERAS. *Ob. cit.*, pp. 382-388.

<sup>26</sup> Caso Comunicación Celular COMCEL S.A. vs. Empresa EPM Telecomunicaciones S.A., E.S.P. Proceso 57-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2118, 14 de noviembre de 2012, numeral 5.

<sup>27</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, p. 84; BALDEÓN. *Ob. cit.*, pp. 26-29; GÁLVEZ. *Ob. cit.*, pp. 135-136; y Caso Schering Corporation y Pharmacoepia, Proceso 07-IP-2009, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1729, 3 de julio de 2009, considerando 1.

<sup>28</sup> BALDEÓN. *Ob. cit.*, p. 27.

La capacidad del juez nacional para determinar si es necesaria la interpretación prejudicial para resolver el litigio es denominado “la cuestión de pertinencia”<sup>29</sup> o “juicio de relevancia”<sup>30</sup>. La decisión del 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 comunitarias<sup>31</sup>. 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 en los casos en que los órganos jurisdiccionales dictan sentencias contra las que se puedan interponer ese tipo de recursos impugnatorios la consulta es obligatoria<sup>32</sup>.

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 solamente 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, en este caso, la consulta de interpretación prejudicial se torna en obligatoria. Contrariamente, en otra oportunidad, la Secretaría General estimó que el recurso de casación que resuelve la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del Perú puede versar sobre la debida interpretación y aplicación del derecho material, razón por la cual el órgano jurisdiccional que resuelve está facultado a solicitar la interpretación prejudicial<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, p. 134.

<sup>30</sup> CIENFUEGOS. *Ob. cit.*

<sup>31</sup> Caso Aktiebolaget Volvo, Proceso 1-IP-87, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28, 15 de febrero de 1988. A diferencia de lo señalado por el TJCA respecto a que las solicitudes de interpretación prejudicial formuladas por el Consejo de Estado de Colombia, el cual actúa como máxima instancia en lo contencioso-administrativo, son facultativas, dicho órgano jurisdiccional se considera obligado a solicitar una interpretación prejudicial 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. Citado por: BALDEÓN. *Ob. cit.*, p. 27.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> BALDEÓN. *Ob. cit.*, pp. 27-28.

Si la consulta de interpretación prejudicial es facultativa, y llegase la oportunidad de dictar sentencia sin que el juez nacional hubiere recibido la interpretación solicitada al TJCA, el juez deberá dictar sentencia<sup>34</sup>. Esta disposición del artículo 33°, primer párrafo, *in fine*, del TCTJCA 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 sentencia<sup>35</sup>, ya que como el TJCA sostuvo en el Proceso 03-AI-2010:

“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 imperativo”<sup>36</sup>.

La interpretación prejudicial de las normas andinas será aplicable a la controversia. Asimismo, con el objeto de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario andino, el artículo 36° del TCTJCA establece que los países miembros están obligados a velar para que sus jueces nacionales actúen conforme a lo dispuesto en materia de interpretación prejudicial. 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 el artículo 23° y siguientes del TCTJCA. 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 de la normativa andina, sujetándose al procedimiento previsto en el artículo 24° del TCTJCA<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, p.135.

<sup>35</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, pp.135-136.

<sup>36</sup> Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A., Proceso 03-AI-2010, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2136, 15 de enero de 2013, numeral 8.

<sup>37</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, p. 140. El Caso New Yorker/Procter & Gramble representa el primer precedente en el derecho comunitario comparado de inicio de 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, siendo la consulta de carácter obligatoria. En: PEROTTI. *Ob. cit.*, pp. 199-216.

En el Proceso 03-AI-2010, la acción de incumplimiento fue precisamente ejercida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. E.S.P., (ETB S.A. E.S.P.), una de las partes que obtuvo un fallo adverso en un arbitraje. En esa ocasión, ETB S.A. E.S.P. 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 Tribunal Arbitral de Bogotá como juez nacional, a los efectos de la interpretación prejudicial, se determinaría su obligación 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 anteriores casos para formular la interpretación prejudicial, el Consejo de Estado, no formuló la consulta de interpretación prejudicial, planteada a iniciativa de parte. El TJCA no aceptó como una justificación válida la alegación de que el recurso extraordinario contra un laudo arbitral no permite cuestionar el fondo de la decisión del árbitro considerando que debió actuar como juez comunitario<sup>38</sup>, condición que le obliga a ser el custodio de la norma comunitaria, y a garantizar su aplicación, aun cuando su formulación no se encuentre prevista en la legislación interna.

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 ésta es obligatoria, es nula dado que 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 y, por consiguiente, ineludible para que el juez pueda dictar sentencia. Por este motivo, de acuerdo con el TJCA, cabe demandar la nulidad contra una sentencia que adolezca de ese vicio, alegando la violación del debido proceso. Asimismo, en el ámbito doméstico, se podría intentar una acción de amparo alegando que la resolución judicial viola el debido proceso<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Proceso 03-AI-2010, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2136, 15 de enero de 2013.

<sup>39</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, pp. 142-143.



La falta de una disposición en el derecho comunitario 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 litigio<sup>40</sup>.

El juez nacional debe seguir y tomar en cuenta en la resolución del proceso a su cargo la interpretación de la norma del ordenamiento jurídico comunitario cuya interpretación ha solicitado dada por el TJCA<sup>41</sup>. Ni el artículo 35° del TCTJCA ni el artículo 127° del Estatuto del TJCA hacen distinciones respecto de los casos en los que el juez nacional haya solicitado la interpretación, sea de carácter facultativa u obligatoria<sup>42</sup>.

En el supuesto de interpretación facultativa, si el juez no presentó la solicitud o si en el momento de la sentencia no se dispone de interpretación prejudicial del TJCA, éste tiene la facultad de interpretar y aplicar el derecho comunitario en la forma que considere más conveniente para resolver el caso que conoce<sup>43</sup>. 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<sup>44</sup>.

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 iudicando* en caso de que al optar incorrectamente 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)<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales. *Ob. cit.*, numeral 7.

<sup>41</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, p. 85.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, pp. 85-86.

<sup>44</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, p. 86.

<sup>45</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, p. 86.

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 estipula que:

“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 análogo<sup>46</sup>. 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 colombiano<sup>47</sup>.

### ***1.3. 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 y consistencia del derecho comunitario. Se busca salvaguardar la aplicación uniforme del derecho comunitario por los jueces nacionales o los órganos jurisdiccionales vinculados al Estado<sup>48</sup>. Se parte de la premisa que un proceso de integración sería difícil de establecer si los jueces de los países miembros aplican diferentes criterios interpretativos, atentando contra la seguridad y predictibilidad jurídica.

---

<sup>46</sup> Una diferencia del derecho andino respecto al derecho comunitario europeo reside en que aquel no acepta actualmente las doctrinas del acto claro o acto aclarado. En aplicación de dichas doctrinas, el juez de un Estado Miembro de la Unión Europea no está obligado a dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando tenga que aplicar la normativa comunitaria, contribuyéndose así a aminorar la carga procesal del órgano judicial comunitario.

<sup>47</sup> PACHÓN. *Ob. cit.*, pp. 82-83.

<sup>48</sup> BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2006). “Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos. Especial referencia al derecho interno español”, p. 380. En: ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (Coordinador). *Derecho de la Unión Europea*. Pamplona: Gobierno de Navarra / Instituto Navarro de Administración Pública. Esta perspectiva fue adoptada en el Caso El Molino, Proceso 142-IP-2003, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 965 de 8 agosto 2003.

La segunda finalidad de la interpretación prejudicial es la de asegurar la efectividad de la normativa andina en el territorio de los países miembros. Es decir, la interpretación prejudicial es un instrumento utilizado por el juez nacional para que la norma comunitaria sea aplicada para solucionar las controversias de los ciudadanos de los países miembros.

Al respecto, las estadísticas respecto al número de sentencias interpretativas dadas por el TJCA refleja 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, en contraposición al número de dichas sentencias por el TJCA durante la década 1985-1994 que ascendió a solamente 32. El número de decisiones comenzó a aumentar considerablemente a partir de mediados de 1990, un período que siguió a la reestructuración de las entidades administrativas, actores fundamentales en el ejercicio del recurso de la interpretación prejudicial a partir de entonces<sup>49</sup>.

La producción anual alcanzó su punto máximo en 2006, cuando el TJCA emitió 228 resoluciones. El creciente número de resoluciones preliminares con el transcurso del 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 amplia gama 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 los países de la Comunidad Andina están dominadas mayoritariamente por cuestiones de propiedad intelectual. De las 1.338 sentencias interpretativas emitidas hasta el final de 2007, 1,303 (97%) se refieren a la propiedad intelectual y sólo 35 (2,5%) se refieren a cuestiones distintas de la propiedad intelectual<sup>50</sup>.

En la Comunidad Andina, a diferencia de la jurisprudencia europea que comprende 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

---

<sup>49</sup> HELFER, Laurence, ATER, Karen, y GUERZOVICH, Florencia (2009). “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un estado de derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”. En: *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 13. Disponible en:

<http://www10.iabd.org/intalcdi/PE/2013/11741.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>50</sup> HELFER, Laurence y otros. *Ob. cit.*, pp. 13-14.

comunitario de la propiedad intelectual. El impacto ha sido de tal magnitud que las 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 comunitarias<sup>51</sup>.

De tal forma que, en materia de propiedad intelectual, la creación y protección de derechos comunitarios, la aplicación efectiva de las normas comunitarias 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 ese ámbito<sup>52</sup>.

Por ese motivo, el TJCA se inclinó a tener una posición flexible y decidió reconocer a las oficinas nacionales encargadas de aplicar las normas de propiedad intelectual a nivel administrativo, la competencia de plantear la interpretación prejudicial bajo la premisa que aquéllas se comportan en la práctica como un órgano jurisdiccional<sup>53</sup>. Si bien las solicitudes de interpretación prejudicial corresponden a los jueces nacionales dentro de un proceso judicial en trámite, y 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, los particulares en la mayoría de los casos no impugnan judicialmente las resoluciones administrativas por razones de costo y tiempo, quedando éstas en firme y asimilándose a las sentencias en calidad de cosa juzgada. Esta coyuntura actual propicia la interpretación efectiva y uniforme de la normativa comunitaria en los países miembros en materia de propiedad intelectual<sup>54</sup>. Cabe indicar sin embargo que esta situación fáctica no puede ser considerada como un único argumento para reconocer al INDECOPI la condición de sujeto capaz de plantear la consulta prejudicial.

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 TCTJCA, estableciendo un test que verifica el cumplimiento de determinadas condiciones. Más allá de los requisitos

---

<sup>51</sup> HELFER, Laurence y otros. *Ob. cit.*, pp. 1-2.

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> GÁLVEZ. *Ob. cit.*, pp. 143-144.

<sup>54</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

construidos jurisprudencialmente por el TJUE, el denominador común que subyace en la calificación de 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 genérica y extensiva 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, a su juicio, 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 y el rol del juez nacional fue asignada por el legislador comunitario debido a que constituía un medio para garantizar la aplicación del derecho comunitario, objetivo que colisiona con la natural inclinación de los tribunales nacionales de hacer que prime el principio de pasividad para así evitar las complicaciones que impone la norma comunitaria distinta a la ley de su fuero<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> El principio de pasividad del juez consiste en que éste, por un lado, debe fallar conforme al mérito del proceso sin extender su fallo a una resolución que vaya más allá de los puntos que no le hayan sido expresamente sometidos por las partes, y por otro lado, no debe activar mecanismos de oficio. En: HUNTER AMPUERO, Iván (2010). “El principio dispositivo y los poderes del juez”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, semestre II, nro. XXXV, pp. 148-188.

## CAPÍTULO 2

### EL ARBITRAJE COMERCIAL

El arbitraje comercial es un método privado de solución de controversias, 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 y 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 debe aplicar a los asuntos de fondo (“derecho, ley o legislación aplicable”) y el derecho que rige el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral<sup>56</sup>.

Por su utilidad en el presente trabajo, los aspectos sobresalientes al acuerdo de arbitraje, a la decisión del tribunal arbitral y a la ejecución del laudo serán materia de desarrollo a continuación.

#### **2.1. Las características sobresalientes del arbitraje**

##### **2.1.1. El acuerdo de arbitraje**

El acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje una controversia suscitada entre ellas constituye la piedra angular del arbitraje comercial moderno. La existencia y validez de un arbitraje se deriva de la voluntad y el consentimiento de las partes litigantes. La existencia de un arbitraje pasa por tener un acuerdo adoptado válidamente. Esta característica del arbitraje ha sido establecida por 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 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En atención a este elemento, un juez nacional podría negar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral cuando el acuerdo no resulte ser válido con arreglo a su propio derecho aplicable<sup>57</sup>. De esa manera, la fuerza organizada del Estado puede ser ejercida para

<sup>56</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel, y PARTASIDES, Constantine (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Aranzadi. p.60.

<sup>57</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 65.

garantizar no sólo 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 sean vinculantes entre las personas que voluntariamente lo han consentido<sup>58</sup>. 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. Este aspecto es crucial para los fines del presente trabajo ya que se entendería que el arbitraje constituye una opción elegida por los particulares para sustraerse de la actuación jurisdiccional de Estado a fin de resolver sus diferencias de manera particular.

El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula compromisoria o un contrato independiente. Dicho convenio puede englobar las controversias que ya hubieran surgido entre las partes (denominado “compromiso arbitral”) y suele tratarse de un documento detallado en el cual 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 futuras<sup>59</sup>.

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 de su autonomía, incluso se propugna la conveniencia de liberar al arbitraje comercial de las restricciones que impone el derecho interno o deslocalizado<sup>60</sup>. Es decir, la voluntad de las partes es la piedra de toque que pretende regular exhaustivamente lo necesario para resolver una controversia a través de la actuación de un tercero.

---

<sup>58</sup> CARLSTON, Kenneth S. LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS. “Law and Contemporary Problems”. Volumen 17, Número 4, Otoño, 1952. En: Theory of the Arbitration Process., p. 632. Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2542&context=lcp> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>59</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 67.

<sup>60</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 67; y SIERRALTA RÍOS, Anibal (2005). “Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones. Desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional”, pp. 36-37. Disponible en: <http://www.cepal.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/SIERRALTA-MECANISMOS%20SOLUCIÓN%20CONTROVERSIAS%20COMUNIDAD.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

Una función adicional del acuerdo de arbitraje es que constituye 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, siendo la única fuente que puede determinar la jurisdicción de los árbitros<sup>61</sup>.

### ***2.1.2. 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 notable 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. Esta facultad es la 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 debidamente<sup>62</sup>.

### ***2.1.3. 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. En efecto, el laudo es vinculante respecto a una controversia suscitada entre las partes, aun cuando es el resultado de un acuerdo celebrado entre particulares y es dictado por un tribunal arbitral privado. Por consiguiente, 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

---

<sup>61</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 69.

<sup>62</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 71.



Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Sin embargo, 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 laudo<sup>63</sup>.

El arbitraje produce una decisión que puede ejecutarse contra la parte vencida no solamente en el lugar en el cual ha sido dictado, sino también en el ámbito internacional, de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, tratándose del segundo caso. Resulta oportuno realizar tres precisiones al respecto. Primero, el resultado final del proceso arbitral es una decisión vinculante, por lo que no es susceptible que las partes puedan rechazarlo o aceptarlo 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 tanto en el plano nacional como en el internacional. La exigibilidad internacional del laudo por los tratados internacionales (por ejemplo, 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 Suiza<sup>64</sup>.

## 2.2. *La definición del término comercial*

El arbitraje es el método 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, tales como

---

<sup>63</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 72.

<sup>64</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 86.

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 solamente las controversias originadas en contratos comerciales son pasibles de ser sometidas a arbitraje de acuerdo con la ley de un Estado. Sin embargo, ese mismo Estado puede o no permitir 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”. En tal sentido, para determinar si un contrato es o no de naturaleza “comercial” será indispensable remitirse al derecho nacional pertinente<sup>65</sup>.

Toda controversia comercial es susceptible de someterse a arbitraje. No obstante, existen determinadas controversias que, por razones de orden público, no pueden ser resueltas por el arbitraje. En estos casos, las distintas leyes nacionales determinan que dichas controversias deban ser resueltas por los tribunales judiciales del Estado y no mediante un sistema privado de solución de diferencias<sup>66</sup>. En este sentido, es fundamental determinar el tipo de controversias que no constituyen materias arbitrales. Por ejemplo, si al objeto de la controversia en un arbitraje le es aplicable disposiciones vinculantes del derecho comunitario, cabe discutir la obligación del árbitro de tenerlas en cuenta al momento de emitir el laudo a pesar de no estar previstas como las normas elegidas por las partes; y, en caso de no haberlo sido, la posibilidad que el fallo arbitral pueda ser impugnado ante sede judicial de un Estado miembro por violentar el orden público comunitario.

### ***2.2.1. Los motivos para recurrir al arbitraje***

Las dos razones principales que motivan a los particulares que se enfrentan a una controversia comercial a recurrir al arbitraje en lugar de un tribunal judicial ya constituido han sido resumidas por la doctrina.

---

<sup>65</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 81-82.

<sup>66</sup> 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.

Por un lado, el arbitraje ofrece a los particulares la oportunidad de seleccionar un tribunal “neutral” o en un foro privado, obligando al Estado a abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre la materia sometida a arbitraje sobre la base de un acuerdo válido entre las partes. El referido acuerdo establece, entre otros aspectos, el derecho aplicable y las causas de impugnación de un laudo, aunque sujeto a las disposiciones procesales de carácter obligatorio dispuestas en las leyes nacionales de arbitraje los cuales tienen que ser respetados, no habiendo lugar para la autonomía de las partes. Por otro lado, la opción del arbitraje brinda a las partes la oportunidad de elegir a un tribunal arbitral que cuenta con la debida experiencia especialización, y capaz de comprender los puntos más importantes materia de la controversia, sea de hecho o de derecho. Además, el arbitraje permite ahorrar tiempo a las partes, asegurar que el laudo sea razonable, y que exista una continuidad en la función de resolver una controversia, ya que se encargará del proceso hasta el final<sup>67</sup>.

No obstante lo ante expuesto, el arbitraje tiene limitaciones. Entre esas limitaciones, sus detractores han señalado que el arbitraje representa un método de solución de controversias no necesariamente menos costoso que la justicia. Asimismo, las facultades de los árbitros son limitadas, dependen del respaldo del ordenamiento jurídico nacional, y son más restringidas que las que poseen un tribunal estatal. En este último caso, por ejemplo, las medidas coercitivas deben ser adoptadas en forma indirecta por intermedio del juez. También se produce la imposibilidad de plantear de forma conjunta ante un mismo tribunal arbitral controversias que involucran la participación de varias partes. Finalmente, los laudos pueden ser contradictorios entre sí en circunstancias similares.

Cabe mencionar que hay otros factores que hacen que el arbitraje sea 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. El aspecto de la confidencialidad, por ser de importancia central para los fines de la investigación se desarrollará de manera extensa a continuación.

---

<sup>67</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 85-86.

### 2.2.2. 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, han previsto en su legislación que en ausencia de cualquier acuerdo específico respecto a la confidencialidad, ésta se entiende implícitamente de la propia naturaleza del arbitraje<sup>68</sup>. 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 característica principal del arbitraje y se considera que tanto el proceso en sí como el laudo no formarán parte del dominio público<sup>69</sup>. 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.

Sobre el particular, 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”.

Por su parte, 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 c. Merret*, *Hassneh Insurance Co. of Israel c. Mew* y *Ali Shipping Corporation c. Shipyard Trogir*, en los que se señaló que la regla de confidencialidad se fundamenta en el carácter privado de los procesos arbitrales y se exige teniendo en cuenta la naturaleza del propio acuerdo de arbitraje<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. N° 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. 18-19.

<sup>69</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 91.

<sup>70</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 93.

La tendencia actual admite excepciones al carácter confidencial de las audiencias cuando está de por medio un interés del público en general<sup>71</sup>. En el Caso Esso Australia Resources Ltd. c. The Honorable Sidney James Plowman, el tribunal australiano determinó que la exigencia de realizar audiencias a puertas cerradas no implicaba la obligación de prohibir la divulgación de documentos e información aportada en el proceso arbitral. En Estados Unidos c. Panhandle Eastern Corp., Panhandle solicitó al Tribunal Federal de Primera Instancia de los Estados Unidos 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 tal pedido, basándose en que Panhandle no había demostrado la existencia de “motivos suficientes”<sup>72</sup>.

Con respecto a la confidencialidad del 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, excepcionalmente, 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 c. 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 sólo 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, que es también de carácter privado y celebrado entre las mismas partes, puede admitir la excepción a la confidencialidad.

La Cour d’Appel de París en el Caso Aita c. Ojjej determinó que la impugnación en un proceso judicial de un laudo arbitral constituiría una violación del principio de confidencialidad, dado

---

<sup>71</sup> TWEEDDALE, Andrew. Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception. En: *Arbitration International*, Vol. 21, N° 1, 2005, p.61. Disponible en: <http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Confidentiality-in-Arbitration-The-Public-Interest-Exception1.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>72</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 94-95.

que originaba un debate público de hechos que debían mantenerse con el carácter de confidencial<sup>73</sup>. En este caso, lo que estaba en cuestión era la divulgación 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. Se consideró que tal obligación no surge de ningún contrato preexistente pero existe independientemente de él<sup>74</sup>.

En cuanto al tema de la confidencialidad en los casos de arbitrajes entre un inversionista y el Estado, en el Caso Amco c. República de Indonesia, el tribunal CIADI señaló que si bien ni el Convenio ni las Reglas impide que las partes expongan el caso, había un deber general impuesto por el derecho internacional de no agravar las controversias e instó a las partes a que sus declaraciones públicas fueran breves y precisas. En el Caso Metalclad Corporation c. México, el tribunal CIADI sostuvo 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. Asimismo, en el arbitraje asociado al TLCAN, en el Caso R. Loewen and Loewen Corporation c. Estados Unidos de América, el tribunal rechazó la solicitud planteada por el gobierno estadounidense de 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 partes<sup>75</sup>.

El Reglamento de la London Court of International Arbitration, de 1 de enero de 1998, impone a las partes un deber expreso de confidencialidad en los siguientes términos:

“30.1. Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, estas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de

<sup>73</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 95-96.

<sup>74</sup> THOMSON, Claude R. & Annie M.K. FINN. “Confidentiality in Arbitration: A valid assumption? A proposed solution!”. En: *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, no. 2 (May-July 2007), pp. 1-3.

<sup>75</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 97-98.

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 Arbitral”<sup>76</sup>.

Un interés diferente se tiene en los arbitrajes llevados a cabo en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el CIADI lo cual ha provocado que no se aplique el concepto de confidencialidad en la medida en que los laudos se encuentran disponibles al público.

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

### 2.3. *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 aplicará a dicho acuerdo. La teoría de la autonomía de las partes ha recibido reconocimiento en los diversos ordenamientos jurídicos en los cuales 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 [...]”<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 99.

<sup>77</sup> Lew, Julian. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, p. 75. Citado por: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 174.

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 c. Soleimany*, 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 tal razón, las partes pueden elegir el derecho aplicable a la controversia en los convenios de arbitraje teniendo como únicos requisitos la buena fe, la legalidad y el arreglo al orden público.

Entre las alternativas de las 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 de transporte y los contratos de seguro usualmente 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 con 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 se han adoptado 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 que van a 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 del derecho es que no resultan lo suficientemente precisos, aunque establece 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 el cual 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 como resultado 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 diferentes árbitros era la misma y establecía lo siguiente:

“La presente concesión se regirá 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”<sup>78</sup>.

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 era el del derecho de Libia, pero que la cláusula excluía cualquier disposición de dicho ordenamiento que no se ajustara a los principios del derecho internacional. 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 Aminoil<sup>79</sup>.

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. En este caso, el acuerdo no hacía referencia al derecho interno en ninguna de las partes ni a ningún ordenamiento jurídico nacional, sino que en su lugar, hacía una remisión a los principios que ambos ordenamientos tuvieran en común. La justicia inglesa, la Cámara de los Lores, determinó que:

<sup>78</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 178.

<sup>79</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 185-187.

“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 (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 partes”<sup>80</sup>.

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 contrato<sup>81</sup>.

- Las prácticas codificadas y los usos comerciales

Además, puede aplicarse un conjunto 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. Este derecho está conformado por reglas y prácticas que han evolucionado en las comunidades internacionales de negocios, teniendo como ventaja el representar un código que se adapta a las necesidades del comercio internacional moderno y su aplicación es uniforme<sup>82</sup>.

- La equidad y la justicia

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

- Deba aplicar las normas jurídicas pertinentes pero puede pasar por alto aquellas que pueden acarrear efectos injustos en el caso específico,
- Deba decidir conforme a los principios generales del derecho, o
- Resuelva el caso de acuerdo a su leal saber y entender, ignorando por completo las normas jurídicas<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Channel Tunnel Group Ltd., c. Balfour Beatty Construction Ltd. (1993), A.C. 334, párrafo 368. Citado en: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 189.

<sup>81</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 189-190.

<sup>82</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 190-202.

<sup>83</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 202-203.

#### 2.4. *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 el autorizado, conforme al artículo V (1) (c) de la Convención de Nueva York, a negar la ejecución de un laudo que trate de una diferencia no prevista en el compromiso de arbitraje o no comprendida dentro de los términos del sometimiento a arbitraje o cuando el laudo contiene decisiones que exceden el alcance del objeto del arbitraje. El cuestionamiento de la competencia del tribunal no está exento del riesgo a que una de las partes que se sienta perdedora impugne el laudo con el interés de retrasar el arbitraje<sup>84</sup>.

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. Sin embargo, en el artículo 2060° establece que las partes no pueden convenir en someter al arbitraje las controversias que pertenecen a determinadas áreas (relacionadas con la capacidad de las personas) y las materias que interesen al orden público.

En suma, 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

---

<sup>84</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. International Commercial Arbitration. Dispute Settlement. The Arbitration Agreement. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.39, United Nations, 2005. p. 7.

lo son el derecho aplicable a las disputas surgidas en el otorgamiento o validez de patentes y marcas comerciales<sup>85</sup>.

En materia de derecho de la competencia, inicialmente estuvo excluida del arbitraje, aunque actualmente se reconoce que constituye materia arbitrable. Así, la Corte Suprema de Justicia en el Caso *American Safety c. Maguire* (1968) sostuvo que los reclamos basados en la defensa de la competencia no debían someterse al arbitraje sino a los tribunales del Estado. Dicha Corte argumentó que:

“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 Arbitraje”<sup>86</sup>.

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, y podría reivindicarse al momento de la ejecución del laudo arbitral. Sobre el particular, la Corte opinó que:

“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”<sup>87</sup>.

En el famoso Caso *Eco Swiss Chine Time Ltd. c. Benetton International NV* (1999), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que el artículo 81° del Tratado de la Comunidad Europea regula 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. Al respecto, dicho tribunal sostuvo que:

---

<sup>85</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 227-229.

<sup>86</sup> *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler Plymouth Inc.*, 473 US 614, 105 S.Ct. 3346 (1985). En: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 231; y, ORTIZ BAQUERO, Ingrid. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”. *Revista de Propiedad Inmaterial*, 2010, Nro. 14, p. 6.

<sup>87</sup> Caso *Mitsubishi Motors Corp*. Párrafo 628. En: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 232; y, ORTIZ. *Ob. cit.*, p. 7.

“El tribunal nacional al que se le solicita la anulación del laudo arbitral debe concederla 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 público”<sup>88</sup>.

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 esta disposición no ha sido invocada por las partes, generalmente se considera que los árbitros deberían aplicar dicho artículo porque, en caso contrario, corren el riesgo a que se anule el laudo argumentándose la violación del orden público.

### **2.5. Las facultades de los árbitros**

Los árbitros gozan de las facultades otorgadas por las partes dentro de los límites que establecen las leyes aplicables. Dicha facultades son conferidas de manera directa o indirecta, entendiéndose por 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 designar el lugar del arbitraje en caso de no haber sido acordado por las partes,
- La facultad de elegir 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 contrario<sup>89</sup>.

La regla es que en un proceso de arbitraje, el control del proceso se desplaza progresivamente de las partes hacia el tribunal arbitral. En las etapas iniciales las partes están a cargo del impulso

<sup>88</sup> Asunto sobre Interpretación Prejudicial C-126/97 (1999). En: ORTIZ. *Ob. cit.*, p. 13.

<sup>89</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 349.

del proceso, hasta que el dominio de la controversia queda en manos del tribunal arbitral. De esta manera, el tribunal comienza a tomar decisiones de oficio, y a determinar las cuestiones de hecho y de derecho relevantes hasta que toma una decisión definitiva sobre las cuestiones controvertidas, siempre que no se contravenga la voluntad de las partes.

## 2.6. *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 su jurisdicción 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 controversia<sup>90</sup>.

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 considere que el arbitraje se orienta en su contra presente en un estado objeciones relativas a la jurisdicción del tribunal ya avanzado del proceso, con lo cual se podría incurrir en abusos. En esa misma línea de previsión de la oportunidad para cuestionar la jurisdicción del tribunal, 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 laudo<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> SKLENYTE, Aiste (2003). "International Arbitration. The Doctrine of Separability and Competence-Competence Principle". The Aarhus School of Business, pp. 1-3. Disponible en: <http://pure.au.dk/portal/files/2372/000126197-126197.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>91</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 380.

## 2.7. La definición de laudo arbitral

En el proyecto de la Ley Modelo de la CNUDMI se planteó una definición de laudo arbitral, aunque por la dificultad de su adopción se decidió no incluirlo. 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 sobre ciertos aspectos y dejan otros pendientes de solución<sup>92</sup>. En este sentido, la propuesta de la Ley Modelo consideró que:

“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 adopte”<sup>93</sup>.

En la mayoría de los casos, el laudo arbitral se rige por la ley de arbitraje del lugar del arbitraje o, en base a 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, sino únicamente por un acuerdo de las partes. Las mismas partes tienen la libertad para organizar el tipo de arbitraje acorde a sus necesidades o para autorizar su realización por parte de los árbitros<sup>94</sup>.

La Ley Modelo CNUDMI 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 se hace en el segundo caso, el laudo que se 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 partes<sup>95</sup>.

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.

---

<sup>92</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 498.

<sup>93</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, loc. cit.

<sup>94</sup> VAN DEN BERG, Albert Jan, When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?, 6 *Pace L. Rev.* 25 (1985), p. 60. Disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol6/iss1/2> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>95</sup> Ley Modelo CNUDMI, artículo 16 (3). En: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, loc. cit.

Un aspecto que debe quedar en claro, tal como lo mencionó la Court d'Appel de París en el Caso Brasoil, es que la condición de “laudo” está reservada a las decisiones del tribunal arbitral que en ejercicio de poder jurisdiccional resuelve de manera definitiva los puntos controvertidos por las partes<sup>96</sup>. En ese sentido, el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos destacó que la clave para el 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 1958<sup>97</sup>.

La doctrina distingue entonces varios tipos de laudos. El artículo 32° (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que además de un laudo definitivo, el tribunal arbitral está facultado para dictar resoluciones parciales y provisionales<sup>98</sup>.

Los laudos finales ponen fin al objeto del tribunal arbitral y dan por concluidas sus funciones. El tribunal deja de tener competencia sobre la controversia sometida a jurisdicción y se concluye la relación existente con el árbitro durante el proceso. Por ello, el tribunal arbitral debería dictar el laudo con la plena convicción de haber cumplido con su misión<sup>99</sup>.

Asimismo, 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 involucradas<sup>100</sup>. En el caso de la determinación de la competencia, resultaría aconsejable someterla a un laudo provisional dado que podría tomar meses considerar el asunto de fondo para concluir en el laudo final que carecía de competencia, salvo que la competencia estuviera vinculada con el fondo de la controversia<sup>101</sup>.

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

---

<sup>96</sup> Cour d'Appel de París, Caso Brasoil, 1998. En: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 499.

<sup>97</sup> Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos en el Caso True North Communications Inc (2000). En: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 500.

<sup>98</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute Settlement International Commercial Arbitration. Making the Award and Termination of Proceedings*. New York and Geneva, 2005, pp. 11-13.

<sup>99</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 520.

<sup>100</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 521.

<sup>101</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 521.



tener esa facultad de acuerdo con lo contemplado por la ley local<sup>102</sup>. 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:  
(a) una cuestión que afecta la totalidad de la demanda; o  
(b) una parte de las demandas y reconveniciones sometidas a su decisión.  
(3) Si lo hiciere, el tribunal debe especificar en el laudo la cuestión la demanda, o parte de ella, que conforma el objeto de laudo”<sup>103</sup>.

### 2.8. 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 recomendable 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 elegir el arbitraje, las partes optan por 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 nacional<sup>104</sup>. 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”, contemplando causales excepcionales para impugnar un laudo arbitral<sup>105</sup>.

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.

<sup>102</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 522.

<sup>103</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, loc. cit.

<sup>104</sup> POLKINGHORNE, Michael. Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail. This article was published in slightly different form in the January 2008 issue of the International Construction Law Review. White & Case LLP Paris, p. 1. Disponible en: [http://www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/153d6bd2-17f4-48a0-94b2-af4265abf8fc/article\\_Annulled\\_awards\\_v3.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/153d6bd2-17f4-48a0-94b2-af4265abf8fc/article_Annulled_awards_v3.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>105</sup> REDFERN y otros, *Ob. cit.*, loc. 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 contra Russo Internacional Venture, y la República Checa contra CME República Checa, donde se ratificó la tesis de la singularidad de la revisión del laudo por parte de los tribunales nacionales y que dichos tribunales no podían revisar las cuestiones de fondo. En consecuencia, se concluyó que los tribunales nacionales tenían un alcance limitado en cuanto a la revisión de aspectos sustantivos resueltos por los árbitros<sup>106</sup>.

Cabe precisar que los reglamentos o el convenio de arbitraje usualmente contemplan la posibilidad de impugnación interna. Por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la Asociación de Comercio de Granos y Alimentos (GAFTA, en inglés), contempla la posibilidad de que si una de las partes no está de acuerdo, tiene el 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 instancia<sup>107</sup>. Un procedimiento similar existe en la Chambre Arbitrale de París<sup>108</sup>.

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 donde 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 laudo<sup>109</sup>. Según el artículo 53° del Convenio del CIADI, el proceso de anulación no es una apelación y no implica revisión alguna en cuanto al fondo. Las causales 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 poder<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> HÅKANSSON, Emelie. The Challenge of Arbitral Awards. Arbitrators' application of the "wrong" substantive law – a ground for challenge! Uppsala Universitet. Department of Law, Master's Thesis in Arbitration. Fall Term 2013. pp. 55-56. Disponible en: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:688849/FULLTEXT01.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>107</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 563.

<sup>108</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, loc. cit.

<sup>109</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 564.

<sup>110</sup> Kaufmann-Kohler, Gabrielle. Annulment of ICSID Awards in contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences. University of Geneva: Attorney, Schellenberg Wittmer, Geneva, 2013. Disponible en: <http://www.lk-k.com/data/document/annulment-icsid-awards-contract-and-treaty-arbitrations-are-there-differences-annulment.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

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 9 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 nacionales<sup>111</sup>.

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 emitido<sup>112</sup>.

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. La más frecuente es la falta de jurisdicción o competencia del tribunal arbitral. La doctrina señala que este supuesto se presenta cuando no existe un acuerdo arbitral en vigor, el tribunal se encuentra conformado incorrectamente, o las materias controvertidas en el arbitraje no se encuentran contempladas en dicho acuerdo<sup>113</sup>.

La parte que objeta la jurisdicción del tribunal arbitral puede hacerlo al inicio del arbitraje y solicitar que el propio tribunal resuelva 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 ejecución<sup>114</sup>. Esta segunda alternativa es usada frecuentemente por una de las partes que recibe el laudo en contra cuando 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, se pierde o renuncia al derecho a presentarla<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 564.

<sup>112</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 564-565.

<sup>113</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 565.

<sup>114</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 566.

<sup>115</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, loc. cit.

Cuando un tribunal se enfrenta a objeciones sobre su competencia, y a fin de 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. Este es el denominado principio de “Competencia – Competencia” el cual es un método que otorga al tribunal la capacidad de establecer procedimientos cuando se enfrenta a una objeción planteada por una de las partes. Este principio ha sido reconocido en varios casos. En el caso de Arabia Saudita v. 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 tenía competencia para determinar su jurisdicción, la cual está determinada por el propio acuerdo de las partes en la controversia<sup>116</sup>.

El principio de competencia –competencia está diseñado específicamente para proteger y salvaguardar el poder de los árbitros de pronunciarse sobre su jurisdicción, sin intervención prematura de una corte judicial. Asimismo, este principio 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 arbitraje<sup>117</sup>.

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.

---

<sup>116</sup> OSADARE, Babatunde. “Jurisdiction and Powers of Arbitral Tribunals: Who decides?”. En: Paper about Arbitral Tribunal. University of Dundee, UK (no se cita el año). Disponible en: [http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp\\_car13\\_9\\_999086504.pdf](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car13_9_999086504.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>117</sup> GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. Chapter 8: Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators, pp. 271-272. En: Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice. Disponible en: [http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative-Effect-of-CompetenceCompetence-The-Rule\\_/Files/View-Full-Text/FileAttachment/IA\\_070208\\_01.pdf](http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative-Effect-of-CompetenceCompetence-The-Rule_/Files/View-Full-Text/FileAttachment/IA_070208_01.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).

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 sea estrictamente doméstica, existe un concepto más restringido de derecho internacional público, relacionado con la infracción de principios verdaderamente fundamentales del orden público de un país<sup>118</sup>.

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 CNUDM exige que la solicitud de anulación o remisión de un laudo parcial sobre jurisdicción se presente dentro de los 30 días desde su notificación. No obstante que los plazos varían según el país, la mayoría opta por un plazo de tres meses desde su emisión<sup>119</sup>. Esta posición tiene por finalidad restringir la discrecionalidad de la justicia al momento de efectuar un control sobre el laudo en su rol de determinar si dicho laudo es nulo y sin efecto<sup>120</sup>.

Los efectos de la impugnación del laudo dependen de las causas que se aleguen, el derecho aplicable y el 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 parte<sup>121</sup>.

En caso 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 nuevamente a arbitraje y el proceso se volverá a iniciar. Esta opción es, sin embargo, 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 a fin de que sea excepcional<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 579.

<sup>119</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, pp. 588-589.

<sup>120</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. En: REDFERN y otros. *Ob. cit.*, loc. cit.

<sup>121</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 589.

<sup>122</sup> REDFERN y otros. *Ob. cit.*, p. 589.

## 2.9. El arbitraje de derecho público

En general, las normas imperativas protegen los intereses sociales y económicos de una sociedad. En base a esa razón, los tribunales arbitrales pueden constituirse por el mandato de reglas obligatorias de naturaleza pública. De esa forma, además del establecimiento 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 señalan ciertas normas de carácter administrativo o legal. Estas reglas, que 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 donde por su tipo de relacionamiento el Estado tiene por propósito asegurar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales o financieros<sup>123</sup>.



---

<sup>123</sup> BANIASSADI, Mohammad Reza. “Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration”. En: Berkeley Journal of International Law, Volume 10, Issue 1 Summer, 10 Int'l Tax & Bus. Law. 59 (1992), pp. 63-64.

Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2> (consultada el 25 de febrero de 2015).

## CAPÍTULO 3

### 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 a través de este mecanismo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea los planteamientos sobre los diversos aspectos comunitarios vinculados con el objeto del litigio principal. Esta remisión ha sido 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 Europea<sup>124</sup>.

Esa predisposición judicial se explica por la propia concepción de la interpretación prejudicial: se 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 central de hacer parte del ámbito doméstico las distintas áreas de la política pública de integración comunitaria.

La interpretación prejudicial proporciona el fundamento jurídico del sistema comunitario europeo en su conjunto<sup>125</sup>, basada en la actuación descentralizada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los jueces nacionales, los cuales se encargan de velar por la aplicación efectiva del derecho comunitario en base a las relaciones de diálogo y cooperación entre sí. Es por ello que es considerada como la pieza central del sistema de remedios que los individuos disponen y ha sido el medio procesal a través de la cual los principios que sustentan el proceso de integración comunitaria europea, tales como el efecto directo como la supremacía, fueron desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En esa perspectiva, se observa la capacidad de los órganos jurisdiccionales nacionales, de cualquier nivel, ora inferior ora superior, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión

---

<sup>124</sup> HELFER y ALTER. *Ob. cit.*, pp. 921-922.

<sup>125</sup> WEILER, J.H.H. y KOCJAN, Martina. The Law of the European Union, En: HELFER y ALTER. *Ob. cit.*, p. 2.

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 Europea<sup>126</sup>. Se parte del hecho de 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 arbitraje público, esto es, aquéllos cuyo establecimiento, composición y procedimiento depende en mayor o menor grado de un mandato legal. No obstante lo señalado, la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado a favor respecto a la posibilidad de establecer un control judicial respecto a la aplicación del derecho comunitario en el fuero arbitral en los casos estrictamente necesarios<sup>127</sup>.

### ***3.1. 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 integración<sup>128</sup> que data de 1951, aunque la irrupción de su utilización en mayor escala se dio básicamente a partir de los años setenta<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2006). “Las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Ordenamientos Internos. Especial referencia al Derecho Interno español”, p. 379. En: ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco (director). Derecho de la Unión Europea. Pamplona: Gobierno de Navarra / Instituto Navarro de Administración Pública.

<sup>127</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERA, y Diego J. (2002). Instituciones y derecho de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, p. 464.

<sup>128</sup> HELFER y ALTER. *Ob. cit.*, p. 920.

<sup>129</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel (2014). “Prejudiciales especiales. Auge y fenomenología de los regímenes atípicos de la cuestión prejudicial europea”, p. 105. En: *La Cuestión Prejudicial Europea. Europea inklings (EUi)*, IV. no. 4, Gobierno Vasco: IVAP, pp. 104-121.



El artículo 267° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), suscrito en Lisboa el 3 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, regula la interpretación prejudicial 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.

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 brevedad”<sup>130</sup>.

El juez nacional u órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo el proceso puede solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, 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 se analiza el desarrollo jurisprudencial de la cuestión prejudicial de interpretación de los tratados que forman parte del acervo comunitario previsto en el artículo 276° literal 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 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, en vigor desde el 1 de noviembre de

---

<sup>130</sup> El artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957 no contenía este último párrafo; éste fue introducido por el Tratado de Lisboa. Mencionado por: CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 6. El artículo 267 del TFUE tiene su antecedente en el artículo 234 del TCE, originalmente artículo 177 del 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. Más adelante, en el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) se reguló con mayor detalle la cuestión prejudicial no sólo para interpretar los tratados del derecho comunitario sino que su alcance se extendió para determinar la validez e interpretación del derecho derivado.

2012<sup>131</sup>. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria fue sistematizada por el TJUE en el documento titulado “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”, del 6 de noviembre de 2012, el cual tiene un carácter puramente informativo y carece 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”<sup>132</sup>.

El artículo 267° del 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 TJUE.

En la Unión Europea la interpretación prejudicial se sustenta en la colaboración judicial a fin de garantizar la correcta interpretación del ordenamiento comunitario entre los Estados Miembros.<sup>133</sup> Los casos son conocidos y tramitados por los órganos jurisdiccionales nacionales y, de esa manera,<sup>134</sup> se busca tutelar los intereses y el derecho de los particulares reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>135</sup> Para un sector de la doctrina, la interpretación prejudicial se constituye por ende en una vía de control indirecto de la legalidad comunitaria<sup>136</sup>. La doctrina ha puntualizado al respecto que el carácter descentralizado 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 de los tratados comunitarios entre los órganos jurisdiccionales nacionales, el cual constituye un objetivo de la Unión Europea<sup>137</sup>.

---

<sup>131</sup> CIENFUEGOS, *Ob. cit.*, p. 6.

<sup>132</sup> Véase el Punto 6. Citado por: CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 7. El TJUE proporciona a los jueces una serie de indicaciones para evitar la declaración de inadmisibilidad que se produjo en varios casos, como por ejemplo el que se realizó 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 y LIÑÁN NOGUERAS. *Ob. cit.*, p. 471.

<sup>133</sup> Véase Puntos 1, 2 y 5 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Citado por: CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 7.

<sup>134</sup> Dictamen del Tribunal de Justicia 1/2009, de 8 de marzo de 2011. Citado por: CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 8.

<sup>135</sup> Dictamen del Tribunal de Justicia 1/2009, de 8 de marzo de 2011. Citado por: Cienfuegos. *Ob. cit.*, p. 8.

<sup>136</sup> CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 7.

<sup>137</sup> MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen (2014). “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 solo...)”, pp. 61-79. En: *La Cuestión Prejudicial Europea. European inklings (EUi)*. Instituto Vasco de Administración Pública.

La interpretación prejudicial es planteada por un órgano con carácter jurisdiccional de un Estado Miembro cuando en el proceso que dirige se cuestiona 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 principal<sup>138</sup>.

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 por la vía prejudicial al TJUE. No solamente el juez ordinario decide no acudir al Tribunal de Justicia cuando el derecho comunitario es manifiestamente inaplicable, sino también cuando la norma comunitaria es clara o diáfana en sí misma (doctrina del acto claro) o existe jurisprudencia comunitaria en casos similares o análogos (tesis del acto aclarado)<sup>139</sup>.

El artículo 267º 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”<sup>140</sup>.

El TJUE ha dejado en claro que el concepto de órgano jurisdiccional es un concepto autónomo del derecho comunitario<sup>141</sup>. Por ello, el TJUE ha señalado que la determinación con respecto a cuándo una entidad que solicita la interpretación prejudicial puede ser considerada un órgano

---

Euskadi. Nro. IV. Disponible en: <web <http://www.ivap.euskadi.net/r61-2362/es>> (consultada el 1 de octubre de 2014).

<sup>138</sup> CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 7.

<sup>139</sup> Information Note for National Courts issued by the European Court of Justice, OJ C 2009 C/297/01, 5 December 2009 2.

<sup>140</sup> CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 9.

<sup>141</sup> Asunto C-17/00, De Coster (2001), I-09445.

jurisdiccional nacional a los efectos del artículo 267° del TFUE, lo realizará en base al derecho comunitario y no necesariamente a la luz de las legislaciones nacionales.

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

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

La jurisprudencia del TJUE que define los criterios rectores para apreciar si el organismo remitente puede ser considerado como 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 cuando concurren seis características referidas por su origen legal, su carácter permanente, su condición de jurisdicción obligatoria, la naturaleza contradictoria del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas, y su independencia<sup>142</sup>. Los criterios son genéricos y el TJUE los ha aplicado además en varios casos entendiéndolos de manera flexible y amplia.

Los requisitos en el Caso Vaassen-Göbbels exigen que el órgano facultado a plantear la cuestión prejudicial deba tener suficiente vinculación con el sistema jurisdiccional del Estado Miembro receptor exclusivo de la facultad u obligación establecida en el artículo 267° del

---

<sup>142</sup> Asunto C-61/65, Vaassen-Goebbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (1966), 00377. p. 377; seguida del Asunto C-54/96, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin (1997), I-04961, apartado 23; Asunto C-110/98, Gabalfrisa y otros (2000), I-01577, apartado 33; Asunto C-17/00, De Coster (2001), I-09445, apartado 10. Citado por: Cienfuegos, Manuel. Ob. cit., p. 9. En dichos casos, el tribunal de justicia comunitario europeo ratifica que un órgano nacional puede hacer uso del mecanismo prejudicial siempre que reúna una serie de requisitos relacionados con el mandato legal de su origen, que sea permanente, su jurisdicción sea obligatoria, las partes le solicitan la solución de su conflicto, sus resoluciones sean vinculantes, el procedimiento llevado a cabo es inter-parte, aplica normas de derecho y sea independiente. Véase el Asunto C-103/97, Köllensperger y Atzwanger (1999), I-00551, Asunto C-182/00 - Lutz y otros (2002), I-00547; Asunto C-14/86 - Pretore di Salò/X (1987), 02545, párrafo 7; Asunto C-393/92, Gemeente Almelo y otros/Energiebedrijf IJsselmij (1994), I-01477; y Asunto C-111/94, Centro de Trabajo (1995), I-03361, apartado 9.

TFUE. A partir de este enfoque, el TJUE ha reconocido a determinadas entidades la capacidad de formular la interpretación prejudicial. Antes de la sentencia Vaassen- Göbbels, el TJUE en un inicio entendió como órgano jurisdiccional a aquel definido como tal por la legislación nacional, apartándose luego de ese criterio restrictivo porque consideró que puede considerarse como tal a una entidad que cumple con determinadas características que la vincula con la actividad jurisdiccional del Estado, sentido último del artículo 267° de la TFUE, aun cuando no es definido como órgano judicial por mandato legal de un Estado Miembro.

En el Caso Dorsch (1996), el TJUE, con el fin de determinar si el órgano remitente era jurisdiccional en el sentido del artículo 177° del Tratado (hoy artículo 267° del TFUE), corroboró que cumplía con los criterios utilizados en el Caso Vaassen-Göbbels<sup>143</sup> 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 57° c), párrafo 7, de la Ley de Principios Presupuestarios, esto es, su origen reposaba en un mandato legal.

Merece puntualizar que Dorsch Consulty y la Comisión de Supervisión Federal cuestionaron la independencia del Comité por considerarlo que pertenecía a la estructura orgánica de la Junta de Supervisión Federal, la cual estaba a su vez sujeta a la fiscalización del Ministerio de Economía, y cuya duración del mandato de sus miembros no era estable. El TJUE determinó que ello no era impedimento para que el Comité contara con miembros independientes, y estuviera 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 sólo a los órganos judiciales, aunque, admitiendo que, por excepción, se debería aceptar las solicitudes de interpretación prejudicial planteadas por otros organismos cuando no fuera posible que su resolución sea susceptible de revisión judicial ulterior y siempre que ofrezcan garantías de independencia y de proceso contradictorio<sup>144</sup>. El TJUE no acogió esta recomendación.

Los requisitos establecidos en el caso Vaassen-Göbbels han conducido a que el TJUE haya efectuado algunas precisiones al momento de evaluar la condición de órgano jurisdiccional debido a las particularidades del sistema de administración de justicia de los Estados Miembros

---

<sup>143</sup> Asunto C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin (1997), I-04961.

<sup>144</sup> MANGAS y LIÑÁN NOGUERAS. *Ob. cit.*, p. 467.

o características del órgano solicitante de interpretación prejudicial de una norma comunitaria. Al respecto, 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 contra las Escuelas Europeas<sup>145</sup>, el TJUE (entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) señaló que la entidad consultante, en este caso, 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. Dichos requisitos se refieren al 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 que las Escuelas Europeas no pertenecen a ningún sistema de administración de justicia de los Estados Miembros de la UE, a pesar de los vínculos funcionales que mantienen con la Unión, hace que sigan siendo distintas del órgano comunitario y de los países que lo integran<sup>146</sup>.

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 suficientemente estrecho 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 Europea<sup>147</sup>.

En este sentido, 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 contra las Escuelas Europeas, el TJUE trajo a colación la sentencia que dictó en el caso Parfums Christian Dior, en la cual, a diferencia de la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas, reconoció la capacidad del Tribunal de Justicia del

---

<sup>145</sup> Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105. La creación de las Escuelas europeas se basaba inicialmente en dos instrumentos: 1) 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, 2), el Protocolo 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). En 1957, con vistas al buen funcionamiento de las Instituciones Europeas, se crearon los centros denominados “Escuelas europeas” para la educación en común de los hijos del personal de las Comunidades Europeas.

<sup>146</sup> Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105, párrafos 37, 38 y 39.

<sup>147</sup> Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105, párrafo 33.

Benelux de solicitar la interpretación prejudicial de una norma comunitaria al considerarse un órgano comunitario y tener por misión garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas comunitarias a los tres Estados del Benelux. Asimismo, 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 tenía la capacidad para solicitar la interpretación prejudicial por no presentar tales vínculos con los sistemas jurisdiccionales de los Estados Miembros de la UE<sup>148</sup>, sugiriendo que para garantizar la interpretación uniforme del derecho comunitario, correspondía a los Estados Miembros reformar el sistema actualmente vigente del Convenio de las Escuelas Europeas<sup>149</sup>.

Esta decisión fue criticada por la Abogada General del caso Eleanor Sharpston. Desde su punto de vista, 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 decisiones<sup>150</sup>. Esta opinión no fue tomada en cuenta por el TJUE, que privilegió sobretudo 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 Salzmán, el TJUE estableció que un órgano posee el carácter de jurisdiccional, en el sentido del artículo 177º del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 267º 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 pronuncia sobre la solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad de un contrato de compraventa de un bien inmueble<sup>151</sup>. En esa ocasión el TJUE precisó que el Tribunal del Distrito de Bregenz (Austria) estaba ejerciendo autoridad administrativa sin que deba considerarse como el ejercicio de una función judicial, a los efectos

---

<sup>148</sup> Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105, párrafo 41.

<sup>149</sup> Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105, párrafo 45.

<sup>150</sup> Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105.

<sup>151</sup> Asunto C-178/99, Salzmán (2001), I-04421, párrafos 14, 15 y 16. En el Asunto C-71/76, Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats de la Cour de Paris (1977), 00765, 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.

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 para plantear una cuestión prejudicial.

De esta manera, el TJUE consideró que la condición de órgano jurisdiccional, en función del conjunto de características identificadas en el Caso Vaassen- Göbbels, dependerá de la concreta función que se 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 aceptó de manera excepcional a una asociación (la Comisión de Apelación del Colegio de Medicina) como órgano jurisdiccional cuando los Estados Miembros de la Comunidad Europea le han confiado la aplicación de las disposiciones adoptadas por las instituciones de la Comunidad Europea, cuya actuación está 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 ejecución<sup>152</sup>. Aplicando similar razonamiento, el TJUE admitió las solicitudes de interpretación prejudicial presentadas por los Tribunales Económico-Administrativo regionales españoles<sup>153</sup>, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España<sup>154</sup> y el Tribunal Constitucional de España<sup>155</sup>.

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

---

<sup>152</sup> Asunto C-246/80, Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie (1981), 02311, 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 compuesta por 9 miembros, entre ellos, 3 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.

<sup>153</sup> Asunto C-110/98, Gabalfrisa y otros (2000), I-01577.

<sup>154</sup> Asunto C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada y otros (1992), I-04785.

<sup>155</sup> Asunto C-399/11, Melloni (2013).



composición de la entidad que solicita la interpretación prejudicial,<sup>156</sup> los poderes públicos participan en la designación de los miembros de la entidad,<sup>157</sup> o de una parte de ellos,<sup>158</sup> 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 diferencias<sup>159</sup>.

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 Europea<sup>160</sup>.

De acuerdo a la doctrina el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE, en cuanto al concepto de “órgano jurisdiccional” de un Estado Miembro según el artículo 267° del TFUE, refleja 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 comunitarias<sup>161</sup>. Por ello, la definición de órgano jurisdiccional no es un análisis jurídico aislado, sino que toma 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<sup>162</sup> ha respetado la naturaleza jurídica que informa y da contenido a la acción de interpretación prejudicial.

---

<sup>156</sup> Asunto C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss (1989), 03199.

<sup>157</sup> Asunto C-61/65, Vaassen-Goebbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (1966), 00377.

<sup>158</sup> Asunto C-246/80, Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie (1981), 02311.

<sup>159</sup> Asunto C-61/65, Vaassen-Goebbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (1966), 00377.

<sup>160</sup> ZUÑIGA SCHROEDER. *Ob. cit.*, p. 113.

<sup>161</sup> ZUÑIGA SCHROEDER, Humberto (2012). “Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo”. Lima, *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 9, N° 35, pp. 103-123.

### *3.2. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para no admitir la cuestión prejudicial formulada por los árbitros privados*

#### *3.2.1. 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 éste no puede ser considerado un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro en los términos del artículo 267° del TFUE. Esta decisión genera dos posiciones contradictorias entre sí: por un lado, al limitar a los tribunales arbitrales la capacidad de plantear directamente 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; y, por otro lado, un tribunal arbitral es un mecanismo de justicia privada que no forma 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 esta razón, el juez nacional, a solicitud de parte o de oficio, de manera excepcional, luego de emitido el laudo respectivo, es susceptible de 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.

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 un ente, así como a los órganos que forman parte de su estructura permanente, y no se extiende a los árbitros que ejercen funciones de administración de justicia de forma temporal y como resultado de un acuerdo privado<sup>163</sup>.

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

---

<sup>163</sup> ORTIZ BAQUERO, Ingrid. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”. En: Revista de la Propiedad Inmaterial. N° 14, 2010, p. 23.

de cuestionar el fondo de un laudo en su fase de ejecución cuando, por ejemplo, deba garantizarse el orden público. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) reconoce a cada Estado signatario el derecho a denegar la ejecución de una resolución arbitral cuando "el reconocimiento o la ejecución del laudo sería contrario a la orden público de ese país"<sup>164</sup>.

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 prejudicial<sup>165</sup>. El TJUE señaló que, si bien existen ciertas similitudes entre las actividades de un arbitraje y un tribunal judicial 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 artículo 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 enunciada en el Caso Vaassen-Göbbels, ya que su constitución y funcionamiento es producto de la decisión y mandato de los particulares. En tal sentido, en Nordsee las partes se excluyeron del sometimiento del juez ordinario y convinieron en someterse al arbitraje de la Cámara de Comercio de Brême<sup>166</sup>, lo que determinó que, de acuerdo

---

<sup>164</sup> ASON, Agnieszka. "Antitrust Arbitration and Public Policy". En: Queen Mary Law Journal, Volume 3, Conference Edition, 2013. p. 3. Disponible en: <http://www.law.qmul.ac.uk/docs/undergrad/92620.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>165</sup> En el Asunto C-102/81, Nordsee/Reederei Mond, (1982), 00241, 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. Para estos fines, fue necesario el otorgamiento de préstamos federales en calidad de 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 la brindaba por 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 de la cual quedaba excluido cualquier recurso ante el juez ordinario, la demanda prejudicial se plantea por el Presidente del Hanseatisches Oberlandesgericht de Brême, en su condición de árbitro nombrado por la Cámara de Comercio de Brême, 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 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?". En: LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, Manuel (1999). "Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial". Boletín nro. 1849, p. 2179.

<sup>166</sup> 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. ZUÑIGA SCHRODER. *Ob. cit.*, p. 116.

con el criterio asentado en este caso, los tribunales arbitrales no tuvieran la calidad de “órgano jurisdiccional” por la naturaleza propia del carácter optativo del foro. Precisamente, 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 nacional<sup>167</sup> ni un Estado Miembro tiene injerencia alguna en el procedimiento arbitral (en Nordsee, las autoridades públicas alemanas no pueden intervenir de oficio en un arbitraje)<sup>168</sup>.

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 era responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario, deber que no es confiado a los particulares<sup>169</sup>. 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 nacionales<sup>170</sup>.

El criterio seguido por el TJUE se sustenta en que la facultad o la obligación de formular la solicitud de interpretación prejudicial consagrada en el Derecho Comunitario está dirigida básicamente a los órganos vinculados con el sistema judicial o jurisdiccional de los Estados Miembros, excluyendo al resto de jurisdicciones sin conexión estatal como es el caso del arbitraje. El carácter privado del arbitraje consiste en que un Estado reconoce su independencia y autonomía, y acepta que las decisiones arbitrales adquieran la calidad de cosa juzgada. El arbitraje funciona como una única instancia, en el cual prima la voluntad de las partes de determinar el derecho aplicable y regular el procedimiento arbitral acorde a sus necesidades para solucionar la controversia<sup>171</sup>. El carácter privado del arbitraje se expresa también en que

---

<sup>167</sup> Asunto C-102/81, Nordsee/Reederei Mond, (1982), 00241, párrafo 11.

<sup>168</sup> Asunto C-102/81, Nordsee/Reederei Mond, (1982), 00241, párrafo 12.

<sup>169</sup> Asunto C-102/81, Nordsee/Reederei Mond, (1982), 00241, párrafo 12.

<sup>170</sup> LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. *Ob. cit.*, pp. 2177-2193.

<sup>171</sup> LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. *Ob. cit.*, p. 2180.

no prevalece en su ámbito 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 público comunitario<sup>172</sup>.

Un sector de la doctrina cuestiona la opinión del TJUE señalando que no al incluir a los árbitros dentro de los alcances del artículo 267° del TFUE podría presentarse laudos contrarios al Derecho de la Unión Europea, desalentando la interpretación y aplicación uniforme de la norma comunitaria en un ámbito importante donde se ejerce funciones jurisdiccionales<sup>173</sup>. El TJUE, al hacer frente a ese cuestionamiento, señala que no obstante haber denegado a los árbitros la calificación de “órgano jurisdiccionales” a los efectos de la interpretación prejudicial, 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 consiguiente, 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 exclusivamente de un compromiso libremente asumido por las partes, donde el Estado no interviene en la designación de los árbitros ni en el desarrollo del procedimiento. En el Caso Nordsee, el TJUE enfatizó que las autoridades alemanas no delegaron al tribunal arbitral la función de salvaguardar el respeto del derecho comunitario<sup>174</sup>. Asimismo, el TJUE señaló que si bien la intervención judicial estatal en ejercicio de su función auxiliar del procedimiento arbitral o revisora del laudo de manera excepcional no queda del todo excluida, dicha intervención no es suficiente para sustentar una vinculación estrecha del arbitraje con el sistema de administración de justicia de un Estado Miembro, subyacente en la definición de “órgano jurisdiccional” del artículo 267° del TFUE. De esa forma, según Nordsee, las partes no pueden exceptuarse del cumplimiento del Derecho Comunitario, razón por la cual los tribunales judiciales tienen un rol que desempeñar<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> LÓPEZ-MEDEL y BASCONES. *Ob. cit.*, loc. cit.

<sup>173</sup> ZUÑIGA SCHRODER. *Ob. cit.*, p. 117.

<sup>174</sup> SÁNCHEZ LEGIDO. *Ob. cit.*, p. 227.

<sup>175</sup> El párrafo 14 de la Sentencia de Nordsee señala que debe tenerse en cuenta 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 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)

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 debido a que la controversia fue sometida al Comité de Conflictos de Viajes por medio de un convenio arbitral celebrado voluntariamente entre las partes<sup>176</sup>. Asimismo, 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 sólo interviene en la etapa de ejecución del laudo arbitral. En tal sentido, según el TJUE no le corresponde velar por la interpretación uniforme del derecho comunitario debido al carácter privativo del procedimiento arbitral.

No obstante, subyace la jurisprudencia del TJUE la posición que un árbitro no puede soslayar el mandato de la legislación comunitaria. La cuestión consiste en si las materias reguladas por las normas comunitarias son susceptibles de someterlas a un árbitro o más bien disposiciones reservadas 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, por ejemplo las de libre competencia, su aplicación no podía ser confiada a tribunales arbitrales<sup>177</sup>. En este contexto, el debate sobre la arbitrabilidad de las normas de libre competencia en Europa fue influenciado por la jurisprudencia y la doctrina estadounidense.

En los Estados Unidos, en el Caso American Safety contra Maguire (1968), la Corte Federal negó la arbitrabilidad de las normas de libre competencia al considerar que su aplicación involucraba la protección del interés general. Por esta razón, la protección de los derechos de terceros no podía quedar confiada a los árbitros, quienes no disponían de los mismos recursos que los jueces nacionales<sup>178</sup>. 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) sostuvo que las normas de libre competencia formaban parte del orden público internacional y, por lo tanto, debían aplicarse a todos los conflictos, tanto a solicitud de las partes, como por iniciativa de los árbitros. Como consecuencia de esta sentencia, los tribunales

---

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<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> Asunto C-125/04, Denuit y Cordenier (2005), I-00923. El Comité de Conflictos de Viajes solicitó al TJCE la interpretación de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de fecha 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los paquetes turísticos.

<sup>177</sup> ORTIZ BAQUERO, Ingrid. *Ob. cit.*, p. 4.

<sup>178</sup> ORTIZ BAQUERO. *Ob. cit.*, p. 6.

estatales europeos reconocieron que los árbitros desempeñaban un rol importante en la aplicación privada de las normas anti-trust, y que contribuían, conjuntamente con los jueces, a mantener el funcionamiento del mercado en condiciones competitivas<sup>179</sup>.

En el Caso Jeroen van Schijndel y otros contra Stichting Pensioenfods voor Fysiotherapeuten (van Schijndel),<sup>180</sup> el TJUE declaró que las normas de competencia comunitarias eran normas imperativas que debían ser aplicadas por los jueces nacionales, incluso si no habían sido invocadas por las partes, siempre que el derecho interno aplicable a la controversia contemple igualmente su aplicación de oficio (principio de equivalencia). En tal sentido, en los casos en los cuales las normas procesales nacionales impongan a los jueces un deber de pasividad, esto es, que sólo pueden pronunciarse sobre los hechos y las pretensiones llevadas al proceso por las partes, éste prima sobre su obligación de aplicar de oficio las normas de libre competencia<sup>181</sup>. Para el TJUE, en van Schijndel el principio dispositivo (las partes pueden ejercer sus derechos procesales en el momento indicado por la ley) y la pasividad exigida a los jueces nacionales para proteger el derecho de defensa y el adecuado desarrollo del procedimiento, ante los que debe ceder la intervención de oficio de los jueces. Este razonamiento se extendería al arbitraje pero Eco Swiss supuso una ruptura con el criterio que primó en la jurisprudencia con anterioridad.

La evolución de la jurisprudencia estadounidense en Mitsubishi Motors Corp. fue ratificado por el TJUE en el Caso Eco Swiss China Time Ltd. contra Benetton International NV (1997)<sup>182</sup>. En el Caso Eco Swiss, el TJUE reiteró su posición sobre la imposibilidad que un tribunal de arbitraje plantee una solicitud de interpretación prejudicial, y estableció las reglas que rigen la

---

<sup>179</sup> ORTIZ BAQUERO. *Ob. cit.*, p. 7.

<sup>180</sup> Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93 (1995), I-04705.

<sup>181</sup> Cabe indicar que, en ese caso, el árbitro intentó persuadir al Tribunal de Justicia en el sentido 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 Brême, a falta de acuerdo, designó al árbitro independientemente de las partes; y, señaló que en virtud del artículo 1.040° 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. En: LOPEZ-MEDEL Y BASCONES. *Ob. cit.*, pp. 2177-2193.

<sup>182</sup> Asunto C-126/97, Eco Swiss (1999), I-03055. Cabe indicar que, en este caso, el árbitro intentó persuadir al Tribunal de Justicia en el sentido de que los requisitos que califican a un órgano jurisdiccional eran 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 Brême, a falta de acuerdo, designó al árbitro independientemente de las partes; y, señaló que en virtud del artículo 1.040 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. En: LOPEZ-MEDEL Y BASCONES. *Ob. cit.*, pp. 2177-2193.

aplicación de las normas comunitarias de libre competencia por parte de los árbitros y los deberes de los jueces nacionales en el control de la actividad que aquéllos despliegan. En ningún caso, sin embargo, la aplicación de las normas de libre competencia que hoy se reconocen a los árbitros, les permiten invadir el campo de acción reservado a las entidades administrativas de fiscalización, como por ejemplo, la imposición de multas.

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 solicitó 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 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. En efecto, la parte vencida optó por alegar la infracción del artículo 85° del Tratado de la Comunidad Europea para impedir la ejecución del fallo una vez emitido el laudo.

La sentencia *Eco Swiss* propiciaría el debate sobre la pertinencia de los árbitros para aplicar de oficio las disposiciones comunitarias en materia de libre competencia y el deber de los jueces nacionales de controlar el cumplimiento de la labor arbitral.

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

En el Caso *Eco Swiss*, el TJUE señaló que los jueces nacionales eran 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 basarse 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 eran los jueces los que conforme a su normativa nacional deben declarar la nulidad de un laudo arbitral por la violación de las normas de orden público. En el curso de este procedimiento, los jueces pueden 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 comunitarias<sup>183</sup>. El control del laudo arbitral no debe permitir que los jueces nacionales revisen el fondo de los laudos arbitrales para evitar que se conviertan en una nueva instancia ante la cual se debata una controversia ya zanjada.

Para evitar que, como en el Caso Eco Swiss, el laudo emitido pueda ser objeto de anulación, a pesar que la norma comunitaria no haya sido contemplada por las partes, los árbitros podrían aplicarlas teniendo en cuenta que su deber se sustenta en el principio de la ejecutabilidad de sus fallos: si es necesario que los laudos sean aplicados y ejecutados, deberán cumplir con las normas comunitarias consideradas de orden público. La aplicación de oficio de la normativa comunitaria por parte de los árbitros no debiera haber sido prohibida por las partes para que no constituya una vulneración de los límites establecidos en el pacto arbitral. Excepcionalmente, aun cuando podría haber sido prohibida por las partes, la norma comunitaria podría ser aplicada de oficio para responder al interés superior de garantizar la aplicabilidad y la no impugnación del laudo a futuro por violar el orden público comunitario.

El abogado general del Caso Eco Swiss, 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. 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 considerarse que los árbitros sólo pueden aplicar las normas de competencia cuando éstas han sido invocadas por las partes en conflicto. El abogado general consideró además que no puede imponerse a los árbitros el deber de aplicar las normas comunitarias de oficio bajo el argumento del principio de cooperación teniendo en cuenta que este principio no se aplica a los tribunales arbitrales dado que éstos no se consideran órganos de los Estados Miembros<sup>184</sup>.

El abogado general enfatizó que el principio de efecto directo en el que se basa el ordenamiento comunitario europeo alcanza sólo a los jueces como órganos que pertenecen al sistema de administración de justicia de un Estado Miembro. En consecuencia, no se puede exigir a los árbitros que se aparten de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito y en el que se ha sustentado la demanda por la parte litigante interesada en la aplicación de la norma elegida<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> Asunto C-126/97, Eco Swiss (1999), I-03055, numeral 40.

<sup>184</sup> Asunto C-126/97, Eco Swiss (1999). Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio, presentadas el 25 de febrero de 1999, numeral 30.

<sup>185</sup> Asunto C-126/97, Eco Swiss (1999). Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio, presentadas el 25 de febrero de 1999, numeral 26.

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 ante dicho tribunal. Siguiendo la línea de 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, razón por la cual, los tribunales judiciales nacionales deben ser capaces de plantear la cuestión prejudicial al TJCE en el examen de los laudos arbitrales.

En este orden de ideas, cabe indicar que en principio el campo de acción de los árbitros está limitado por las materias que las partes someten 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 comunitario y que, como tales, podrían dar lugar a que los árbitros apliquen el derecho andino de oficio. Para que la intervención de oficio sea justificable, los árbitros deben considerar que en caso de ignorar el derecho comunitario, el laudo que se va adoptar podría ser anulado. Es decir, los árbitros deberán hacer un juicio atendiendo a su deber de adoptar fallos que sean ejecutables, bajo pena que resulte evidente que la inaplicación de las disposiciones comunitarias constituya una causa de anulación del laudo arbitral en el futuro<sup>186</sup>.

A partir del Caso Eco Swiss, los árbitros pueden aplicar las normas comunitarias incluso cuando las partes no las hayan mencionado, dada su naturaleza de orden público y, por ende, su carácter imperativo. En caso que debiendo aplicarse no se realice o se haga de manera incorrecta, los jueces nacionales en el procedimiento de valoración del laudo arbitral podrían anular la decisión, siempre que las normas nacionales los 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 exista una petición de parte.

De esta manera, el TJUE ha precisado que si bien los árbitros tiene un deber de velar porque no se trasgreda el orden público comunitario, y 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 en sede arbitral una interpretación uniforme para evitar divergencias. En este sentido, corresponderá al juez nacional que deba pronunciarse sobre la validez de un laudo considerar la pertinencia de elevar

---

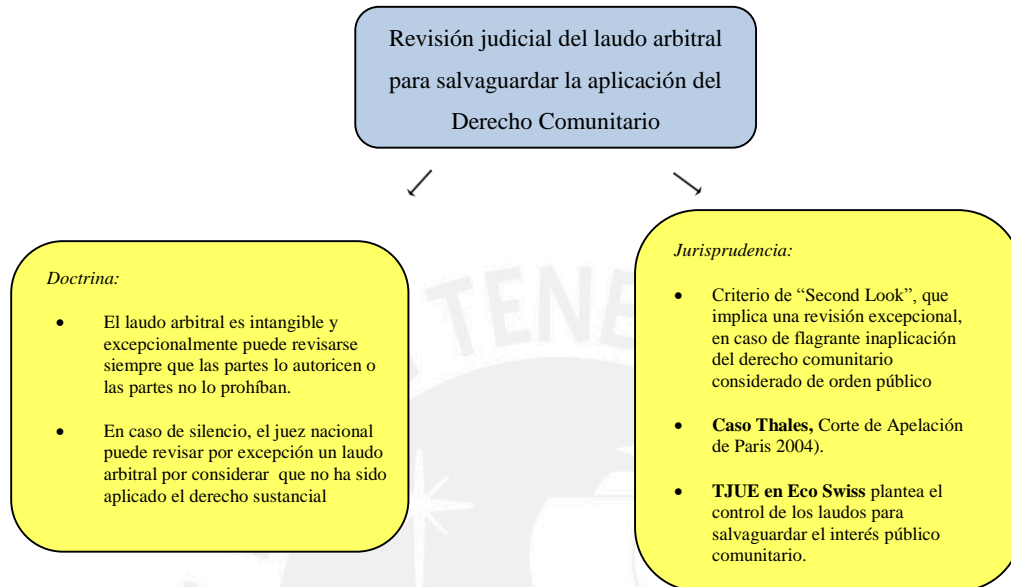
<sup>186</sup> ORTIZ BAQUERO. *Ob. cit.*, p. 17.

una cuestión prejudicial al Tribunal. El control judicial debe ser excepcional y el juez nacional deberá definir la manera en la cual resulta procedente la aplicación de las normas comunitarias en el procedimiento arbitral sin que atente contra el principio de autonomía de la voluntad de las partes.



## Cuadro N° 1

### Revisión judicial del laudo arbitral



Fuente: Elaboración propia

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

En el Caso Meck Canadá, el TJUE conoció la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Arbitral Necessário 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, no obstante, esa no fue la conclusión a la que arribó el TJUE.

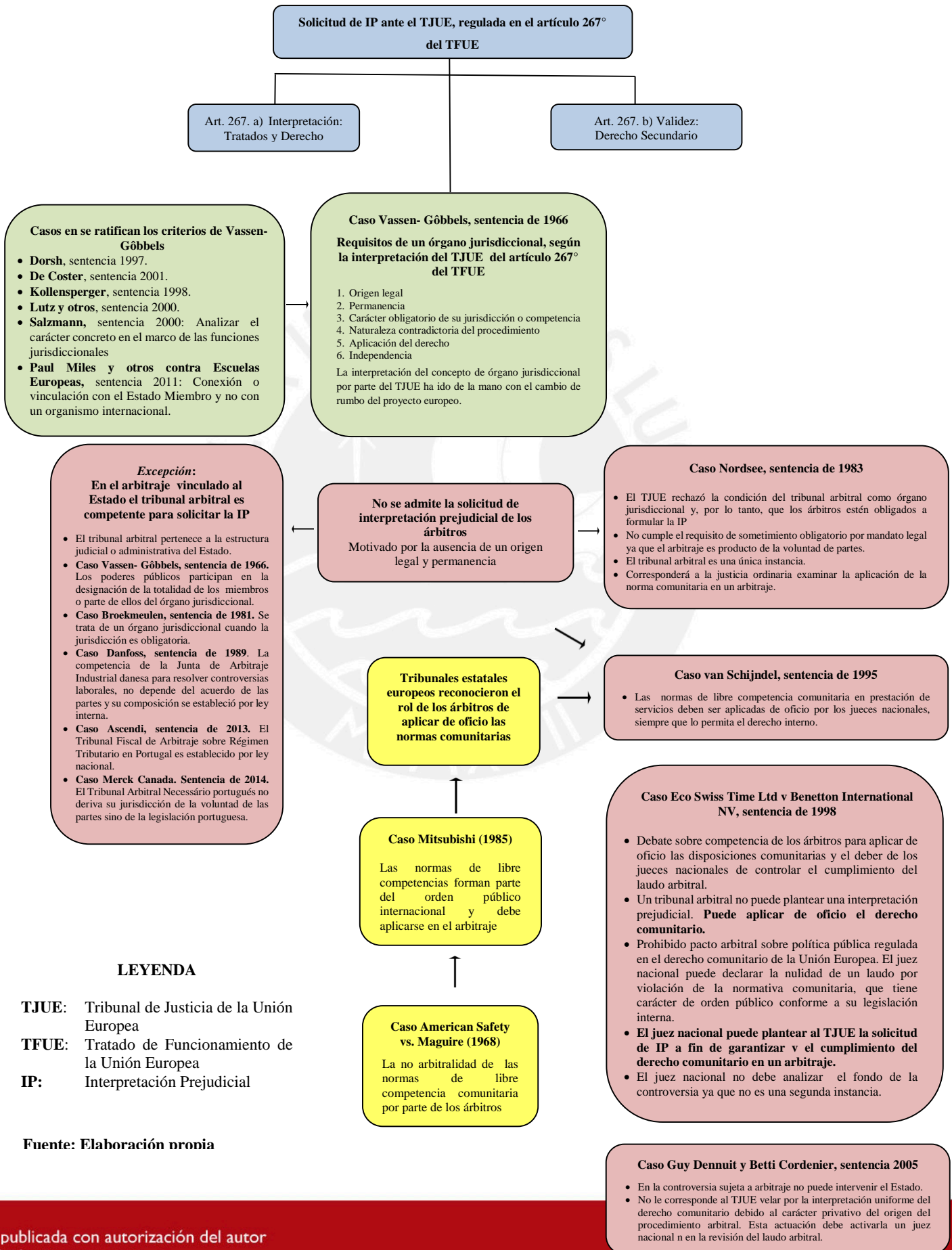
El TJUE sopesó más el hecho que los Tribunales Arbitrales Necessário tenían un reconocimiento en la Constitución de Portugal y su carácter de obligatorio como factores determinantes para reconocerles la condición de “órgano jurisdiccional” portugués. Ese matiz en la jurisprudencia abre las puertas de la cuestión prejudicial a los órganos arbitrales “públicos”, donde las partes están obligadas a acudir para resolver sus diferencias<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> 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. En: CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 10.

## Cuadro N° 2

### Interpretación Prejudicial en la Unión Europea



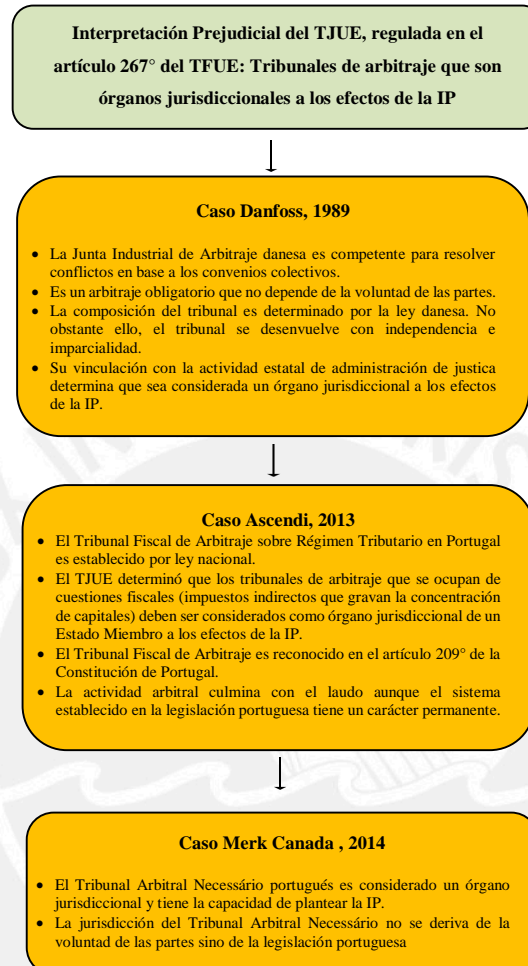
**LEYENDA**

- TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- IP:** Interpretación Prejudicial

**Fuente:** Elaboración propia

### Cuadro N° 3

## Admisión de la competencia de los arbitrajes públicos de solicitar la interpretación prejudicial en la Unión Europea



#### LEYENDA

- TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- IP:** Interpretación Prejudicial

**Fuente:** Elaboración propia

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

A partir de la definición de órgano jurisdiccional elaborada por el TJUE en el Caso Vaassen-Göbbels se desprende que los tribunales arbitrales, establecidos normalmente según un acuerdo entre particulares y sin carácter permanente, no tienen derecho a solicitar al TJUE la interpretación con carácter prejudicial del Derecho de la UE. Sin embargo, el TJUE admitió la competencia de los tribunales de arbitraje de carácter público para solicitar la interpretación prejudicial ya que está de por medio la actuación estatal en diversas formas. El matiz en la jurisprudencia europea se produjo en el contexto actual en el que el arbitraje obligatorio ha ido cobrando un protagonismo *in crescendo* 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 Danfoss<sup>188</sup>, 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 177º del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 267º 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 podía 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 que la competencia de la Junta de Arbitraje Industrial danesa no depende del acuerdo de las partes<sup>189</sup> e hizo hincapié que la composición del tribunal arbitral se fijó en la legislación interna, y, por consiguiente, el arbitraje no estaba sujeto a la discrecionalidad de los particulares. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que en estas circunstancias, la Junta de Arbitraje Industrial debe

---

<sup>188</sup> Asunto C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss (1989), 03199.

<sup>189</sup> Con respecto al razonamiento del Tribunal de Justicia, cabe precisar que puede interpretarse que los particulares de alguna forma dieron su consentimiento para el establecimiento del arbitraje ya que voluntariamente decidieron ser miembros del sindicato y formar parte de la negociación colectiva llevada a cabo entre el empleador y trabajador.



ser considerada un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro en el sentido del artículo 177° del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 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 resolvía con independencia e imparcialidad; estas garantías determinaron que sea considerado un órgano jurisdiccional a los efectos de la interpretación prejudicial.

Posteriormente, tres años después de la entrada en vigor del sistema de Arbitraje nacional sobre el Régimen Tributario en Portugal, el TJUE, en el Caso Ascendi<sup>190</sup>, finalmente emitió otra decisión pionera en cuanto a la cuestión sustancial acerca de si el Tribunal Fiscal de Arbitraje en ese país podía ser considerado un verdadero "órgano jurisdiccional" a los efectos del mecanismo de interpretación prejudicial previsto en el artículo 267° del TFUE. En Ascendi, tras una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 4°, 7° y 10° (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 deben ser considerados como un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro a los efectos del artículo 267 del TFUE.

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, lo 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 estaba establecido por la ley, su carácter permanente, su jurisdicción obligatoria, su procedimiento contradictorio, su independencia y la aplicación de normas de derecho. En el caso Ascendi, se consideró que estos factores fueron cumplidos.

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

---

<sup>190</sup> Asunto C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (2014).

En cuanto al necesario carácter permanente, el TJUE consideró que a pesar de que era limitada la participación de la autoridad tributaria en la composición de los tribunales de arbitraje y la actividad arbitral terminaba una vez que se había emitido la decisión final, el Tribunal Fiscal de Arbitraje en materia de impuestos, como un mecanismo vinculado con el sistema judicial, cumplía 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 lo que sucede en el arbitraje contractual, donde las partes contratantes no están obligadas, ya sea en derecho o de hecho, a someter la solución de sus controversias al arbitraje, en el arbitraje de impuestos en Portugal una persona no está involucrada en la decisión de optar por el arbitraje y no puede 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 sino por mandato legal.

En cuanto a la exigencia de procedimiento contradictorio ante los tribunales de arbitraje en materia de impuestos, el TJUE consideró que tal requisito también fue ampliamente cumplido en Ascendi, ya que de conformidad con los artículos 16° y 28° del Decreto Ley N° 10/2011, el procedimiento de arbitraje se lleva a cabo con el respeto a los principios de igualdad entre las partes y la garantía del procedimiento contradictorio. Además, conforme a lo señalado por el artículo 2° num.2 del Decreto Ley antes mencionado y según lo declarado por el TJUE en Ascendi, el Tribunal Fiscal de Arbitraje sigue criterios de estricta legalidad. Por otra parte, el recurso a la solución de la equidad está totalmente prohibido 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, representado por la Junta de Ética del Centro de Arbitraje Administrativo, de una lista de potenciales candidatos elaboradas por esa institución. Además, de acuerdo con el citado 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.

El carácter vinculante de las decisiones emitidas por el Tribunal Fiscal de Arbitraje, especialmente hacia la Autoridad de Impuestos y Aduanas, fue otro fuerte indicio a favor de su calificación como un verdadero "órgano jurisdiccional" por parte del TJUE. El TJUE consideró que estaba claro que en virtud del artículo 1º 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 Accor Healthcare Ltd<sup>191</sup>, el TJUE sostuvo que un tribunal arbitral portugués podría plantear una solicitud de interpretación prejudicial. De acuerdo con la opinión del TJUE que se ha reseñado, un tribunal arbitral convencional no es considerado un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro debido a que las partes contratantes no están obligadas, de derecho o de hecho, a dirimir sus diferencias en el arbitraje, las autoridades públicas del Estado Miembro en cuestión no participan en la decisión de optar por el arbitraje ni tampoco pueden intervenir por voluntad propia en el procedimiento arbitral. Sin embargo, en Merck el TJUE dictaminó que el tribunal portugués en cuestión, es decir, el Tribunal Arbitral necessário, constituía un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro a los efectos del procedimiento prejudicial porque cumplía con todos los requisitos para ser considerado un órgano jurisdiccional, incluyendo el hecho que su jurisdicción no se derivaba de la voluntad de las partes sino de la legislación portuguesa.

Es poco probable que la decisión tomada en los Casos Ascendi y Merck se extienda a otros tipos de tribunales arbitrales. Esta falta de extensión se produce sobre todo debido a que la decisión del TJUE se basó fundamentalmente en el hecho de que, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje contractual, en el cual las partes contratantes no están obligadas, ya sea en la ley o de hecho, a elegir el arbitraje para solucionar las controversias, el arbitraje impuesto u obligatorio, por lo menos en el caso del Arbitraje Fiscal Portugués, no estaba sujeto a un acuerdo previo entre las partes en cuanto a la presentación de la controversia al arbitraje, sino que se derivaba directamente de un mandato jurídico portugués. Asimismo, se podría argumentar que la decisión del TJUE en los Casos Ascendi y Merck también ha servido para descartar cualquier 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 el cual no puede abstraerse el interés de velar por la interpretación uniforme del derecho comunitario, es

---

<sup>191</sup> Asunto C-555/13, Merck Canada (2014).

coherente con su práctica jurisprudencial de excluir al arbitraje comercial que se basa en principios y criterios radicalmente distintos<sup>192</sup>.

De lo señalado se desprende que, 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 (artículo 267° del TFUE), tomando como base el hecho que el árbitro carece de un vínculo suficientemente estrecho con el sistema de administración de justicia de los Estados Miembros. Este razonamiento parte de la premisa que la cuestión prejudicial se sustenta 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 en el sentido del artículo 267° del TFUE.

Dicho criterio jurisprudencial fue confirmado posteriormente en las sentencias Eco Swiss y Denuit et Cordenier. En suma, la jurisprudencia del TJUE considera que sólo 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, el cual, sin pertenecer al sistema judicial formal de un país, estaba vinculado suficientemente a la administración pública de solución de controversias. El Tribunal de Justicia corroboró ese criterio y actuó de manera consecuente en Danfoss, Ascendi y Merck Canadá al admitir la consulta prejudicial formulada por órganos jurisdiccionales arbitrales públicos obligatorios para las personas, los cuales cuentan con un estatuto sui generis y particularidades que los diferencian de los tribunales arbitrales comerciales *stricto sensu*.

---

<sup>192</sup> 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 negarse el carácter jurisdiccional al órgano que planteó la cuestión de interpretación prejudicial.

## CAPÍTULO 4

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

En su origen, la interpretación prejudicial instituida en la Comunidad Andina estuvo inspirada en el modelo de integración europeo de cooperación entre el órgano jurisdiccional nacional y la jurisdicción supranacional<sup>193</sup>. Dicho procedimiento de interpretación consiste en determinar el contenido y alcance de las normas jurídicas que conforman el derecho la Comunidad Andina, a fin de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario. De esa manera, se busca establecer una garantía para la seguridad jurídica y la efectiva aplicación de los derechos reconocidos a los particulares por el organismo sub-regional 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 a nivel estatal y comunitario<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel. “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino”. Biblioteca Digital Andina. Secretaría General de la Comunidad Andina. p. 1.

<sup>194</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel. “Interpretación Prejudicial Obligatoria en la Comunidad Andina”. En: Biblioteca Andina Digital, Buenos Aires. Citado por: DE TOMASO R., Carlos A. “La Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. Revista jurídica on-line, 2008, Tomo 1. Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-1/23a\\_la\\_interpretacion\\_prejudicial\\_del\\_tribunal.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-1/23a_la_interpretacion_prejudicial_del_tribunal.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).

Por otra parte, cabe indicar que Helfer y Alter señalan que 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 son distintas. Esta conclusión se basó en el análisis de la voluntad o reticencia de los jueces nacionales para participar en un diálogo con sus colegas regionales, y en cómo los dos tribunales responden a las preguntas planteadas de manera diferente. Esto ha determinado que la interpretación preliminar juegue un papel más o menos decisivo, contribuyendo al éxito del proceso de integración.

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 se constituyeron en aliados al 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. Asimismo, el órgano supranacional andino rara vez 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, y dejando casos claves a discreción de los tribunales nacionales.

Una respuesta respecto al 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, existe la obligación legal formal de 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, según argumentó Weiler, el desarrollo de la capacitación judicial. Weiler identificó que los dos primeros factores también operan en la Comunidad Andina, aunque en menor magnitud. 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,

#### 4.1. *La evolución del concepto de juez nacional en la jurisprudencia andina*

##### 4.1.1. *La reserva de la interpretación prejudicial al juez nacional en los países miembros*

El TJCA es competente para determinar cómo ha de conceptualizarse el término juez nacional, de manera casuística, de acuerdo con el derecho interno de los Estados Miembros a los efectos de la interpretación prejudicial<sup>195</sup>. Es decir, a fin de abarcar a los órganos que cumplen una función jurisdiccional, 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)<sup>196</sup>.

Inicialmente, el TJCA adoptó una interpretación literal del artículo 33° del TCTJCA y los artículos 122°, 123°, 127° y 128° del ETJCA, para sostener que sólo 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 de esa manera. En esa línea jurisprudencial, el TJCA en su sentencia emitida con ocasión de la consulta planteada por la doctora Ángela Rivas Martínez (1983)<sup>197</sup>, determinó que el legislador comunitario otorgó explícitamente la capacidad de presentar solicitudes de interpretación prejudicial sólo a los “jueces nacionales” de los Países Miembros, ya que se trataba de un mecanismo de cooperación utilizado por un tribunal vinculado a la justicia de un Estado<sup>198</sup>.

---

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 antes mencionadas postulan tres posibles respuestas: 1) los jueces nacionales de los Estados Miembros andinos pueden no ser tan independientes como sus homólogos en Europa; 2) el apoyo de funcionarios o tecnócratas de las instancias administrativas a los jueces nacionales 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, 3) el compromiso de redes más amplias de defensores del 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. En: HELFER, Laurence R. y ALTER, Karen J. “The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns In The Andean Community”. *Revista International Law and Politics*. Vol. 41:871, págs. 920-928.

<sup>195</sup> TJCA, Providencia emitida por el Tribunal respecto de la Consulta formulada por la Doctora Ángela Vivas Martínez, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 43, 30 de mayo de 1989.

<sup>196</sup> CIENFUEGOS, Manuel. *Ob. cit.*, loc. cit.

<sup>197</sup> CIENFUEGOS, Manuel. *Ob. cit.*, p. 9.

<sup>198</sup> TJCA, Providencia emitida por el Tribunal respecto de la Consulta formulada por la Doctora Ángela Vivas Martínez, considerando 3. Citado por CIENFUEGOS MATEO, Manuel. “Cuestiones prejudiciales en La Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: Similitudes, diferencias e influencias”. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2013), p. 25. Nro. 25. Fecha de recepción del original: 30 de enero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de mayo de 2013. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num25/articulos/cuestiones-prejudiciales-union-europea-consultas-prejudiciales-comunidad-andina-similitudes-diferencias-influencias> (consultado el 1 de octubre de 2014).

#### 4.1.2. *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 los 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 prejudicial, señalando que si bien el referido Consejo se encontraba separado de la estructura del Poder Judicial, cumplía funciones judiciales al actuar como máxima instancia en lo contencioso-administrativo, conforme a lo estipulado por el artículo 141° literal c) de la Constitución Política de Colombia<sup>199</sup>.

En esa jurisprudencia se deriva la existencia de un criterio que se inclina por una progresiva noción amplia de juez nacional vinculada al sistema jurisdiccional de un Estado, dado que también incorpora a la jurisdicción constitucional de un país. En concordancia con esa tendencia, el TJCA admitió, aunque sin mayor precisión, la consulta formulada por la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, de una interpretación prejudicial orientada a establecer si el artículo 1° numeral 3 del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial contradecía las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Cartagena<sup>200</sup>.

La jurisprudencia andina tuvo un punto de inflexión en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Ecuador, debido a la aplicación de una medida que calificó como “gravamen” a las importaciones de la Subregión<sup>201</sup>. En esta oportunidad, el TJCA estableció un conjunto de elementos que deben concurrir para calificar la condición de un órgano jurisdiccional en el contexto de la interpretación prejudicial. Al analizar las funciones que ejerció la Secretaría General de la CAN y que la condujeron a plantear la acción de incumplimiento, el TJCA, sin pretender establecer una lista de *numerus clausus*, caracterizó el ejercicio de la jurisdicción por su objeto de definir las cuestiones controvertidas, la independencia o autonomía (no sometimiento a instrucciones

<sup>199</sup> Proceso N° 1-IP-87, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28, 15 de febrero de 1988.

<sup>200</sup> Proceso N° 1-IP-96, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 257, 14 de abril de 1997.

<sup>201</sup> Proceso N° 19-AI-99, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 588, 2 de agosto de 2000.

jerárquicas), la imparcialidad o neutralidad, y la fuerza de cosa juzgada de sus resoluciones (a diferencia de las resoluciones administrativas que 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 procedente del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (Caso Industrias Mayka S.A.)<sup>202</sup>. Dicho Grupo es un órgano administrativo que desempeña funciones de naturaleza jurisdiccional. El TJCA sustentó su decisión en que existen organismos que cumplen funciones judiciales, conforme a la ley interna, que están legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de sus competencias conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el derecho comunitario andino<sup>203</sup>.

En este caso, el TJCA reflexionó sobre el concepto de juez nacional establecido en el artículo 33° del TCTJCA. 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 en la actualidad en un Estado existen diversos órganos de producción normativa y jurisdiccional, con variadas formas jurídicas complementarias y entrelazadas. En ese sentido, el TJCA consideró que el uso del criterio orgánico ya no era suficiente y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debía circunscribirse sólo a los que emanan de los jueces. En ese enfoque argumentativo, el TJCA precisó que un Estado puede atribuir funciones judiciales a órganos diferentes de los que integran el Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir resoluciones equivalentes a sentencias judiciales. Precisamente, el TJCA da un giro en su jurisprudencia e interpreta de manera amplia el concepto de juez nacional.

En Industrias Mayka S.A., el TJCA concluyó que el término juez nacional debe interpretarse en el sentido que incluye a los organismos que no siéndolos cumplen funciones judiciales, siempre que observen las condiciones mínimas señaladas por la ley interna, y conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino, para que, de esa manera, se garantice la finalidad de la

---

<sup>202</sup> Caso Industrias Mayka S.A., Proceso 14-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1513, 27 de junio de 2007.

<sup>203</sup> Caso Industrias Mayka S.A., Proceso 14-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1513, 27 de junio de 2007.



interpretación prejudicial consistente en la aplicación uniforme de la normativa comunitaria<sup>204</sup>. 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”<sup>205</sup>.

Un criterio similar fue ratificado por el TJCA en el Caso Yanbal de Colombia S.A., con motivo de la formulación de la consulta de interpretación prejudicial por parte del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, respecto al significado de varios artículos de la Decisión 486 que regula el 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 prescindiéndose de su ubicación en el sistema judicial de un Estado Miembro, con el objeto de consolidar el principio de cooperación entre el órgano jurisdiccional nacional y el juez comunitario en la administración de justicia, ya que ambos con competencia propia efectúan su aporte a la vigencia del derecho de la integración.

#### ***4.1.3. La inclusión de órganos jurisdiccionales más allá de los jueces nacionales en la interpretación prejudicial***

En base a un criterio amplio, en el Caso Marfor Producciones S.R.L. contra Exponáutica Perú, 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<sup>206</sup>. El TJCA, de manera clara, sistematizó la jurisprudencia precedente y enunció seis 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) que sus competencias sean obligatorias, 4) que tenga el deber de aplicar las normas comunitarias, 5) que se produzca el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo, y 6) que exista la imparcialidad de

<sup>204</sup> Proceso 14-IP-2007, Sección VI-A, sexto y séptimo párrafo.

<sup>205</sup> Proceso 14-IP-2007, Sección VI-A, cuarto y quinto párrafo.

<sup>206</sup> Proceso 121-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2427, 11 de diciembre de 2014.

sus actos. Luego de verificar que cada uno de los criterios se cumpla en el caso, el TJCA concluye que la referida Dirección del INDECOPI actúa como juez nacional para los efectos de la interpretación prejudicial<sup>207</sup>.

En resumen, en la evolución de la jurisprudencia comunitaria se observa que, en un primer momento, la definición de juez nacional se basó principalmente en la calificación que los ordenamientos nacionales otorgan al órgano consultante (teoría del reenvío o criterio orgánico)<sup>208</sup>, esto es, se 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 sus competencias conoce de un proceso en el que se deba aplicar o se controvierta algunas de las normas que integran el derecho comunitario andino. Luego, el TJCA acogió a entidades no judiciales con funciones 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)<sup>209</sup>. De esta manera, se establecen determinadas condiciones que deben poseer los órganos jurisdiccionales nacionales para plantear solicitudes de interpretación prejudicial<sup>210</sup>.

Cabe indicar que la jurisprudencia del TJCA ha recalcado que le corresponde definir lo que se entiende por juez nacional a los fines de la interpretación prejudicial<sup>211</sup> por tratarse de un concepto cuya construcción depende de un enfoque comunitario<sup>212</sup>, estableciendo un conjunto de características que definen a un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro a la luz de dicha interpretación<sup>213</sup>. Como consecuencia de su jurisprudencia, se tiene una noción amplia teniendo en cuenta que se ha incluido a los órganos vinculados al Estado calificados como tales

---

<sup>207</sup> Así, el TJCA cambia su criterio jurisprudencial. En la Providencia emitida el 9 de diciembre de 1993, respecto a la consulta formulada por el INDECOPI, el TJCA declaró que carecía de competencia para absolver la consulta presentada por el INDECOPI, por cuanto no se había aclarado la calidad de órgano jurisdiccional de dicha entidad. Véase Providencia emitida por el Tribunal respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, INDECOPI, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 146, 31 de enero de 1994.

<sup>208</sup> CIENFUEGOS, Manuel. *Ob. cit.*, p. 26.

<sup>209</sup> CIENFUEGOS, Manuel. *Ob. cit.*, p. 9.

<sup>210</sup> SÁNCHEZ LEGIDO. *Ob. cit.*, p. 298.

<sup>211</sup> Providencia emitida por el Tribunal respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, INDECOPI, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 146, 31 de enero de 1994, párrafo III-1.

<sup>212</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel. "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino". Buenos Aires, p. 10. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0010.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

<sup>213</sup> CIENFUEGOS. *Ob. cit.*, p. 9.

por los ordenamientos nacionales, a las jurisdicciones constitucionales y a los órganos administrativos.

#### ***4.2. Los criterios del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para admitir la interpretación prejudicial en el caso de los tribunales arbitrales***

##### ***4.2.1. La actuación de los árbitros designados por las partes para aplicar el derecho***

Se ha expuesto cómo la jurisprudencia del TJCA ha evolucionado, desde una interpretación circunscrita a lo establecido literalmente en su TCTJCA y ETJCA, hacia la consideración de 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 particular y su carácter que determina su actuación 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 también a los vinculados a la potestad soberana del Estado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, siempre que cumplan con 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, determinar el derecho a través de los procedimientos establecidos legalmente, y formar parte de la estructura jurisdiccional estatal.

El amplio concepto de juez nacional seguido por el TJCA conlleva a preguntarse si el siguiente paso en la evolución de la jurisprudencia andina era inexorablemente, por una parte, reconocer a los tribunales arbitrales la condición de juez nacional a los efectos de la interpretación prejudicial; o, por el contrario, zanjar las diferencias existentes entre la naturaleza jurídica del arbitraje y la definición de órgano jurisdiccional.

El TJCA optó por lo primero. En el Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP. (ETB S.A. E.S.P.) contra la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en el TCTJCA y ETJCA<sup>214</sup>, el TJCA determinó que los árbitros como tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, lo cual se evidencia en la capacidad de emitir un laudo, dictar medidas

---

<sup>214</sup> Proceso 03-AI-2010, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2136, 15 de enero de 2013. 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 entre las empresas Comcel, OCCEL y Celcaribe y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. E. S. P., firma administrada por el Municipio de Bogotá con alcance nacional. Se acordó entre las partes que en caso de presentarse una controversia, su solución se sometería a un tribunal arbitral. En los tres casos suscitados 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, aunque cuestionó 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 este motivo, la empresa ETB inició el proceso de única instancia ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, solicitándole que requiera la interpretación prejudicial de los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432 al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del TCTJCA.

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 regulan 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. Asimismo, dicha empresa sostuvo que los conflictos técnicos, macroeconómicos, de competencia y regulatorios de la interconexión, sólo podían ser resueltos por la Autoridad de Telecomunicaciones, tal como lo señala el artículo 32° de la Resolución 432. La empresa ETB indicó 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 algunas materias del arbitraje, 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 la empresa ETB, el tribunal arbitral no tenía competencia para pronunciarse al respecto.

En atención al pedido de la empresa 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 TJCA, 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 particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a interpretación prejudicial prevista en los artículos 4°, 33°, 35° y 36° del TCTJCA y los artículos 122°, 123°, 124°, 127° y 128° del ETJCA y ordene el cese del incumplimiento.

Al respecto, el TJCA resolvió el 26 de agosto de 2011 declarando “a lugar” la demanda interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. (ETB S. A. E. S. P.) contra la República de Colombia, 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 ETJCA.

Cabe indicar que el artículo 111° del ETJCA dispone 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”.

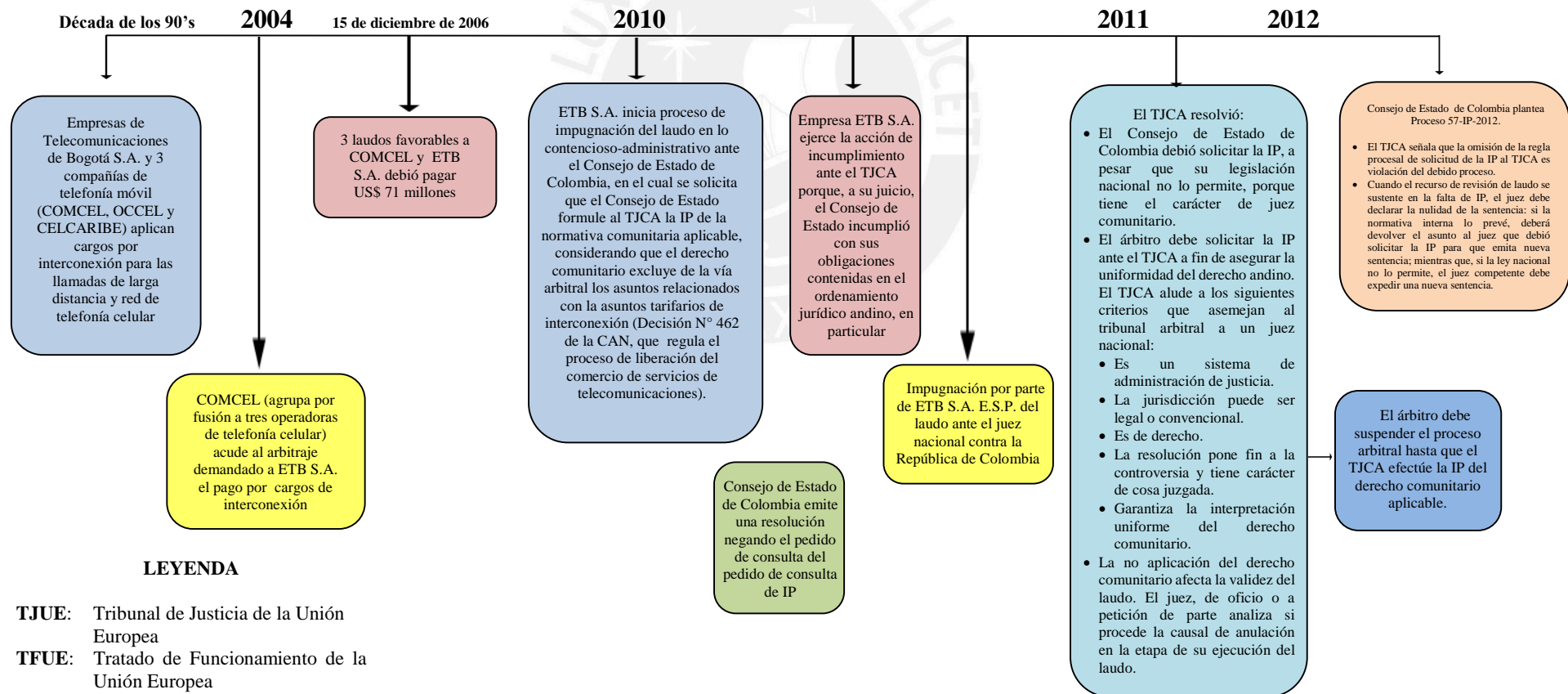
cautelares de la misma manera como lo hacen los jueces, y excusarse y ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Luego de hacer esa breve equiparación, el TJCA añadió que los laudos emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia.

Por otra parte, el TJCA reconoce que los jueces nacionales no pueden revisar los laudos, pero sí ejecutarlos. Por lo tanto, señala que los árbitros actúan como una suerte de única instancia. 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, razón por la cual se encuentra obligado a solicitar la interpretación prejudicial directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales. El TJCA añade por último que dicho reconocimiento es congruente con la finalidad misma de la interpretación prejudicial que consiste en asegurar la uniformidad de la aplicación de las normas comunitarias. Siendo esto así, los tribunales arbitrales, con capacidad para resolver controversias basadas en el derecho, no podrían abstraerse de la obligación impuesta a los Estados Miembros de salvaguardar la legalidad y correcta aplicación del derecho comunitario.

Cuadro N° 4

Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP

Proceso 03-AI-2010



LEYENDA

- TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- IP:** Interpretación Prejudicial

Fuente: Elaboración propia



## Tabla N° 2

### PRINCIPALES ARGUMENTOS EN EL CASO E.T.B. S.A.

Empresa demandante (ETB S.A. E.S.P.)
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ El Consejo de Estado de Colombia 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.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 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 (artículos 3°, 30° inciso final y 32° de la Decisión 462 y los artículos 1°, 3°, 13°, 32° y 35° de la Resolución 432).</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, los árbitros son particulares que de manera transitoria cumplen con la función de administrar justicia, participan en un proceso de única instancia, y además, el laudo arbitral que emiten tiene los mismos efectos que una sentencia con calidad de cosa juzgada y mérito ejecutivo.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 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 impartición de la justicia comunitaria de manera adecuada.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ El inciso 2 del artículo 33° del TCTJCA sobre interpretación prejudicial (consulta obligatoria) se refiere a todos los procesos. En este concepto se incluye la anulación de laudos arbitrales.</li> </ul>

- De acuerdo con el artículo 4° del TCTJCA, los jueces y las personas que en cada país estén habilitadas para administrar justicia deben observar el derecho andino, y 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, representando la última oportunidad procesal para dar correcta aplicación a las normas procesales comunitarias andinas sobre interconexión. Esto 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.

### RESUMEN

El argumento de la empresa ETB se centra en que el arbitraje debe tomar en cuenta la norma comunitaria andina, ya que se ejerce una función jurisdiccional porque se imparte justicia y los laudos constituyen una suerte de sentencia con calidad de 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- en el proceso del control del laudo arbitral 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 hay lugar al arbitraje en materia de interconexión telefónica.

Fuente: Elaboración propia.



### República de Colombia

- 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 sólo puede ser cuestionado 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 éste 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 ninguna etapa del procedimiento las partes invocaron la aplicación del derecho comunitario para determinar si el asunto materia de la controversia podía ser o no arbitrable.

## RESUMEN

A) 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 de 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, es decir: el órgano en cuestión debe ser establecido por la ley, permanente, respetar los requisitos del debido proceso, aplicar el derecho, y además, las personas bajo su jurisdicción deben estar obligadas a someter sus controversias ante él.

B) Por otra parte, Colombia hace mención a que el Consejo de Estado no podía dirigirse al TJCA ya que, según la legislación interna, un laudo como decisión de única instancia sólo puede ser revisado por errores *in procedendo*. Cabe observar el problema que subyace a la revisión de los laudos porque podría poner en peligro la garantía de su intangibilidad y el respeto a la voluntad de las partes para establecer el marco de la actuación arbitral. Tampoco admite que el procedimiento arbitral o el laudo mismo puedan ser revisados por un juez nacional, en su calidad de garante del derecho comunitario. De esa forma, Colombia niega la posibilidad que el Consejo de Estado formule preguntas al órgano jurisdiccional comunitario

Fuente: Elaboración propia.

## DECISIÓN DEL TJCA

- El Consejo de Estado de Colombia es un órgano jurisdiccional y debió solicitar al TJCA la interpretación prejudicial respecto a dos temas: 1) Si el tribunal arbitral puede o debe solicitar directamente la interpretación prejudicial; y, 2) Si la falta de dicha solicitud generaría la nulidad del laudo por vulneración del debido proceso.

- El arbitraje responde a la necesidad 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.
- En el arbitraje fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a lo estipulado por la ley, incluyendo la comunitaria.
- El TJCA 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 árbitro designado por las partes<sup>215</sup>. 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 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.
- Por lo tanto, de acuerdo con la interpretación extensiva de la jurisprudencia del TJCA, los árbitros están incluidos dentro del concepto de juez nacional y, por tal motivo, deben solicitar de manera directa la interpretación prejudicial, sin que sea necesaria la participación de organismos judiciales.

<sup>215</sup> El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cita la definición de jurisdicción que presenta Manuel OSSORIO en su Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1974, p. 409.

- El árbitro ejerce sus funciones por mandato de las partes como resultado del libre ejercicio de su autonomía de la voluntad. Por su parte, 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. Asimismo, el hecho de la duración excesiva de muchos procesos seguidos 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 el orden comunitario en forma debida y, para cumplir dicha labor, se encuentran investidos de todas las prerrogativas que pudieran otorgarse. Cabe señalar que el TJCA no hace un mayor desarrollo del proceso de impugnación del laudo a fin de garantizar su intangibilidad ni enfatiza tampoco 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 su deber de velar por la validez y eficacia del orden supranacional<sup>216</sup>

Fuente: Elaboración propia

Desde un primer momento, en el Proceso 03-AI-2010 el TJCA plantea ir más allá y analiza si los árbitros son jueces nacionales a los efectos del planteamiento de consultas prejudiciales. El Tribunal de Justicia reconoce 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, el TJCA considera a un tribunal arbitral como un “juez nacional” de acuerdo con el artículo 33° del TCTJCA con la capacidad de solicitar interpretaciones prejudiciales,

<sup>216</sup> 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.

distanciándose en este tema del criterio establecido en la jurisprudencia europea a partir del Asunto 102/81-Nordsee y seguido, por ejemplo, en el Asunto 125/04, Guy Denuit<sup>217</sup>. Para sustentar su posición, el TJCA alude a los siguientes criterios que asemejan al tribunal arbitral a un juez nacional a los efectos de una interpretación prejudicial:

- i) Se trata de un sistema de administración de justicia;
- ii) La capacidad jurisdiccional puede tener su origen legal o convencional;
- iii) Las controversias son susceptibles de transacción;
- iv) El arbitraje es de derecho;
- v) El arbitraje es imparcial ya que los árbitros, al igual que los jueces, pueden ser recusados;
- vi) La resolución que emite y pone fin a la controversia tiene carácter de cosa juzgada; y,
- vii) En el arbitraje puede resultar aplicable el ordenamiento jurídico andino, por lo cual es necesaria la interpretación del TJCA con la finalidad de garantizar la interpretación uniforme del derecho comunitario.

El TJCA justificó la asimilación de las calidades de juez y árbitro aduciendo que de esa forma se evita que existan operadores jurídicos con funciones jurisdiccionales aplicando el derecho comunitario sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario, que afecte 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 es determinado 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 puede solicitar la interpretación prejudicial.

Otro aspecto importante a abordar es el control del laudo arbitral a cargo de los jueces nacionales. El TJCA determinó que le corresponderá al tribunal arbitral solicitar al órgano judicial supranacional la interpretación de la norma comunitaria aplicable al caso y, de producirse una omisión o no haberse respetado la interpretación prejudicial, le corresponderá

---

<sup>217</sup> Asunto C-125/04, Denuit y Cordenier (2005), I-00923.

al juez nacional revisar el laudo. De no haberse tomado en cuenta la interpretación prejudicial del derecho comunitario por parte del tribunal arbitral, este defecto 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.

Es decir, 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 puso hincapié en el carácter excepcional del control judicial sobre el laudo, agregando que sólo procedería en caso que la inaplicación del derecho comunitario vulnera el orden público conforme a la legislación interna.

La solicitud de interpretación prejudicial obligatoria por parte de los árbitros implicará la suspensión del proceso arbitral hasta que el TJCA efectúe la interpretación prejudicial del derecho comunitario aplicable al caso, lo cual, en caso no haya sido previsto en el acuerdo arbitral como norma aplicable, podría contradecir la voluntad de las partes de someter una controversia a un proceso privativo de solución de diferencias con reglas propias. En caso un tribunal no haya ejercido el recurso de interpretación prejudicial, según el TJCA, el juez nacional, de oficio o a petición de parte, puede analizar si procede la causal de anulación en la etapa de ejecución del laudo. La causal no está explícitamente prevista en la norma interna, sino motivada en una sentencia del TJCA, y el juez nacional puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia e incluso expedir una sentencia sustitutiva estando de por medio la interpretación prejudicial omitida por el tribunal arbitral. Merece indicar que en el control judicial del arbitraje por la existencia de errores *in iudicando*, la parte perdedora podría abusar de esa posibilidad y esperar hasta la finalización del arbitraje para solicitar la nulidad por inaplicación de la norma comunitaria o la ausencia de interpretación prejudicial. Debe tenerse presente que las partes también pueden solicitar a los árbitros que realicen la solicitud de interpretación prejudicial. Esta causal de anulación impone una diligencia debida de los árbitros para evitar esta situación.

Asimismo, cabe cuestionar si la obligatoriedad de los árbitros de formular la consulta prejudicial atenta contra el principio de confidencialidad del laudo.

#### 4.2.2. 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 tengan 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 arbitral<sup>218</sup>, 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 Andina<sup>219</sup>.

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. Además, dicho Consejo precisó que algunas normas comunitarias podrían ser aplicables al caso y que -a través del recurso extraordinario de anulación del laudo— sólo era 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 era la instancia competente para determinar las normas, ni los parámetros interpretativos en relación con el caso.

El TJCA se pronunció en el siguiente sentido:

---

<sup>218</sup> Proceso 57-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2118, 14 de noviembre de 2012. Las sociedades Empresas Públicas de Medellín E. S. P., y Comunicación Celular S. A., COMCEL S. A., celebraron en el año 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 S. A., E. S. P., alegando que E. S. P. actuó de manera negligente respecto a sus obligaciones contractuales, dado que se advirtió la existencia de irregularidades en las adjudicaciones de líneas de telefonía, causándole perjuicios patrimoniales.

El Tribunal de Arbitraje expidió el laudo el 29 de mayo de 2010 y declaró la prosperidad de la pretensión “a-i”, en el sentido de definir que EE.PP.M Telecomunicaciones S. A. E. S. P. fue negligente en el cumplimiento de la obligación contractual. La empresa, E. S. P., interpuso recurso extraordinario de anulación contra el referido laudo porque, de acuerdo con la ley que regula el arbitraje en Colombia (Decreto 1818 de 1996), no se constituyó el Tribunal de Arbitramento en forma legal y, además, los árbitros fallaron en conciencia cuando debieron hacerlo en derecho, sin alegar la eventual inobservancia de normas andinas que regulan la materia.

<sup>219</sup> Específicamente, se trata de los artículos 2, 3 y 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y 1, 3, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

- 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 sub-regional en un mismo sentido.
- Reitera la interpretación extensiva de la sentencia expedida en el Proceso 03-AI-2010 y ratifica su jurisprudencia precedente para que el concepto de juez nacional incluya a los árbitros. Al respecto, señala que los árbitros son de única o última instancia, resuelven en derecho, y conocen los procesos donde se debe 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. En consecuencia, una violación al debido proceso en un caso que se controvierte debería acarrear su nulidad, toda vez que la norma que garantiza este derecho es 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. Cuando 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, éste 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. En este caso, 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, forma 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 S. A. Comcel S. A. (demandante) contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. E.S.P. – ETB. En esa oportunidad, el TJCA tomó como precedentes la jurisprudencia desarrollada en los Procesos 03-AI-2003 y 57-IP-2012 que incorporan al árbitro dentro del concepto de juez nacional; además señaló que, 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 ésta, 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 ambos. 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 la evaluación de si es necesaria o no la aplicación de normas de derecho comunitario dentro del proceso. El juez nacional debe constatar que dicho trámite se justifica y de no procederse de esa forma se dilataría injustificadamente los procesos atentándose contra la economía procesal<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> Proceso 2-IP-1991, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 78, 18 de marzo de 1991.

Los árbitros son considerados jueces nacionales, por consiguiente, son destinatarios de las disposiciones comunitarias. En lo concerniente 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 competencias<sup>221</sup>. Un sector de la doctrina incluso sostiene que la suspensión será procedente cuando las partes acuerden su aplicación o los árbitros la estimen necesaria a fin de evitar que el laudo sea anulado en el futuro por no plantear la consulta de interpretación prejudicial<sup>222</sup>. La sentencia del TJCA en el Proceso 03-AI-2010 demanda la suspensión del proceso a fin de evitar un riesgo real en el sentido de que el laudo pueda llegar a ser declarado nulo, independientemente que las partes hayan dado su autorización manifiesta para tal 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 con los motivos que tienen 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 contendientes, evitar interferencias en el funcionamiento e independencia del procedimiento arbitral, etc. Por ello, habrán 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.

En suma, el Tribunal de Justicia reitera los criterios para calificar como “juez nacional” al tribunal arbitral aunque prescinde de analizar, por un lado, la naturaleza jurídica de la consulta prejudicial que vincula sólo a los órganos jurisdiccionales del país miembro y supranacional

---

<sup>221</sup> ORTIZ BAQUERO, Ingrid. “El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo”. En: Revista La Propiedad Intelectual. N° 14, Año 2010, pág. 34.

<sup>222</sup> Ídem.

comunitario, y por otro lado, 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 su interpretación proporcionada, entendiéndolo como la única vía para que el derecho comunitario andino sea interpretado y aplicado de manera uniforme.

#### ***4.2.3. 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. E.S.P. contra la UNE EPM Telecomunicaciones S.A., se presenta la 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 telecomunicaciones<sup>223</sup>. En el mencionado proceso, se resalta la competencia del TJCA 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. Conforme a lo establecido por el artículo 32° del TCTJCA, en concordancia con lo previsto en los artículos 2°, 4° y 121° del ETJCA, dicha solicitud resulta admisible en tanto provenga de un juez nacional con competencia para actuar como juez comunitario, como es el caso del Tribunal Arbitral Consultante, en la medida que resulten pertinentes para la resolución del proceso<sup>224</sup>. Cabe resaltar la referencia al artículo 4° del ETJCA por cuanto esta disposición ha sido citada reiteradamente en 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 e interpretación uniforme en todo ámbito en los países miembros.

Este criterio ha sido ratificado en las consultas de interpretación prejudicial planteadas posteriormente por tribunales arbitrales en el Caso Secreto Empresarial Compañía Telemka S.

---

<sup>223</sup> Proceso 161-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2381, 25 agosto de 2014.

<sup>224</sup> Proceso 161-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2381, 25 agosto de 2014, numeral 46.

A.<sup>225</sup>, Caso P. Kooij En Zonen B.V. y Suata Plants S. A.<sup>226</sup> y Caso Comunicación Celular S. A. (Comcel S. A.) contra UNE EPM Telecomunicaciones S. A.<sup>227</sup>.

Corresponde hacer una mención aparte, si la actuación de los árbitros como juez comunitario para asegurar la interpretación y aplicación uniforme de la norma comunitaria se puede deducir del deber de cooperación leal previsto en el artículo 4º del TCTJCA, conforme refiere el TJCA. Asimismo, cabe determinar el alcance del deber de cooperación de los tribunales nacionales con la Comunidad Andina instituido para garantizar la aplicación efectiva e interpretación uniforme del derecho comunitario.

La redacción del artículo 4º antes mencionado deja claro que hay dos tipos de obligaciones de los países miembros que consisten esencialmente en un deber positivo de ayudar y un deber "negativo" de no obstaculizar. Bajo ese enfoque, podríamos señalar que el TCTJCA ha impuesto el deber a los países miembros de cooperar con el funcionamiento del sistema legal comunitario conforme a los objetivos de la Comunidad, y un deber de evitar cualquier acción que interfiera con ese propósito.

Ciertamente esta disposición es de amplio alcance, permitiendo su aplicación a una amplia variedad de situaciones. Este principio es también consagrado en el artículo 4º (3) del Tratado de la Unión Europea, señalando la doctrina que no impone obligaciones *per se* y su efecto depende de las otras normas o política de la Comunidad que explican los objetivos para los que hace falta cooperación. Es decir, el principio se aplica cuando hay una norma o una política comunitaria que regula un aspecto que se relaciona con el objetivo de la integración.

La jurisprudencia andina se ha referido a la cooperación leal básicamente cuando han estado de por medio actuaciones de autoridades gubernamentales, a través de medidas legislativas, ejecutivas o administrativas<sup>228</sup>. Si bien puede tener una amplitud de manifestaciones, este principio podría expresarse también en el deber de los tribunales ordinarios nacionales de proteger y hacer cumplir los derechos conferidos por el derecho comunitario, y para ello, observar la activación de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia a fin de garantizar la interpretación uniforme y efectiva del derecho comunitario.

---

<sup>225</sup> Proceso 262-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2334, 6 de mayo de 2014.

<sup>226</sup> Proceso 204-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2393, 15 de setiembre de 2014.

<sup>227</sup> Proceso 79-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2393, 15 de setiembre de 2014.

<sup>228</sup> Véase, por ejemplo, el Proceso 118-AI-2003, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; y, Proceso 69-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2219, 22 de julio de 2013.

#### 4.3. *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, consideró 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 y sea aplicable la normativa andina. De esa manera, se establece 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. E.S.P. se debe a la decisión pionera del TJCA de equiparar a los tribunales arbitrales con los jueces de los Estados Miembros receptores de las obligaciones y preceptos emanados del derecho comunitario, a fin de asegurar la uniformidad en la aplicación de la normativa supranacional<sup>229</sup>. Esta jurisprudencia plantea una situación nueva en el desarrollo del mecanismo de interpretación prejudicial en la Comunidad Andina. A partir del Caso ETB S.A. de 2011 se circunscribió el debate en torno al tema de la competencia de los árbitros para solicitar de oficio la interpretación de la norma comunitaria aplicable a pesar de no haber sido previsto por las partes y el alcance del deber de los jueces nacionales de evaluar el laudo arbitral. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina adoptó esa posición aun cuando ninguna de las partes invocó la aplicación de la norma comunitaria en el proceso arbitral, y que la parte vencida lo hizo para impedir la ejecución del laudo.

De esa manera, los árbitros forman 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, tienen las mismas competencias y obligaciones que los jueces estatales en su condición de jueces comunitarios.

En el Caso ETB S.A., el TJCA determinó que los árbitros tienen el deber legal de formular la consulta prejudicial sin precisar si las partes lo han requerido o de oficio. Esto último se puede

---

<sup>229</sup> 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 un contexto en el cual los países impulsan el arbitraje en determinados sectores frente a la carga procesal existente.

sustentar en su condición de juez comunitario y su obligación de velar por la ejecución de los laudos, y, de esa manera, evitar que sea impugnado por incumplir con las normas comunitarias. En este sentido, 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. Para el TJCA, el pacto arbitral no debería poner en entredicho esa obligación. Este deber emana de su rol de juez comunitario el cual determina que el árbitro esté obligado a garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones comunitarias a pesar que la suspensión del procedimiento arbitral o la aplicación de una norma comunitaria no hayan sido previstas por las partes, y evitar la impugnación de su fallo.

Los árbitros suelen estar sometidos al principio dispositivo, esto es, 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 sólo en la medida que hayan sido invocadas por los contendientes. No obstante, el TJCA relativiza ese principio señalando que en todos los casos el árbitro se encuentra en la obligación de plantear la consulta de interpretación prejudicial, a fin de evitar la impugnación del laudo.

Merece indicar que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia estadounidense y europea aceptan que los árbitros pueden aplicar de oficio las normas pertenecientes al orden público internacional tanto si las partes las han invocado como fundamento de sus pretensiones, como en el caso que hayan guardado silencio al respecto. El cumplimiento de esta obligación a cargo de los árbitros está vinculado al 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 apropiada<sup>230</sup>.

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)<sup>231</sup> o a través del mecanismo de interpretación prejudicial.

---

<sup>230</sup> ORTIZ BAQUERO, Ingrid. *Ob. cit.*, p. 40.

<sup>231</sup> ORTIZ BAQUERO, Ingrid. *Ob. cit.*, p. 41.

El buen uso de este control depende de las normas procesales de carácter nacional y de la interpretación prejudicial del TJCA. Las causales extraordinarias deben estar establecidas en la ley y la sentencia interpretativa que efectúe el TJCA en cada caso 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 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 establece límites al control de los jueces nacionales en el proceso de revisión de los laudos. Dichos límites, por ejemplo, debe incluir que sólo constate la aplicación del derecho comunitario y verifique cuando la inaplicación de las disposiciones comunitarias por parte de los árbitros sea flagrante<sup>232</sup>. 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 de los laudos sería exigir la oportunidad en el proceso arbitral en el que cabe cuestionar la no aplicación del derecho comunitario. Por ejemplo, el cuestionamiento de las normas de competencia sólo debería ser alegado en la etapa inicial del procedimiento arbitral a efectos de evitar que pueda invocarse después como fundamento del recurso de anulación, logrando evitar actuaciones procesales de mala fe llevadas a cabo por una de las partes. En tal sentido, no debería proceder en determinadas circunstancias la causal de anulación del laudo por la falta de interpretación prejudicial del TJCA cuando la parte no lo alegó en el momento oportuno.

---

<sup>232</sup> Ídem. La Corte de Apelación de París, en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, pronunciada en el asunto Thalès Air Defence sa contra Euromissile gie el at (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”. Citado por ORTIZ BAQUERO, Ingrid. *Ob. cit.*, p. 43.



## CONCLUSIONES

- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dilucidado que un tribunal arbitral 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 debido a que ejercen funciones de administración de justicia, lo que realizan de manera temporal y como resultado de un acuerdo de arbitraje de carácter puramente privado, cuyo mandato deriva sólo como producto de la autonomía de las partes. Esta decisión jurisprudencial no es consistente con la naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial que encomienda a un País Miembro que los jueces nacionales u órganos jurisdiccionales vinculados con la actividad estatal de administración de justicia cumplan con el deber de garantizar la aplicación efectiva y uniforme del derecho comunitario.
- Al declarar el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los árbitros están obligados a solicitar la interpretación de interpretación prejudicial, se aparta del criterio jurisprudencial seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que concluyó que un tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional ya que el Estado no tiene participación en el procedimiento arbitral ni en la decisión de someter un asunto al arbitraje. La decisión jurisprudencial andina ha generado la dificultad de aplicar las disposiciones comunitarias que rigen la interpretación prejudicial al proceso privativo del arbitraje.
- En primer lugar, para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina los tribunales de arbitraje están obligados a solicitarle la interpretación prejudicial más no a aplicar directamente la legislación comunitaria, a fin de garantizar la validez y ejecutabilidad del laudo. De esta manera, se aparta de la jurisprudencia desarrollada por la jurisprudencia europea de reconocer la facultad de los árbitros de aplicar de oficio las normas comunitarias consideradas de orden público.
- En segundo lugar, 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 el establecimiento de un ámbito privativo de jurisdicción, la orientación y conducción del procedimiento, la independencia de los

árbitros, la celeridad y el carácter temporal de sus competencias. La jurisprudencia europea ha admitido la aplicación de oficio por el tribunal arbitral. Por ello, la suspensión debería ser aplicada en la medida en que, por un lado, de no hacerlo, exista un riesgo de que el laudo pueda contradecir la norma comunitaria considerada de orden público y sea declarado nulo posteriormente por ese motivo, o por otro lado, las partes hayan dado su autorización para ello o no lo hayan prohibido.

- El control judicial de los laudos arbitrales por la inaplicación del derecho comunitario 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 tampoco que el juez ordinario que lo realiza 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. La jurisprudencia europea ha admitido que la intervención judicial estatal en el ejercicio de su función auxiliar de colaboración dentro del procedimiento arbitral o revisora excepcionalmente del laudo no puede ser excluida. 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, en caso éste sea revisable, deberá constatarse que la inaplicación del derecho andino constituye una violación flagrante del orden público comunitario.
- 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 dificultad para que a 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 así contra la confidencialidad del arbitraje.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo. Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR). Madrid: Fondo Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Working Paper N° 4 (2011), Cátedra Jean Monnet, 18 pp. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-cuesti%C3%B3n%20prejudicial%20europea.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- BALDEÓN HERRERA, Genaro (2004). “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ius Inter gente”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Año I, Nro. 1.
- BANIASSADI, Mohammad Reza. “Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration”. En: *Berkeley Journal of International Law*, Volume 10, Issue 1 Summer, 10 Int'l Tax & Bus. Law. 59 (1992), pp. 59-84. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- CARLSTON, Kenneth S. LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS. “Law and Contemporary Problems”. Volumen 17, Número 4, Otoño, 1952. En: *Theory of the Arbitration Process.*, pp. 631-651. Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2542&context=lcp> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel (2013). Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: Similitudes diferencias e influencias. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 25. Fecha de recepción del original: 30 de enero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de mayo de 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 R., Carlos A. “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. *Revista Jurídica Online*, 2002. Disponible en <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo->

[1/23a la interpretacion prejudicial del tribunal.pdf](#) (consultada el 25 de febrero de 2015).

- DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos. “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVII, Montevideo, 2011, pp. 29-58, ISSN-1510, 4974. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr4.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (Coordinador). *Derecho de la Unión Europea*. Pamplona: Gobierno de Navarra / Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.
- EUROPEAN INKLINGS (EUi). LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA. Instituto Vasco de Administración Pública. Euskadi. Nro. IV, 2014, 201 pp. Disponible en: <http://www.ivap.euskadi.net/r61-2362/es>” (consultada el 1 de octubre de 2014), pp. 104-121.
- GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta (2001). Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Thēmis. Revista de Derecho*, Nro. 42.
- GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI. Chapter 8: Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators. En: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice*, pp. 251-273. Disponible en: [http://www.shearman.com/~/\\_/media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative-Effect-of-CompetenceCompetence-The-Rule\\_/Files/View-Full-Text/FileAttachment/IA\\_070208\\_01.pdf](http://www.shearman.com/~/_/media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative-Effect-of-CompetenceCompetence-The-Rule_/Files/View-Full-Text/FileAttachment/IA_070208_01.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).
- HELFER, Laurence y ALTER, Karen (2009). “The Andean Tribunal of Justice and its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community”. *Law & Economic Research Paper*, Nro. 09-01, *Public Law & Legal Theory Research*, Nro. 09-01. 41 y *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, p. 874. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1334733##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334733##) (consultada el 25 de febrero de 2015).
- HELFER, Laurence; ATER, Kren, y GUERZOVICH, Florencia (2009). “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un estado de derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”. *American Journal of International Law*, vol. 103. Traducido por Marcelo Vargas Mendoza.

- HUNTER AMPUERO, Iván (2010). “El principio dispositivo y los poderes del juez”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, semestre II, nro. XXXV, pp. 148-188.
- 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”, 2014, 10 pp. Disponible en: [https://queenspoliticalreview.files.wordpress.com/2014/06/240\\_cjeu\\_eu-final-04-04-2014.pdf](https://queenspoliticalreview.files.wordpress.com/2014/06/240_cjeu_eu-final-04-04-2014.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).
- LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, Manuel (1999). “Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial”. Boletín nro. 1849, p. 2179.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERA, Diego J. (2006). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen (2014). “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 solo...)”, pp. 61-79. En: *La Cuestión Prejudicial Europea. European inklings (EUi)*. Instituto Vasco de Administración Pública. Euskadi. Nro. IV. Disponible en: <http://www.ivap.euskadi.net/r61-2362/es> (consultada el 1 de octubre de 2014).
- MORCILLO MORENO, Juana (2007). *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.
- OSADARE, Babatunde. “Jurisdiction and Powers of Arbitral Tribunals: Who decides?”. En: Paper about Arbitral Tribunal. University of Dundee, UK (no se cita el año), 15 pp. Disponible en: [http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp\\_car13\\_9\\_99908650\\_4.pdf](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car13_9_99908650_4.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).
- PACHÓN MUÑOZ, Manuel (1992). *La acción de interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino*. Revista de Derecho Themis. Nro. 23.
- PEROTTI, Alejandro Daniel (2007). “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 Nro. 6.

- PEROTTI, Alejandro Daniel (2001). *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*. Biblioteca Digital Andina. Buenos Aires.
- PICO MANTILLA, Galo (1993). “La acción judicial de los particulares y la interpretación prejudicial en el Pacto Andino”. *Revista Jurídica*.
- POLKINGHORNE, Michael. Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail. This article was published in slightly different form in the January 2008 issue of the International Construction Law Review. White & Case llp Paris, pp. 1-6. Disponible en: [http://www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/153d6bd2-17f4-48a0-94b2-af4265abf8fc/article\\_Annulled\\_awards\\_v3.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/153d6bd2-17f4-48a0-94b2-af4265abf8fc/article_Annulled_awards_v3.pdf) (consultada el 25 de febrero de 2015).
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY Nigel y PARTASIDES, Constantine (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Aranzadi.
- SIERRALTA RÍOS, Aníbal (2005). “Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones. Desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional”, pp. 36-37. Disponible en: <http://www.cepal.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/SIERRALTA-MECANISMOS%20SOLUCIÓN%20CONTROVERSIAS%20COMUNIDAD.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- SANCHEZ LEGIDO, Ángel (1994). *La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla La Mancha.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela; UGARTEMENDIA Juan Ignacio (coord.). *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, IVAP, Universidad del País Vasco, Universitat Pompeu Fabra, Oñati, 2011. Traducido por Marcelo Vargas Mendoza. Disponible en: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/11741.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- SKLENYTE, Aiste (2003). “International Arbitration. The Doctrine of Separability and Competence-Competence Principle”. *The Aarhus School of Business*, pp. 1-3. Disponible en: <http://pure.au.dk/portal/files/2372/000126197-126197.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).

- 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”.
- THOMSON, Claude R. & Annie M.K. FINN. “Confidentiality in Arbitration: A valid assumption? A proposed solution!”. En: *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, no. 2 (May-July 2007), pp. 1-7.
- TWEEDDALE, Andrew. Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception. En *Arbitration International*, Vol. 21, N° 1, 2005, p. 59-69. Disponible en: <http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Confidentiality-in-Arbitration-The-Public-Interest-Exception1.pdf> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Dispute Settlement International Commercial Arbitration. Making the Award and Termination of Proceedings*. New York and Geneva, 2005, 41 pp.
- VAN DEN BERG, Albert Jan, *When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?*, 6 *Pace L. Rev.* 25 (1985), pp. 25-65. Disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol6/iss1/2> (consultada el 25 de febrero de 2015).
- ZUÑIGA SCHROEDER, Humberto (2012). “*Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo*”. *Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, nro. 35, pp. 103-123.

### **Procesos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Proceso 1-IP-87, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 28, 15 de febrero de 1988.

Proceso 2-IP-88, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, 26 de julio de 1988.

Providencia emitida por el Tribunal respecto de la Consulta formulada por la Doctora Angela Vivas Martínez, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 43, 30 de mayo de 1989.

Proceso 2-IP-1991, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 78, 18 de marzo de 1991.

Providencia emitida por el Tribunal respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, INDECOPI, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 146, 31 de enero de 1994.

Proceso 1-IP-96, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 257, 14 de abril de 1997.

Proceso 30-IP-98, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 475, 1 de setiembre de 1999.

Proceso 19-AI-99, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 588, 2 de agosto de 2000.

Proceso 118-AI-2003, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005.

Proceso 142-IP-2003, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 965 de 8 agosto 2003.

Proceso 14-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1513, 27 de junio de 2007.

Proceso 07-IP-2009, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1729, 3 de julio de 2009.

Proceso 03-AI-2010, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2136, 15 de enero de 2013.

Proceso 149-IP-2011, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2069, 5 de julio de 2012.

Proceso 22-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2069, 5 de julio de 2012.

Proceso 57-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2118, 14 de noviembre de 2012.

Proceso 69-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2219, 22 de julio de 2013.

Proceso 161-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2381, 25 agosto de 2014.

Proceso 204-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2393, 15 de setiembre de 2014.

Proceso 262-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2334, 6 de mayo de 2014.

Proceso 032-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2363, 11 de julio 2014.

Proceso 14-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2367, 21 de julio 2014.

Proceso 79-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2393, 15 de setiembre de 2014.

Proceso 121-IP-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2427, 11 de diciembre de 2014.

### **Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Asunto C-6/64, Flaminio Costa v ENEL (1964) ECR 585.

Asunto C-61/65, Vaassen-Goebbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (1966), 00377.

Asunto C-71/76, Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats de la Cour de Paris (1977), 00765.

Asunto C-246/80, Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie (1981), 02311.

Asunto C-102/81, Nordsee/Reederei Mond, (1982), 00241.



Asunto C-14/86 - Pretore di Salò/X (1987), 02545.

Asunto C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss (1989), 03199.

Asunto C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada y otros (1992), I-04785.

Asunto C-393/92, Gemeente Almelo y otros/Energiebedrijf IJsselmij (1994), I-01477.

Asunto C-430/93, Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (1995), I-04705.

Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93 (1995), I-04705.

Asunto C-111/94, Centro de Trabajo (1995), I-03361.

Asunto C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin (1997), I-04961.

Asunto C-103/97, Köllensperger y Atzwanger (1999), I-00551.

Asunto C-126/97, Eco Swiss (1999), I-03055.

Asunto C-126/97, Eco Swiss (1999). Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio, presentadas el 25 de febrero de 1999.

Asunto C-110/98, Gabalfrisa y otros (2000), I-01577.

Asuntos Acumulados C-147/98, Bungy Fun Germany (1998)

Asunto C-178/99, Salzmann (2001), I-04421.

Asunto C-17/00, De Coster (2001), I-09445.

Asunto C-182/00 - Lutz y otros (2002), I-00547.

Asunto C-125/04, Denuit y Cordenier (2005), I-00923.

Asunto C-196/09, Paul Miles y otros y Escuelas europeas (2011), I-05105.

Asunto C-399/11, Melloni (2013).

Asunto C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (2014).

Asunto C-555/13, Merck Canada (2014).