

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE EN LOS REGÍMENES ANDINO Y EUROPEO¹

Humberto Zúñiga Schroder*

El presente artículo estará centrado en el análisis de la denominada “interpretación prejudicial” y en la eventual facultad de los tribunales arbitrales de solicitar esta, ya sea al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) o al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En consecuencia, este estudio será netamente comparativo; es decir, se incluirán paralelos entre los regímenes andino y europeo. El citado estudio será efectuado a la luz de la sentencia emitida en el proceso 03-AI-2010, en la cual el TJCA decidió incluir en los alcances del concepto “juez nacional” –obligado a solicitar la interpretación prejudicial– a los tribunales arbitrales, al ejercer estas funciones jurisdiccionales, plausibles de encontrarse sujetas al alcance de dicho instrumento.

Revista de Economía y Derecho, vol. 9, nro. 35 (invierno de 2012). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Funcionario Internacional del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Doctor en Derecho (Ph.D.) por la Universidad de Edimburgo. Magíster en Derecho del Comercio Internacional y Europeo (LL.M.) por la Universidad de Ámsterdam. Bachiller en Derecho y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es autor del libro *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law* (Kluwer Law International, 2011), y de diversos artículos publicados en revistas como el *Journal of World Trade* y publicaciones peruanas especializadas.

1 Sobre la interpretación prejudicial en el marco del ordenamiento jurídico andino

1.1 Respeto a la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Como punto inicial del presente estudio, consideramos prudente abordar, previo al análisis de la llamada “interpretación prejudicial”, la definición y características de la Comunidad Andina (CAN) y las atribuciones de su órgano jurisdiccional, el denominado Tribunal de Justicia de la CAN (TJCA). Ello permitirá ubicarnos en el contexto materia del presente estudio y, además, entender las características y objetivos de la interpretación prejudicial, en el marco tanto del derecho andino como del europeo.

Brevemente, la Comunidad Andina (antes denominada Pacto Andino) puede ser definida como un organismo subregional, con personería jurídica internacional, creada en 1969 en virtud del Acuerdo de Cartagena. Dicho organismo se encuentra conformado a la fecha por cuatro Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; así como por los órganos del Sistema Andino de Integración, que comprende a su vez²:

- a. El Consejo Presidencial Andino.
- b. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.
- c. La Comisión de la Comunidad Andina.
- d. La Secretaría General de la Comunidad Andina.
- e. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- f. El Parlamento Andino.
- g. El Consejo Consultivo Empresarial.
- h. El Consejo Consultivo Laboral.
- i. La Corporación Andina de Fomento.
- j. El Fondo Latinoamericano de Reservas.
- k. El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en su marco.
- l. La Universidad Andina Simón Bolívar.
- m. Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión.
- n. Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

Cabe destacar que una de las características más saltantes de la Comunidad Andina es la facultad que tienen sus órganos con capacidad normativa de dictar instrumentos jurídicos vinculantes a los Países Miembros, los cuales priman sobre sus normas internas³. Asimismo, es importante precisar que, según lo señalado en el artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), y las Resoluciones de la Secretaría General, son directamente aplicables en los territorios de los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, y tienen además efecto directo, es decir, los particulares pueden en determinados supuestos plantear directamente acciones para la debida aplicación de la norma comunitaria.

En lo que respecta al Tribunal de Justicia de la CAN, debe señalarse que el citado órgano colegiado nace el 28 de mayo de 1979 mediante la suscripción del “Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” (TJAC), iniciando sus actividades el 2 de enero de 1984. Posteriormente, gracias a las reformas realizadas a través del Protocolo de Cochabamba de 1996, cambió su nombre a “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, con competencia territorial en los cuatro Países Miembros para conocer de las siguientes controversias: la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral, la acción laboral y la llamada interpretación prejudicial⁴. Este último mecanismo será materia de análisis a continuación.

1.2 Sobre la “interpretación prejudicial” como atribución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Brevemente, la interpretación prejudicial puede ser definida como un mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en el cual este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria, y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno⁵. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros⁶.

Es importante destacar que en casos en los cuales se solicita una interpretación prejudicial, la función del TJCA es la de “interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir,

buscar el significado para precisar su alcance jurídico, función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia⁷. No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada⁸.

Respecto a la legitimidad activa, cualquier juez de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar al TJCA la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN⁹ en todos aquellos casos en que estas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno¹⁰. Nótese que en caso de que las decisiones de los órganos judiciales nacionales no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno, el juez consultante está obligado, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida¹¹ o sobre casos similares o análogos¹². Cabe destacar, siguiendo esa misma línea de argumentación, que en casos en los cuales la interpretación prejudicial sea facultativa, el juez deberá decidir el proceso si llegare la oportunidad de dictar sentencia, aun cuando no hubiera recibido la interpretación del Tribunal.

Respecto a la oportunidad en la cual puede solicitarse la interpretación prejudicial, el Tratado de Creación del TJCA no señala cuál es el momento más adecuado dentro del proceso interno para ello. No obstante, en la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, preparada por el TJCA en 2001, se señala en el numeral 7:

“7. La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, es deseable que la decisión de plantear una solicitud de interpretación prejudicial se adopte después de haber oído a las partes, de modo que el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio” (notas a pie de página omitidas).

Ahora bien, tal como fuera adelantado, la figura de la interpretación prejudicial se encuentra regulada también a nivel del derecho europeo, de manera bastante similar a su contraparte andina (de hecho, tal

como lo ha señalado el TJCA, “el ordenamiento jurídico comunitario andino encuentra sus bases y deriva principios del Derecho Comunitario europeo”¹³. En ese sentido, el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual regula la llamada “cuestión prejudicial”, se asemeja a los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del TJCA, tanto en lo que respecta a quienes están facultados a solicitar dicha interpretación, como a los momentos en los cuales esta puede ser solicitada.

Con respecto a la relación entre la figura de la interpretación (o “cuestión”) prejudicial, tal como se encuentra regulado en el derecho europeo y en el derecho andino, Vigil Toledo sostiene:

“La creación de este mecanismo de cooperación es tal vez el mayor aporte de los fundadores de la Unión Europea para establecer la excelente y balanceada relación que existe entre los jueces comunitarios y los jueces nacionales, que por el mérito de ella se convierten automáticamente en jueces comunitarios, y es en tal sentido verdaderamente revolucionaria. Es también, tanto para el Tribunal Europeo como para el Andino, la acción más importante, porque en el caso del Tribunal Europeo es la vía de acceso de los justiciables particulares como en el Andino, donde si bien los particulares tienen un mayor acceso a las otras acciones, la interpretación prejudicial sigue siendo la acción por excelencia como lo demuestran las estadísticas, ya que las sentencias en estos casos constituyen el 90% de su actividad jurisdiccional”¹⁴.

<p>Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 TCE).</p>	<p>Artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del TJCA.</p>
<p>El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:</p> <ul style="list-style-type: none"> 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; <p>Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano</p>	<p>Artículo 32.- 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.</p> <p>Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas</p>

jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano *podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma*, si estima necesaria 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 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

que conforman el ordenamiento 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*.

Los paralelos entre ambos regímenes podrán ser apreciados de manera más clara a través del siguiente cuadro comparativo:

Sobre la base de lo antes expuesto, es posible concluir que los regímenes andino y europeo comparten innegables semejanzas en el tratamiento otorgado a la interpretación (o “cuestión”) prejudicial, tanto a nivel de quiénes pueden solicitarla como en lo relativo a las obligaciones y facultades del órgano requirente. Dichas semejanzas se ven incluso plasmadas en la forma en la cual ha sido abordado el concepto “órgano jurisdiccional” y “juez nacional” en los casos europeo y andino respectivamente, lo cual será materia de análisis a continuación.

2 Descripción de los hechos que dieron lugar a la sentencia en el Proceso 03-AI-2010

Como punto previo al análisis de la forma a través de la cual el TJCA ha desarrollado el concepto “juez nacional”, es necesario analizar, de

manera sucinta, los hechos que motivaron el pronunciamiento del Tribunal en el caso 03-AI-2010, ya que ello nos permitirá entender con mayor detalle las razones por las cuales el TJCA decidió “ampliar” el criterio con el cual abordaba dicho concepto, para comprender a partir de la fecha a los tribunales arbitrales.

En el caso materia de análisis¹⁵, observamos que este se origina a raíz 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, por un lado, y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante, ETB), los cuales aparentemente no habrían sido cumplidos por la República de Colombia. En todos los casos se había pactado que la solución de controversias se haría ante un Tribunal Arbitral.

Ahora bien, en los tres casos fue activado el mecanismo en cuestión, siendo que el 15 de diciembre de 2006 el Tribunal Arbitral profirió los laudos respectivos, omitiendo la aplicación de las normas andinas acerca de “conflictos de interconexión”, por lo que la ETB inició proceso de única instancia de anulación de laudo ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera. En ese contexto, la ETB solicitó a dicho órgano estatal que requiera la interpretación prejudicial al TJCA de los artículos 3, 30 (inciso final) y 32 de la Decisión 462¹⁶ y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432¹⁷, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, el cual afirma:

“Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, 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”.

Ante ello, el Consejo de Estado emitió fallo, negando la solicitud de interpretación prejudicial, y sin suspender el procedimiento res-

pectivo. Por dicho motivo, la empresa ETB presentó un escrito de demanda ante el TJCA, mediante el cual señaló que:

“La presente demanda tiene por objeto que el H. Tribunal Comunitario constatare y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como la no repetición de este tipo de omisiones”.

En virtud de ello –y luego del proceso respectivo–, el Tribunal resolvió el 26 de agosto de 2011 declarando “a lugar” la demanda interpuesta por ETB contra Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, “por no haber solicitado oportunamente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres (03) laudos arbitrales, de acuerdo a lo sentado por este Tribunal en la parte considerativa de la presente sentencia”. Dicha decisión se basó, entre otras razones, en el hecho de que “en el proceso arbitral era necesario y obligatorio la solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de lo contrario existirían operadores jurídicos con funciones judiciales aplicando el derecho comunitario, sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario”. En consecuencia, el Tribunal dispuso que Colombia proceda conforme lo establece el artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina¹⁸, es decir, adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en cuestión.

3 Sobre el concepto “juez nacional” y “órgano jurisdiccional” en el ordenamiento jurídico andino y europeo

En el marco del ordenamiento jurídico andino, la interpretación del concepto “juez nacional”, por parte del TJCA, ha evolucionado con el correr de los años, de una visión restringida, circunscrita al significado literal de dicho término, a una aproximación más amplia, abarcando a órganos con actividades jurisdiccionales. Así, un ejemplo de dicha

interpretación inicial puede verse en la providencia emitida por el entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC) el 25 de abril de 1989, respecto de una consulta formulada por la doctora Ángela Vivas Martínez sobre interpretación del artículo 34 del Protocolo de Quito, acerca del programa de liberación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) (*Gaceta Oficial*, nro. 43 del 30 de mayo de 1989). En este caso, el Tribunal sostuvo:

“La legitimación para solicitar a este Tribunal una interpretación jurídica por vía prejudicial está reconocida únicamente a los jueces nacionales de los países miembros en los casos específicos señalados en el artículo 29 del Tratado. Ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación. Este Tribunal, en consecuencia, carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean jueces nacionales que estén conociendo de una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración andina, puesto que evidentemente las providencias que en esta materia dicta el Tribunal no están destinadas simplemente a absolver consultas o a esclarecer los alcances de normas comunitarias de modo general. Por el contrario, tales pronunciamientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de jueces nacionales, en los términos del artículo 29 del Tratado, conforme antes se indicó”.

Como se aprecia, mediante dicha interpretación, el Tribunal estaría únicamente ratificando lo señalado en la norma, en el sentido de que solo los jueces nacionales pueden solicitar la interpretación prejudicial, aunque sin precisar los alcances y el eventual significado de dicho término. Dicho criterio fue posteriormente “ampliado” a través de la providencia del 9 de diciembre de 1993, emitida por el TJAC en relación con la consulta formulada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)¹⁹, en la cual señaló que son ellos mismos quienes tienen la facultad de apreciar y definir la calidad de juez nacional, lo cual habría dejado la puerta abierta para incluir, dentro de dicho concepto, a órganos administrativos con actividades jurisdiccionales. En ese sentido, es importante tomar en consideración que posteriores pronunciamientos del Tribunal habrían acogido esa visión “amplia”, incluyendo dentro de su alcance a órganos no necesariamente parte del Poder Judicial de algún País Miembro. Así, en el marco de los Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, el Tribunal expresó:

“En este marco argumentativo, es entendible y evidente que un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales.

[...]

Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino”.

A nivel europeo, es fundamental señalar que las solicitudes de interpretación prejudicial (o “cuestión prejudicial” siguiendo la terminología oficial) no son efectuadas por “jueces nacionales”, sino más bien por “órganos jurisdiccionales”, concepto que ha sido abordado de manera amplia por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), y que incluye a órganos decisorios de colegios profesionales, tribunales competentes en materia de jurisdicción voluntaria, tribunales administrativos que no forman parte del Poder Judicial (por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España o el Tribunal Económico Administrativo Central de España), e incluso órganos administrativos en sentido estricto²⁰. Así, a manera de ejemplo, en el caso *Broekmeulen v Huisarts Registratie Commissie*²¹ el Tribunal de Justicia Europeo resolvió que la Comisión de Apelación de la Asociación Real Neerlandesa para la Promoción de la Medicina (asociación constituida en forma de asociación de derecho privado neerlandesa y de la que son miembros la inmensa mayoría de los médicos que ejercen sus actividades en los Países Bajos), constituye una “Corte o Tribunal” dentro de los términos del tratado, aun cuando ésta constituye un organismo privado:

“16. [...] si, con arreglo al sistema jurídico de un Estado miembro, se confía a un organismo profesional que actúa bajo una cierta tutela administrativa, la aplicación de las disposiciones adoptadas por las Instituciones de la Comunidad y si dicho organismo establece, en este contexto, y con la colaboración de las Administraciones Públicas afectadas, vías jurisdiccionales que puedan afectar al ejercicio de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico comunitario, la eficacia

de este último exige que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre las cuestiones de interpretación y validez que pudieran plantearse en el marco de un litigio semejante.

17. de las consideraciones anteriores se desprende que, a falta en la práctica de una vía jurisdiccional efectiva ante los tribunales ordinarios en una materia relativa a la aplicación del Derecho comunitario, la Comisión de Apelación, que ejerce sus funciones con la aprobación de las autoridades públicas y que actúa con su concurso y cuyas decisiones, a las que se llega tras un procedimiento contradictorio, son de hecho reconocidas como definitivas, debe considerarse como órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del artículo 177 del Tratado. De ahí se sigue que el Tribunal de Justicia es competente para responder a la cuestión planteada²².

Siguiendo esa línea de argumentación, el Tribunal señaló, en el marco del Proceso C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v Bundesbaugesellschaft Berlin*²³, algunos elementos a ser tomados en cuenta para catalogar a un órgano jurisdiccional como tal:

“Para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia”.

Ahora bien, este enfoque llevado a cabo por el Tribunal no se ha visto exento de algunas particularidades, sobre todo tomando en cuenta la naturaleza misma de la Unión Europea como comunidad política de derecho, conformada por 27 Estados miembros. Así, en el caso C-196/09 *Paul Miles y otros/Escuelas Europeas*²⁴ (petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas)²⁵, el Tribunal señaló que la Sala de Recursos de dicha institución no estaba en capacidad de solicitar una interpretación prejudicial al Tribunal, dado que no pertenece a “uno de los Estados miembros” sino a las Escuelas Europeas, las cuales constituyen, como enuncian los considerandos primero y tercero de su Convenio, un sistema sui géneris que lleva a cabo, mediante un acuerdo internacional, una forma de cooperación entre los Estados miembros y entre estos y la Unión. Dicho criterio no fue compartido en la misma sentencia

por la Abogada General Eleanor Sharpston, quien efectuó un análisis detallado del concepto “órgano jurisdiccional nacional” en el sentido del artículo 267 TFUE, concluyendo que dicha Sala es, en efecto, un órgano jurisdiccional, no de un Estado miembro, sino un órgano “común a una serie de Estados miembros” y, por tanto, plausible de plantear cuestiones prejudiciales:

“65. De ello se deduce que la sala de recursos debería considerarse un órgano jurisdiccional ‘común a una serie de Estados miembros’. En efecto, al ser común a todos los Estados miembros constituye la expresión última de ese concepto. Sería paradójico que, en la aplicación del Derecho de la UE, la sala de recursos no pudiera plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, cuando los Estados miembros, a través de sus órganos jurisdiccionales nacionales, están obligados a ejecutar sus decisiones”.

En conclusión, un elemento en común que puede apreciarse dentro del concepto de “juez nacional”, en un caso, y “órgano jurisdiccional”, en el otro, es la amplitud con que dichos términos pueden ser abordados, ya que los mismos no estarían restringidos a órganos propios del Poder Judicial de cada País Miembro, sino más bien a instituciones con capacidad decisoria en materias en las cuales el derecho andino –o europeo en su caso– puedan verse envueltas. Esta “amplitud” en el citado tratamiento será de utilidad para abordar el tema de si los tribunales arbitrales se consideran dentro de dicha definición, lo cual será analizado en el siguiente acápite.

4 Sobre la inclusión de tribunales arbitrales como órganos jurisdiccionales

Respecto a dicho punto es importante precisar, siguiendo la línea de argumentación seguida por el TJCA, que basta con que un órgano o entidad ejerza funciones jurisdiccionales (es decir, que tenga “potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente”)²⁶, para que tenga a su vez la capacidad de ser reconocida como “juez nacional”. En ese sentido, es valioso tomar en consideración lo señalado por el mismo tribunal en la sentencia 03-AI-2010 en comentario, en la cual se mencionó:

“[...] los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia,

tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros, tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Los jueces nacionales no pueden revisar los laudos, pero sí ejecutarlos.

Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales²⁷.

Tomando ello en consideración, el Tribunal concluye señalando:

“Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso²⁸.”

Resulta claro que dicho criterio resulta de aplicación, independientemente de si el convenio arbitral contiene alguna cláusula de solución de controversias que remitan a algún foro distinto al sistema previsto en el Tribunal Andino. Ello es así, ya que los criterios a ser considerados para una eventual calificación del concepto “juez nacional” son, según lo que puede desprenderse de lo señalado por el TJCA: i) el carácter jurisdiccional del órgano; y ii) si la consulta gira en torno a la aplicación y/o interpretación de normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino. Nótese que, independientemente de ello, la interpretación prejudicial operaría siguiendo el supuesto previsto en el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA: si la decisión del árbitro es recurrible, entonces la interpretación prejudicial es facultativa. Por el contrario, si dicha decisión no es susceptible de recurso alguno, entonces el árbitro estará obligado a solicitar la interpretación al tribunal.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen europeo, es fundamental precisar que en el Asunto 102/81 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*

and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) señaló que, si bien existen ciertas similitudes entre las actividades de un tribunal arbitral y las de una Corte o Tribunal –en la medida en que el árbitro debe decidir de acuerdo a ley y que su laudo constituye *res judicata* entre las partes–, dichas características no son suficientes para dar a estos el carácter de “Corte o Tribunal” de un Estado miembro, en el marco del artículo 177 del Tratado²⁹. En ese sentido, según lo señalado por dicho órgano colegiado, los tribunales arbitrales no están en capacidad de solicitar cuestiones prejudiciales³⁰.

Uno de los elementos que el Tribunal tomó en cuenta en su pronunciamiento, en el contexto de la presente disputa, es que las partes intervinientes no estaban en obligación alguna de optar por el tribunal arbitral, ya que el contrato original suscrito entre éstas³¹ estipulaba la posibilidad de recurrir a éste o a las Cortes ordinarias de justicia³². En otras palabras, la decisión del TJCE no estuvo basada en una evaluación de si los tribunales arbitrales están en capacidad de ejercer “funciones jurisdiccionales” respecto a la interpretación de alguna norma comunitaria, sino más bien en el carácter optativo del foro y en la falta de injerencia alguna de los jueces comunitarios en los laudos que estos pudieran emitir. Ello, a diferencia del fallo en el procedimiento 03-AI-2010, en el cual la “falta de dependencia de un juez nacional” no es excusa para que los tribunales actúen como sujetos obligados a solicitar la interpretación prejudicial³³.

Es importante notar que este criterio fue posteriormente ratificado en la sentencia del 27 de enero de 2005 (*Guy Denuit*, Asunto 125/04, párrafo 13), en la cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expresó:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un tribunal arbitral convencional no constituye un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 234 CE dado que las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros”.

Brevemente, estas decisiones del TJCE resultan, por decirlo de alguna manera, cuestionables, ya que al parecer no han tomado en cuenta la naturaleza misma del sistema arbitral, como mecanismo

alternativo de solución de conflictos, al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo sus diferencias, y cuyos laudos pueden ser “en equidad” o “en derecho”. En los laudos fundados en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, los principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina³⁴, es decir, deben necesariamente evaluar la aplicabilidad del derecho, tarea que indudablemente requiere la intervención del intérprete supremo de cómo la norma debe ser entendida: el Tribunal, sea ya el Andino o el Europeo. Este último, no obstante, no ha analizado los hechos desde esa óptica, razón por la cual emitió los fallos en análisis, basados más que todo en el carácter para jurisdiccional o cuasi jurisdiccional de la función arbitral (es decir, en la inexistencia de jurisdicción en sentido propio), lo cual impediría al árbitro formular la citada cuestión prejudicial³⁵.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que el TJCE, en el Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd.* (párrafo 40), ha dejado abierta la posibilidad de que en caso un juez nacional deba pronunciarse respecto a un laudo arbitral en el que esté en controversia alguna norma comunitaria, pueda plantear una cuestión prejudicial al Tribunal. Nótese, sin embargo, que dicha facultad descansa en el órgano jurisdiccional nacional, mas no en el árbitro mismo, el cual, repetimos, no goza de dichas facultades:

“40. Por último, debe recordarse que, como se ha señalado en el apartado 34 de la presente sentencia, a diferencia de un órgano jurisdiccional nacional, los árbitros no pueden solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario. Ahora bien, existe, para el ordenamiento jurídico comunitario, un interés manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse [...]. De ello se deduce que, en la situación que es objeto del presente asunto [...] el Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE, y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que este las resuelva con carácter prejudicial”.

A base de lo antes expuesto es posible concluir que, si bien el régimen europeo ha adoptado un criterio “amplio” en lo que respecta

a la interpretación de quiénes estarían comprendidos en el concepto “órgano jurisdiccional” (incluyendo en dicho concepto a órganos decisorios de colegios profesionales y a tribunales administrativos que no forman parte del Poder Judicial, entre otros), lo cierto es que los tribunales arbitrales no estarían incluidos en dicha definición, en la medida en que las partes hayan optado por sujetarse voluntariamente a dicho foro, en detrimento de las autoridades gubernamentales del respectivo País Miembro. Ello, independientemente de si los citados tribunales arbitrales están en la obligación de interpretar alguna norma comunitaria para el correcto desarrollo de sus funciones, criterio que, a nuestro parecer, constituye un elemento que debe ser necesariamente valorado en casos en los cuales esté en juego la remisión al tribunal de determinada consulta, en el marco de una interpretación (o “cuestión”) prejudicial.

5 Conclusiones

1. La interpretación prejudicial (o cuestión prejudicial, siguiendo la terminología europea) constituye un mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, y es tal vez el mayor aporte de los fundadores de la Unión Europea para establecer la excelente y balanceada relación que existe entre ambos.

2. El concepto “juez nacional” u “órgano jurisdiccional” para los casos andino y europeo respectivamente ha evolucionado con el correr de los años, pasando de una visión restringida a un carácter más amplio, comprendiendo en la actualidad a una diversidad de actores con capacidad decisoria en materias en las cuales estén en controversia normas comunitarias.

3. En la actualidad, a nivel del derecho andino, los tribunales arbitrales están en capacidad de solicitar interpretaciones prejudiciales, siguiendo lo señalado en el marco de la Sentencia 03-AI-2010. Por el contrario, ya desde 1982, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la UE) ha excluido expresamente dicha posibilidad, pese al amplio criterio con el que hoy maneja dicho concepto.

4. Consideramos que, jurídicamente, no existiría impedimento alguno para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda ampliar a futuro el concepto “órgano jurisdiccional”, a fin de incluir

dentro de sus alcances a los tribunales arbitrales. Ello, debido a la naturaleza misma de la cuestión prejudicial: guardar uniformidad en la aplicación de las normas comunitarias. En ese sentido, si bien hasta la fecha dicho órgano jurisdiccional ha basado su criterio de exclusión en el carácter optativo del foro y en el hecho de que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros, resulta innegable que los tribunales arbitrales tienen justamente entre sus funciones resolver controversias sobre la base de normas regionales (andinas o europeas), razón por la cual resultaría lógico que los respectivos Tribunales de Justicia, en su calidad de guardianes de la legalidad y de su correcta aplicación, ejerzan su función interpretativa dentro del marco otorgado por el TJCA y TJUE respectivamente, a fin de salvaguardar la correcta aplicación de sus normas.

NOTAS

- 1 Las opiniones vertidas en el presente artículo son efectuadas a título personal, y no reflejan posición institucional alguna, ya sea de la Secretaría General de la Comunidad Andina o de algún órgano del Sistema Andino de Integración.
- 2 Artículos 48 y 6 del Acuerdo de Cartagena, respectivamente. La última codificación de dicho instrumento fue llevada a cabo mediante Decisión 563, del 25 de junio de 2003.
- 3 En ese sentido, según lo señalado en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los Países Miembros “están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. Nótese que la primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico de los Países Miembros de la CAN ha sido reconocida a través de reiterada jurisprudencia. Véase, a manera de ejemplo, la sentencia emitida por el TJCA en el Proceso 118-AI-2003, del 14 de abril de 2005.
- 4 Dato disponible en la página web del TJCA: www.tribunalandino.org.ec.
- 5 Sentencia del 25 de febrero de 1994, dictada en el Proceso 6-IP-93, caso Louis Vuitton, publicada en el tomo III de la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, p. 101.
- 6 Las normas que regulan el citado mecanismo de interpretación se encuentran contenidas en la Sección Tercera del Capítulo II del TJCA (del artículo 32 al 36), así como en el capítulo III “De la Interpretación Prejudicial”, del Título

- Tercero “De las acciones en particular” del Estatuto del TJCA (del artículo 121 al 128).
- 7 Sentencia del 3 de setiembre de 1999, emitida en el Proceso 30-IP-99, caso “DENIM”. Véase también la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, disponible en la siguiente dirección electrónica de la Comunidad Andina: www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion_prejudicial_2.htm.
 - 8 Véase la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, supra nro. 6. De hecho, según lo señalado por un exmagistrado del TJCA: “Es a través de la consulta prejudicial que se logra unificar la jurisprudencia, unificar la interpretación, que se llegue no a una interpretación difusa diversa en cada país, en cada región, en cada juzgado, sino que haya una autoridad que, con la fuerza de la cosa juzgada, defina un asunto en materia de interpretación de derecho comunitario”. Véase Guillermo Chahín: “Interpretación prejudicial u optativa: una mirada desde la Comunidad Andina”, en: *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur* (Cartagena de Indias, 2010), p. 74.
 - 9 Entendiéndose por tales al Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del TJCA y sus protocolos modificatorios; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y la Comisión; las Resoluciones de la Secretaría General (SGCA); y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina.
 - 10 Véase la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, supra nro. 6.
 - 11 Sentencia del 24 de noviembre de 1989, emitida en el Proceso 7-IP-89, caso patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY AG, publicada en el tomo II de la *Jurisprudencia del Tribunal*, p. 65.
 - 12 Sentencia del 3 de diciembre de 1987, emitida en el Proceso 1-IP-87, caso Aktiebolaget Volvo, publicada en el tomo I de la *Jurisprudencia del Tribunal*, p. 105. “La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto, por lo que la ‘teoría del acto claro’ no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino” (sentencia del 7 de agosto de 1995, proferida en el Proceso 4-IP-94, caso EDEN FOR MAN-ETIQUETA, publicada en el tomo IV de la *Jurisprudencia del Tribunal*). Véase la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, supra nro. 6.

- 13 Véase, a manera de ejemplo, la sentencia emitida por el TJCA en el Proceso 51-AI-2000, del 16 de noviembre de 2001.
- 14 Ricardo Vigil Toledo. *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*. Thomson Reuters, Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, p. 121.
- 15 El texto de la sentencia objeto de estudio es de acceso público a través de la página web: www.comunidadandina.org.
- 16 “Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”.
- 17 “Normas comunes sobre Interconexión”.
- 18 Artículo 111.- 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.
- 19 El Tribunal hace referencia en la citada providencia al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, el cual es incorrecto.
- 20 José Palacio. *Derecho procesal comunitario*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000. Citado por Genaro Baldeón, *La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Jornada sobre Derecho Subregional Andino*. Isla de Margarita: El Valle del Espíritu Santo, 2003, p. 254.
- 21 Sentencia del Tribunal de Justicia del 6 de octubre de 1981, emitida en el Asunto 246/80.
- 22 Nótese que el antiguo artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea fue posteriormente reemplazado por el artículo 234 TCE, el cual a su vez fue sustituido por el actual artículo 267 del TFUE.
- 23 Sentencia del 17 de setiembre de 1997.
- 24 Sentencia del 14 de junio de 2011.
- 25 Las Escuelas Europeas (de nombre oficial, común en todas las lenguas, *Schola Europaea* en latín) son centros públicos cuya función es proporcionar una enseñanza completa (desde los 4 hasta los 18 años), en su lengua materna, a los hijos del personal de las instituciones de la Unión Europea. En la actualidad, existen 14 escuelas en distintos países miembros de la Unión Europea, con aproximadamente 22.500 alumnos (fuente: www.eursec.eu/index.php?id=2). Cabe destacar que la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas es, junto con

el Consejo Superior, el Secretario General y los Consejos de inspección, uno de los órganos comunes para el conjunto de las Escuelas europeas. Asimismo, es importante precisar que según lo señalado en el artículo 27 del Convenio de las Escuelas europeas:

“[...] la sala de recursos tendrá competencia exclusiva en primera y última instancia para pronunciarse, una vez agotada la vía administrativa, sobre cualquier litigio relativo a la aplicación del presente Convenio a aquellas personas contempladas en el mismo, con exclusión del personal administrativo y de servicios, que se refiera a la legalidad de un acto basado en el Convenio o [en] normas establecidas con arreglo al mismo, lesivo para dichas personas y decidido por el consejo superior o el consejo de administración de una escuela en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el presente Convenio. Cuando un litigio de este tipo presente carácter pecuniario, la sala de recursos tendrá competencia jurisdiccional plena”.

Debe señalarse que en el presente caso, los demandantes en el litigio principal (137 docentes destinados por el Reino Unido a una de las Escuelas Europeas) y la Comisión consideraron que el Tribunal de Justicia era competente para pronunciarse acerca de una petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de Recursos y que esta no solo estaba facultada para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial en aplicación del artículo 234 CE, párrafo tercero, sino que se encontraba, incluso, obligada a ello. En cambio, las Escuelas Europeas opinaron lo contrario, solicitando que se responda negativamente a lo planteado por los demandantes.

26 Sentencia emitida en el Proceso 03-AI-2010.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 El texto en inglés de dicho pronunciamiento precisa: “10. It is true, as the arbitrator noted in his question, that there are certain similarities between the activities of the arbitration tribunal in question and those of an ordinary court or tribunal inasmuch as the arbitration is provided for within the framework of the law, the arbitrator must decide according to law and his award has, as between the parties, the force of *res judicata*, and may be enforceable if leave to issue execution is obtained. However, those characteristics are not sufficient to give the arbitrator the status of a ‘Court or Tribunal of a Member State’ within the meaning of Article 177 of the Treaty”.

30 De manera similar, véase el pronunciamiento del Tribunal en el marco del Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd.*, del 1 de junio de 1999, especialmente en el párrafo 34.

- 31 La disputa original estuvo centrada en la ejecución de un contrato celebrado el 27 de junio de 1973 entre diversos armadores de buques alemanes, para la construcción de 13 buques de pesca.
- 32 Párrafo 11 del pronunciamiento del Tribunal.
- 33 Sentencia 03-AI-2010: “Si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales”.
- 34 Sentencia emitida en el Proceso 03-AI-2010.
- 35 Véase, en ese sentido, Juan Manuel Criado Gámez, “La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nro. 24, mayo de 2011, p. 27.