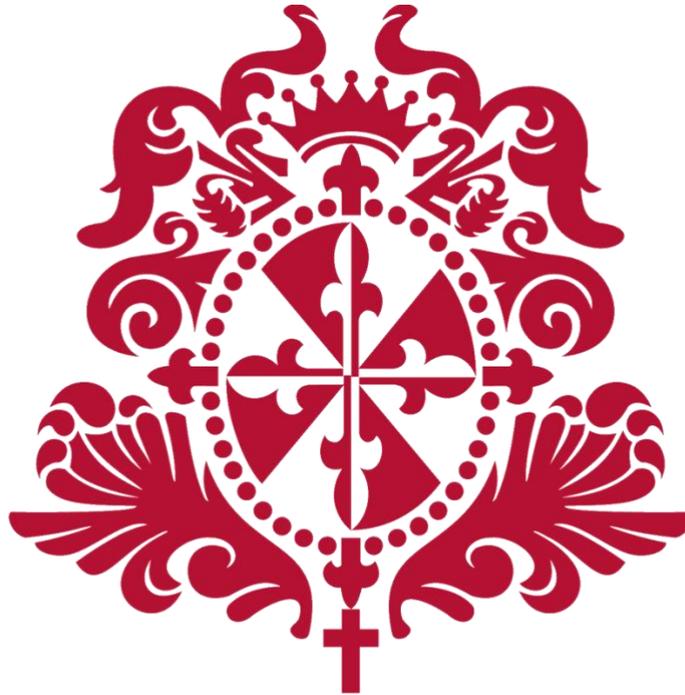


**CARLOS FELIPE DORADO HERNÁNDEZ**



***EFICACIA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DE LA COMUNIDAD  
ANDINA EN EL MARCO DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO***

**Universidad del Rosario  
Maestría en Derecho Administrativo  
Facultad de Jurisprudencia  
Bogotá D.C. 2021**

**CARLOS FELIPE DORADO HERNÁNDEZ**

**EFICACIA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DE LA COMUNIDAD  
ANDINA EN EL MARCO DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO**

**Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario,  
para obtener el título de:**

**Magister en Derecho Administrativo**

**Director de tesis: Dr. Carlos Mauricio López Cárdenas**

**Semestre I, 2021**

*A Dios, María Santísima, y a mi abuelita  
Blanca, madre, amiga, confidente, compañera de  
aventuras y fuente inagotable de amor,  
comprensión, y apoyo durante toda mi vida.*

## AGRADECIMIENTOS

Quisiera iniciar dando gracias infinitas a Dios y a María santísima por permitirme culminar esta etapa tan importante de mi carrera profesional, sin duda la fe como dogma de vida nos permite guiar cada uno de nuestros pasos, y actuaciones, seguros de que esa fuerza divina siempre nos acompaña en las diferentes situaciones de nuestra vida.

Sin duda en la construcción de este proyecto encontré apoyo en todos aquellos de los que profeso un gran amor, cariño, respeto y/o admiración, y con los cuales me encuentro agradecido y en deuda, pues cada uno de una forma u otra lograron aportar desde su ámbito los mejores consejos, observaciones y sugerencias para la culminación de este trabajo de manera satisfactoria, el cual me permitirá dentro de unos pocos meses ostentar el título de Magister en derecho administrativo del mejor programa de maestría del país en esta materia.

A mi abuelita Blanca Lilia, por su inagotable fuente de apoyo, comprensión, y ejemplo, es ella testigo de mi esfuerzo y a quien le debo lo que soy. A mi madre Sandra Hernandez por su amor, motivación e incondicionalidad en cada uno de los momentos de arduo trabajo. Ellas son sin duda el motor de mi vida y quienes han sido las principales gestoras de mis logros y alegrías. A mi Padrastro Bryant Andrade, y hermanitos, Gaby, Cami y Juan, por su gran compañía y cariño.

A mi Director de Tesis, Dr. Carlos Mauricio López Cárdenas, por su incondicional apoyo y guía en un marco de confianza, respeto y amistad, y a quien admiro profundamente por su compromiso, conocimiento, capacidad y experiencia, los cuales fueron determinantes en la construcción del presente trabajo.

A la Dirección de la maestría en derecho administrativo de la Universidad Rosario, especialmente al Dr. Manuel Restrepo, por haberme permitido ingresar al

programa en calidad de estudiante coterminado, y adelantar los estudios de maestría a pesar de mi corta edad siendo aún estudiante de pregrado del programa de jurisprudencia.

A los jurados de la presente tesis Dra. Aída Fernández y Dr. Walter Arévalo, por sus oportunas sugerencias y comentarios, los cuales sin duda contribuyeron al perfeccionamiento de la entrega final del presente trabajo.

Al Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid, especialmente a la Doctora Ana Gema López Martín, por su cálido recibimiento y permitirme en calidad de investigador invitado, acceder a los documentos del centro de documentación Europeo, para la construcción de mi primer capítulo tesis.

A mis Hermanos de vida: José Blanco por su incondicional apoyo y compañía en los momentos de más duro trabajo; Andy por sus consejos, compañía y alegría durante todo el año que tardó el proceso de construcción de mi tesis. A mi gran hermana de vida Alexandra García Vargas, por sus constantes sugerencias, palabras de apoyo y motivación, y cariño en los aspectos más complejos de la construcción del trabajo.

A mis grandes amigas Natalia Ramírez, Michelle Caballero y María Trinidad, por su incondicional amistad, apoyo, consejos que sin duda me motivaron a trabajar con determinación y constancia.

A mis grandes amigos y compañeros de maestría; Natalia Franco por ser mi compañera de trabajos, parciales, exposiciones y grandes discusiones jurídicas; German Sierra por su disposición de ayuda, colaboración y sugerencias desde el inicio de la construcción de mi tesis.

## TABLA DE CONTENIDO

|  |             |
|--|-------------|
| <i>ÍNDICE DE AUTORES</i> .....   | <i>VIII</i> |
| <i>ÍNDICE DE CASOS</i> .....   | <i>XII</i>  |
| 1.1 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA .....  | XII         |
| 1.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....  | XIII        |
| 1.3 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA .....   | XIII        |
| 1.4 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA .....  | XIV         |
| <i>ÍNDICE DE ILUSTRACIONES</i> .....   | <i>XV</i>   |
| <i>ÍNDICE DE TABLAS</i> .....  | <i>XVI</i>  |
| <i>ABREVIATURAS</i> .....  | <i>XVII</i> |
| <i>INTRODUCCIÓN</i> .....  | <i>1</i>    |
| 1 <i>JUSTIFICACIÓN, PROBLEMA Y OBJETO DE INVESTIGACIÓN</i> .....   | <i>1</i>    |
| 2 <i>METODOLOGÍA</i> .....   | <i>6</i>    |
| 3 <i>FUENTES DE CONOCIMIENTO</i> .....   | <i>8</i>    |
| 4 <i>DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y TEMÁTICA DEL ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN</i> . .....  | <i>9</i>    |
| 5 <i>PLAN DE EXPOSICIÓN</i> .....  | <i>12</i>   |
| <i>CAPÍTULO I - LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO: SU CONSTRUCCIÓN A PARTIR DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA</i> .....                    | <i>16</i>   |
| 1 <i>LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA</i> .....   | <i>18</i>   |
| 1.1 Breve exposición de los antecedentes normativos.....   | 18          |
| 1.2 La regulación vigente de la institución cuestión prejudicial a la luz de los artículos 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ..... | 21          |
| 1.3 La naturaleza jurídica de la institución de la cuestión prejudicial .....  | 24          |
| 1.3.1 Es un incidente para las jurisdicciones nacionales.....  | 24          |
| 1.3.2 Es un procedimiento de carácter no contencioso .....   | 25          |
| 1.3.3 Es un procedimiento de juez a juez.....  | 26          |
| 1.3.4 El objeto de la cuestión prejudicial en el marco de la Unión Europea .....   | 26          |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 1.4   | La legitimación por activa para el planteamiento de cuestiones prejudiciales.....   | 27 |
| 1.4.1 | El carácter obligatorio y facultativo de la cuestión prejudicial en relación con los órganos jurisdiccionales .....   | 28 |
| 1.5   | El procedimiento prejudicial en la Unión Europea .....  | 31 |
| 1.5.1 | ¿El momento oportuno para su planteamiento? .....   | 31 |
| 1.5.2 | El marco regulatorio del procedimiento prejudicial.....   | 32 |
| 1.5.3 | La fase escrita del procedimiento prejudicial.....  | 33 |
| 1.5.4 | La fase oral del procedimiento prejudicial .....  | 34 |
| 1.5.5 | La fase deliberativa y fallo .....  | 36 |
| 1.6   | Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y validez, y los remedios frente a su incumplimiento .....  | 36 |
| 2     | <i>LA INSTITUCIÓN DE LA CONSULTA PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO</i>   | 39 |
| 2.1   | El marco regulatorio de la figura interpretación prejudicial .....  | 41 |
| 2.2   | La naturaleza jurídica de la institución de la consulta prejudicial andina .....  | 43 |
| 2.3   | El objeto de la consulta prejudicial andina y su diferencia en relación con el derecho de la Unión Europea .....  | 43 |
| 2.4   | La legitimación por activa para el planteamiento de cuestiones prejudiciales: La facultad de las partes como elemento diferenciador con la UE .....                                   | 45 |
| 2.5   | La interpretación de carácter facultativa y obligatoria en la CAN y su rechazo frente a la teoría del acto claro y el acto aclarado planteada por el derecho de la Unión Europea..... | 46 |
| 2.6   | Los aspectos procedimentales de la acción de interpretación prejudicial y su diferencia con el procedimiento establecido para las cuestiones prejudiciales en la Unión Europea.....   | 52 |
| 2.7   | Los efectos de las sentencias prejudiciales de interpretación en la CAN y los recursos frente a su incumplimiento .....   | 53 |
| 2.8   | Diferencias entre el sistema prejudicial europeo y andino a partir de sus aspectos más relevantes .....   | 55 |

|  |    |
|--|----|
| <i>CAPÍTULO II- LA OPERATIVIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL MARCO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO: ANÁLISIS DE SU PROCESO EVOLUTIVO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA.</i> ..... | 57 |
| <i>1 LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS</i> .....  | 59 |
| 1.1 El marco de las relaciones entre derecho interno y derecho comunitario a partir de su función tripartita .....   | 60 |
| 1.2 La recepción del derecho comunitario andino en el ordenamiento jurídico colombiano .....   | 61 |
| 1.2.1 La concepción dualista en la recepción de las normas originarias a luz de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico colombiano .....  | 66 |
| 1.2.2 La concepción monista como premisa en la incorporación de las normas secundarias derivadas según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado .....                                  | 67 |
| 1.3 La jerarquía de las normas comunitarias y su relación con el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana .....  | 71 |
| <i>2 LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO</i> .....   | 75 |
| 2.1 El replanteamiento del concepto ortodoxo-tradicional del derecho administrativo como consecuencia de los procesos de integración, el caso de la Comunidad y el Derecho Administrativo Colombiano .....         | 75 |
| 2.2 La ampliación del sistema tradicional de fuentes en el ámbito derecho administrativo y su relación con las autoridades administrativas y judiciales .....  | 77 |
| 2.2.1 La ampliación del sistema de fuentes en el ámbito de la administración pública, su expresión a través de la potestad reglamentaria .....   | 78 |
| 2.2.2 La ampliación del Sistema de fuentes, su incidencia en el ámbito de la justicia administrativa, jurisdicción contenciosa y sede-administrativa.....  | 81 |
| <i>3 LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA Y SU CONSTRUCCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO</i> .....                          | 84 |

|       |   |            |
|-------|---|------------|
| 3.1   | La evolución de la institución de la interpretación prejudicial a través de la jurisprudencia del TJCA y su relación con las instituciones del derecho administrativo colombiano.....   | 86         |
| 3.1.1 | El Consejo de Estado de Colombia como pionero en el trámite de consultas prejudiciales: análisis de la primera interpretación prejudicial emitida por el TJCA en el Caso IP- 87 .....   | 90         |
| 3.1.2 | La extensión del concepto juez nacional a autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales: análisis del caso 14-IP-2007 .....  | 96         |
| 3.1.3 | La extensión del concepto juez nacional a autoridades administrativas sin funciones jurisdiccionales: análisis del caso 242-IP-2015.....  | 100        |
| 3.1.4 | La legitimación por activa de los jueces arbitrales como jueces nacionales frente a la obligatoriedad de tramitar la interpretación prejudicial ante el TJCA: breve presentación del caso 3-AI-2010.....  | 109        |
| 3.1.5 | La operatividad de la interpretación prejudicial en el marco de los recursos extraordinarios, su conocimiento excepcional por parte de los órganos judiciales de cierre al interior de los Estados Miembro: análisis del Caso 149-IP-2011 .....       | 111        |
| 4     | <i>ASPECTOS DIFERENCIADORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO EN EL LIDERAZGO Y PARTICIPACIÓN ANTE EL TJCA EN LA ACTIVACIÓN DEL TRÁMITE DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.....</i>   | <i>118</i> |
| 4.1   | El Estado Colombiano como el miembro más activo de la CAN en el trámite de consultas prejudiciales.....   | 118        |
| 4.2   | Particularidades del ordenamiento jurídico colombiano que favorecen su liderazgo como actor principal frente a la aplicación uniforme de la normatividad andina a través de la interpretación prejudicial .....                                       | 122        |
|       | <i>CAPÍTULO III - LA PERTINENCIA DEL CASO ETB VS COMCEL EN EL FORTALECIMIENTO DEL ROL DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO COMO JUEZ COMUNITARIO FRENTE AL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES. ESTUDIO DE CASO Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....</i> | <i>126</i> |
| 1     | <i>LA INSTITUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y SU RELEVANCIA EN EL CASO ETB VS COMCEL .....</i>   | <i>130</i> |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 1.1   | Primera etapa, el desconocimiento inicial de la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial en los tribunales de arbitramento y el Consejo de Estado.....   | 133 |
| 1.1.1 | Laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Comcel S.A vs ETB.....   | 134 |
| 1.1.2 | Sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2008 sobre la anulación del laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006. ....   | 136 |
| 1.2   | Segunda etapa, el TJCA frente a la violación de las obligaciones del Estado colombiano en materia de interpretación prejudicial y la respuesta del Consejo de Estado frente a lo dispuesto en la acción de incumplimiento AI-03-2010, su inclusión como causal en los procesos de anulación de laudos arbitrales” ..... | 140 |
| 1.2.1 | Sentencia de acción de incumplimiento del TJCA AI-03-2010 de 26 de agosto de 2011.....  | 140 |
| 1.2.2 | Aclaración de la decisión proferida en el marco del proceso AI-03-2010 del 15 de noviembre de 2011 por solicitud del Consejo de Estado. ....  | 144 |
| 1.2.3 | La sentencia del Consejo de Estado de 9 de agosto de 2012 .....   | 145 |
| 1.3   | El reconocimiento de la obligación imperativa de solicitar la interpretación prejudicial por parte de los Tribunales de Arbitramento, y la operatividad de la nueva causal en la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al recurso de anulación de laudos arbitrales.....  | 153 |
| 1.3.1 | Sentencia su-263 de 2015 de la Corte Constitucional frente a las acciones de tutelas falladas por el Consejo de Estado en el marco del conflicto entre ETB y Comcel.....  | 154 |
| 1.3.2 | La sentencia del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2015 y la interpretación prejudicial 255-IP-2013 del TJCA .....   | 156 |
| 1.3.3 | La sentencia del Consejo de Estado del 13 de junio de 2016 y la interpretación prejudicial 146-IP-2014 del TJCA .....   | 159 |

*2 PRINCIPALES EFECTOS DERIVADOS DEL DESCONOCIMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÁRBITROS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO*

|   |     |
|---|-----|
| <i>COMUNITARIO ANDINO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO EN EL CASO ETB VS COMCEL</i> .....   | 168 |
| 2.1            Respecto de la legitimación para instaurar la demanda de incumplimiento ante el TJCA.....  | 168 |
| 2.2            Respecto de la idoneidad del recurso de anulación para la adopción de las decisiones emitidas a través de la sentencia de incumplimiento por parte del Consejo de Estado.....  | 170 |
| 2.3            Respecto de la obligación del Consejo de Estado para declarar de oficio o a petición de parte la nulidad de los laudos arbitrales en los que no se haya aplicado íntegramente la interpretación prejudicial o se haya prescindido de su solicitud, derivado de la nueva causal de anulación incorporada en su jurisprudencia ..... | 171 |
| <i>3    PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS FRENTE A LOS POSTULADOS DESARROLLADOS EN LAS PROVIDENCIAS PROFERIDAS EN EL CASO ETB VS COMCEL</i> .....  | 172 |
| 3.1            En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el desconocimiento del concepto de órgano jurisdiccional precisado en el asunto 102/81 .....  | 173 |
| 3.2            En relación con la extralimitación de las funciones del TJCA respecto de la interpretación de las normas constitucionales y de arbitraje del ordenamiento jurídico colombiano .....  | 176 |
| 3.3            El principio de seguridad jurídica, dada la inclusión de la nueva causal de anulación de laudos arbitrales a través de la jurisprudencia por la omisión o desconocimiento de la interpretación prejudicial .....   | 179 |
| 3.4            En relación con la desnaturalización del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales competencia del Consejo de Estado.....   | 184 |
| 3.5            En relación con la facultad atribuida al Consejo de Estado para declarar de oficio la nulidad del laudo por la omisión de interpretación prejudicial en el recurso de anulación de laudos arbitrales .....   | 187 |
| 3.6            En relación con el momento procesal idóneo para invocar la nueva causal de anulación.....  | 191 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 4     | <i>APRECIACIÓN FINAL RESPECTO DE LA TRASCENDENCIA DEL CASO ETB VS COMCEL EN EL FORTALECIMIENTO DEL ROL DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO COMO JUEZ COMUNITARIO</i> ..... | 194 |
|       | <i>CONCLUSIONES</i> .....   | 200 |
|       | <i>BIBLIOGRAFÍA</i> .....   | 212 |
| 1     | <i>DOCTRINA</i> .....   | 212 |
| 1.1   | Obras Generales .....   | 212 |
| 1.2   | Capítulos de Libros .....   | 215 |
| 1.3   | Publicaciones Periódicas.....   | 217 |
| 1.4   | Tesis y otros documentos inéditos .....   | 222 |
| 2     | <i>NORMAS JURÍDICAS</i> .....   | 223 |
| 2.1   | Instrumentos jurídicos de la Unión Europea.....   | 223 |
| 2.2   | Instrumentos Jurídicos de la Comunidad Andina .....   | 224 |
| 2.3   | Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina.....   | 224 |
| 2.4   | Decretos Del Gobierno Nacional .....  | 225 |
| 2.5   | Leyes del Congreso de la Republica de Colombia .....  | 225 |
| 2.6   | Decisiones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones .....   | 226 |
| 2.7   | Circulares de la Superintendencia de Industria y Comercio .....   | 226 |
| 3     | <i>JURISPRUDENCIA</i> .....   | 226 |
| 3.1   | Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....  | 226 |
| 3.2   | Providencias del Tribunal de Justicia de Comunidad Andina .....   | 227 |
| 3.2.1 | Sentencias de acción de incumplimiento .....  | 227 |
| 3.2.2 | Sentencias de interpretación prejudicial.....   | 227 |
| 3.3   | Corte Constitucional de Colombia.....   | 229 |
| 3.4   | Consejo de Estado de Colombia .....   | 229 |
| 4     | <i>OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN</i> .....   | 230 |
| 4.1   | Artículos de prensa .....   | 230 |
| 4.2   | Entrevistas.....  | 230 |
| 4.3   | Informes de labores de gestión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....   | 231 |
| 4.4   | Ponencias en congresos.....   | 231 |

## ÍNDICE DE AUTORES

|                     |   |
|---------------------|---|
| Abad.....           | 6   |
| Abellán.....        | 38  |
| Alonso.....         | 29, 37, 38  |
| Alter .....         | 16, 17, 57, 85, 86, 96, 107, 108, 119, 120, 122, 124, 212, 217, 218, 219, 220 |
| Álvarez.....        | 85  |
| Arias.....          | 76, 79, 82  |
| Bou Franch .....    | 38  |
| Brewer .....        | 58  |
| Briceño.....        | 112   |
| Buelvas .....       | 85  |
| Campo.....          | 24  |
| Cárdenas .....      | 97, 99, 105, 109, 111, 117, 180, 212, 215, 218                                |
| Cárdenas Mejía..... | 180   |
| Chambi.....         | 53  |
| Cienfuegos .....    | 2, 37, 38, 39, 41, 54   |
| Cleves .....        | 174, 177, 180, 181, 192, 196, 222, 230  |
| Conway.....         | 94, 96  |
| Corchuelo.....      | 171, 189, 212   |
| Croda .....         | 6   |
| Cubillos.....       | 4, 57, 82, 130, 140, 169, 177, 178, 212, 219, 222                             |
| Cuéllar .....       | 174, 177, 180, 181, 192, 196, 222, 230  |
| Daly .....          | 85  |
| De Tomaso.....      | 82  |
| Del Piazzo.....     | 58, 75, 216   |
| Dueñas .....        | 85  |
| Echavarría.....     | 7   |
| Fernández.....      | 61  |
| Fuentes.....        | 4, 81, 141, 142, 146, 148, 162, 170, 171, 180, 187, 188, 189, 191, 192, 222   |
| Galán.....          | 84, 86  |
| Gálvez.....         | 39  |

|                       |   |
|-----------------------|---|
| García Brito .....    | 104, 106, 107   |
| Ghersi.....           | 7   |
| Gomez.....            | 85  |
| González .....        | 131   |
| Guerrero.....         | 81  |
| Guerzovich.....       | 86  |
| Gutiérrez .....       | 23  |
| Guy. ....             | 2, 62   |
| Hartley .....         | 25  |
| Helfer .....          | 16, 17, 57, 85, 86, 96, 107, 108, 119, 120, 122, 124, 212, 217, 218, 219, 220 |
| Hernandez .....       | 84, 85  |
| Herrera .....         | 152, 171, 186, 213  |
| Indacochea .....      | 101, 106, 220   |
| Jiménez .....         | 69  |
| Leguizamón .....      | 1   |
| Lenaerts .....        | 23  |
| Liñán .....           | 28  |
| López .....           | 86, 130, 140, 169, 177, 178, 219  |
| Macías.....           | 37, 38  |
| Malagón .....         | 75  |
| Mandakovic .....      | 3, 126, 127, 142, 153, 168, 169, 171, 177, 195, 220                           |
| Mangas.....           | 28, 60, 214, 220  |
| Martínez....          | 4, 127, 152, 167, 169, 171, 179, 181, 182, 184, 188, 191, 192, 195, 196, 220  |
| Mellado.....          | 2   |
| Mendoza .....         | 86, 90, 97, 103, 109, 221   |
| Molina del Pozo.....  | 27  |
| Montaño.....          | 64, 85  |
| Montaño.....          | 45, 46, 51, 53  |
| Montaño Galarza ..... | 60, 71  |
| Montes .....          | 79, 82, 83  |
| Morcillo .....        | 84  |

|                          |   |
|--------------------------|---|
| Moreira .....            | 33, 36  |
| Namen.....               | 3, 195  |
| Olesti.....              | 38  |
| Ortiz .....              | 61  |
| Pachón .....             | 39, 43  |
| Pachón Guerrero .....    | 130, 140, 169, 178  |
| Palacio .....            | 31  |
| Pardo.....               | 34  |
| Pérez .....              | 174, 177, 180, 181, 192, 196, 216, 217, 222, 230                        |
| Perotti.....             | 39, 46, 50, 54  |
| Perotti.....             | 39, 50  |
| Pescatore.....           | 19  |
| Quindimil.....           | 60, 61, 85, 214   |
| Quintero .....           | 45, 46, 51, 53, 64, 85  |
| Ramírez.....             | 7   |
| Rey.....                 | 171, 223  |
| Ribero .....             | 181, 192, 230   |
| Ríos.....                | 134, 148, 167, 171, 184, 185, 223                                       |
| Rodríguez.....           | 1, 2, 19, 58, 62, 63, 75, 76, 77, 84, 137, 213, 215, 216, 217, 221, 231 |
| Rodríguez.....           | 64, 75, 77  |
| Rodríguez Arana.....     | 76  |
| Rodríguez Carrión .....  | 62  |
| Sáchica.....             | 85  |
| Saldías.....             | 16, 86, 107, 218, 221   |
| Sánchez González.....    | 2   |
| Sanchez Sanchez.....     | 126, 129, 171, 217  |
| Santofimio .....         | 78  |
| Sarmiento.....           | 29  |
| Silva De La puerta ..... | 24, 27  |
| Soares.....              | 66, 86  |
| Soca .....               | 20, 22  |

|                 |   |
|-----------------|---|
| Tangarife.....  | 3, 85, 144, 174, 175, 177, 180, 181, 182, 188, 215, 221 |
| Tantaleán ..... | 6   |
| Tobón.....      | 86  |
| Vigil.....      | 85  |
| Vila .....      | 38  |
| Villagómez..... | 20  |
| Yepes .....     | 86  |
| Zapata .....    | 131, 213  |
| Zúñiga.....     | 3, 64, 127, 175, 222                                    |

## ÍNDICE DE CASOS

### 1.1 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

|  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| Sentencia 10 de mayo de 2012 (caso 149-IP-2011) .....                | 88, 112, 114, 168                    |
| Sentencia 12 de noviembre de 1999 (caso 07-AI-1999) .....            | 63, 226                              |
| Sentencia del 1 de octubre de 1994 (caso 1-IP-94) .....              | 46                                   |
| Sentencia del 11 de julio de 2012 (caso 57-IP-2012).....             | 47, 62, 170                          |
| Sentencia del 11 de junio de 2014 (caso 255-IP-2013).....            | 156                                  |
| Sentencia del 13 de mayo de 2014 (Caso 14-IP-2014) .....             | 164, 195                             |
| Sentencia del 15 de mayo de 1989 (caso 1-IP-89) .....                | 43, 46                               |
| Sentencia del 15 de septiembre de 1995 (caso 04-IP-94).....          | 51                                   |
| Sentencia del 17 de marzo de 1994 (caso 10-IP-94) .....              | 167, 227                             |
| Sentencia del 17 de octubre de 2007 (caso 130-IP-2007) .....         | 99, 105, 227                         |
| Sentencia del 20 de agosto de 1999 (caso 30-IP-99).....              | 47, 227                              |
| Sentencia del 20 de febrero de 2015 (caso 146-IP-2014).....          | 159, 160, 228                        |
| Sentencia del 20 de noviembre de 2014 (sentencia 121-IP-2014) .....  | 101, 103, 227                        |
| Sentencia del 21 de abril de 2009 (caso 106-IP-2009).....            | 167, 227                             |
| Sentencia del 21 de marzo de 2007 (caso 14-IP-2007) .....            | 87, 96, 98, 105, 227                 |
| Sentencia del 24 de agosto de 2015 (caso 242-IP-2015).....           | 83, 87, 101, 104, 228                |
| Sentencia del 24 de marzo de 1997 (03-AI-1996).....                  | 67                                   |
| Sentencia del 24 de noviembre de 1989 ( caso 07-IP-89) .....         | 44, 51                               |
| Sentencia del 26 de agosto de 2011 (caso 3-AI-2010) .....            |                                      |
| .....  | 110, 125, 130, 139, 142, 144,195,226 |
| Sentencia del 26 de febrero de 1998 (Caso 01-AN-1997).....           | 63                                   |
| Sentencia del 26 de septiembre de 1990 (caso 03-IP-90).....          | 47, 226                              |
| Sentencia del 28 de noviembre de 2014 (caso 105-IP-2014).....        | 101, 103, 227                        |
| Sentencia del 29 de agosto de 1997 (caso 11-IP-96).....              | 45                                   |
| Sentencia del 3 de diciembre de 1987 (caso 1-IP-87) ..               | 39, 40, 43, 53, 87, 91, 92, 95, 226  |
| Sentencia del 30 de marzo de octubre de 2005 (caso 31-IP-2005) ..... | 42                                   |
| Sentencia del 5 de noviembre de 1999 (caso 1-AN-96).....             | 82                                   |

## **1.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA ÚNION EUROPEA**

|  |             |
|--|-------------|
| Sentencia del 10 de marzo de 1981(asuntos acumulados c-36/80 y c-71/80) .....      | 32          |
| Sentencia del 17 de septiembre de 1997 ( asunto c-54/96) .....                     | 28          |
| Sentencia del 21 de febrero de 1991 (asuntos acumulados c-143/88 y c- 92/88) ..... | 31          |
| Sentencia del 21 de marzo de 2000 (asunto c-110/98).....                           | 28          |
| Sentencia del 22 de octubre de 1987 (asunto c-314/85).....                         | 31          |
| Sentencia del 23 de marzo de 1982 (asunto c-102/81).....                           | 173         |
| Sentencia del 23 de marzo de 1982 (asunto c-102-81).....                           | 109, 173    |
| Sentencia del 27 de enero de 2005 (asunto c-125/04) .....                          | 174         |
| Sentencia del 29 de noviembre de 2001(asunto c-17/00).....                         | 28          |
| Sentencia del 30 septiembre de 2003 (asunto c-224/01) .....                        | 38          |
| Sentencia del 5 de marzo de 1986 (asunto c-69/85).....                             | 36          |
| Sentencia del 6 de octubre de 1982 (asunto c-283/81).....                          | 29, 30, 225 |
| Sentencia del 9 de diciembre de 2003 (asunto c-129/00).....                        | 37          |

## **1.3 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

|  |                |
|--|----------------|
| Sentencia 15 de mayo de 1997 (C-231).....                | 1, 68, 73, 228 |
| Sentencia del 10 de julio de 1997 (c-327) .....          | 74             |
| sentencia del 13 de junio de 2016 (55094) .....          | 161, 196       |
| Sentencia del 14 de abril de 1999 (c-227) .....          | 69, 228        |
| Sentencia del 14 de marzo de 2007 (su-174 de 2007) ..... | 186, 228       |
| Sentencia del 25 de mayo de 1995 (c-228).....            | 60, 228        |
| Sentencia del 25 de septiembre de 1997 (c-467).....      | 67, 228        |
| Sentencia del 26 de octubre de 2000 (c-1436) .....       | 138            |
| Sentencia del 27 de mayo de 1998 (c-256).....            | 73             |
| Sentencia del 5 de agosto de 1997 (c-358) .....          | 74, 228        |
| Sentencia del 7 de mayo de 2015 (su-263).....            | 154, 155, 228  |

#### **1.4 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA**

|  |                                  |
|--|----------------------------------|
| Sentencia del 10 de Noviembre de 2016 (56845).....   | 70                               |
| Sentencia del 13 de junio de 2016 (55094) .....      | 125, 130, 158, 160, 166          |
| Sentencia del 23 de septiembre de 2015 (53054) ..... | 157                              |
| Sentencia del 24 de noviembre de 2016 (52992) .....  | 165, 167                         |
| Sentencia del 27 de enero 2000 (4360) .....          | 79, 228                          |
| sentencia del 27 de marzo 2008 (33645) .....         | 135, 136, 138, 228               |
| Sentencia del 7 de Abril de 2011 (16701) .....       | 80                               |
| Sentencia del 9 de agosto de 2012 (43281) .....      | 69, 150, 152, 162, 159, 177, 198 |

## ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

|   |     |
|---|-----|
| <b>ILUSTRACIÓN 1.</b> JERARQUIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO .....                                      | 65  |
| <b>ILUSTRACIÓN 2.</b> EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JUEZ NACIONAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA .....                       | 89  |
| <b>ILUSTRACIÓN 3.</b> PORCENTAJES DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES ELEVADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS ENTRE 1984 Y 2019. .... | 121 |
| <b>ILUSTRACIÓN 4.</b> ETAPAS DE CASO ETB VS COMCEL POR PROVIDENCIAS JUDICIALES EN LINEA DE TIEMPO. ....                       | 132 |

## ÍNDICE DE TABLAS

|   |     |
|---|-----|
| <b>TABLA 1.</b> CARACTERÍSTICAS DE LA FIGURA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL .....   | 48  |
| <b>TABLA 2.</b> DIFERENCIAS ENTRE LA CAN Y LA UE RESPECTO DEL SISTEMA PREJUDICIAL.  | 56  |
| <b>TABLA 3.</b> PROCEDIMIENTO PARA SEGUIR POR PARTE DE LOS ORGANISMOS JUDICIALES DE CIERRE DE LOS ESTADOS MIEMBROS FRENTE A LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS INTERNOS EN LOS QUE SE OMITA LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL O SE DEBAN APLICAR NORMAS COMUNITARIAS..... | 115 |
| <b>TABLA 4.</b> NÚMERO DE SOLICITUDES DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES POR ESTADO MIEMBROS DE 1987-2019 .....  | 120 |
| <b>TABLA 5.</b> CLASIFICACIÓN DE PROVIDENCIAS JUDICIALES POR ETAPAS DE ESTUDIO. ....  | 131 |

## ABREVIATURAS

|          |  |
|----------|--|
| CAN      | Comunidad Andina   |
| CE       | Comunidad Europea  |
| CECA     | Comunidad Económica del Carbón y el Acero  |
| CEE      | Comunidad Económica Europea  |
| CEEA     | Comunidad Europea de la Energía Atómica  |
| CRC      | Comisión de Regulación de Comunicaciones   |
| CRT      | Comisión de Regulación de Telecomunicaciones   |
| DSD      | Dirección de Signos distintivos de la SIC  |
| ETJCA    | Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina                                       |
| GCD      | Grupo de Competencia Desleal de la SIC   |
| INDECOPI | Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual |
| IP       | Interpretación Prejudicial   |
| NITJCA   | Nota Informativa Sobre el Planteamiento de Interpretaciones Prejudiciales                      |
| PI       | Propiedad Intelectual  |
| RTJCA    | Reglamento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina                                     |
| SENAPI   | Servicio Nacional de Propiedad Intelectual   |
| SIC      | Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia   |
| TCE      | Tratado de la Comunidad Europea  |
| TCEE     | Tratado Constitutivo la Comunidad Económica Europea.   |
| TCEEA    | Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica  |
| TFUE     | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea  |
| TJCA     | Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina  |
| TJUE     | Tribunal de Justicia de la Unión Europea   |
| TUE      | Tratado de la Unión Europea  |
| UE       | Unión Europea  |

## INTRODUCCIÓN

### *1 Justificación, problema y objeto de investigación*

Los Estados en el marco de sus relaciones con otros Estados, con el cometido de cumplir las necesidades básicas de sus ciudadanos, han venido evolucionando de forma positiva en dirección a fortalecer especialmente asuntos de carácter económico, a través de las denominadas comunidades económicas<sup>1</sup>. La razón obedece a que, en el desarrollo de tales procesos evolutivos, los Estados han logrado comprender que por medio de la interacción con los grandes mercados pueden beneficiarse de las ventajas de la economía a gran escala, mejorando así las condiciones de vida su población, dando paso así la internacionalización de los procesos de producción, y manejo del conocimiento y la información<sup>2</sup>.

En ese sentido, la presencia de tales fenómenos de carácter económico y social, han traído consigo el surgimiento de una rama del derecho conocida como Derecho Comunitario<sup>3</sup>, según el cual, sus normas se basan en la premisa de integración de los Estados, en donde se considera al derecho comunitario como un derecho de carácter

---

<sup>1</sup>Libardo Rodríguez, “El Derecho Administrativo Frente a la internacionalización del Derecho y en Particular Frente al Derecho Comunitario”, En *Retos Y Perspectivas del Derecho Administrativo*, segunda parte, editado por Manuel Restrepo Medina (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009), p. 20.

<sup>2</sup> William Leguizamón, *Derecho Económico- Fundamentos* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004), p. 420.

<sup>3</sup>Corte constitucional. Sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997, Eduardo Cifuentes Muñoz. “(...) *El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales. (...)*”.

especial, el cual surge del conjunto de normas contenidas en los instrumentos jurídicos firmados por parte de los Estados<sup>4</sup>, y que a su vez está dotado de : “ a) Fuentes Propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de interpretación y aplicación uniforme”<sup>5</sup>.

En ese sentido, partiendo de la premisa de que cada orden jurídico comunitario, cuenta con un sistema judicial de garantía e interpretación y aplicación uniforme de sus normas, es posible encontrar que en los procesos de integración más evolucionados la solución de conflictos se encuentra a cargo de un órgano de tipo jurisdiccional. Evidencia de ello es el caso de la Unión Europea<sup>6</sup> , y la Comunidad Andina<sup>7</sup>, que para el caso en particular cuentan con un órgano denominado tribunal, al cual se le atribuyen una serie de competencias, entre las cuales se destacan: i) la anulación de los actos de sus órganos; ii) verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario por parte de los Estado miembros; iii) declarar las omisiones de sus instituciones; iv) resolver en vía prejudicial las cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas<sup>8</sup>, entre otros.

En el ámbito de estos regímenes comunitarios, las denominadas consultas o interpretaciones prejudiciales cumplen una función de carácter vital, en el entendido que son una herramienta de carácter procedimental de colaboración entre el órgano jurisdiccional de la organización supranacional y las jurisdicciones internas de los Estados Miembros, que permite asegurar el cumplimiento y la eficacia de la normativa del orden comunitario<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Rodríguez, “El Derecho Administrativo Frente a la internacionalización del Derecho”, p. 21.

<sup>5</sup> Isaac Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Traducción de la cuarta edición (Barcelona: Editorial Ariel, 1996), p. 111.

<sup>6</sup> Pilar Mellado y Santiago Sánchez González, *El ordenamiento de la Unión Europea* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016), pp. 15-47.

<sup>7</sup> Marcel Tangarife, *Derecho de la integración de la Comunidad Andina* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2002), pp. 31-60.

<sup>8</sup> Manuel Cienfuegos Mateo, “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 25 (2013): p. 4.

<sup>9</sup> Manuel Cienfuegos Mateo, “Consultas prejudiciales en la Comunidad andina y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: Ensayo de comparación”. *Revista de Facultad Universidad de Córdoba*, n° 1 Nueva Serie II (2013): p. 39.

Ahora bien, señaladas dichas características generales de los organismos comunitarios, nos ocuparemos de analizar la materialización de dichos aspectos en relación con nuestro organismo regional de integración, la Comunidad Andina.

La Comunidad Andina (CAN), es un organismo supranacional con personería jurídica internacional, creada en 1969 en virtud del acuerdo de Cartagena, la cual, está conformada por cuatro países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Dentro de las características más importantes de la CAN, está la de dictar normas jurídicas con carácter vinculante a los países miembros y aplicación preferente sobre su derecho interno. También la integran distintos órganos, dentro de los cuales se encuentra el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA<sup>10</sup>.

De las funciones que le fueron asignadas al TJCA, se resaltan las de conocer de las acciones de nulidad, incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, y ejercer la función arbitral<sup>11</sup>.

Para la correcta y uniforme aplicación de la normativa comunitaria andina se ha instituido la consulta o institución de interpretación prejudicial, la cual consiste en la facultad que tiene el juez nacional de solicitar de oficio o a petición de parte la interpretación de las normas de derecho andino que se discutan o se deban aplicar en el curso del proceso interno. Así pues, el TJCA le indicará al juez de manera abstracta los parámetros bajo los cuales debe interpretar tales normas<sup>12</sup>.

En otras palabras, la interpretación prejudicial consiste en el pronunciamiento que hace el Tribunal sobre el alcance y sentido de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina -para un caso en concreto-, a efectos de lograr su aplicación uniforme en cada país miembro<sup>13</sup> y, la cual, según la Secretaría General de la

---

<sup>10</sup> Humberto Zúñiga Schroder, “ Interpretación prejudicial en los procedimientos de arbitraje en los regímenes Andino y Europeo”. *Revista de economía y derecho* 9, No. 35 (2012) : p. 104.

<sup>11</sup> David Namen Baquero, “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia andino y sus efectos en el arbitraje”. *Revista e mercatoria*, 17, No. 1 (2018): p. 18.

<sup>12</sup> Manuel Tangarife Torres, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”. *Revista del Instituto colombiano de derecho procesal*, No. 43 (2016): p. 211.

<sup>13</sup> Sasha Mandakovic Falconi, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”. *Revista Ecuatoriana de arbitraje*, No. 4 (2013): p. 192.

Comunidad Andina, tiene la naturaleza jurídica de incidente procesal de carácter no contencioso.<sup>14</sup>

Así pues, es claro hasta ahora el papel determinante de la institución de la interpretación prejudicial para la correcta y uniforme aplicación del cuerpo jurídico comunitario. Para tal cometido, el principio de primacía del derecho comunitario se presenta como un elemento clave regulador de las relaciones que se suscitan entre las instituciones del orden nacional y comunitario. Dicho principio entendido como el aporte fundamental del sentido de las organizaciones internacionales de integración, se presenta como un elemento diferenciador respecto de los Estados y los demás sujetos del derecho internacional público<sup>15</sup>, dada la prevalencia de las normas supranacionales sobre las normas internas y su efecto vinculante originado en la cesión de competencias por parte de los Estados en el tratado de creación. En ese sentido, todas las instituciones de derecho interno se encuentran supeditadas al principio de supremacía, estando en la obligación de adecuar sus actuaciones conforme a los principios y normas del derecho comunitario.

Bajo ese hilo argumentativo, es preciso afirmar que la institución de la interpretación prejudicial es un mecanismo que incide en las actuaciones de las diferentes autoridades e instituciones de los ordenamientos jurídicos internos, ya que estas son parte de las relaciones jurídicas sometidas al derecho comunitario<sup>16</sup>. Por lo tanto, aquellas autoridades de los Estados miembros que en el ejercicio de su competencia deban garantizar derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario interno, procederán a activar dicho mecanismo, para preservar la correcta aplicación uniforme del derecho andino<sup>17</sup>.

Sin embargo, asegurar que, respecto de la institución de la interpretación

---

<sup>14</sup> Laura victoria Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. *Revista de derecho privado Universidad de los Andes*, No. 52, (2014) :p. 11.

<sup>15</sup> Andrea Cubillos Hernández, *Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019) p. 166

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>17</sup> Alfredo Fuentes Hernández. “La interpretación prejudicial de la Comunidad Andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”. (Artículo de investigación, Fuentes Hernández asesores SAS, 2018) p. 43.

prejudicial desde los inicios de labores del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se ha predicado una total eficiencia, sería un desacierto e imprecisión frente a las tensiones que ha generado su operatividad. Lo anterior, en tanto que desconoce su proceso evolutivo y de recepción al interior de los Estados miembros, como también de los obstáculos y dificultades para su aplicación en cabeza de los operadores judiciales y administrativos, tratándose -específicamente- de su operatividad al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior en atención a que desde la esfera derecho administrativo colombiano, sus instituciones y autoridades judiciales han tenido que enfrentar dichos obstáculos y perplejidades, marcando sin duda un punto de contacto entre las relaciones del derecho administrativo y el derecho comunitario andino, en el que la interpretación prejudicial se configura como una nueva fuente de derecho ajena para sus operadores, pero que deben considerar como parámetro orientador de sus funciones y actuaciones al interior del ordenamiento jurídico, ya que cualquier actuación en contra se traduciría en la violación de las obligaciones del Estado colombiano con el orden jurídico comunitario<sup>18</sup>.

Por tal motivo, al advertirse la importancia que detenta la institución de la interpretación prejudicial al interior del derecho administrativo colombiano, surge la necesidad de adentrarse en el estudio de su recepción, evolución, y operatividad al interior de nuestras instituciones y autoridades judiciales, ya que solo a través de dicho ejercicio podrá conocerse de forma certera cuál es su eficacia y pertinencia como fuente normativa al interior de nuestro ordenamiento específicamente en términos de derecho administrativo .

La pertinencia sobre su estudio radica esencialmente en la ausencia de desarrollo jurídico sobre las relaciones que se suscitan entre el derecho administrativo y el derecho comunitario andino, enfocado -principalmente- en la influencia de la institución de la interpretación prejudicial para sus instituciones y operadores jurídicos. Por tal motivo, estudiar la forma cómo el derecho administrativo se relaciona con otras disciplinas, v.gr.

derecho comunitario, es importante no solo para el cumplimiento de las obligaciones y deberes que ostentan las instituciones del Estados con ocasión de los tratados integración, sino para comprender esas nuevas dinámicas y formas de organización jurídica que convergen en la actividad de las instituciones tanto administrativas como judiciales.

Así pues, el objetivo del presente trabajo de investigación tendrá como eje la respuesta al siguiente planteamiento ¿la interpretación prejudicial de la Comunidad Andina CAN es una fuente eficaz para las instituciones del derecho administrativo teniendo en cuenta los obstáculos que ha presentado en su recepción y operatividad al interior del ordenamiento jurídico colombiano?

## 2 Metodología

Para la elaboración del presente artículo de investigación la metodología que se empleará será de tipo cualitativo<sup>19</sup>, mediante la implementación de la técnica de análisis documental<sup>20</sup>, ya que, a través del estudio de las distintas fuentes bibliográficas de carácter jurídico, se procederá a construir un escrito que desarrolle cada uno de los aspectos pertinentes de la institución de la interpretación prejudicial de la CAN y sus relaciones con el derecho administrativo colombiano.

De la misma manera cabe señalar que se hará uso de la metodología descriptiva<sup>21</sup>, toda vez que el presente artículo de investigación requiere del análisis de elementos como son los orígenes, el desarrollo normativo, características, y presupuestos para su funcionamiento en el ámbito del derecho comunitario e incorporación a los órdenes internos.

Posteriormente, una vez utilizados los métodos cualitativo y descriptivo, será

---

<sup>19</sup> José Rubén Croda, , y Eric Abad, “Modelo de investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho”. *Revista electrónica de investigación de la Universidad de Xalapa*, n° 12 (2016): p. 17.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>21</sup> Reynaldo Tantaleán, “El alcance de las investigaciones jurídicas”. *Revista Derecho y Cambio Social*, n° 42 (2015): p. 6.

pertinente emplear el método analítico<sup>22</sup>, ya que, a partir del estudio de los marcos regulatorios y judiciales de la interpretación prejudicial frente a las características del ordenamiento jurídico colombiano, se podrán conocer aspectos de fondo tales como su incorporación, pertinencia, operatividad y obstáculos para su aplicación.

Adicionalmente, se hará uso de la técnica comparatista<sup>23</sup>, ya que a través del estudio comparado de los marcos regulatorios de los órdenes jurídicos comunitarios europeo y andino, se pretende mostrar un análisis de las instituciones que permita confrontar qué elementos afines comparten y, si es el caso, qué elementos diferenciadores presenta cada una que la hace particular respecto de la otra.

Así, para el primer capítulo el estudio la metodología estará orientado al análisis del marco regulatorio de la institución de la consulta prejudicial europea y la interpretación prejudicial andina a fin de determinar qué aspectos de dicho trasplante jurídico resultan relevantes para la configuración de la institución de la interpretación prejudicial como fuente de derecho aplicable al interior de los órdenes jurídicos de los Estados miembros de CAN -específicamente- para el caso de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, el segundo capítulo comporta el análisis jurisprudencial respecto de la evolución del concepto juez nacional con base a las providencias emitidas por parte del Tribunal de Justicia de la CAN, a fin de conocer el proceso de adaptación, recepción y operatividad de dicha figura en los ordenamientos jurídicos internos -especialmente- desde el ámbito de las instituciones del derecho administrativo, las cuales a través de la activación del incidente de consulta prejudicial para el conocimiento de asuntos internos, han logrado converger en dicho proceso evolutivo y de institucionalización.

---

<sup>22</sup> Juan Diego Echavarría, y Carlos Arturo Ramírez, “El método analítico como método natural”. *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n° 25 (2010): p. 17. “(...) El método es entonces un camino, una manera de proceder, que puede constituirse en un modo de ser al incorporarse como un estilo de vida, lo que expresa su dimensión ética. Ahora bien, el método analítico es un camino para llegar a un resultado mediante la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos. (...)”.

<sup>23</sup> Carlos Alberto Ghersi, *Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), pp. 34-45.

Finalmente, el tercer capítulo se decanta por la técnica de análisis jurisprudencial orientado al estudio del caso ETB (Empresa de telecomunicaciones de Bogotá) vs Comcel ( Comunicación Celular S.A ), ya que por medio del análisis de catorce providencias en un periodo de casi diez años, se podrá apreciar el desarrollo jurisprudencial que el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le ha concedido a la institución de la interpretación prejudicial, ya que reconoce su importancia frente al ejercicio de las funciones judiciales y administrativas que adelantan las diferentes entidades del Estado. Dicho desarrollo se enfoca principalmente en su rol como juez comunitario frente al conocimiento del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en que se han debido discutir la aplicación de normas comunitarias.

En conclusión, el presente trabajo de investigación se caracteriza por ser de carácter dogmático- analítico, en el cual a partir de un estudio detallado se pretende evidenciar los elementos característicos de la institución de la interpretación prejudicial y las particularidades sobre su operatividad y desarrollo al interior de las instituciones del derecho administrativo colombiano, con el objetivo de entender de forma perspicaz el cometido de la consulta prejudicial en el derecho comunitario andino y los órdenes jurídicos internos.

### **3 Fuentes de conocimiento**

Las fuentes utilizadas para el desarrollo del objetivo planteado en el presente trabajo de investigación obedecen en su gran mayoría a documentos jurídicos por parte de algunos estudiosos del derecho en la materia, principalmente obras y artículos de investigación de revistas académicas, como también normativa nacional y comunitaria tales como tratados, protocolos, jurisprudencia, decisiones de algunos organismos comunitarios, entre otros. De manera tal que el uso de las fuentes estará relacionado directamente a los objetivos y temática a desarrollar en cada uno de los capítulos.

En ese orden de ideas, el primer capítulo dedicado al estudio comparativo de la institución de la consulta prejudicial europea y la interpretación prejudicial andina incluye fuentes formales tales como tratados y jurisprudencia perteneciente a cada uno

de los órdenes comunitarios, así como doctrina especializada en asuntos de derecho comunitario europeo teniendo en cuenta su influencia para la construcción de la CAN. De la recolección de tales fuentes de conocimiento podrá construirse un estudio comparativo sobre la operatividad del sistema prejudicial en ambos órdenes jurídicos de integración.

Frente al segundo capítulo, para el estudio de la operatividad de la institución de la interpretación prejudicial en el marco del derecho administrativo colombiano se hará el estudio en dos secciones. Frente a la primera será fundamental el uso de artículos de investigación, obras jurídicas, jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombiano, para así lograr comprender la incorporación de las normas comunitarias al derecho interno colombiano. En lo que respecta a la segunda parte, relativa al proceso evolutivo de la interpretación prejudicial desde la jurisprudencia del tribunal de justicia de la CAN, el uso de fuentes principales son las providencias de interpretación prejudicial y de acción de incumplimiento emitidas por este organismo, y en complemento algunos artículos de investigación, todos ellos enfocados sobre los pronunciamientos del TJCA en torno la extensión del concepto juez nacional a otras a autoridades estatales.

Finalmente, el tercer capítulo al tratarse de un estudio de caso, el uso de fuentes comporta en su gran mayoría providencias judiciales del Consejo de Estado colombiano y el TJCA. En su primera parte se destacan los aspectos más relevantes del asunto ETB vs Comcel y su relación con la institución de la interpretación prejudicial de la CAN. En lo que respecta a la segunda parte, relativa a la presentación de algunos cuestionamientos a partir de la injerencia del caso referido, se empleará el uso de algunos artículos de investigación de autoridades sobre el tema a fin de destacar los aspectos sobresalientes y de crítica, como también las posturas y argumentos a favor de otros autores sobre dichas perplejidades.

#### ***4 Delimitación conceptual y temática del alcance de la investigación.***

- (i) ***Delimitación en relación con el derecho de la Unión Europea:*** aun cuando la presente investigación hace referencia a la institución de la consulta prejudicial

europea y su influencia en la construcción de la interpretación prejudicial de la CAN, su referenciación se centra específicamente a la regulación y características propias de la referida institución y no a aspectos de fondo del derecho de la Unión Europea, ya que si bien se hará referencia a normas y jurisprudencia de este orden, los aspectos objeto de análisis son exclusivamente las diferencias y particularidades de nuestro sistema regional de interpretación prejudicial como resultado de un proceso de trasplante jurídico del derecho de la Unión Europea, especialmente frente a la operatividad y eficacia en nuestro sistema de derecho administrativo.

(ii) ***Delimitación en relación con el derecho comunitario andino:*** partiendo de la premisa de que el presente trabajo de investigación está orientado al ámbito del derecho administrativo, el análisis y comprensión de las normas comunitarias que regula la interpretación prejudicial resultan trascendentales para entender su injerencia en las relaciones que se suscitan al interior de las instituciones administrativas y judiciales. Por lo tanto, las referencias que el presente trabajo de investigación traiga a colación en relación con el derecho comunitario andino, se da por la relación y pertinencia que cumplen nuestras instituciones de derecho administrativo, cuando en el curso de un asunto interno dichas autoridades deban aplicar la normativa comunitaria. En ese sentido, el presente trabajo no desarrollará a fondo los postulados del derecho comunitario, únicamente el análisis de aquellos elementos necesarios y trascendentales para la comprensión y eficacia de la interpretación prejudicial en el Derecho Administrativo.

(iii) ***Delimitación en relación con el derecho administrativo no contencioso:*** en el entendido de que el presente trabajo de investigación tiene por objeto presentar la operatividad de la interpretación prejudicial al interior de las instituciones del derecho administrativo que ejercen funciones no judiciales, las referencias traídas a colación sobre este asunto permitirán conocer la forma cómo las instituciones del Estado Colombiano que no ejercen funciones contenciosas pueden llegar a conocer de la interpretación prejudicial en el cumplimiento de

sus funciones internas, tal y como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio. Con base a lo anterior se evidencia un claro panorama de participación de estas instituciones en las relaciones que se suscitan entre el derecho administrativo y el derecho comunitario. No obstante, las referencias que se hagan a determinadas instituciones son una ejemplificación de la tesis anteriormente planteada, por lo tanto, no obedece a un análisis de todas las instituciones administrativas del Estado Colombiano que en el ejercicio de funciones de este tipo deban conocer y aplicar la normativa comunitaria

(iv) ***Delimitación en relación con el derecho procesal administrativo:*** si bien el presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis de la eficacia de la interpretación prejudicial al interior de las instituciones judiciales contenciosas. Su relación respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá como eje de análisis el papel que detenta el Consejo de Estado en su calidad de máxima autoridad, a partir de su rol como juez comunitario frente al recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en el que se discuta o deba aplicarse la normatividad andina. Por tal motivo, el presente trabajo tiene por cometido presentar las relaciones entre el derecho Comunitario y derecho contencioso administrativo a partir de la obligatoriedad que detenta para su órgano de cierre la interpretación prejudicial como mecanismo de armonización entre ambos ordenes, en el referido recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales. Así las cosas, se excluye en el presente trabajo, el estudio en relación con los demás mecanismos y recursos extraordinarios establecidos en la Ley 1437 de 2011 o los demás operadores jurídicos pertenecientes a esta jurisdicción, salvo aquellas referencias necesarias para el complemento y desarrollo del objetivo planteado en esta investigación.

(v) ***Delimitación en relación con el arbitraje:*** dado que algunos de los asuntos que se tratan en el capítulo tres del presente trabajo de investigación tienen que ver necesariamente con la aplicación de normas comunitarias andinas en cabeza de los tribunales de arbitramento en materia de telecomunicaciones y el papel que

detenta el Consejo de Estado frente al recurso de anulación por la omisión de la interpretación prejudicial, la referencia a temas de arbitraje será necesaria en cuatro aspectos. En primer lugar, cuando las entidades públicas opten por acogerse a este mecanismo alternativo de solución de conflictos. En segundo lugar, sobre la pertinencia del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales del cual se pretenda impugnar su validez por el desconocimiento de la normatividad comunitaria. En tercer lugar, frente a las precisiones que el Consejo de Estado ha hecho sobre este recurso cuando debe entrar a declarar la nulidad del laudo actuando como verdadero juez comunitario. Y, por último, sobre el papel del Consejo de Estado en la inclusión de una nueva causal de anulación vía jurisprudencial, diferente a las ya establecidas de forma taxativa en la Ley 1563 de 2012.

(vi) **Delimitación en relación con el derecho de las telecomunicaciones:** teniendo en cuenta que los asuntos de telecomunicaciones son objeto de regulación por parte de la CAN, la referencia a dichos aspectos se hará con ocasión de conocer el origen de las controversias suscitadas en el caso objeto de estudio entre las empresas de telecomunicaciones ETB y Comcel, por el desconocimiento de la interpretación prejudicial. De igual forma, se hará referencia a la normativa objeto de conflicto, y a la competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para la solución de controversias en esta materia, siendo estos los únicos aspectos objeto de análisis frente a esta área de conocimiento.

## **5 Plan de exposición**

Conforme se indicó en el acápite de metodología, esta tesis se desarrolla a lo largo de tres capítulos, en los cuales por practicidad del autor se estableció en cada uno de ellos una pregunta problema a fin de precisar la pertinencia de los contenidos abordados con el objetivo general de esta investigación. En ese orden de ideas el plan de exposición se desarrolla de la siguiente forma:

El primer capítulo denominado “La institución de la interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino, su construcción a partir de la cuestión prejudicial en el

derecho comunitario europeo: análisis comparativo desde su marco regulatorio para su entendimiento en el Estado colombiano”, es un análisis de derecho comparado a partir de los distintos instrumentos internacionales que regulan la operatividad de la consulta prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en el marco de la CAN.

Dentro de los asuntos que se abordan para estudiar ambas instituciones de derecho comunitario se encuentran: 1) su naturaleza jurídica; 2) la legitimación por activa de los organismos y entidades nacionales para su activación; 3) su carácter obligatorio y facultativo al interior de los Estados Miembros; 4) el procedimiento y la oportunidad procesal para su activación; y 5) los efectos de sus decisiones al interior de los ordenamientos jurídicos. Abordados dichos temas se hace una comparación entre las dos instituciones a fin de determinar qué aspectos del trasplante jurídico del derecho comunitario europeo al derecho andino subsisten y qué aspectos operan de manera diferente. Así mismo, se podrá determinar el por qué la interpretación prejudicial es un mecanismo propio adaptado a las particularidades y estructuras de los órdenes de los Estados miembros.

El segundo capítulo denominado “la operatividad de la institución de la interpretación prejudicial en el marco del derecho administrativo colombiano, análisis de su proceso evolutivo desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Comunidad Andina” desarrolla tres aspectos fundamentales de la referida institución al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

En primera instancia se ocupa del análisis del tipo de normas que componen el cuerpo jurídico comunitario y su relación con los mecanismos de incorporación al interior del ordenamiento jurídico colombiano definidos en la Constitución y reafirmados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. En segunda instancia aborda el análisis jurisprudencial de la evolución y ampliación del concepto de juez nacional a las autoridades de los Estados Miembros como legitimados para activar el incidente prejudicial, ya que dentro de los asuntos internos que se han resuelto, desde la entrada en vigor del acuerdo de Cartagena, las instituciones administrativas y judiciales de nuestro ordenamiento jurídico han convergido en el desarrollo de dicho concepto, a tal punto que, se puede predicar una participación ante el TJCA por parte de autoridades

de diferente naturaleza, dado el dinamismo que caracteriza nuestro sistema de derecho administrativo.

En tercera instancia se presentan las particularidades y características de nuestro ordenamiento jurídico como líder en la activación del mecanismo de la interpretación prejudicial a través de sus instituciones desde dos perspectivas. Frente a la primera se traen a colación datos cualitativos y cuantitativos sobre el número de interpretaciones elevadas desde el inicio de labores de actividades del TJCA por Estado Miembro. Frente a lo segundo, se destacan los principales caracteres y condiciones que han llevado que el Estado Colombiano lidere la participación frente al sistema prejudicial andino.

Finalmente, en lo que respecta al desarrollo del tercer capítulo denominado “La pertinencia del caso ETB vs Comcel en el fortalecimiento del rol del Consejo de Estado colombiano como juez comunitario frente al recurso de anulación de laudos arbitrales”, tiene por objeto el estudio de caso a partir de las controversias suscitadas entre las citadas compañías telecomunicaciones, mediante el análisis de catorce providencias judiciales provenientes del TJCA, el Consejo de Estado, y los Tribunales de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, orientado a la eficacia de la institución de la interpretación prejudicial de la CAN, el cual bajo el plan propuesto se divide en 3 secciones.

En primer lugar, se abordará el análisis de todas las providencias judiciales que estructuran el referido caso, de las cuales se destacarán los elementos que guardan relación con el derecho administrativo colombiano y la regulación de la interpretación prejudicial como elemento rector en la correcta y uniforme aplicación de la normativa comunitaria, haciendo énfasis en los argumentos y pronunciamientos decantados por el Consejo de Estado.

En segundo lugar, teniendo la cuenta la importancia que detenta el Consejo de Estado frente al conocimiento del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales -cuando se ha desconocido la aplicación integral de la normativa comunitaria- se presentara los principales cuestionamientos por parte de algunos autores en relación con los lineamientos y argumentos presentados en las providencias del caso ETB vs Comcel. De la misma manera, se propondrán algunos argumentos a favor, los cuales han venido siendo desarrollados por otro grupo de autores a partir de dichos cuestionamientos.

Finalmente, la tercera sección tiene por cometido presentar la postura del autor sobre la importancia e influencia del caso ETB vs Comcel frente a las relaciones que se suscitan entre el derecho comunitario y el derecho procesal administrativo, haciendo énfasis -principalmente- en los aspectos positivos que dicho caso ha generado para el derecho comunitario y para el rol que cumple el Consejo de Estado como juez comunitario frente al recurso de anulación de laudos arbitrales. Al final de toda la investigación, se presentarán las principales conclusiones del presente estudio.

## **CAPÍTULO I - LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO: SU CONSTRUCCIÓN A PARTIR DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

El papel crucial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la promoción y solidificación de la integración europea condujo a que otros sistemas de integración regional establecieran sus propios tribunales supranacionales<sup>24</sup>; evidencia de dicha afirmación es nuestro propio sistema de integración regional, la Comunidad Andina. Cabe recordar que el Pacto Andino preveía inicialmente la adopción un sistema legislativo regional directamente aplicable dentro de los Estados Miembros, sin embargo, carecía de un órgano judicial encargado de hacer cumplir dichas normas de forma efectiva bajo parámetros uniformes de interpretación.

Así pues, a finales de la década de 1970, los Estados miembros del Pacto Andino comenzaron a trabajar en la redacción de un tratado para la creación de un organismo judicial que pudiera cumplir con dichas funciones, fue entonces como en 1979 se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), como un modelo fielmente inspirado en el entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)<sup>25</sup>.

No obstante, aunque dicho trasplante tenía por objeto seguir fielmente la institucionalidad y los procedimientos establecidos del sistema judicial europeo, el proceso de construcción del sistema de integración andino conllevó a la institucionalización de un sistema de corte supranacional con características propias ajustadas a las particularidades de los Estados miembros. Así pues, en lo que respecta al caso andino, los jueces del Tribunal de justicia de la Comunidad Andina no han emulado el comportamiento de sus homólogos en Europa. Por el contrario, existen diferencias significativas en la forma en que el TJCA y el TJUE interactúan con los sistemas legales

---

<sup>24</sup> Karen J. Alter, y Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* (New York, Oxford University Press, 2017), pp. 27-28.

<sup>25</sup> Karen Alter, Laurence Helfer, y Osvaldo Saldías, “Transplanting the European Court of Justice: The Experience of the Andean Tribunal of Justice”. *American Journal of Comparative Law* 60, No.3 (2012): p. 631.

y administrativos nacionales de sus respectivos Estados miembros<sup>26</sup>, específicamente en lo que tiene que ver con el sistema prejudicial: desde consultas prejudiciales en la Unión Europea y las interpretaciones prejudiciales en la Comunidad Andina<sup>27</sup>.

Bajo ese hilo argumentativo, el presente capítulo tiene por cometido presentar el análisis de las instituciones de la cuestión prejudicial en el marco de la Unión Europea, y la consulta prejudicial de la CAN, para de esa manera comprender el funcionamiento de esta última en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de un análisis comparativo entre los elementos semejantes y diferenciadores de cada régimen de derecho comunitario.

Por tal razón, frente a tal cometido el presente capítulo estará encaminado a responder el siguiente interrogante ¿Es posible anotar algunas diferencias entre la institución de la interpretación prejudicial en la CAN y la cuestión prejudicial en la Unión Europea, teniendo en cuenta que el régimen de la CAN está inspirado en el sistema prejudicial europeo?

En ese sentido, la estructura del presente capítulo se basará en tres partes. En primer lugar, en el análisis de la institución de la cuestión prejudicial en el régimen de la Unión europea; en segundo lugar, en el análisis de la institución de la cuestión prejudicial en el marco del Derecho Comunitario Andino, haciendo énfasis en los posibles elementos diferenciadores y, por último, un aparte dedicado al análisis de las conclusiones a partir de la respuesta a la pregunta problema planteada.

De esa manera, a partir de un estudio detallado se pretende evidenciar los elementos característicos de las instituciones jurídicas anteriormente citadas, de forma tal que una vez estudiado su marco jurídico, se confronten los elementos característicos similares y, si es el caso, los diferenciadores, con el objetivo de entender el cometido de la consulta prejudicial en el derecho comunitario andino y su influencia en los Estados

---

<sup>26</sup> Laurence R Helfer, y Karen J. Alter, “The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community”. *New York University Journal of International Law and Politics* 41 (2009): pp. 874-875.

<sup>27</sup> Manuel Cienfuegos Mateo, “Consultas prejudiciales en la Comunidad Andina Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: Ensayo de comparación”. *Revista de Facultad Universidad de Córdoba* n° 1 Nueva Serie II (2013): p. 77.

Miembros, especialmente el caso colombiano, a partir del estudio comparado con el régimen comunitario Europeo.

## **1 LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Con el ánimo de analizar la institución de la cuestión prejudicial desde sus elementos relevantes y característicos, la presente sección ha sido construida de manera tal que puedan estudiarse tanto sus aspectos sustanciales como los procedimentales. Por tal motivo, para el desarrollo de tal actividad, serán analizados los siguientes contenidos: i) sus antecedentes normativos históricos; ii) el estudio de sus elementos y objeto; iii) el desarrollo en la práctica procesal; iv) la legitimización procesal para el planteamiento de las cuestiones y las consultas en relación con ambos ordenes comunitarios; v) la diferenciación entre los jueces internos obligados y facultados en relación con cada régimen; vi) el procedimiento respectivo instituido en cada orden para el trámite de las cuestiones y consultas prejudiciales y, finalmente, vii) los efectos de las sentencias prejudiciales y sus respectivos recursos.

### **1.1 Breve exposición de los antecedentes normativos**

La institución de la cuestión prejudicial en los inicios del actual Derecho de la Unión Europea, fue por primera vez, consagrada en el artículo 41 del tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA)<sup>28</sup>, el cual estableció de forma expresa que el tribunal de la CECA sería competente exclusivamente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo, para el caso que se cuestionara tal validez ante un tribunal nacional. Sin embargo, la citada norma contemplaba únicamente la cuestión prejudicial de validez en relación con las normas de derecho derivado, sin atender a los supuestos de la

---

<sup>28</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), Paris, Francia, 18 de abril de 1951.

interpretación propia del tratado y los actos derivados de las instituciones de las que trata la norma, de lo cual resulta posible afirmar que tal regulación era insuficiente<sup>29</sup>.

Posteriormente a la constitución de la CECA, sus Estados fundadores, crearon a través del tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom). Estas Comunidades, en principio, contaban con un tribunal de justicia propio; sin embargo, el convenio de 25 de marzo de 1957, con el cometido de fusionar algunas instituciones comunes, agrupó los tres organismos pertenecientes a cada comunidad regulándolo en una única institución. De esa forma, se estableció un sistema de remisión prejudicial para cada uno, los cuales fueron regulados expresamente por el artículo 177<sup>30</sup> del Tratado constitutivo de la CEE (TCEE) y en el artículo 150<sup>31</sup> del Tratado de la CEEA (TCEEA).

---

<sup>29</sup> Pierre Pescatore, “Las cuestiones prejudiciales del artículo 177 del tratado CEE”, en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, dirigido por Gil Carlos Rodríguez, y Diego Liñán. (Madrid: Editorial civitas S.A, 1993), p. 528.

<sup>30</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CEE), Roma, Italia, 25 de marzo de 1957. Artículo 177, “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia 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 de Justicia”.

<sup>31</sup> Tratado Constitutivo de la comunidad europea de la energía atómica (CEEA), Roma, Italia, 25 de marzo de 1957. Artículo 150, “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, salvo disposición en contrario de dichos estatutos.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia 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 de Justicia”.

En ese sentido, si se analiza el contenido de los artículos 150 y 177 de los instrumentos anteriormente citados, se puede notar que su redacción es similar, anotando que es evidenciable una pequeña diferencia entre ambos artículos, ya que el artículo 177 del TCEE en relación con el numeral b) establece una competencia de carácter excepcional del Tribunal de Justicia para la interpretación de los estatutos de los organismos creados por los actos del Consejo, mientras que el numeral B del artículo 150 lo establecía como regla general, lo que a efectos prácticos no genera ningún cambio<sup>32</sup>.

Posteriormente, se introdujeron una serie de reformas tendientes a ampliar las competencias del Tribunal de Justicia en relación con el sistema prejudicial establecido en el artículo 177 del TCEE. En 1993 con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht<sup>33</sup>, a partir del cual, se instituyó la Unión Europea bajo el concepto de Unión, se ampliaron las competencias, permitiendo que el Tribunal de Justicia no solo se pronunciara sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea, sino también los adoptados por el Banco Central Europeo<sup>34</sup>.

Posteriormente, con la firma del tratado de Ámsterdam<sup>35</sup>, el cual tenía por cometido crear un espacio de libertad, seguridad y justicia común, se lograron modificar y consolidar los tratados de CEE y UE<sup>36</sup>. Vale la pena aclarar en este punto que, si bien

---

<sup>32</sup> Isaac Soca, *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del tribunal de justicia* (Barcelona: Bosch Editor, 2016), p. 52.

<sup>33</sup> Tratado constitutivo de la Unión Europea (TUE), Maastricht, Países Bajos, 7 de febrero de 1992.

<sup>34</sup> Marcos Villagómez, *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo: artículo 177 del tratado de la comunidad europea* (Madrid, Editorial tecnos, 1994), p. 28.

<sup>35</sup> Tratado por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, Ámsterdam, Países Bajos, 2 de octubre de 1997.

<sup>36</sup> Soca, *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del tribunal de justicia*, p. 52. “(...) El Tratado de Ámsterdam introdujo en el Título IV del TCE disposiciones especiales relativas a visados, asilo, inmigración y libre circulación de personas. Desde aquel momento el artículo 68 del TCE confería competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del mencionado título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias sobre dichas materias. Sin embargo, de acuerdo con el texto del Tratado, solamente los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso interno podían acudir al Tribunal de Justicia para que se pronunciara con carácter prejudicial, si lo estimaban conveniente para poder emitir su fallo. Pero, además, el artículo 68 incorporaba la novedad de que no solamente los juzgados y tribunales nacionales podían solicitar al Tribunal de Justicia un pronunciamiento prejudicial, sino que facultaba también al Consejo, a la

la Unión Europea se instituyó bajo el concepto de Unión, a partir del Tratado Maastricht gran parte de sus aspectos relativos a su institucionalidad se encontraban vigentes en el Tratado de Roma de la CEE. En ese sentido, en el artículo 12 se configuraron todos artículos, títulos y secciones tanto del Tratado de la Comunidad Económica Europea como el Tratado de la Unión Europea. El objetivo del tratado era reformar las instituciones de la UE para preparar la llegada de futuros países miembros.

En 2003 con la entrada en vigor del Tratado de Niza<sup>37</sup>, se introdujeron ciertas modificaciones al antiguo artículo 225 del Tratado de la Comunidad Europea TCE, con las cuales se facultó al Tribunal de Primera Instancia para conocer cuestiones prejudiciales planteadas en relación con los supuestos del artículo 234 del mismo tratado, en situaciones específicas las cuales deberían ser determinadas en el estatuto del Tribunal.

## **1.2 La regulación vigente de la institución cuestión prejudicial a la luz de los artículos 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

Con la entrada en vigencia del tratado de Lisboa<sup>38</sup>, el primero de diciembre del año 2009, por medio del cual se fusiono la Unión Europea y la Comunidad Europea, con el objetivo principal de formar una sola Unión Europea, la figura de la cuestión

---

*Comisión y a los Estados miembros para realizar la petición. No obstante, el mismo precepto especifica que el fallo del Tribunal de Justicia en respuesta a estas peticiones no se aplicaría a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tuvieran fuerza de cosa juzgada.*

*El Tratado de Ámsterdam también reestructuró y modificó el TUE, previendo en el Título VI disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. En dicho título se introdujo el artículo 35, el cual otorgaba competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre interpretación de convenios celebrados con arreglo al mismo título y sobre la validez e interpretación de las medidas de aplicación. El precepto especificaba que cualquier Estado miembro podía aceptar la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre estas materias con carácter prejudicial, mediante una declaración realizada en el momento de firmar el Tratado de Ámsterdam o en cualquier otro momento posterior. (...)*”.

<sup>37</sup> Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, Niza, Francia, 26 de febrero de 2001.

<sup>38</sup> Tratado por el que se modifican el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la comunidad europea, Lisboa, Portugal, 13 de diciembre de 2007.

prejudicial quedó regulada expresamente en dos instrumentos jurídicos respectivamente: en los artículos 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea TUE y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE , con lo cual vale la pena anotar que el derecho de la Unión Europea se encuentra regulado fundamentalmente en estos 2 instrumentos jurídicos. El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de los cuales podemos afirmar que el primero está instituido como una norma institucional o carta de navegación, entretanto que el segundo está diseñado como un instrumento de ejecución y desarrollo de las instituciones allí reguladas, sin desconocer el igual valor jurídico que ambos detentan<sup>39</sup>.

En ese orden de ideas, el tratado de la Unión Europea a rasgos generales en su artículo 19.3.b establece:

“3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

(...) b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”<sup>40</sup>.

Por su parte, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea vino a sustituir lo anteriormente regulado en el artículo 234 del TCE, desarrollando de manera amplia lo establecido en el artículo 19.3.b anteriormente citado, en el cual se estableció de manera puntual las competencias del Tribunal en relación con el procedimiento prejudicial que se adelanta ante este órgano así:

“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.

---

<sup>39</sup> Soca, *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del tribunal de justicia*, p. 55.

<sup>40</sup> Tratado constitutivo de la Unión Europea (TUE), Maastricht, Países Bajos, 7 de febrero de 1992.

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 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<sup>41</sup>.

En relación con este punto, vale la pena hacer un par de anotaciones a partir de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, las cuales ampliaron el margen de operación de la cuestión prejudicial en el sistema de Justicia de la Unión Europea. Por una parte, el mismo artículo 267 permitió que los juzgados o tribunales nacionales pudieran plantear cuestiones de carácter prejudicial en materia de asilo, inmigración y asuntos civiles, dejando de estar reservados estos asuntos a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de revisión. Por otra parte, se erigió como obligatorio el planteamiento de cuestiones prejudiciales a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados en asuntos policiales y penales. Por último, una de las novedades que trajo el Tratado de Lisboa, fue la introducción de un procedimiento ágil en asuntos que tengan que ver con la privación de la libertad de los ciudadanos, caso en el cual el TJUE deberá contestar en el menor tiempo posible<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Tratado por el que se modifican el tratado de la unión europea y el tratado constitutivo de la comunidad europea, Lisboa, Portugal, 13 de diciembre de 2007.

<sup>42</sup> Koen Lenaerts, y José Antonio Gutiérrez, “El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea”, en *Sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, dirigido por José María Beneyto, Jerónimo Maillo González, y Belén Becerril Atienza (España: Editorial Aranzadi, 2012), pp. 56-59.

### **1.3 La naturaleza jurídica de la institución de la cuestión prejudicial**

La institución de la cuestión prejudicial a lo largo de la historia del derecho comunitario europeo ha sido denominada de distintas formas tales como: cuestión incidental, incidente de prejudicialidad, recurso prejudicial, reenvío prejudicial, recurso indirecto, e incidente prejudicial. Por ese motivo, si se analiza su estructura en un sentido estricto no se puede considerar dicha institución como un verdadero recurso, dado que se trata de un incidente que se presenta en el curso de un proceso principal para que el juez nacional reenvíe al tribunal de justicia, solicitando bien la interpretación o la apreciación de validez de un texto normativo comunitario, previa suspensión del proceso principal, y que una vez se haya pronunciado al respecto el juez continuará con el proceso y fundamentará su sentencia conforme a lo manifestado por parte del tribunal en la sentencia de prejudicialidad<sup>43</sup>.

En ese orden de ideas, con el ánimo de tener claridad respecto de la naturaleza de esta figura, anotaremos una serie características<sup>44</sup> las cuales entraremos a exponer a continuación de forma detallada.

#### **1.3.1 Es un incidente para las jurisdicciones nacionales**

El procedimiento prejudicial se presenta como un incidente en una instancia en el que su parte principal se adelanta, ante la jurisdicción nacional de forma tal que comienza si es el caso con la suspensión del procedimiento interno y continúa con la remisión prejudicial ante el TFUE. Posteriormente, termina una vez el tribunal de justicia ha contestado la cuestión de prejudicial en forma de sentencia, con la reanudación del proceso interno y la solución del conflicto en observancia de la solución emitida por parte del Tribunal.

---

<sup>43</sup> Juan Manuel Campo, *La institución jurisdiccional de la Unión Europea* (Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica el dike, 1995), pp. 166-167.

<sup>44</sup> Rosario Silva De La puerta, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (Bilbao: Editorial la ley, 2002), pp. 174-175.

### 1.3.2 Es un procedimiento de carácter no contencioso

El procedimiento prejudicial, debido a su naturaleza reviste unas especiales características que lo hacen diferente, al resto de procedimientos que se llevan ante el tribunal de justicia, por tal motivo, en relación con su carácter no contencioso, resulta relevante el análisis del siguiente apartado:

“The procedure is different where the European court is asked by a national court to give a preliminary ruling. Here there are, strictly speaking, no parties; the proceedings are not regarded as contentious: the European court views its function simply as assisting the national court. The parties to the national proceedings cannot, therefore, take the initiative: The national court sets the procedure in motion by making an order for reference, and the judgment on the European court is sent back to the national court where the case will continue on its course.”<sup>45</sup>

En ese entendido, el procedimiento prejudicial se caracteriza por distinguirse de los demás procedimientos de los que conoce el Tribunal de Justicia, ya que no es un procedimiento contradictorio para resolver un conflicto entre partes, sino un mecanismo instituido para garantizar el control indirecto de la legalidad del derecho comunitario.

---

<sup>45</sup> "El procedimiento es diferente cuando un tribunal nacional pide al tribunal europeo que se pronuncie con carácter prejudicial. Aquí no hay, en sentido estricto, partes; el procedimiento no se considera contencioso: el tribunal europeo considera que su función es simplemente ayudar al tribunal nacional. Por consiguiente, las partes en el procedimiento nacional no pueden tomar la iniciativa: El tribunal nacional pone en marcha el procedimiento mediante una orden de remisión, y la sentencia del tribunal europeo se devuelve al tribunal nacional, donde el caso seguirá su curso (Traducción libre)". Trevor Hartley, *The Foundations of European Community Law: An introduction to the constitutional and administrative law of the European Community* (New York: Oxford University Press, 2007), p. 64.

### **1.3.3 Es un procedimiento de juez a juez**

La decisión de acudir al Tribunal de Justicia y de plantear la cuestión prejudicial es en principio facultativo de la jurisdicción interna de los Estados, los motivos para ello son evitar las remisiones de carácter dilatorio y situar la cooperación entre el tribunal y los jueces nacionales, partiendo de la premisa que este es un mecanismo de colaboración entre dos jueces de distinto orden, en el cual las partes en litigio carecen de cualquier prerrogativa para exigirle al juez nacional que la formule ante el TJUE<sup>46</sup>.

### **1.3.4 El objeto de la cuestión prejudicial en el marco de la Unión Europea**

La institución de la cuestión prejudicial se instituye como la piedra angular del sistema del control jurisdiccional establecido por el derecho comunitario europeo , ya que el modelo mismo de la institución resulta eficiente y práctico para la estructura misma de la UE, el cual es de tipo descentralizado bajo la premisa del principio de cooperación entre los Estados miembros. Esto dado que la aplicación en gran medida de las normas de derecho comunitario europeo corresponde a la administración interna de los Estados y, por esa razón, los conflictos que se pueden presentar con dichas normas son planteadas ante los jueces nacionales, considerados como los jueces ordinarios del derecho de la Unión Europea<sup>47</sup>.

En ese sentido, la forma descentralizada de la aplicación del derecho de la UE puede conllevar a una contingencia en relación con la interpretación de las normas del derecho de la unión, dadas las tradiciones jurídicas, y particularidades de cada orden jurídico nacional. Por ese motivo, la institución de la cuestión prejudicial se instituye como una herramienta que permite mitigar tales contingencias, toda vez que permite al TJUE garantizar el cumplimiento homogéneo de las normas del derecho de la Unión Europea, permitiendo la aplicación efectiva de las normas por parte de los jueces internos de los Estados.

---

<sup>46</sup> Araceli Mangas, y Diego Liñán, *Instituciones y Derecho de la unión europea* (Madrid: Tecno editorial, 2011), p. 459.

<sup>47</sup> Mangas, y Liñán, *Instituciones y Derecho de la unión europea*, pp. 457-458.

En ese orden de ideas, resulta relevante afirmar que el recurso de interpretación prejudicial tiene un doble cometido según el artículo 267 del TFUE: por una parte, la interpretación de los tratados y el derecho derivado, y, por otra parte, el examen de la validez de los actos de las instituciones de la Unión Europea. En ese sentido, dichos objetivos corresponden a las dos formas del recurso de interpretación prejudicial con el cual se puede solicitar la interpretación de las normas o la declaración de validez de las disposiciones del derecho comunitario que afectan al litigio pendiente ante la jurisdicción nacional<sup>48</sup>.

Su finalidad -en efecto- es muy diferente ya que el recurso interpretación tiene por objeto conocer el significado exacto de una disposición ambigua, mientras que el recurso de validez tiene por objeto la verificación de la conformidad de un acto de una institución con el derecho comunitario. El primero de ellos hace referencia a las cuestiones prejudiciales de interpretación y el segundo a los procedimientos de legalidad de las cuestiones prejudiciales<sup>49</sup>.

#### **1.4 La legitimación por activa para el planteamiento de cuestiones prejudiciales**

Conforme a lo establecido en el artículo 267 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea, las cuestiones prejudiciales únicamente pueden ser planteadas por los órganos jurisdiccionales internos. Sin embargo, ante la falta de unanimidad entre los sistemas jurisdiccionales de los Estados Miembros de la unión, en relación con el concepto de órgano jurisdiccional, el tribunal de justicia considero que para efectos del artículo 267 la definición de órgano jurisdiccional era un concepto autónomo, por lo cual procedió a delimitar su alcance y elementos. En ese sentido, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

---

<sup>48</sup> Silva De La puerta, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, p. 176-177.

<sup>49</sup> Carlos Molina del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea* (Madrid: Editorial Tróvium, 1987), pp. 168-167.

“Para apreciar si un organismo remitente posee el carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, 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”<sup>50</sup>

De esa forma, con estos criterios de carácter amplio, es posible afirmar que el tribunal de justicia con independencia del carácter ordinario o especializado, la denominación, el grado y el orden jurisdiccional del órgano judicial<sup>51</sup>, ha permitido que cualquier órgano que emita sus fallos en derecho y no en equidad, sea considerado como órgano jurisdiccional y esté facultado para el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

#### **1.4.1 El carácter obligatorio y facultativo de la cuestión prejudicial en relación con los órganos jurisdiccionales**

##### **1.4.1.1 El carácter obligatorio y facultativo de la cuestión prejudicial en función de la instancia, y su relación con excepciones planteadas por la teoría del acto claro y acto aclarado**

El artículo 267 del TFUE en su párrafo tercero establece que el planteamiento de la cuestión prejudicial en cabeza de los órganos jurisdiccionales puede ser de carácter facultativo u obligatorio dependiendo de que el órgano jurisdiccional nacional conozca o no del asunto en última instancia conforme a las normas procesales de cada Estado. En ese entendido si las decisiones no son susceptibles del respectivo recurso judicial interno,

---

<sup>50</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso François De Coster, asunto c-17/00 de petición prejudicial (29 de noviembre de 2001), véase también en Caso Dorsch, asunto c-54/96 de petición prejudicial (17 de septiembre de 1997), y caso Gabalfrisa y otros, asunto C-110/98 de petición prejudicial (21 de marzo de 2000).

<sup>51</sup>Mangas, y Liñán, *Instituciones y Derecho de la unión europea*, pp. 457-458.

el juez estará obligado a someter la cuestión ante el tribunal y, por tanto, la cuestión prejudicial en ese sentido revestirá el carácter de obligatorio. Por el contrario, en los órganos jurisdiccionales nacionales en los cuales las decisiones sean recurribles ante una instancia superior, la cuestión prejudicial revestirá el carácter de facultativo.<sup>52</sup>

Sin embargo, existe una excepción a la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando concurren los elementos para aplicar la llamada doctrina del “acto claro y acto aclarado”<sup>53</sup>.

La doctrina del acto claro fue reconocida -por primera vez- en la sentencia de CILFIT<sup>54</sup>, dicha teoría hace referencia el caso en el cual un tribunal nacional de última instancia se encuentra eximido de la aplicación de plantear la cuestión prejudicial cuando la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal certeza que no da lugar a duda alguna razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada. En estos casos el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la certeza de que, a los órganos jurisdiccionales de los demás Estados Miembros, así como el Tribunal de Justicia, apreciarán el caso de la misma forma, sin advertir duda alguna.

Para la aplicación de tal razonamiento relativo a la teoría del acto claro, la sentencia establece una serie de requisitos de obligatorio cumplimiento por parte del órgano jurisdiccional nacional, entre los cuales se destacan: la verificación de todas las versiones lingüísticas de la norma objeto de interpretación, la apreciación comparada de la terminología empleada por la norma, y el análisis sistemático de esta a la luz de todo el ordenamiento jurídico comunitario. No obstante, la aplicación de dicho planteamiento ha traído consigo numerosas dificultades que han obstaculizado su implementación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>55</sup>, debido a que algunos de dichos

---

<sup>52</sup> Daniel Sarmiento, *El Derecho de la unión europea* (Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales S.A., 2016), pp. 402-403.

<sup>53</sup> Ricardo Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea* (Navarra: Editorial Civitas, 2014), p. 225.

<sup>54</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso Sri Cilfit, asunto 283/81 de petición prejudicial (6 de octubre de 1982).

<sup>55</sup> Sarmiento, *El Derecho de la unión europea*, pp. 404-405. “(...) Estas condiciones han sido duramente criticados por la doctrina y por varios abogados generales, al considerarlas de imposible cumplimiento en la práctica (¿un Tribunal Superior de Justicia va a perder tiempo y medios en cotejar

requisitos resultan impracticables en la dinámica del sistema prejudicial, por tal motivo, el Tribunal de Justicia se ha visto en la obligación de delimitar cuales de tales requisitos pueden exigirse de forma razonable a los tribunales.

Por otra parte, en relación con la denominada doctrina del acto aclarado, es preciso afirmar que esta exime a los tribunales nacionales de última instancia de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales en dos situaciones específicamente. La primera es cuando el Tribunal de Justicia haya resuelto previamente una cuestión materialmente idéntica y, la segunda, hace referencias a las cuestiones cuya solución sea claramente aplicable al caso a pesar de que las circunstancias y el procedimiento sea distintas. Con esta prerrogativa se libra a un órgano jurisdiccional del cometido de plantear la cuestión cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se imponga con certeza y/o le permita resolver el asunto viablemente.<sup>56</sup>

#### **1.4.1.2 El carácter obligatorio y facultativo de la cuestión prejudicial en función de la validez de los actos de los órganos de la Unión Europea.**

Cuando se trata de la cuestión de la validez de los actos de las instituciones de la unión, dicha tarea recae únicamente en los tribunales de la Unión. Esto significa que en el caso de que un tribunal nacional detente dudas sobre la validez de un acto, tendrá la

---

*las 22 versiones lingüísticas de una directiva incluidas la maltesa, la griega, la lituana por poner tan solo tres ejemplos?). Asimismo, otras voces han denunciado que la doctrina del acto claro desvirtúa la obligación de planteamiento proclamada por el tratado de funcionamiento de la Unión Europea, algo que la práctica parece confirmar, pues no son pocos los tribunales nacionales de última instancia que aplican la jurisprudencia de CILFIT, Como una regla general y no como una excepción produciendo con frecuencia situaciones de abuso que posteriormente son de difícil reparación.*

*Quizás por este motivo el tribunal de justicia se ha mostrado recientemente dispuesto a afinar el contenido de los criterios del CILFIT, o al menos a centrar su atención en aquellos requisitos cuyo cumplimiento puede exigirse razonablemente a los tribunales nacionales de última instancia. En el asunto Ferreira da Silva el tribunal de justicia esta destaco únicamente solo factor antes de constatar una violación de la doctrina del CILFIT el hecho de que el Tribunal Supremo portugués errara en la interpretación de una directiva y que lo hiciera en términos contradictorios con lo resuelto por otros tribunales supremos nacionales, pero también en un contexto que había dado origen a numerosas cuestiones prejudiciales, fue suficiente para que el tribunal de justicia constatar a la infracción de la obligación de planteamiento prevista en el artículo 267 párrafo tercero del tratado de funcionamiento de la Unión Europea. (...)"*

<sup>56</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, caso Sri Cilfit.

obligación de remitir la cuestión prejudicial ya sea en primera o en última instancia ante estos órganos, ya que tal obligación tiene su origen en la exclusividad de competencia de enjuiciamiento de la validez de los actos por parte de los tribunales de la unión.

Sin embargo, dicha obligación encuentra su excepción en dos eventos únicamente: el primero de ellos es cuando se faculta al órgano jurisdiccional nacional para que decrete medidas cautelares de suspensión del acto cuestionado entretanto se resuelva la cuestión por parte del tribunal de justicia y,<sup>57</sup> el segundo, se refiere al caso cuando un órgano cuyas decisiones admitan recurso se pronuncie sobre la validez del acto, es decir, cuando declare que el acto está en consonancia al derecho de la Unión<sup>58</sup>.

## **1.5 El procedimiento prejudicial en la Unión Europea**

Llegado este punto, resulta relevante el estudio de los aspectos procedimentales de la institución de la cuestión prejudicial en el marco de la Unión Europea. Para ello será pertinente analizar en el presente apartado los aspectos que a nuestro juicio revisten un papel preponderante para el entendimiento de su funcionamiento en la práctica. Por tal motivo, nos ocuparemos en reglón seguido del análisis de: i) el momento oportuno para su planteamiento; ii) su marco regulatorio y iii) el desarrollo de la fase escrita, oral, y deliberativa.

### **1.5.1 ¿El momento oportuno para su planteamiento?**

La cuestión prejudicial puede ser planteada en cualquier etapa del procedimiento ya que ninguna disposición de derecho interno puede entrar a limitar dicha facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales debido a que la remisión está condicionada por las características específicas de cada litigio<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso foto-frosty y hauptzollamt lübeck-ost, asunto 314/85 de petición prejudicial (22 de octubre de 1987).

<sup>58</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso Zuckerfabrik Süderdithmarschen Ag, asuntos acumulados c-143/88 (21 de febrero de 1991) y c-92/89 de petición prejudicial (21 de febrero de 1991).

<sup>59</sup> José Palacio, *El sistema judicial comunitario: perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso* (Bilbao: Editorial Universidad de Deusto, 1996), pp. 257-258.

No obstante, en el marco del procedimiento prejudicial la práctica ha mostrado que se advierte la necesidad de que el auto de remisión prejudicial recoja el cuadro factual y normativo en que se enmarca el litigio, planteando la cuestión prejudicial en una fase avanzada del procedimiento de manera que el juez comunitario tenga más elementos para emitir su decisión. En ese orden de ideas, no por ello se puede considerar limitada la facultad del órgano jurisdiccional de remitir las actuaciones al tribunal de justicia cuando lo estime necesario, ya que el momento en el que el juez nacional formuló una cuestión prejudicial obedece a consideraciones específicas del litigio en concreto<sup>60</sup>.

### 1.5.2 El marco regulatorio del procedimiento prejudicial

El marco regulatorio del procedimiento prejudicial se encuentra establecido principalmente en dos instrumentos, en el estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>61</sup> y el reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia<sup>62</sup>. En adición a estos

---

<sup>60</sup> Tribunal de justicia de la Comunidad Europea, Caso Irish creamery milk suppliers association y otros, asuntos 36/80 y 71/80 de petición prejudicial (10 de marzo de 1981). “(...) *La necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario útil para el Juez nacional exige, como ya declaró este Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de julio de 1979, Union laitière normande (244/78, Rec. p. 2663), que se defina el marco jurídico en el que debe situarse la interpretación solicitada. Desde esta perspectiva, puede ser ventajoso, según los casos, que los hechos del litigio estén acreditados y que los problemas de estricto Derecho nacional estén resueltos en el momento de la remisión al Tribunal de Justicia, de modo que éste conozca todos los elementos de hecho y de Derecho que pueden ser relevantes para la interpretación que se le solicita del Derecho Comunitario. No obstante, estas consideraciones no limitan en absoluto la facultad de apreciación del Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto y de las alegaciones de las partes, que debe asumir la responsabilidad de la futura solución del litigio, y que, de este modo, es quien se halla mejor situado para apreciar en qué fase del procedimiento necesita una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia. Resulta de ello, por tanto, que la elección por el Juez nacional del momento en el que plantea una cuestión con arreglo al artículo 177 responde a consideraciones de economía y de utilidad procesales, cuya apreciación incumbe a dicho Juez. Debe, por tanto, responderse a la primera cuestión planteada que, con arreglo 'al artículo 177, la decisión de en qué fase del procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional procede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia forma parte de la facultad de apreciación de dicho órgano jurisdiccional (...)*”.

<sup>61</sup> Protocolo número 3 sobre el estatuto del tribunal de justicia de la Unión Europea, 17 de diciembre de 2007.

<sup>62</sup> Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, 25 de septiembre de 2012.

se cuenta con una “nota informativa sobre el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por parte de los órganos jurisdiccionales internos”<sup>63</sup> el cual sirve como parámetro orientador del procedimiento prejudicial.

En dichas normas -citadas anteriormente- está previsto un procedimiento específico para las cuestiones prejudiciales que, en principio, comparte elementos similares con los demás recursos previstos en el ordenamiento jurídico comunitario europeo, pero que se distingue por tener una naturaleza jurídica diferente como ya lo habíamos analizado en apartados anteriores. Evidencia de ello es la reciente reglamentación que trae consigo el nuevo Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia, el cual regula en su título 3 las cuestiones prejudiciales, reconociendo con esto la importancia de esta institución en la dinámica del funcionamiento del Tribunal de Justicia<sup>64</sup>.

A rasgos generales el procedimiento prejudicial está instituido por una fase escrita y una fase oral. La regla establece en principio que el idioma del procedimiento en el tribunal de justicia es el que ha sido elegido por el demandante entre las lenguas oficiales de la Unión Europea. No obstante, tratándose del procedimiento prejudicial el idioma será la del órgano jurisdiccional nacional que plantee la cuestión prejudicial<sup>65</sup>.

### **1.5.3 La fase escrita del procedimiento prejudicial**

Conforme a lo establecido en el artículo 267 del TFUE, el órgano jurisdiccional nacional deberá decidir sobre la pertinencia de plantear una cuestión de carácter prejudicial. De esa manera, una vez ha decidido llevar a cabo la consulta deberá notificar al Tribunal de Justicia el acto mediante el que decreta la suspensión del procedimiento interno y acuerda plantear la cuestión<sup>66</sup>. Para estos efectos, el Tribunal de Justicia recomienda sencillez y claridad en la exposición de las preguntas ya que esto servirá de

---

<sup>63</sup>Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales c 160/01, 28 de mayo de 2011.

<sup>64</sup> Carlos Moreira González, *Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea* (Madrid: Difusión Jurídica, 2012), p. 82.

<sup>65</sup> Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia, Artículo 37.3.

<sup>66</sup> Estatuto del funcionamiento del Tribunal De Justicia, Artículo 25.

base a todo el procedimiento y será el documento que, una vez traducido, será remitido a las partes.

En adición a lo anterior, el reglamento del procedimiento del TJUE establece una serie requisitos<sup>67</sup> los cuales deben estar contenidos en la petición, además de las preguntas planteadas con carácter prejudicial. Dichos requisitos hacen referencia a: la exposición concisa del objeto del litigio y los hechos pertinentes del caso, la exposición de motivos que han llevado el juez nacional a plantearse la cuestión prejudicial de interpretación o validez y la relación existente a juicio del órgano nacional entre las disposiciones comunitarias cuestionadas y la normativa nacional aplicable al caso. En ese entendido una vez la remisión prejudicial es recibida por parte del tribunal esta será traducida a todas las lenguas oficiales de la unión enviándose copia a los estados miembros en su versión original y otra en su lengua oficial<sup>68</sup>.

En ese orden, el procedimiento continúa con la notificación de dicha resolución desde la Secretaría General Judicial a los estados miembros, a la comisión, así como a la institución u organismo de la unión que haya adoptado el acto cuya validez de interpretación se cuestiona, quiénes tendrán un plazo de dos meses a partir de entonces para formular sus alegaciones y observaciones escritas<sup>69</sup>. Por último, habrá lugar al nombramiento del magistrado ponente y designación del Abogado General encargado de elaborar las preceptivas conclusiones conforme a las reglas generales de procedimiento.<sup>70</sup>

#### **1.5.4 La fase oral del procedimiento prejudicial**

Una vez ha sido evacuada la fase escrita, el reglamento del Tribunal de Justicia dispone que el juez ponente debe realizar un informe previo para los otros jueces que componen la sala, dicho informe tiene el cometido de proponer a los miembros de la sala -de acuerdo con el Abogado General- aquellas medidas de naturaleza procesal que se

---

<sup>67</sup> Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia, Artículo 94.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, Artículo 98.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, Artículo 96.

<sup>70</sup> Virginia Pardo, *El sistema jurisdiccional de la unión europea* (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2013), p. 97.

deberían adoptar<sup>71</sup>. Presentado dicho informe y escuchado el Abogado General, el Tribunal decidirá el curso que debe darse a las propuestas del juez ponente, en este punto los interesados mencionados en el artículo 23 del estatuto TJUE juegan un papel determinante en el curso del procedimiento, ya que estos están facultados para presentar una solicitud motivada de celebración de una audiencia oral en el plazo de tres semanas a partir de notificada la declaración de finalización de la fase escrita del procedimiento.<sup>72</sup>

En el caso de que se dé viabilidad a la apertura de la fase oral, el tribunal elaborará un informe para la audiencia que se enviará a los participantes de esta fase del proceso, que para el caso particular de las cuestiones provinciales debe contener “una descripción del marco jurídico y fáctico del asunto y una relación de las cuestiones previsibles y en la respuesta que se proponen en las observaciones escritas presentadas pero no recuerdo en principio los argumentos desarrollados en apoyo a la respuesta propuestas”<sup>73</sup>. En el evento en que partes estimen que el informe para la audiencia presenta errores, dicha novedad deberá ser notificada al tribunal antes de la celebración de esta.

En ese entendido, en el curso de la audiencia se evacuará la presentación de las observaciones por parte de cada uno los interesados, y la lectura por parte del Abogado General de sus conclusiones, en las cuales realiza un análisis jurídico de las cuestiones planteadas, proponiendo ante el tribunal una respuesta de estas<sup>74</sup>. Posteriormente, el secretario procederá a levantar el acta de finalización de la audiencia que será un documento público y del que podrán obtener copias los interesados referidos del artículo 23 del estatuto del Tribunal<sup>75</sup>. Agotado esto, el presidente del tribunal declarará terminado la fase oral quedando evacuada esta fase del procedimiento.

---

<sup>71</sup> Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia, Artículo 59.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, Artículo 76.

<sup>73</sup> Guía para abogados y representante de las partes, apartado c.1.b.

<sup>74</sup> Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia, Artículo 89.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, Artículo 90.

### **1.5.5 La fase deliberativa y fallo**

Finalmente, el tribunal entrará a decidir de forma reservada hasta llegar a la construcción de un texto definitivo de sentencia<sup>76</sup>, la cual será puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional que planteo la cuestión. Dicha providencia será comunicada en audiencia pública y será de obligatorio cumplimiento desde el día de su comunicación<sup>77</sup>, opuesto a esto si su comunicación se da a través de auto, será imperativo desde el día de su notificación<sup>78</sup>.

De igual forma, vale la pena anotar que el tribunal puede resolver en cualquier momento a través de auto motivado a iniciativa del juez ponente, una vez ha sido escuchado el Abogado General, toda vez que la cuestión objeto de consulta sea igual en sus aspectos a otras cuestiones sobre las cuales el Tribunal haya conocido previamente. Esto siempre y cuando la solución pueda inferirse notoriamente de la jurisprudencia, o cuando la respuesta a la cuestión no genere alguna duda razonable<sup>79</sup>. Por último, debido a la gratuidad del procedimiento prejudicial el Tribunal de Justicia no hace referencia sobre las costas en su providencia, motivo por el cual, concierne al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre estas<sup>80</sup>.

### **1.6 Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y validez, y los remedios frente a su incumplimiento**

Según la jurisprudencia del TJUE las sentencias de carácter prejudicial son de obligatorio cumplimiento, en sus palabras "una sentencia por la que el tribunal se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por una institución de la comunidad vincula al juez nacional para la resolución del litigio

---

<sup>76</sup> Moreira, *Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*. Madrid, pp. 86-87.

<sup>77</sup> Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia. Artículo 88.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, Artículo 91.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, Artículo 93.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, Artículo 102.

principal”<sup>81</sup>. Esto implica que el órgano jurisdiccional interno deberá resolver el conflicto conforme a lo decidido por parte de este, bajo este razonamiento el juez decide sobre el proceso interno conforme a lo dispuesto en la sentencia de prejudicialidad, aplicando la norma comunitaria en el sentido que ha sido interpretada, en ese orden el juez decidirá si es lo conveniente conforme a los hechos y condiciones del proceso interno o, si por el contrario debe inaplicarse, pese a su relevancia con el caso si el Tribunal declara su invalidez. El efecto vinculante de la sentencia de prejudicialidad se predica no solo de su parte dispositiva, sino también de la parte motiva que conlleva ineludiblemente a ella<sup>82</sup>.

Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial es uno de los asuntos espinosos que erige la regulación de esta institución, ya que su desacato conduce necesariamente a la activación de los recursos pertinentes ya sean del orden nacional del Estado miembro, o de los previstos por el ordenamiento jurídico comunitario, ya que tal quebrantamiento es considerado como un incumplimiento por parte del Estado al que pertenece ese órgano jurisdiccional<sup>83</sup>. Orden seguido en relación a esta problemática vale la pena ilustrar los remedios jurídicos frente a esta situación de incumplimiento del derecho de la Unión Europea.

El primero de ellos es el de la acción por incumplimiento regulada en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual no ha sido el recurso más empleado en razón a asuntos de inconveniencia por parte de la Comisión de la Unión Europea, ya que este último tiene por cometido fomentar diálogos cooperativos con los jueces nacionales por vía coactiva<sup>84</sup>. Lo anterior no descarta la posibilidad de haber sido el mecanismo investido para oponerse a casos que ponían en tela de juicio la seguridad del orden jurídico comunitario europeo<sup>85</sup>, más específicamente, a lo que podría calificarse según Alonso García como políticas judiciales generalizadas contrarias el planteamiento

---

<sup>81</sup> Tribunal de Justicia de la comunidad europea, caso Wunsche, asunto 69/85 de consulta prejudicial (5 de marzo de 1986).

<sup>82</sup> Cienfuegos, “Consultas prejudiciales en la Comunidad andina Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, p. 55.

<sup>83</sup> José Macías Castaño, *La cuestión prejudicial europea y el tribunal constitucional, el asunto melloni* (Barcelona: Editorial atelier, 2014), pp. 54-55.

<sup>84</sup> Alonso, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, p. 171.

<sup>85</sup> Macías, *La cuestión prejudicial europea y el tribunal constitucional*, p. 55.

de las cuestiones prejudiciales<sup>86</sup> o para contrarrestar la eficacia de una línea jurisprudencial contraria al derecho de la Unión Europea<sup>87</sup>.

El segundo de ellos hace referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado por las infracciones de sus jueces y tribunales, el cual comprende las contravenciones con relación al incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>88</sup>. No obstante, la práctica prejudicial ha evidenciado que los recursos internos regulados en los ordenamientos jurídicos internos derivan una mayor efectividad, toda vez que el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión puede ser considerado una transgresión de orden constitucional del Estado miembro de la Unión Europea.<sup>89</sup>

Por las razones expuestas se puede comprender que la institución de la cuestión prejudicial juega un papel preponderante, esencial y significativo en el sistema judicial de la Unión Europea al ser una herramienta privilegiada de dialogo y cooperación entre las jurisdicciones nacionales y comunitarias, en la resolución de litigios sobre la interpretación o validez del derecho de la Unión Europea aplicable a un caso concreto<sup>90</sup>. Esto debido a que la aplicación de la institución de la cuestión prejudicial ha derivado resultados satisfactorios contribuyendo decisivamente a la clarificación y desarrollo progresivo del derecho comunitario europeo en un diverso catálogo de sectores<sup>91</sup>, posesionándola como la clave de bóveda que sustenta su estructura jurídica supranacional<sup>92</sup>.

---

<sup>86</sup> Alonso, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, p. 172.

<sup>87</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso comisión de las comunidades europeas y República Italiana, asunto c-129/00 de petición prejudicial (9 de diciembre de 2003).

<sup>88</sup> Tribunal de justicia de la Unión Europea, caso Kobler y Republica de Austria, asunto c-224/01 (30 septiembre de 2003).

<sup>89</sup> Macías, *La cuestión prejudicial europea y el tribunal constitucional*, p. 56.

<sup>90</sup> Valentín Bou Franch, *Introducción al Derecho de la Unión europea* (Navarra: Editorial Civitas, 2014), p. 398.

<sup>91</sup> Victoria Abellán, Blanca Vila, y Andreu Olesti Rayo, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo* (Barcelona: Editorial Ariel, 2011), p. 199.

<sup>92</sup> Cienfuegos, “Consultas prejudiciales en la Comunidad andina Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, p. 17.

## 2 LA INSTITUCIÓN DE LA CONSULTA PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

El tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, instituyó figura de la interpretación prejudicial<sup>93</sup> como el principal mecanismo de diálogo entre los jueces nacionales y la jurisdicción supranacional<sup>94</sup>, a través del cual un órgano jurisdiccional de los Estados Miembros podrá solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre aquellos casos en que deban aplicarse las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario<sup>95</sup>.

Dicho mecanismo fue inicialmente establecido para el alcance de los objetivos de integración del Acuerdo de Cartagena, lo cual contemplaba, por una parte, la armonización gradual de las políticas económicas y sociales y, por otra, la aproximación de las legislaciones de los estados miembros<sup>96</sup>, haciendo de carácter vital que la interpretación y aplicación de esas normas comunes a todos los Estados, se hiciera de manera uniforme por parte de los tribunales de cada Estado Miembro<sup>97</sup>.

Por esa razón, la institución de la interpretación prejudicial de la Comunidad Andina fue concebida como una herramienta que tiene por fin esencial la aplicación uniforme del derecho comunitario<sup>98</sup> a través de la intervención del Tribunal de Justicia<sup>99</sup>,

---

<sup>93</sup> Tratado de creación del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, Cartagena, Colombia, 28 de mayo de 1979. 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*”.

<sup>94</sup> Daniel Alejandro Perotti, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino". *Biblioteca Digital Andina* (2001): p. 1.

<sup>95</sup> Cienfuegos, “Consultas prejudiciales en la Comunidad andina Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, p. 42.

<sup>96</sup> María Antonieta Gálvez, “Comentarios Sobre la interpretación Prejudicial”. *Themis revista de derecho*. n° 42, (2001), 131-144, p.131.

<sup>97</sup> Manuel Pachón, “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario”. *Themis revista de derecho*, n° 23 (1992), p. 76.

<sup>98</sup> Perotti, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino", p. 1.

<sup>99</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 3 de diciembre de 1987 ., “(...) emitida en el caso 1-IP-87, Quito Ecuador “(...) *Es función básica de este*

el cual en el ejercicio de su función se le ha asignado garantizar la preminencia del derecho comunitario<sup>100</sup> sobre las normas de derecho interno de los estados miembros, ya que una vez este se pronuncia sobre la interpretación de las normas planteadas en cuestión, resulta obligatorio para los tribunales de los Estados miembros acogerse a los lineamientos de interpretación fijados por parte del tribunal de justicia en la sentencia de prejudicialidad<sup>101</sup>.

Vale la pena afirmar en este punto que, el régimen jurídico de las consultas prejudiciales andinas comparte elementos similares con el régimen de las cuestiones prejudiciales de la Unión Europea el cual fue objeto de estudio en la primera parte de este

---

*Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas “a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros” (art. 28 del Tratado de Creación del Tribunal), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales... Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las 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 (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional.(...)”.*

<sup>100</sup> *Ibíd., (...) el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la “validez plena” de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia (...).”.*

<sup>101</sup> *Ibíd., “(...) la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración. Así lo dispone el artículo 31 del Tratado en los siguientes términos: “El Juez que conozca del proceso deberá adoptar la decisión del Tribunal (...)”.*

apartado, teniendo en cuenta que el régimen de la CAN ha inspirado su construcción bajo el modelo de la UE<sup>102</sup>. No obstante, para responder a la pregunta problema planteada inicialmente a cerca de las posibles diferencias que se podrían evidenciar entre un régimen y otro procederemos a analizar los mismos aspectos ya estudiados en el régimen comunitario de la Unión Europea, a la luz del orden comunitario andino, como son: (i) su marco regulatorio; (ii) su naturaleza jurídica; (iii) su objeto; (iv) la legitimación por activa de las consultas prejudiciales; (v) la distinción entre la interpretación prejudicial facultativa y obligatoria ; (vi) el procedimiento ante el tribunal de justicia, y (vii) los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y validez, y los recursos frente a su incumplimiento. Esto con el cometido de identificar las eventuales disparidades entre los dos regímenes, de la mano con del análisis de la institución en la Comunidad Andina.

## **2.1 El marco regulatorio de la figura interpretación prejudicial**

El marco regulatorio de la institución de la interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino se encuentra establecido principalmente en cuatro instrumentos jurídicos: el Acuerdo de Cartagena de Indias de 28 de mayo de 1979 el cual instituyó al Tribunal de Justicia de la CAN<sup>103</sup> ; el Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el cual reguló las cuestiones prejudiciales en los artículos 32 a 36<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Cienfuegos, “Cuestiones prejudiciales en la unión europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, p. 25.

<sup>103</sup> Tratado de creación del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, 28 de mayo de 1979. “*El tratado entro en vigor el 19 de mayo de 1983, reformado posteriormente por el protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, firmado en Trujillo el 10 de marzo de 1996, vigente desde el 2 de junio de 1997 y esencialmente por el protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, suscrito en Cochabamba el 28 de mayo de 1996, en vigor desde el 25 de agosto de 1999*”.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, 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.*

*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*

; y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>105</sup> ETJCA. Posteriormente, con el cometido de precisar elementos relativos a su organización y funcionamiento, fue aprobado el reglamento del Tribunal de Justicia de la CAN RTJCA, el 18 de mayo de 2004, vigente desde el 27 de mayo de 2004, el cual reguló disposiciones aplicables a la hora de resolver sobre las cuestiones de interpretación prejudicial remitidas ante este.

En adición, se cuenta con una herramienta auxiliar denominada, nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales NITJCA, la cual tiene el cometido de agilizar el agotamiento de las consultas prejudiciales por parte de jurisdicciones internas de los países miembros de la Comunidad Andina<sup>106</sup>. Sin embargo, a pesar de no revestir carácter vinculante, el Tribunal de Justicia de la CAN ha manifestado en su jurisprudencia la inobservancia de esta por parte los jueces internos, exhortándolos acerca de su uso para casos posteriores.<sup>107</sup>

---

*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.*

*Artículo 34. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante, lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.*

*Artículo 35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.*

*Artículo 36. Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección”.*

<sup>105</sup> Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500, de 22 de junio de 2001, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Dicho instrumento deroga la decisión 184, de la Comisión de la CAN, del 19 de agosto de 1983, desde su entrada en vigor el 28 de julio de 2001.

<sup>106</sup> Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 3 de agosto de 2001.

<sup>107</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 30 de marzo de octubre de 2005, emitido en caso 31-IP-2005, Quito Ecuador.

## **2.2 La naturaleza jurídica de la institución de la consulta prejudicial andina**

Tanto en el ámbito del derecho de la Unión Europea como el derecho comunitario andino, se erigió que el juez interno de cada uno de los estados miembros debe ser el juez que resuelva todos los conflictos surgidos en el que está de por medio una norma derecho comunitario, sea que el conflicto se suscite entre dos particulares o entre un particular y el respectivo Estado Miembro<sup>108</sup>. En ese orden de ideas, una vez se pone en marcha el procedimiento de interpretación prejudicial, se constituye la sujeción del juez interno al juez comunitario en el entendido que se trata de un mecanismo de colaboración que consiste en la actuación compartida entre el Tribunal de Justicia y el juez interno, en donde al primero le compete interpretar el derecho comunitario, siendo el segundo el instituido para la interpretación y aplicación del derecho nacional al litigio en concreto y de aplicar el derecho comunitario en la sentido como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la CAN<sup>109</sup>.

En ese orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la CAN fue preciso en definir la naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial, en relación con el primer caso de cuestión prejudicial que le fue planteado, ha señalado que “por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al tribunal comunitario para que este le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del derecho de la integración”<sup>110</sup>.

## **2.3 El objeto de la consulta prejudicial andina y su diferencia en relación con el derecho de la Unión Europea**

En relación con el objeto de la consulta prejudicial en el derecho comunitario andino es preciso afirmar que no hay restricción en relación alguna a las normas

---

<sup>108</sup>Manuel Pachón, “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario”. *Themis revista de derecho* n° 23 (1992): p. 78.

<sup>109</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 3 de diciembre de 1987. Quito Ecuador.

<sup>110</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 15 de mayo de 1989, emitida en el caso 1-IP-89, Quito Ecuador.

comunitarias que son objeto de interpretación ya que el mismo tribunal de justicia ha establecido en su jurisprudencia que:

“Cualquier juez de un país miembro puede de oficio o a petición de parte solicitar a este Tribunal de Justicia la interpretación de los principios y normas que integran el ordenamiento jurídico de la comunidad andina contenidas en el Acuerdo de Cartagena; sus protocolos, instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andino, y en todos aquellos casos en que el citado ordenamiento va a ser aplicado o sea controvertido por las partes en un proceso interno”<sup>111</sup>.

De lo anterior entonces se puede concluir a partir de un análisis normativo, que la interpretación prejudicial en materia de derecho comunitario andino recae tanto sobre el derecho comunitario originario como el derecho derivado. Dicho esto, vale pena plantearse un interrogante ¿Supone la interpretación prejudicial en el marco del derecho comunitario andino el análisis de la validez de la norma jurídica comunitaria? La respuesta frente a esto es negativa, ya que la interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino no supone el examen de validez de la norma jurídica comunitaria, a diferencia de lo que sí ocurre en el derecho de la Unión Europea donde ello si procede.

En ese sentido, entretanto es posible en la Unión Europea solicitar la interpretación y la anulación, en la CAN ello constituye dos actuaciones diferentes, siendo el régimen andino más especializado y adecuado, dado su carácter exclusivo de

---

<sup>111</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 24 de noviembre de 1989, emitida en el caso número 07-IP-89, Quito Ecuador.

interpretación , el cual no comporta función judicial, como el caso de la anulación que por su naturaleza suscita la realización de una tutela declarativa constitutiva<sup>112</sup>.

De esta manera, entonces, ha quedado evidenciada la primera diferencia entre la institución de la cuestión prejudicial en el Derecho de La Unión Europea y el Derecho Comunitario Andino, en relación con el margen de su objeto, el cual, si bien en el primero comporta un doble cometido, en el segundo se ocupa únicamente de la interpretación de las normas.

#### **2.4 La legitimación por activa para el planteamiento de cuestiones prejudiciales: La facultad de las partes como elemento diferenciador con la UE**

Del análisis de los artículos 122 y 123 del Estatuto de Funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se puede comprender que la solicitud de interpretación prejudicial puede ser de dos formas: de oficio, es decir, provenir por parte del juez de uno de los países miembros de la CAN, o a petición de parte procesal siempre y cuando se encuentre frente a un proceso nacional de única instancia. En este punto vale anotar una diferencia en relación con el régimen de la Unión Europea, ya que como analizamos en su respectivo momento, el derecho comunitario europeo faculta únicamente a los órganos jurisdiccionales de sus Estados, para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, mientras que, en el derecho comunitario de la CAN, es posible que en el curso de un proceso al interior de los estados miembros se pueda elevar la consulta prejudicial a solicitud de parte.

La petición podrá ser tramitada en cualquier momento del proceso judicial nacional en curso y hasta antes de que se profiera sentencia, sin embargo, de acuerdo a los criterios fijados por el Tribunal de Justicia<sup>113</sup>, resulta lógico que la solicitud de interpretación prejudicial sea tramitada cuando procesalmente y de acuerdo a las normas

---

<sup>112</sup> Julia Victoria Montaña, y Sara Quintero Sánchez, *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, ¿un Nuevo orden Procesal?* (Medellín.: Universidad ICESI: 2011), pp. 82-88.

<sup>113</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 29 de agosto de 1997, emitida en el caso 11-IP-96, Quito Ecuador.

del ordenamiento jurídico del Estado miembro, resulte viable el trámite de dicho incidente, el cual debe hacerse preferiblemente cuando el proceso se encuentre listo para dictar sentencia de fondo con el objetivo de permitir que se aporten criterios de interpretación que sirvan de herramienta al juez al momento de fallar<sup>114</sup>.

La petición debe ir referida a la interpretación prejudicial de las normas comunitarias cuya aplicación sea concreta y necesaria en el proceso judicial interno, lo que significa que la interpretación debe solicitarse en concreto y no en abstracto, es decir, indicando puntualmente las normas sobre las cuales se requiere un pronunciamiento por parte del Tribunal, de otro modo de no indicarse con exactitud las normas en cuestión, la petición estará viciada<sup>115</sup> y, por tal motivo, el Tribunal procederá a rechazarla<sup>116</sup>.

## **2.5 La interpretación de carácter facultativa y obligatoria en la CAN y su rechazo frente a la teoría del acto claro y el acto aclarado planteada por el derecho de la Unión Europea**

La institución de la interpretación prejudicial andina está diseñada bajo la estructura de una especial relación de lealtad y cooperación entre las jurisdicciones de ambos ordenes, tanto del juez nacional como del juez comunitario<sup>117</sup>. De manera que una vez requerida, es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia, determinar cuáles son las normas susceptibles de interpretación, adicionando o restringiendo según el asunto de que se trate, el acervo de las normas sugeridas o no por el requirente<sup>118</sup>.

Orden seguido resulta pertinente señalar que el Tratado de Creación Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, diferencia entre dos tipos de interpretación

---

<sup>114</sup> Tratado de creación del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, 28 de mayo de 1979. Artículo 33.

<sup>115</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 15 de mayo de 1989.

<sup>116</sup> Montaña y Quintero. *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*, p. 83.

<sup>117</sup> Perotti, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino", p. 2.

<sup>118</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 11 de octubre de 1994, emitida en el caso 1-IP-94, Quito Ecuador.

prejudicial<sup>119</sup>, la interpretación de carácter obligatorio<sup>120</sup>, y la interpretación de carácter facultativo<sup>121</sup>. La primera hace referencia a aquellos eventos en que la providencia de derecho interno no es susceptible de ser recurrida, y la segunda, para los casos en que la providencia de derecho interno es susceptible de ser atacada por recurso judicial de acuerdo con las normas de procesales de cada Estado miembro. En ese entendido frente a la interpretación de carácter obligatorio el juez deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal, mientras que en la de carácter facultativo, dependerá de la potestad del juez para remitir la consulta prejudicial respectiva, ya que, si se decidiera a hacerlo, el proceso no se verá suspendido ya que la decisión del juez nacional puede ser recurrida.

Los recursos a los que hace referencia el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN son los recursos de carácter ordinario. En ese entendido si en las normas procesales de derecho interno tienen lugar los recursos de carácter extraordinario, la interpretación prejudicial será obligatoria, en ese entendido si el asunto es suspicaz de doble instancia, la interpretación para el *a-quo* será facultativa, pero para *ad-quem* será obligatoria como lo será igualmente en los procesos de única instancia<sup>122</sup>. Bajo esa premisa la regulación de un recurso ordinario en el derecho interno, que permita realizar

---

<sup>119</sup>Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 28 de mayo de 1979. Artículo 33.

<sup>120</sup> Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, decisión 500. Artículo 123 “*Consulta obligatoria De oficio o a petición de parte. el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal*”.

<sup>121</sup> Estatuto del tribunal de justicia de la comunidad andina, decisión 500. Artículo 123 “*Consulta facultativa. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso*”.

<sup>122</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 20 de agosto de 1999, emitida en el caso 30-IP-99, Quito Ecuador.

la interpretación de la norma aplicable, convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial que -inicialmente- era de carácter obligatoria.<sup>123</sup>

Llegado este punto, resulta menester citar el siguiente cuadro comparativo establecido en la sentencia de interpretación prejudicial 57-IP-2012, en el cual se sintetiza las características propias de la figura de interpretación prejudicial tanto facultativa como obligatoria <sup>124</sup>.

*Tabla 1. Características de la figura de la interpretación prejudicial*

| FACULTATIVA  | OBLIGATORIA  |
|--|--|
| Solicitud facultativa: El juez de instancia no está obligado a solicitarla.  | Solicitud obligatoria: El juez de única o última instancia ordinaria está obligado a solicitarla.  |
| Su aplicación es obligatoria: si bien el juez de instancia no está obligado a solicitarla, una vez requerida y expedida sí tiene el deber de acatarla al resolver el caso concreto.  | Su aplicación es obligatoria: una vez expedida la interpretación prejudicial debe ser acatada para resolver el caso concreto.  |
| Es una herramienta directa: el juez de instancia puede acudir directamente ante el Tribunal sin necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia. No es necesario que se haga por medio de un exhorto o cualquier otra forma para recaudar información en el exterior, se puede requerir con un simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. | Es una herramienta directa: el juez de última instancia ordinaria puede acudir directamente al Tribunal sin necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia. No es requisito que se haga por medio de un exhorto o cualquier otra forma para recaudar información en el exterior, se puede requerir con un simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. |
| No es una prueba. En el proceso no tiene carácter probatorio. Su naturaleza es de un incidente procesal, pero en el caso de  | No es una prueba. En el proceso no tiene carácter probatorio. Su naturaleza es de un incidente procesal. Suspende el proceso.  |

<sup>123</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 26 de septiembre de 1990, emitida en el caso 03-IP-90, Quito Ecuador.

<sup>124</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación Prejudicial del 11 de julio de 2012, emitida en el proceso 57-IP-2012, Quito, Ecuador.

|   |  |
|---|--|
| <p>solicitud facultativa no suspende el proceso. La nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales, en el punto 5 establece lo siguiente:</p> <p><i>“La interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso”.</i></p>  |  |
| <p>Se puede solicitar en cualquier momento antes de emitir sentencia, pero su solicitud “no” suspende el proceso. Si llegare el momento de dictar sentencia y no se hubiere recibido la interpretación prejudicial, el juez nacional debe resolver el asunto.</p> <p>De conformidad con lo anterior, es recomendable que el juez solicite la interpretación prejudicial en un momento procesal relativamente alejado de la sentencia. De todas maneras, debe tener en cuenta que para hacer la consulta debe contar con todos elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</p> | <p>Se puede solicitar en cualquier momento antes de emitir sentencia y su solicitud suspende el proceso. Hasta tanto el juez nacional no reciba la interpretación prejudicial el proceso debe quedar suspendido.</p> <p>Aunque la interpretación prejudicial se puede solicitar en cualquier momento, es recomendable que se haga cuando el juez tenga todos los elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</p> |

**Fuente:** Sentencia de interpretación prejudicial 57-IP-2012- del TJCA.

Resulta relevante en este punto, hacer referencia a la discusión que se ha dado en la Unión Europea, acerca de si la cuestión prejudicial resulta obligatoria únicamente para los órganos de cierre o, si, por el contrario, resulta obligatoria también para los tribunales en los eventos que emitan una sentencia irrecurrible<sup>125</sup>. Frente al cuestionamiento han surgido dos teorías: la primera de ellas conocida como la teoría orgánica, la cual hace referencia a que la obligatoriedad del reenvío prejudicial radica únicamente en cabeza de los órganos jurisdiccionales que ocupen la máxima jerarquía dentro de la estructura nacional, justificando su razonamiento en que son únicamente estos órganos quienes sientan jurisprudencia. Por su parte, está la teoría del litigio en concreto la cual tiene en cuenta el asunto en causa, dejando de lado la ubicación jerárquica del juez, lo cual supone que en determinada sentencia de cualquier tribunal que no sea susceptible de ser

---

<sup>125</sup> Perotti, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino", p. 12. "(...) Cobra trascendencia la discusión que se ha dado en la Comunidad Europea sobre la cuestión de saber si la obligación de consulta recae (i) bien únicamente sobre las Cortes y Tribunales Supremos de los Estados (ejemplo Corte Suprema de Justicia, Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal Supremo Electoral, Tribunal Constitucional, etc.) contra cuyas decisiones, en líneas generales, no existen vías recursivas, o (ii) bien la misma debe ser entendida en forma individual y por lo tanto afectar a todos los tribunales cuando en el caso concreto su decisión sea irrecurrible (ejemplo Tribunal que atiende e causas de menor cuantía). En este último supuesto, el juez en referencia, aun cuando no se ubica en un grado superior del poder judicial, constituiría la instancia última de la causa en la cual se suscita la aplicación de la normativa andina. En este debate se han propuesto dos posiciones:

(a) *Teoría orgánica*: sostiene que la imperatividad del reenvío sólo nace en cabeza de los órganos jurisdiccionales que ocupan la máxima jerarquía dentro de la estructura nacional, es decir que atiende a la posición del tribunal dentro del organigrama del poder judicial. La concepción que trasunta esta opinión es eminentemente abstracta y realiza una proyección global del asunto con entera prescindencia de la individualidad del proceso en el cual se hace necesaria la aplicación de la norma comunitaria. Entre los fundamentos que se han esgrimido en su defensa, figuran: la necesidad de evitar un colapso en la administración de la justicia comunitaria que sería el resultado de ampliar la legitimación activa obligatoria para realizar la consulta a todos los jueces nacionales, además son estos tribunales (Superiores) los que sientan la jurisprudencia constante en el territorio de cada uno de los Estados miembros.

(b) *Teoría del litigio concreto*: al contrario del razonamiento anterior, toma en cuenta el asunto en causa, con independencia de la ubicación del juez en la pirámide jerárquica, de manera que lo determinante será si en dicho asunto -y no en abstracto- la sentencia del tribunal nacional adquiere el carácter de inatacable por recurso alguno; la consecuencia es que, en principio, cualquier órgano jurisdiccional tendrá eventualmente vocación para ser alcanzado por el deber de plantear la interpretación prejudicial. (...)"

recurrida, el juez deberá obligatoriamente solicitar la interpretación prejudicial. Dicha teoría en consideración a lo dispuesto en las normas el Tratado de Creación del Tribunal de la CAN es la que acoge el ordenamiento andino<sup>126</sup>.

Visto lo anterior, resulta trascendental analizar a rasgos generales, los motivos por los cuales el Tribunal de Justicia de la CAN se aparta de la aplicación de la teoría de acto claro y el acto aclarado, siendo este otro de los puntos en que se diferencia con el Derecho de la Unión Europea .

En primer lugar, en lo referente a la teoría del acto claro, según cual el juez nacional al no evidenciar duda alguna sobre la interpretación de la norma comunitaria decide no remitir la consulta prejudicial, el Tribunal de Justicia de la CAN ha manifestado que la interpretación que realiza es para cada caso concreto, razón por la cual, dicha teoría no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino, debiendo el juez nacional solicitar su interpretación a pesar de haberla considerado clara<sup>127</sup>.

En segundo lugar, respecto de la teoría del acto aclarado, la cual habíamos analizado en el apartado referente a la cuestión prejudicial europea, que consiste principalmente en que, si el Tribunal de Justicia realizó previamente la interpretación prejudicial a la norma comunitaria cuestionada, el juez del orden nacional no tendrá que solicitar la interpretación así la sentencia no sea susceptible de ser atacada con recurso. En ese entendido, en lo que respecta al derecho comunitario andino, cada vez que se vaya a aplicar dicha norma comunitaria para casos similares o cuando las partes deliberen sobre la aplicación del derecho comunitario sobre el caso, habrá lugar a plantear la cuestión prejudicial nuevamente, evento en el que el juez comunitario podrá fijar parámetros de interpretación distintos si encuentra mérito para ello<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Montaña y Quintero. *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*, p. 50.

<sup>127</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 15 de septiembre de 1995, emitida en el caso 04-IP-94, Quito Ecuador.

<sup>128</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de interpretación prejudicial del 24 de noviembre de 1989 emitido en el caso 7-IP-89, Quito Ecuador.

## **2.6 Los aspectos procedimentales de la acción de interpretación prejudicial y su diferencia con el procedimiento establecido para las cuestiones prejudiciales en la Unión Europea**

Tal y como fue analizado en reglones anteriores, el procedimiento de la cuestión prejudicial en la UE, se caracteriza por contener una fase escrita y una fase oral, en la que se permite la participación de terceros interesados en la resolución de las cuestiones planteadas ante el Tribunal, permitiéndoles sustentar dichas recomendaciones en la celebración de audiencias públicas. Sin embargo, como entraremos a ver en relación con el procedimiento en la CAN, este se caracteriza por ser netamente escritural pero, no por ello menos expedito, ya que en la CAN el juez cuenta con un término de 30 días para la emitir sentencia de prejudicialidad, situación que no ocurre con el procedimiento en la UE, toda vez que el juez, no cuenta con un término para emitir sentencia, y debe además agotar ciertas tareas como lo es la traducción de la solicitud en los diferentes idiomas de los Estados miembros de la Unión.

Conforme a lo establecido en el artículo 126 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN, una vez es recibida la solicitud de interpretación prejudicial el secretario la sellará dejando constancia de la fecha de presentación y recepción, remitiéndola posteriormente al presidente para su consideración por el Tribunal. Una vez el tribunal ha recibido la solicitud, esta le será asignada a los magistrados por medio de sorteos independientes que se realizarán según la naturaleza del asunto. Dicho procedimiento se lleva a cabo con el cometido que a cada magistrado se le asigne, en cada tipo de causas, la sustentación de un número igual al que corresponde a los demás magistrados para que dentro del término de treinta días siguientes a la admisión de solicitud de IP por el Tribunal se dicte sentencia <sup>129</sup>. Agotado lo anterior el proceso debe ser adelantado a partir de las fases que se exponen a continuación.

En primer lugar, se le da un número al proceso. Se establece si de la solicitud IP y sus anexos se desprende el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 33 del tratado de la creación del TJCA y el artículo 125 del estatuto y si, entonces, de haberse

---

<sup>129</sup> Reglamento Interno del Tribunal de Justicia, Artículo 23.

cumplido con los requisitos se estima procedente la IP. En segundo lugar, se establecen los antecedentes, los cuales consisten en destacar algunos puntos fundamentales del proceso interno que dieron lugar a la IP. Tercero se establece la competencia atendiendo a la pertinencia o no de las normas objeto de intérprete de IP al ordenamiento jurídico de la CAN. Cuarto se determina las normas del ordenamiento jurídico comunitario a ser interpretadas. Quinto, en relación con las consideraciones, se enumeran los aspectos que se tendrían en cuenta para realizar la IP y acto seguido se desarrollan dichos aspectos. Sexto conclusiones del TJCA y séptimo firma de los magistrados<sup>130</sup>.

## **2.7 Los efectos de las sentencias prejudiciales de interpretación en la CAN y los recursos frente a su incumplimiento**

Conforme a lo establecido en el artículo 35 del Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia de la CAN y 127 del estatuto del Tribunal de Justicia de CAN, la sentencia de prejudicialidad reviste el carácter de obligatoria, de manera tal que el juez nacional está obligado a acatarla en el momento de emitir fallo si considera que la normativa comunitaria es aplicable al caso de la forma como ha sido interpretada previamente por el Tribunal.

El efecto en relación con obligatoriedad de la sentencia de interpretación prejudicial es de carácter *inter partes*<sup>131</sup> y no de carácter *erga omnes*, esto debido a que la interpretación establecida por parte el tribunal comunitario rige solo para el caso objeto de consulta y, por lo tanto, no exime al juez nacional del deber de consultar casos equivalentes y semejantes<sup>132</sup>. Comporta esto otra diferencia constatada en relación con el régimen de la UE, en el cual, la sentencia emitida en el marco de una cuestión prejudicial

---

<sup>130</sup> Julia Victoria Montaña , y, Sara Quintero Sánchez. *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, ¿un Nuevo orden Procesal?* Colombia. Universidad ICESI. 2011, 92.

<sup>131</sup> Roberto Chambi, “La interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: el caso boliviano... ¿incumplimiento?”. *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, n° 1 (2003): p. 95.

<sup>132</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 3 de diciembre de 1987 emitida en el caso número 1-IP-87, Quito Ecuador.

es de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pertenecientes a la Unión Europea.

En relación con el carácter obligatorio de las sentencias prejudiciales, es pertinente hacer una aclaración, y es que el incumplimiento en relación con el sistema prejudicial no puede ser entendido como el simple desacato de la providencia emitida por parte del juez del Tribunal de Justicia, ya que en aquellos eventos en que la jurisdicción haya planteado cuestiones prejudiciales de carácter obligatorio, sin suspender el litigio interno y decida resolver el caso sin respuesta a la cuestión planteada, también será considerado como una forma incumplimiento del derecho comunitario andino.<sup>133</sup>

Ahora bien, en lo atinente a los recursos, tal y como fue analizado a la luz del derecho de la Unión Europea, son procedentes en contra del incumplimiento de la sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia, los recursos judiciales nacionales que sean aplicables según el grado jurisdiccional, tales como los de apelación, casación y amparo<sup>134</sup>. Esto sin perjuicio de los demás remedios consagrados en el Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la CAN.

El primero de ellos es el recurso de incumplimiento consagrado en los artículos 23 a 28 del TJCA, el cual la Secretaría General, cualquier país miembro y las personas físicas y jurídicas afectadas estarán legitimados para interponerlo. Bajo este supuesto resulta pertinente advertir que, en relación con la legitimación por activa frente al recurso por incumplimiento, la normativa comunitaria andina permite que los particulares puedan

---

<sup>133</sup> Perotti, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino", p.16. "(...) *Un supuesto de "incumplimiento" de esta obligación de paralizar el proceso nacional, en el marco del cual se ha efectuado un reenvío de interpretación al Tribunal de Justicia, lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en el asunto relativo a la revisión de la ley aprobatoria del Convenio de París (sobre Protección de la Propiedad industrial). En el mencionado procedimiento la Corte, por decisión de 20 de noviembre de 1995, remitió una consulta prejudicial sobre la compatibilidad del art. 1 del Convenio con los arts. 6 y 7 de la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina, disponiendo, además de la suspensión del proceso de revisión constitucional, que el Tribunal Andino debería responder en un plazo de cuarenta y cinco (45) días. Vencido el término referido, sin que el TJCA emitiera la consulta, la Corte en Pleno decidió dictar su sentencia incumpliendo su obligación de aguardar la respuesta prejudicial (...)*".

<sup>134</sup> Cienfuegos, "Consultas prejudiciales en la Comunidad andina y Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea", p. 78.

interponer dicho recurso, ya que a diferencia de lo que ocurre con la Unión Europea, solo están legitimados la Comisión y los Estados miembros. El segundo de ellos hace referencia a la petición de daños y perjuicios en los términos del artículo 30<sup>135</sup> del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la CAN y, el tercero, contempla la posibilidad de acudir ante los tribunales nacionales competentes cuando se incumpla lo establecido en artículo cuarto del TCTJCA por parte del algún Estado Miembro <sup>136</sup>, siempre y cuando dicho incumplimiento genere la afectación algún derecho.

## **2.8 Diferencias entre el sistema prejudicial europeo y andino a partir de sus aspectos más relevantes**

Decantado el análisis que comporta el marco de regulación de las instituciones pertenecientes al sistema prejudicial de la Comunidad Andina y la Unión Europea, resulta pertinente referenciar el siguiente cuadro de diferencias entre ambas instituciones a partir del estudio de los aspectos examinados durante este primer capítulo haciendo énfasis en los siguientes aspectos: objeto; legitimación para su planteamiento; aplicación de la doctrina del acto claro y acto aclarado; procedimiento, y efecto de las decisiones en relación con el orden comunitario.

Así las cosas, los aspectos allí encontrados son una manifestación clara de que, si bien el modelo regional andino de interpretación prejudicial fue inspirado en el modelo europeo, el sistema ha sido adaptado conforme a las particularidades de nuestro propio proceso de integración, especialmente a los caracteres de cada uno de sus Estados miembros.

---

<sup>135</sup> Tratado de creación del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, 28 de mayo de 1979. Artículo 30 “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, Artículo 31. “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

**Tabla 2. Diferencias entre la CAN y la UE respecto del sistema prejudicial.**

|   | COMUNIDAD ANDINA<br>INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL  | UNIÓN EUROPEA<br>CONSULTA PREJUDICIAL   |
|---|---|---|
| <b>Objeto</b>   | La interpretación prejudicial de la CAN versa únicamente sobre el cuerpo de normas consultadas ante el Tribunal de Justicia.  | Las cuestiones prejudiciales pueden versar si bien sobre la interpretación de las normas de derecho comunitario, o sobre la validez de los actos de sus instituciones.  |
| <b>Legitimación para su planteamiento</b>                       | Las partes inmersas en un conflicto interno pueden solicitar al juez nacional, la petición de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia, toda vez que de la jurisdicción interna el proceso en el que deba aplicarse la normativa comunitaria no sea susceptible de ser recurrido mediante recurso, es decir el caso en que la petición revista el carácter de obligatorio  | Es potestativo del juez nacional elevar las cuestiones prejudiciales, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin posibilidad de que las partes soliciten al juez nacional la consulta prejudicial.   |
| <b>Aplicación de la doctrina del acto claro y acto aclarado</b> | Los efectos de las decisiones se surten para cada caso en particular, por tal motivo resulta obligatorio para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la CAN, el planteamiento de la consulta prejudicial respectiva, sin importar si previamente ya se conocieron casos con condiciones similares, o si no existen dudas acerca de la interpretación de las normas, ya que el juez comunitario está en la facultad de fijar nuevos parámetros de interpretación para cada caso en particular | La teoría del acto claro y acto aclarado, desarrollada por creación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mantienen su aplicación para asuntos en que exista una jurisprudencia previa del TJUE aplicable por la similitud de los hechos y la normativa aplicable.  |
| <b>Procedimiento</b>  | El procedimiento prejudicial andino se caracteriza por ser un procedimiento netamente escrito, en donde el juez comunitario tiene 30 días para emitir su sentencia de prejudicialidad.  | En la Unión Europea, este se caracteriza por ser un procedimiento compuesto por una fase oral y escrita, diseñado de tal forma que permite la participación de terceros interesados y que, además, comporta una serie de cargas que lo hacen menos expedito que el procedimiento de las consultas prejudiciales de la Comunidad Andina. |
| <b>Efectos de las decisiones</b>                                | Las sentencias emitidas en relación con las consultas de interpretación prejudicial revisten el efecto inter partes, en donde el juez a pesar de evidenciar casos similares deberá fijar los parámetros interpretativos para cada caso. Por lo tanto, la sentencia aplica para cada caso en particular.   | En la Unión Europea son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales pertenecientes a los Estados miembros, es decir son erga omnes.   |

*Fuente: elaboración propia*

**CAPÍTULO II- LA OPERATIVIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE LA  
INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL MARCO DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO: ANÁLISIS DE SU PROCESO EVOLUTIVO  
DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA.**

La consolidación de la institución de la interpretación prejudicial de la Comunidad Andina como elemento esencial de su estructura jurisdiccional, ha desarrollado un rol de carácter crucial en torno a fortalecer la institucionalidad del derecho comunitario, en la medida que este asevera la interpretación y aplicación uniforme de las normas del orden jurídico andino<sup>137</sup>, transformando de forma automática en jueces comunitarios a los jueces de nacionales de los Estados Miembros, logrando instituir el establecimiento de un mecanismo de cooperación con las instituciones jurídicas nacionales<sup>138</sup>.

La aceptación de dicha premisa resulta en principio un tanto lógica, en observancia de los postulados analizados en el capítulo anterior del presente trabajo de investigación, en el cual, desde la óptica de las organizaciones supranacionales de integración, analizó su desarrollo y estructura partiendo del análisis de la influencia jurídica otorgada por parte del régimen del derecho de la Unión Europea en la construcción del modelo andino<sup>139</sup>.

Sin embargo, la lectura detenida del postulado en cuestión denota un paradigma aún no estudiado y que merece ser comprendido, relativo a la incorporación de la consulta prejudicial andina a los ordenamientos internos. Lo anterior, en atención a que el surgimiento de esta nueva forma de organización como entidad jurídica supranacional ha dado lugar al replanteamiento de las relaciones jurídicas de los derechos internos de los

---

<sup>137</sup> Andrea Cubillos Hernández, *Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2019), p. 80.

<sup>138</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia” (versión digital, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004), pp. 100-101.

<sup>139</sup> Karen J. Alter, y Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* (New York, Oxford University Press, 2017), p. 25.

Estados miembros, hacia relaciones más estrechas con el derecho internacional<sup>140</sup>, las cuales resultan clave para el entendimiento de la funcionalidad y evolución de la interpretación prejudicial desde la creación del Tribunal de Justicia de Quito, ya que su conocimiento permite comprender la forma como el Estado Colombiano a través de sus instituciones, específicamente, en materia de derecho administrativo, ha logrado ser participe en dicho proceso dando lugar a la globalización de las relaciones jurídicas<sup>141</sup>.

Señalado lo anterior, para efectos de lo que concierne al desarrollo presente acápite resulta relevante afirmar entonces que los esquemas de integración se caracterizan por hacer una cesión de sus competencias constitucionales internas, a órganos que pertenecen a la misma estructura de integración. En ese sentido dicha cesión da lugar a que se configure todo un sistema de normas con origen en las autoridades de carácter comunitario que revisten el carácter de imperativo cumplimiento al interior de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, por parte de las autoridades públicas y sus ciudadanos<sup>142</sup>, las cuales detentan una trascendental influencia en el derecho administrativo, en la medida que los receptores de la norma son generalmente las administraciones públicas y los ciudadanos de los Estados que se relacionan con ellas<sup>143</sup>.

Así las cosas, la puesta en marcha del sistema prejudicial andino supone entonces la participación automática de las instituciones del derecho administrativo a través sus operadores jurídicos, para que mediante el establecimiento un sistema de cooperación y comunicación, aseguren el debido cumplimiento de las normas comunitarias de la mano con los jueces supranacionales. Dicha situación, aunque en principio resulta un tanto

---

<sup>140</sup> Libardo Rodríguez, “El derecho administrativo trasnacional o Global: Un nuevo capítulo del derecho administrativo”, En *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández (Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 2016) p. 59.

<sup>141</sup> Carlos E. Del Piazso, “Dos Determinantes actuales del derecho administrativo Global”, En *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández (Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 2016) p. 96.

<sup>142</sup> Rodríguez, “El derecho administrativo trasnacional o Global: Un nuevo capítulo del derecho administrativo”, p. 67.

<sup>143</sup> Allan Brewer, *Derecho administrativo, tomo I* (Bogotá-Caracas, Universidad Externado de Colombia-Universidad central de Venezuela, 2005), p. 47.

lógica, el estudio sobre la influencia y el rol de las autoridades Estatales que han convergido en la solidificación de las instituciones comunitarias, específicamente de la interpretación prejudicial, resulta una tarea crucial para entender su pertinencia y utilidad en el ámbito del derecho administrativo colombiano.

Por tal motivo, el desarrollo del presente capítulo estará orientado a la respuesta del siguiente interrogante ¿Han tenido las instituciones Estatales de nuestro ordenamiento jurídico una participación activa en el proceso de construcción y solidificación del sistema prejudicial andino, desde de la creación del Tribunal de Justicia, de manera que pueda predicarse de sus actuaciones elementos que hayan contribuido a su perfeccionamiento, y utilidad en el ámbito del derecho administrativo colombiano?.

En ese orden de ideas, con el cometido de dar una respuesta precisa y competente a la pregunta problema planteada, la propuesta de estudio del presente acápite integra el desarrollo de los siguientes asuntos: (i) Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno de los Estados Miembros; (ii) Las relaciones entre el derecho comunitario andino y el derecho administrativo Colombiano; (iv) La interpretación prejudicial de la Comunidad Andina como fuente del derecho administrativo colombiano; (iv) La evolución de la institución de la interpretación prejudicial a partir de su operatividad a través de la jurisprudencia del TJCA y su relación con las instituciones del derecho administrativo colombiano a través de 5 etapas; y (v) Aspectos diferenciadores del ordenamiento jurídico colombiano en el liderazgo y participación ante el TJCA en la activación del incidente de interpretación prejudicial.

## **1 LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS**

El desarrollo del presente acápite tiene por cometido examinar las relaciones sobre la recepción e incorporación del orden superior al orden interno, según el tipo de norma comunitaria a partir de los mecanismos dispuestos en la normativa constitucional colombiana. Para ello, en primer lugar, nos centraremos en el análisis de tales relaciones a partir de la función tripartita que cumple el orden jurídico andino. En segunda instancia, habrá lugar al análisis en esencia de la incorporación de las normas jurídicas primarias y secundarias, como también de los fenómenos jurídicos que ello deriva. Finalmente, se

hará referencia a la jerarquía de las normas comunitarias y su relación con el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

### **1.1 El marco de las relaciones entre derecho interno y derecho comunitario a partir de su función tripartita**

Las relaciones que se trazan en el marco del derecho comunitario, y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros de la CAN se encuentran caracterizadas por el principio de atribución de competencias<sup>144</sup>, siendo este la base de funcionamiento de las organizaciones supranacionales de integración, específicamente, tratándose del orden jurídico andino<sup>145</sup>.

Bajo esta premisa, mediante la cesión de facultades a órganos comunes independientes a los de los Estados parte, los organismos de la entidad supranacional quedan investidos para adoptar normas que surtan sus efectos al interior del territorio de los Estados Miembros, de manera tal que las normas que se adopten por parte del órgano distinto al Estado proyecten sus efectos en el interior de este, mediante la aceptación de órdenes jurídicamente válidas de la entidad jerárquicamente superior<sup>146</sup>.

La importancia de tal fenómeno radica en la comprensión de las distintas acepciones a través de las cuales el derecho comunitario incide en los ordenamientos jurídicos internos, dichas manifestaciones se exteriorizan a través del cumplimiento de una función que reviste un triple carácter: función coordinadora; función armonizadora y función unificadora<sup>147</sup>.

En palabras del profesor Quindimil López la razón de ser de dichas funciones se encuentra en el dinamismo legislativo propio de los diferentes Estados Miembros en aquellos asuntos ubicados bajo el marco normativo comunitario. Por esa razón, tal

---

<sup>144</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995, M.P: Antonio Barrera Carbonell

<sup>145</sup> Cesar Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (México D.F: Editorial Porrúa, 2013), pp. 64-65.

<sup>146</sup> Araceli Mangas, “Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la Integración Europea”. *Revista Instituciones Europeas* 4, No. 2 (2014): p. 410.

<sup>147</sup> Jorge Antonio Quindimil, *Instituciones y derecho de la comunidad andina* (Valencia: Editorial Tirant to Blanch, 2006), pp. 287-288.

diversidad puede representar un dilema para la estabilidad y seguridad jurídica del órgano supranacional, en atención a que aquellos asuntos podrían ser objeto de un trato normativo heterogéneo y una aplicación discrepante por parte de las instituciones de los Estados Miembros<sup>148</sup>.

Bajo ese hilo argumentativo puede afirmarse entonces que las distintas acepciones se dirigen a preservar la uniformidad en la aplicación de orden comunitario, dando lugar a que exista una consagración de carácter homogéneo de los efectos surtidos por parte de las normas de integración, guardando ello relación con el carácter fundamental de la institución prejudicial andina como piedra angular del control judicial del derecho comunitario andino<sup>149</sup>, ya que como se evidenciará en los apartados subsiguientes, dichas manifestaciones guardan una relación intrínseca en el proceso evolutivo de operatividad de esta figura en el marco del ordenamiento interno colombiano.

## **1.2 La recepción del derecho comunitario andino en el ordenamiento jurídico colombiano**

El estudio de la recepción del sistema normativo comunitario en los órdenes nacionales de los Estados miembros, ha sido un asunto objeto de análisis por parte de la

---

<sup>148</sup> Quindimil, *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, pp. 289-290. “(...)En primer lugar, el derecho comunitario puede desempeñar una labor de coordinación de los derechos internos en determinadas materias Conexas a la integración. En este caso los Derechos Nacionales no se ven necesariamente alterados por el derecho comunitario ni modificados, ni sustituidos, sino que son coordinados para evitar posibles distorsiones derivadas de la aplicación normativa nacional a situaciones de alcance comunitario. En segundo lugar, el derecho comunitario puede generar un efecto armonizador de las legislaciones nacionales en aquellas materias amparadas por el sistema de la integración. En estos casos, como apunto sobrino Heredia, el Derecho Nacional continúa existiendo, pero debe modificarse en función de las exigencias impuestas por el derecho comunitario, de manera que los diversos sistemas jurídicos nacionales presentan entre ellos un cierto grado de homogeneidad determinada por unas finalidades comunes. En atención a ello la figura normativa idónea para la armonización es aquella conforme a lo cual los estados miembros pueden adaptar los medios y procedimientos internos que consideres más adecuados a su realidad nacional, pero siempre dirigidos a la consecución de un fin común determinado. Finalmente, en tercer lugar, la unificación normativa, se refiere a aquellos supuestos eventos en los que el Derecho Comunitario entra a sustituir la legislación interna. (...)”

<sup>149</sup> Aida Fernández, y Emma Elvira Ortiz, “El derecho comunitario andino y su control jurisdiccional”. *Revista de Estudios Socio Jurídicos* 34, No. 34 (2015): p.78.

doctrina del derecho internacional con plena acogida en nuestro ordenamiento jurídico en cabeza del Consejo de Estado<sup>150</sup>, en la cual a partir de la incorporación de las concepciones monista y dualista de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, ha logrado construir el paradigma bajo el cual se suscitan los vínculos entre normas comunitarias y nacionales<sup>151</sup> desde la óptica de la obligatoriedad de las decisiones del TJCA para las autoridades de los Estados Miembros, específicamente, en materia de derecho administrativo<sup>152</sup>.

La concepción dualista, parte de la premisa que los ordenamientos jurídicos, internacional e interno, son sistemas autosuficientes y soberanos, que coexisten de manera autónoma, de forma tal que para exista aplicación de una norma internacional al orden nacional debe mediar un acto interno de incorporación<sup>153</sup>. Por su parte, en contraposición a este postulado, la teoría monista sostiene que no debe desplegarse ningún acto interno de incorporación, ya a que basta la existencia de unidad entre el orden internacional y el orden interno, para que la norma internacional sea aplicada de forma prevalente e inmediata<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente No 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

<sup>151</sup> Isaac Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Traducción de la cuarta edición francesa (Barcelona: Editorial Ariel, 1996), pp.190-193.

<sup>152</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de Interpretación Prejudicial del 11 de julio de 2012, emitido en el proceso 57-IP-2012, Quito, Ecuador. “(...) *El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional. (...)*”.

<sup>153</sup> Alejandro Rodríguez Carrión, *Lecciones de derecho internacional público* (Madrid: Editorial Tecnos, 2002), p. 26.

<sup>154</sup> Libardo Rodríguez. (2012, junio). *Ampliación del sistema de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud de los derechos comunitarios*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo- AIDA y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo, Quito, Ecuador.

En lo que respecta al caso andino, la práctica de las concepciones dualista monista guarda una especial relación entre las normas andinas de carácter primario<sup>155</sup>, y secundario<sup>156</sup>, dado que el entendimiento respecto de su distinción dará lugar a comprender la forma en que esta tipología de normas es integrada en los ordenamientos internos, específicamente, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano.

Las normas primarias son aquel cuerpo normativo construido a partir de la expresión de la voluntad directa de los Estados Miembros con el fin de incorporarse al nuevo orden comunitario, como lo son en el caso andino: el Acuerdo de Cartagena, por medio del cual se instituyó el Pacto Andino que -posteriormente- se convirtió en la Comunidad Andina, y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sus protocolos adicionales y modificatorios<sup>157</sup>. Por su parte, las normas secundarias o derivadas son aquel cuerpo de normas proferido por parte de las distintas

---

<sup>155</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Acción de Nulidad del 12 de noviembre de 1999, emitido en el proceso 07-AI-1999, Quito, Ecuador. “(...)En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo así como sus enmiendas consignadas en los protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1 literales (a) y (b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del Derecho Comunitario y entre los europeos se les denomina “Constitución Comunitaria”, señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se someten el resto de las fuentes. El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de derecho derivado o sobre los Tratados que regulan las relaciones externas de la Comunidad” (...).”

<sup>156</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Acción de Nulidad del 26 de febrero de 1998, emitida en Proceso No. 01-AN-1997, Quito, Ecuador. “(...)El desarrollo de los diferentes programas que como principios u objetivos generales se fijan en el Acuerdo, requiere en muchos casos de implementación posterior o de normas de ejecución del Acuerdo para que puedan hacerse efectivas dentro de los Países Miembros. Esas normas que deben sujetarse a los tratados que representan la cima de la pirámide legal, forman el derecho derivado o secundario, cuya elaboración legislativa ha sido atribuida a la Comisión de la Comunidad Andina, la que antes de la Ratificación del Protocolo de Trujillo suscrito el 10 de marzo de 1996 mantenía la “capacidad legislativa exclusiva sobre materias de su competencia” (artículo 6 de la Decisión 236) y ahora la comparte con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con facultad de expedir Decisiones que forman “parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” (artículo 17 del Acuerdo reformado, Decisión 406, Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino, publicada en la Gaceta Oficial n° 273 de 4 de julio de 1997.(...)).”

<sup>157</sup> Libardo Rodríguez, “Ampliación del sistema tradicional de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud de los derechos nacionales”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur* 6, No. 12 (2018): p. 72.

autoridades comunitarias en el ejercicio de las competencias normativas que les ha sido atribuidas tales como: la Secretaria General de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina<sup>158</sup>.

Resulta relevante en este punto presentar gráficamente la jerarquización de las normas comunitarias andinas, en razón a que, de la relación entre las normas primarias y secundarias, estas últimas derivan su validez de la coherencia y subordinación con las primeras<sup>159</sup>, tal y como se evidencia en la siguiente grafica de jerarquización elaborada a partir de la información encontrada en el artículo “Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del derecho comunitario andino”<sup>160</sup> de Humberto Zúñiga”. En adición a las norma primarias y secundarias, en la gráfica se encontraran un grupo adicional denominado fuentes auxiliares, desarrollados a través de la labor del TJCA.

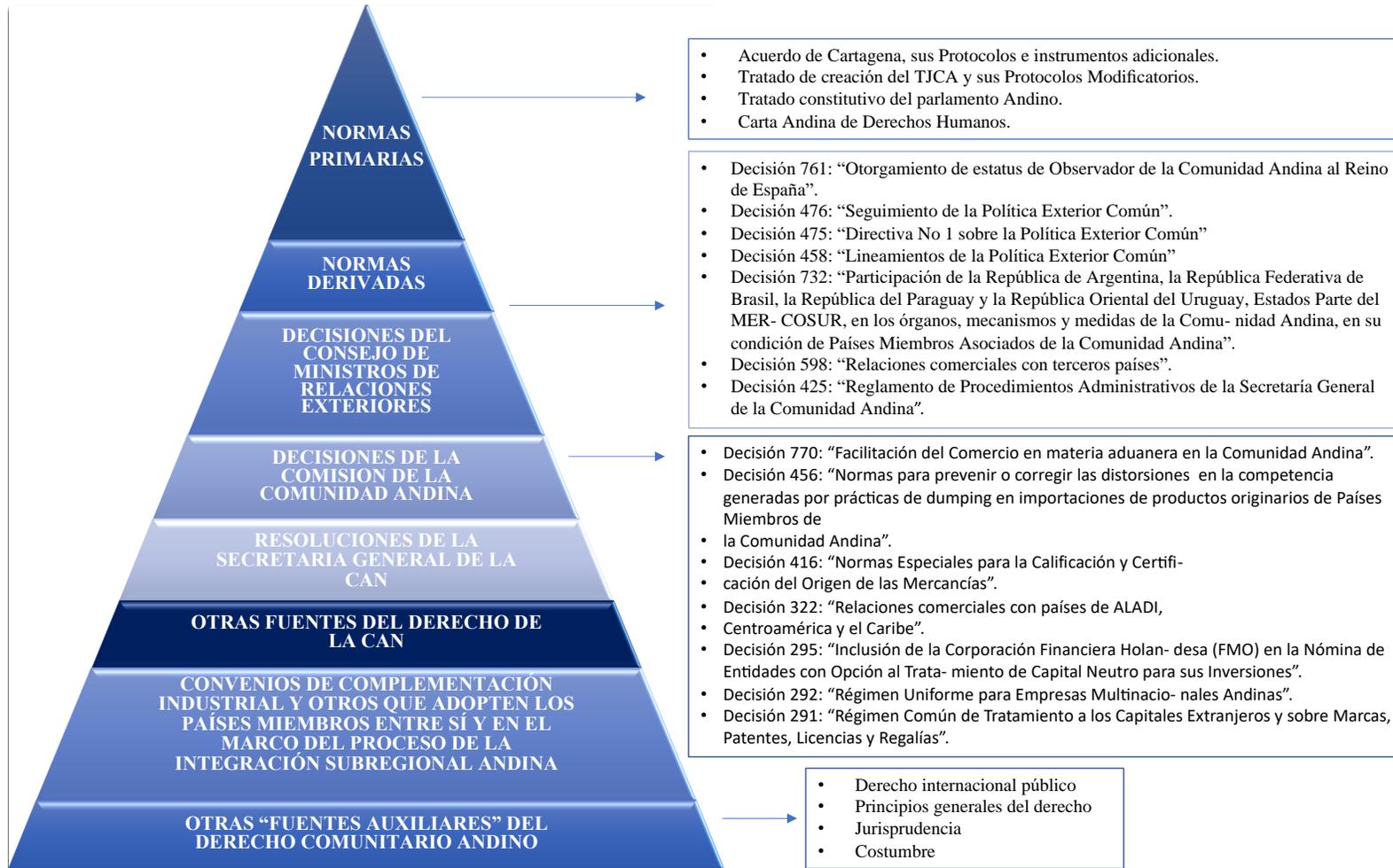
---

<sup>158</sup> Libardo Rodríguez, “El Derecho Administrativo Frente a la internacionalización del Derecho y en Particular Frente al Derecho Comunitario”, En *Retos Y Perspectivas del Derecho Administrativo*, segunda parte, editado por Manuel Restrepo Medina (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009), p. 38.

<sup>159</sup> Julia Victoria Montaña, y Sara Quintero Sánchez, *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, ¿un Nuevo orden Procesal?* (Medellín.: Universidad ICESI: 2011), pp. 58-59.

<sup>160</sup> Humberto Zúñiga Scroder, “Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del derecho comunitario andino”. *Revista de Economía y Derecho* 11, No. 41 (2014) : pp. 7-20 “(...) Las fuentes del derecho comunitario andino se encuentran estructuradas siguiendo un orden piramidal, encontrándose en la cúspide de la misma el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCAN, mientras que en el último nivel encontramos las denominadas “otras fuentes” del derecho comunitario andino – convenios de complementación industrial y fuentes auxiliares, éstas últimas desarrolladas a través de la labor del TJCAN. Las fuentes del derecho comunitario andino se encuentran sujetas al principio de jerarquía normativa, lo cual quiere decir que la validez de las estructuras inferiores de la pirámide se encuentra sujeta al respeto de la legalidad de los respectivos niveles superiores, de acuerdo al orden predeterminado por la norma. Nótese sin embargo, que las fuentes auxiliares del derecho comunitario andino no están sujetas a una relación de subordinación respecto al derecho originario o derivado, sino más bien constituyen herramientas implementadas con la finalidad de facilitar su aplicación (...)”

*Ilustración 1. Jerarquización de las fuentes del derecho comunitario andino*



*Fuente: Elaboración propia.*

### 1.2.1 La concepción dualista en la recepción de las normas originarias a luz de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico colombiano

La integración de las normas jurídicas primarias andinas al interior del ordenamiento interno colombiano se caracteriza por tener una tendencia a acoger la teoría dualista, siendo esta una tradición arraigada, de las constituciones de los países sudamericanos<sup>161</sup>. En ese sentido, para que las normas originarias lleguen a incorporarse exitosamente al orden interno, deben seguir un procedimiento especial a través de una ley de aprobación por parte del Congreso nacional que, posteriormente, debe ser analizada de forma imperativa en torno a su constitucionalidad por parte de la máxima autoridad judicial. Evidencia de ello se encuentra en el articulado de la Constitución Política y en la promulgación de dos leyes de incorporación de normas primarias<sup>162</sup>.

Por su parte, el artículo 227 de la Carta Política<sup>163</sup> fomenta la creación de organismos supranacionales a fin de incentivar la integración latinoamericana. En ese orden la lectura de los artículos: 150, 16, 224, 24, y 110 de la Constitución, advierten la necesidad de incorporación de dicho acto previo especial, para que las normas primarias logren integrarse exitosamente y así se generen para el Estado derechos y obligaciones

---

<sup>161</sup> Cynthia Soares Carneiro “o transplante das interpretações prejudiciais para o tribunal de justiça andino”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur* 5, No. 9 (2017): p. 124.

<sup>162</sup> Ley 323 de 1996 del Congreso de la República por la cual se aprueba el protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, octubre 10 *diario oficial* No. 42.899; y Ley 457 de 1998 del Congreso de la República la cual se aprueba el "Protocolo modificatorio del tratado de creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena", suscrito en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de mil 1996, agosto 4 *diario oficial* No. 43.360.

<sup>163</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 227. “(...)”*El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano*” (...).

en el campo supranacional, tal y como ha sido señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-468 de 1997<sup>164</sup>.

La materialización de dichos elementos puede evidenciarse claramente en la expedición de las siguientes leyes de incorporación de normas primarias al ordenamiento jurídico colombiano, es el caso de la Ley 323 de 1996, mediante la cual se aprobó el Protocolo de Trujillo que modifica el Acuerdo de Cartagena, y la Ley 457 de 1998, aprobatoria del Protocolo de Cochabamba, el cual modifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

### **1.2.2 La concepción monista como premisa en la incorporación de las normas secundarias derivadas según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado**

En contraposición a lo analizado en el apartado anterior, el Tribunal de Justicia ha señalado que el cuerpo de normas andinas secundarias están investidas de dos principios fundamentales<sup>165</sup>: el de primacía, por el cual las normas comunitarias prevalecen sobre las normas internas, que en caso de contradecir las comunitarias revestirán el carácter de inaplicables y, el otro, el de aplicación directa en los Estados Miembros, acto que se produce una vez las Decisiones y las Resoluciones son publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Dicho pronunciamiento por parte del

---

<sup>164</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-467 del 25 de septiembre de 1997, M.P: Alejandro Martines Caballero. “(...) el concepto de ley aprobatoria de tratado lleva implícito una cualificación constitucional tanto por su contenido como por el lugar que ocupa en el ordenamiento. En efecto, estas leyes pretenden exclusivamente permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que la aprobación por medio de una ley de un tratado es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente. Por consiguiente, a través de este tipo de leyes se perfeccionan situaciones jurídicas con una consecuencia jurídica clara: la posibilidad de que el Ejecutivo ratifique el tratado y se generen para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional. (...)”.

<sup>165</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de acción de Incumplimiento del 24 de marzo de 1997, emitida en Proceso No. 03-AI-1996, Quito, Ecuador.

Tribunal encuentra su sustento en el artículo 3 del Tratado modificadorio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>166</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de dos importantes providencias judiciales ha sido enfática en reconocer la eficacia directa e inmediata de las normas derivadas o secundarias. En la sentencia C-231 de 1997, la cual tenía por objeto el examen de constitucionalidad de la Ley 323 de 1996 por medio de la cual se aprobaba el ‘Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, esta Corporación precisó:

“Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las Decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”<sup>167</sup>.

La segunda providencia relevante en este estudio es la sentencia C-227 de 1999, a través la cual se hizo el control de constitucionalidad al Protocolo Modificadorio del

---

<sup>166</sup> Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, suscrito en Cochabamba el 28 de mayo de 1996, en vigor desde el 25 de agosto de 1999. Artículo 3 “*las decisiones del consejo andino de ministros de relaciones exteriores o de la comisión y las resoluciones de la secretaría general serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la gaceta oficial del acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior*”.

<sup>167</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. “*Estos puntos fueron tratados por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del día 27 de febrero de 1973, sobre la Ley 8 de 1973, por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino suscrito en 1969. En la citada ley se incorporaron diversas disposiciones, entre las cuales cabe mencionar aquella que contemplaba que el Gobierno podía poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta o de los organismos que desarrollaran el Acuerdo Subregional Andino siempre y cuando no modificaran la legislación nacional o no fueran materia del legislador. En caso de que las decisiones comunitarias no cumplieran esos requisitos, debían ser sometidas por el Gobierno al Congreso, para que éste las aprobara y permitiera así su entrada en vigencia*”.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual había sido integrado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 457 de 1998. Cabe señalar en este punto que través de dicho instrumento se instituyó la obligatoriedad de acatar la interpretación prejudicial del TJCA en los casos en que haya conflicto entre derecho interno y comunitario<sup>168</sup>, dada la imprescindibilidad de una interpretación uniforme de las normas de derecho comunitario teniendo en cuenta su naturaleza prevalente y de aplicación directa<sup>169</sup>. En dicha providencia en relación con las normas secundarias o derivadas, La Corte señaló:

“La sujeción del Estado colombiano a los órganos supranacionales implica, necesariamente, que sus disposiciones sean aplicables directamente en el ordenamiento interno. Ahora bien, en los artículos 2 y 3 del Tratado se establece una distinción entre la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de las normas derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se dispone que las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores obligan a los Estados Miembros a partir de su decisión, en tanto que su aplicabilidad interna se difiere a su publicación. La distinción se explica por el hecho de que en las instancias decisivas enunciadas participan directamente miembros o representantes de los gobiernos de los Estados miembros, por lo cual, al momento de adoptarse la decisión están en pleno conocimiento del contenido normativo convenido”<sup>170</sup>.

Así pues, en razón a lo señalado por parte de la máxima autoridad judicial conforme a la incorporación de las normas comunitarias de carácter secundario o

---

<sup>168</sup> William Guillermo Jiménez, “Papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 23 (2013): pp. 103.

<sup>169</sup> *Ibid.*, 104.

<sup>170</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227 del 14 de abril de 1999, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

derivado puede afirmarse que existe frente a esta categoría una tendencia por acoger la concepción monista, ya que no debe surtirse trámite especial para ser integrada, basta su expedición en cabeza de la autoridad comunitaria competente, para que resulte de imperativo cumplimiento para los todos los Estados miembros de la Comunidad Andina.

Por su parte, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia también ha mostrado una postura tendiente a acoger la concepción monista frente a la incorporación de las normas secundarias del orden comunitario al orden interno, denotando ello armonía y cohesión con los postulados analizados en reglones anteriores en las sentencias de la Corte Constitucional. Así, en providencia del 10 de noviembre de 2016, el Consejo de Estado al examinar los propósitos, características y elementos integrantes del derecho comunitario, remitiéndose a jurisprudencia previa señaló:

“La concepción *monista*, se sustenta en la unidad del ordenamiento jurídico, circunstancia que excluye la posibilidad de que exista solución alguna de continuidad entre los órdenes jurídicos internacional y nacionales de los Estados, de forma que dentro de esta concepción la norma internacional se aplica en dichos Estados de manera inmediata, en su condición de tal, esto es sin necesidad de recepción o de transformación en el sistema de cada uno de los Estados parte en el Tratado”<sup>171</sup>.

En ese orden de ideas, resulta relevante precisar un asunto respecto de las teorías analizadas anteriormente y su aplicación a la normativa comunitaria en lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano. La normativa comunitaria tanto primaria y secundaria en lo que respecta a la regulación Constitucional e interpretación de la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa del Estado Colombiano, no insta por una postura radical o uniforme frente a la forma como toda la normativa comunitaria debe

---

<sup>171</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 10 de Noviembre de 2016 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente No. 11001-03-26-000-2016-00063-00(56845). En esta providencia el consejo de Estado se remitió a lo resuelto en la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, de 9 de agosto de 2012, Expediente. 43281; y en la sentencia de 1° de agosto de 2016, Expediente. 54315 dictada, por la Sala de Subsección C de la Sección Tercera que reiteró esta misma materia.

ser incorporada al orden interno, compartiendo aspectos de la postura dualista para la incorporación de la normativa primaria, como también elementos de la postura monista para la incorporación de la normativa derivada.

En efecto, frente a este punto existe una postura intermedia y matizada de las dos tendencias sobre la base de que para la regulación constitucional por el rango que detentan la normativa primaria, resulta fundamental un acto de interposición para su validez. No obstante, dicho acto no resulta relevante para la normativa derivada, ya que el ejercicio de competencias ha sido previamente transferido y, por ende, el cumplimiento de la normativa emitida por los órganos comunitarios es obligatorio con base en el instrumento internacional celebrado, razón por la cual, las normas de esta segunda categoría se incorporan de forma automática. Así pues en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la postura comparte aspectos de ambas teorías sobre una posición intermedia.

### **1.3 La jerarquía de las normas comunitarias y su relación con el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana**

El desarrollo del presente apartado tiene por objeto analizar la relación entre la Constitución Política de Colombia y el derecho Comunitario Andino. Para el desarrollo del tal cometido será pertinente referirnos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siendo esta la única institución judicial de mayor jerarquía de los cuatro Estados Miembros pertenecientes a la CAN, que a través de sus pronunciamientos se ha acercado al estudio de la cuestión planteada<sup>172</sup>.

La sentencia C-256 de 1998 representa un hito importante en materia derecho comunitario, ya que aclara algunas posibles imprecisiones respecto de la supremacía el derecho comunitario y el bloque de constitucionalidad, y su relación con la incorporación

---

<sup>172</sup> Cesar Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (México D.F: Editorial porrua, 2013), pp. 64-65. “(...) Como lo indicamos al inicio de este párrafo las cortes y los tribunales constitucionales de los estados miembros de la CAN, prácticamente no se han pronunciado analizando de manera profunda sobre la supremacía de la norma fundamental ni acerca de su relación con el derecho supranacional. Solamente hemos encontrado que la corte constitucional de Colombia ha expedido unas pocas sentencias relacionadas con la materia específica. (...)”.

de normas comunitarias de tipo primario y secundario. En efecto, esta corporación desarrollo la aclaración de los mencionados temas a través de la siguiente argumentación:

“El derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley. Empero, cabría considerar la hipótesis de que la incorporación del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad tuviera una base constitucional diferente del artículo 93. En este sentido, es de mérito anotar que para esta Corte, “la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta” y, en verdad, las distintas normas superiores relativas a la supranacionalidad y a la integración, si bien constituyen el fundamento constitucional de estos fenómenos, no disponen ni entrañan la prevalencia de los respectivos tratados en el orden interno, pues “Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta”.

Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexecutable, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario.

Siendo así, la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances

singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional ”<sup>173</sup>.

Bajo ese hilo argumentativo, conforme al razonamiento desarrollado por parte de la Corte Constitucional resulta pertinente desplegar las siguientes conclusiones: En primer lugar, de la interpretación del artículo 93 de la constitución política <sup>174</sup>, se infiere que los tratados que versan sobre derecho comunitario o la integración económica no guardan armonía con los postulados del mencionado artículo, en la medida que el cometido allí descrito es para aquellos instrumentos internacionales que desarrollen aspectos relativos a derechos humanos, y no para la regulación de asuntos económicos, fiscales, aduaneros, propios del derecho de la integración. Por tal razón, sustentar la prevalencia del derecho comunitario con base en el citado artículo adolece de fundamento jurídico, ello sin menoscabo de los principios previamente analizado en la sentencia C-231 de 1997<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998, M.P: Fabio Morón Díaz.

<sup>174</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 93. “(...) *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)*”.

<sup>175</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. “(...) *Las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y de su protocolo modificadorio, responden a la idea de tratado-marco. Con el objeto de concretar el propósito central del acuerdo, se crean órganos y se fijan de manera general sus funciones. Dado que el acuerdo ha significado la transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados a las autoridades supranacionales, un amplio número de decisiones comunitarias se aplican directamente en los países signatarios y otras surten efectos internos luego de agotado su proceso de incorporación. La naturaleza de los dos instrumentos internacionales suscita, para los efectos de su control de constitucionalidad, una*

En segundo lugar, la integración de una norma al bloque de constitucionalidad está condicionada al fundamento de la misma dentro del articulado constitucional <sup>176</sup>, por tal motivo, las normas de carácter comunitario, no implican necesariamente la supremacía de los tratados en el ordenamiento como normas primarias en el orden jurídico interno, puesto que el hecho de que los tratados internacionales de integración tengan fundamento constitucional, no implica -necesariamente- que se encuentran incorporados al bloque constitucional y que deben ser tenidas en cuenta como parámetro al momento de realizar el respectivo control de constitucionalidad<sup>177</sup>.

En tercer lugar, la jerarquía jurídica que caracteriza a la normativa comunitaria tanto de derecho originario como derivado, no se desconoce por parte del máximo tribunal constitucional al no ser tenidos en cuenta como parámetro de interpretación en el ejercicio del control constitucional de una ley de derecho interno. Esto en los siguientes escenarios: en la negativa de declaratoria de inexecutable de una norma nacional que contravine la normativa comunitaria, o que de su aplicación misma también surta efectos contrarios al orden comunitario. En consecuencia, frente a tales conflictos el control abstracto no es el mecanismo idóneo para dirimir las tensiones originadas entre normas internas y normas de rango comunitario, son entonces las vías establecidas en el derecho interno a través de sus autoridades la vía ideal para resolver los conflictos de dicha naturaleza.

---

*complejidad que no está presente en los demás casos. La revisión de la Corte Constitucional se limita a confrontar el texto del tratado y de su ley aprobatoria con la Constitución. No obstante, el alcance de las habilitaciones que se radican en cabeza de los distintos órganos de la comunidad, sólo podrá apreciarse con ocasión de su ejercicio ulterior, que naturalmente se realiza al margen del tipo especial de control instituido en la Carta, puesto que éste se lleva a cabo con antelación a la ratificación del respectivo tratado, con miras a conciliar los dictados de aquélla con los de éste último, evitando así conflictos entre disposiciones nacionales e internacionales. (...)*”.

<sup>176</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>177</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-327 del 10 de julio de 1997, M.P: Fabio Morón Díaz.

## **2 LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO**

### **2.1 El replanteamiento del concepto ortodoxo-tradicional del derecho administrativo como consecuencia de los procesos de integración, el caso de la Comunidad y el Derecho Administrativo Colombiano**

Una de las particularidades esenciales del derecho administrativo desde sus orígenes <sup>178</sup> ha radicado en su capacidad de evolución y adaptación frente a las distintas transformaciones que ha experimentado la misma administración en su institucionalidad y estructura, para con ello dar una respuesta acertada, y cumplir oportunamente a las exigencias y requerimientos impuestos por los variados fenómenos sociales de cada época.<sup>179</sup>

La tradicional concepción de derecho administrativo entendida como aquella expresión típica de derecho interno, integrado por un cuerpo jurídico de normas producto de las relaciones entre la constitución y la administración pública de determinado Estado, resulta entonces un tanto insuficiente para enmarcar la diversidad de relaciones jurídicas suscitadas por el derecho internacional<sup>180</sup>, ya que si bien el derecho administrativo hace parte de la esfera interna de cada Estado, la aplicación de dichos instrumentos internacionales reclaman la presencia de sus instituciones, en tanto que el desarrollo de convenciones y tratados internacionales necesitan de la creación y promulgación de normas nacionales por parte de la rama legislativa, e instituciones administrativas<sup>181</sup>.

Así las cosas, la presencia de tales fenómenos conducen inevitablemente a un

---

<sup>178</sup> Miguel Malagón Pinzón, *Historia de la formación y la enseñanza de la ciencia y el derecho administrativos en Colombia (1826-1939)* (Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, en colaboración con Editorial Universidad del Rosario, 2019), p. 18.

<sup>179</sup> Carlos E. Del Piazzo, “Dos Determinantes actuales del derecho administrativo Global”, p. 96.

<sup>180</sup> Libardo Rodríguez, “Ampliación del sistema tradicional de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud de los derechos nacionales”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur* 6, No. 12 (2018): p. 69.

<sup>181</sup> Libardo Rodríguez, “El Derecho Administrativo Frente a la internacionalización del Derecho y en Particular Frente al Derecho Comunitario”, pp. 19-20.

replanteamiento de la noción tradicional del derecho administrativo<sup>182</sup>, en tanto que la acción administrativa va a derivarse no solamente desde las típicas estructuras administrativas tradicionales, sino también desde esas nuevas tendencias y sujetos provenientes de un orden superior, como es el caso en particular de la Comunidad Andina resultado de un proceso de integración económica regional. Así pues, la interacción de estos escenarios permiten plantear nuevas formas de relación del derecho administrativo, hacia un escenario jurídico global<sup>183</sup>.

Bajo esa perspectiva el nuevo orden comunitario influye en la órbita del derecho administrativo en tanto que el control de los asuntos y conflictos originados con ocasión de la aplicación de dichos instrumentos internacionales se resolverán no solo desde la ámbito del ordenamiento jurídico colombiano, sino también por las normas integracionistas, situando así a las distintas autoridades administrativas como protagonistas activas en el futuro proceso de incorporación y desarrollo de los tratados de integración al orden interno<sup>184</sup>.

Frente a tal escenario, la presencia del Derecho Comunitario Andino supone entonces con respecto a nuestro orden jurídico, la modificación de las relaciones tradicionales del derecho administrativo, generando al menos la presencia de tres fenómenos en relación con sus autoridades estatales: El desplazamiento de las autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias en determinados casos; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación

---

<sup>182</sup> Rodríguez, “El derecho administrativo trasnacional o Global: Un nuevo capítulo del derecho administrativo”, p. 87.

<sup>183</sup> Jaime Rodríguez Arana, “El Derecho Administrativo global: El Espacio Jurídico Administrativo Iberoamericano”. En *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016) pp. 27-28.

<sup>184</sup> Mildred Arias Ceballos, “Transformaciones y evolución de las fuentes del derecho administrativo colombiano a partir de los tratados de integración” (Tesis de Maestría en derecho administrativo, Universidad del Rosario, 2012), p. 135.

del sistema tradicional de fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones por parte de las autoridades administrativas <sup>185</sup>.

De los anteriores escenarios vale la pena mencionar que todos resultan relevantes en la construcción del presente capítulo en torno al estudio de la incorporación y evolución de la interpretación prejudicial de cara al ordenamiento interno del Estado Colombiano, tal y como se evidenciara en el desarrollo de los apartados subsiguientes, dada su utilidad en los distintos ámbitos del derecho administrativo.

No obstante, resulta importante señalar que el último escenario detenta una mayor trascendencia para el derecho administrativo. En primer lugar, por la creación de nuevas fuentes de derecho<sup>186</sup> que conllevan a la ampliación del sistema normativo. En segundo lugar, por la obligación que les reviste a las instituciones administrativas la aplicación y armonización de las nuevas normas en el ejercicio de su función administrativa. Frente a esto la diferenciación entre normas primarias y secundarias estudiada en el acápite anterior, es un punto de partida crucial en cabeza de las instituciones administrativas a fin de que en el ejercicio de sus facultades al interior de la administración deban considerar no solo la normativa vigente, si no aspectos regulados por las instituciones del derecho comunitario.

## **2.2 La ampliación del sistema tradicional de fuentes en el ámbito derecho administrativo y su relación con las autoridades administrativas y judiciales**

Uno de los principales efectos en el proceso de integración e incorporación de las normas comunitarias andinas de cara al ordenamiento jurídico colombiano es la ampliación del clásico sistema de fuentes. Dicha situación recobra una importancia crucial en las relaciones suscitadas al interior de la administración por parte de las diferentes instituciones, en tanto que la presencia de este nuevo orden reclama por parte de las autoridades internas de distinto orden tales como judiciales y administrativas la observancia y aplicación de las normas de integración en el tráfico de los asuntos que allí

---

<sup>185</sup>Rodríguez, “El Derecho Administrativo Frente a la internacionalización del Derecho y en Particular Frente al Derecho Comunitario”, pp. 20-22.

<sup>186</sup>Rodríguez, “Ampliación del sistema tradicional de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud de los derechos nacionales”, pp. 71-72

se surtan <sup>187</sup>, siendo este un escenario que compete directamente al derecho administrativo.

Por ese motivo, dada la relevancia de tal situación en el tráfico de las relaciones originadas al interior del derecho administrativo, nos ocuparemos de analizar como ese fenómeno opera desde al menos tres perspectivas: desde la potestad reglamentaria de la administración; en sede administrativa; y desde la vía judicial o contenciosa por partes de los jueces.

En primer lugar, en relación con la potestad reglamentaria ello puede apreciarse desde la facultad de tipo constitucional atribuida al órgano Ejecutivo para la regulación de ciertos asuntos y materias que resulten de interés general. En segundo lugar, desde la esfera de las funciones administrativas que ejercen determinadas instituciones, las cuales para el ejercicio de sus facultades constitucionales les resulte obligatorio la aplicación de la normativa comunitaria en sede administrativa no contenciosa. Finalmente, desde la órbita de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza de los distintos órganos jurisdiccionales en el curso de los conflictos que se surtan frente a esta jurisdicción, cuando las materias eje de conflicto sean objeto de regulación y garantía por parte de la normativa comunitaria andina<sup>188</sup>. Bajo estas premisas, todas las instituciones están sometidas al deber y obligación de adecuar sus actuaciones conforme al ampliado sistema normativo de fuentes generado como consecuencia del proceso de integración.

### **2.2.1 La ampliación del sistema de fuentes en el ámbito de la administración pública, su expresión a través de la potestad reglamentaria**

Una de las vías en que el Derecho Comunitario Andino influencia el derecho administrativo colombiano, es a través de la institución de la potestad reglamentaria, ya que a través de ella la ampliación del sistema de fuentes tradicionales recobra importancia en el evento que la administración entra a manifestar su voluntad investida de dicha

---

<sup>187</sup> Santofimio Gamboa, Jaime, *Tratado De Derecho Administrativo- Introducción*, tomo I, tercera edición (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005) p. 446.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 446.

facultad a través de instrumentos de reglamentación con fuerza de ley<sup>189</sup>. Si bien la potestad reglamentaria bajo la concepción tradicional del derecho administrativo era concebida como una expresión típica de derecho interno en cabeza de la rama ejecutiva, bajo los lineamientos que se han venido desarrollando en este acápite relativos a la modernización de la ciencia del derecho administrativo como consecuencia de los fenómenos de globalización y dinamización de las relaciones económicas, las actuaciones que surta la administración como manifestación de su voluntad deben estar en armonía con las normas comunitarias andinas que integran el amplificado sistema de fuentes, previa incorporación de estas al ordenamiento jurídico<sup>190</sup>.

En ese sentido, la figura de la potestad reglamentaria desde la perspectiva del derecho comunitario permite diversificar las relaciones del derecho administrativo desde su visión tradicional, ya que direcciona el ejercicio de las facultades y competencias de las autoridades administrativas, entre administración, y organismos comunitarios, hacia la armonización del orden interno con el orden superior, logrando así cumplir con los cometidos para los que fue instituida la CAN y con los objetivos que la administración pretende para con sus administrados.

El Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de sus providencias ha reconocido la pertinencia y el alcance que detenta la potestad reglamentaria en relación con el desarrollo de las normas comunitarias en el orden interno<sup>191</sup>, dicho en otras palabras esta corporación manifestó que el cuerpo

---

<sup>189</sup> Arias, "Transformaciones y evolución de las fuentes del derecho administrativo colombiano a partir de los tratados de integración", p. 135.

<sup>190</sup> Montes, "Efectos reglamentarios y jurisdiccionales del derecho comunitario Andino sobre el derecho administrativo colombiano" pp. 101-102.

<sup>191</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 27 de enero 2000 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, Expediente No. 4360. "(...) *Esa competencia reglamentaria no corresponde a los órganos supranacionales sino es propia de las autoridades administrativas de los países miembros. Esa potestad, en Colombia, es ejercida en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política por el presidente de la República y se ha calificado como "poder reglamentario ampliado", referido a todas las leyes del Estado... Las normas comunitarias tienen la categoría de normas supranacionales obligatorias y fuerza normativa de ley, lo cual las hace susceptibles de ser reglamentadas por el Gobierno Nacional, obviamente, sin exceder los límites fijados por la ley que se reglamenta, que para el efecto sería la norma comunitaria, tal y como quedó señalado (...)*".

normativo perteneciente al orden andino requiere de una tarea de adecuación y desarrollo a las particularidades de cada Estado miembro por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria, de manera tal que el ejercicio de tal facultad por parte de las autoridades de la rama ejecutivo del Estado colombiano no contraríe ni obstaculice el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>192</sup>.

Evidencia de tal fenómeno, ha encontrado su materialización mediante la reglamentación de algunos asuntos al interior del ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, la expedición del Decreto 149 de 1999<sup>193</sup> tuvo su origen en la Decisión No. 393 de julio de 1996<sup>194</sup>, la cual en su artículo noveno facultó a los Estados parte de la CAN, para reglamentar el registro de los operadores multimodal. En segundo lugar, la reforma a la Circular Única de la Superintendencia de industria y Comercio tuvo iniciativa en la Decisión 486 de la Comisión de la CAN<sup>195</sup>, siendo esta la normativa aplicable en materia de propiedad industrial, la cual invistió de facultades a los Estados parte para que desarrollaran la reglamentación pertinente orientada a facilitar aplicación de la normativa regulada en dicha decisión de la CAN, para así asegurar la efectividad de los derechos y obligaciones respectivas en esta materia, siendo este el móvil que condujo

---

<sup>192</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 7 de Abril de 2011 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Expediente No. 11001-03-24-000-2004-00167-01. “(...) *Es claro que se requiere que a la normativa comunitaria se le dé un desarrollo y adecuación a las particularidades de cada país mediante el derecho interno, es decir, que se reglamente dentro de ellos, con la limitación ya señalada, es decir, sin contrariar u obstaculizar la norma Comunitaria Andina, so pena de incurrir en incumplimiento de la obligación pertinente. Toda disposición que adopten internamente los Estados Miembros sólo es admisible en el contexto del derecho comunitario, para la debida aplicación o cumplimiento de éste o para complementarla. Si la disposición es contraria a una determinada norma comunitaria, es desplazada por esta última, más no derogada, y sólo sería aplicable en el evento de que el país miembro deje de hacer parte de la Comunidad Andina. Por consiguiente, el examen de una disposición reglamentaria interna se puede hacer a la luz de ambos ordenamientos jurídicos, pero el valor de juicio respectivo varía según se trate del ordenamiento comunitario Andino o del interno (...)*”.

<sup>193</sup> Decreto Reglamentario del Gobierno Nacional de Colombia 149 del 21 de enero de 1999, por el cual se reglamenta el registro de operadores de transporte multimodal, Bogotá, Colombia.

<sup>194</sup> Decisión 393 de la Comisión de la Comunidad Andina, 9 de Julio de 1996, por la cual se modifica la decisión 331 relativa al transporte multimodal, Lima, Perú.

<sup>195</sup> Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, 14 de septiembre de 2000, por la cual se regula el régimen común de propiedad industrial y se sustituye la decisión 344 de la misma corporación, Lima, Perú.

a la expedición de la Circular Externa 004 del 30 de abril de 2008<sup>196</sup> que tuvo por objeto modificar la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese orden, la expedición de las citadas normas en nuestro ordenamiento jurídico evidencia un elemento importante, ya que la facultad de la cual esta investida el Gobierno Nacional para la reglamentación de dichos aspectos, proviene de una norma derivada de derecho comunitario, incorporada al orden interno por virtud del principio de aplicación directa. Por lo tanto, la potestad reglamentaria tiene origen no en virtud de la ley nacional, sino de una norma de carácter comunitario proferida por parte de un órgano supranacional para la correcta armonización de los ordenamientos, siendo ello una clara manifestación de como el derecho comunitario incide en la esfera de las relaciones tradicionales del derecho administrativo<sup>197</sup>.

### **2.2.2 La ampliación del Sistema de fuentes, su incidencia en el ámbito de la justicia administrativa, jurisdicción contenciosa y sede-administrativa**

La jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados administrativos tiene por cometido dirimir los conflictos y controversias de origen administrativo<sup>198</sup>, suscitadas en el tráfico de las relaciones entre los administrados, las instituciones y particulares que ejercen funciones de carácter público inherentes a los distintos organismos del Estado.

Bajo esa perspectiva, en lo que ello tiene que ver con la Comunidad Andina como organismo supranacional, el juez administrativo juega un papel determinante en la administración de justicia en el ámbito del derecho administrativo, en tanto está en la

---

<sup>196</sup>Circular Externa 004 de la Superintendencia de Industria y Comercio, 30 de abril de 2008, por la cual se deroga la instrucción contemplada en el numeral 1.2.5.5 del Capítulo I del Título X de la Circular Única, relativa a la causal de irregistrabilidad consagrada en el artículo 137 de la Decisión 486 de 2000.

<sup>197</sup> Juan Sebastián Guerrero Pachón, "Alcance del principio de eficacia directa del derecho comunitario andino en el ámbito de la propiedad industrial y del derecho del consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano" (Tesis de Maestría, Universidad del Rosario, 2017), pp. 189-190.

<sup>198</sup> Ley 1437 de 2011 del Congreso de la República por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, enero 18 *diario oficial no. 47.956*. Artículo 103.

obligación de aplicar de manera uniforme el cuerpo jurídico de la CAN compuesto por las normas de carácter originario y derivado<sup>199</sup>.

El cumplimiento de tal cometido orientado a preservar la uniformidad en la tarea de aplicación de las normas comunitarias, esta direccionado por las interpretaciones efectuadas por parte del Tribunal de Justicia emitidas a través del incidente de consulta prejudicial, siendo este último una manifestación directa del derecho supranacional en el derecho administrativo. En síntesis, el juez administrativo esta investido si bien para aplicar la normatividad andina, mas no para interpretarla, así como para decidir sobre la inaplicación de normas internas que contravengan el orden comunitario, ello sin desconocer el rol que detenta el Tribunal de Justicia como organismo de única instancia en la resolución de distintos asuntos<sup>200</sup>.

Así las cosas, la institución de la interpretación judicial andina se constituye como una herramienta predilecta para el juez administrativo que permite la materialización del principio de legalidad en doble vía, es decir, asegurando el cumplimiento de las normas tanto en el nivel nacional como en el orden comunitario<sup>201</sup>, manteniendo así la coexistencia del derecho comunitario andino de la mano con el orden jurídico administrativo interno, en virtud del principio de cooperación y coordinación entre el juez nacional y el juez comunitario<sup>202</sup>. De esa manera, la manifestación de colaboración entre jurisdicciones supone entonces la actuación de los jueces internos de los Estados miembros como jueces comunitarios, encargados de la aplicación de la norma andina previa a la interpretación derivada por parte del Tribunal de Justicia <sup>203</sup>.

No obstante, dicha concepción bajo la cual se considera que la incidencia de la

---

<sup>199</sup> Arias, “Transformaciones y evolución de las fuentes del derecho administrativo colombiano a partir de los tratados de integración”, pp. 122-123, y p.136.

<sup>200</sup> Montes, "Efectos reglamentarios y jurisdiccionales del derecho comunitario Andino sobre el derecho administrativo colombiano" p. 209.

<sup>201</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Acción de Nulidad del 5 de noviembre de 1999, emitida en el proceso 1-AN-96, Quito, Ecuador.

<sup>202</sup> Carlos Andrés De Tomaso, “La Coparticipación De Los Jueces Comunitarios en La Administración De Justicia”. En Revista *PODIUM*, *Universidad Espíritu Santo*, *UEES*, No. 31(2017): pp. 10-11.

<sup>203</sup> Andrea Cubillos Hernández, “Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado” (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, 2017), p. 169

interpretación prejudicial permea exclusivamente la esfera de lo contencioso, ha dado lugar a un replanteamiento con ocasión de la modernización de la ciencia del derecho administrativo, ya que dada la organización y dinamismo de las entidades pertenecientes a esta rama del derecho, se ha logrado evidenciar que las instituciones no judiciales también toman partido en el ejercicio de la justicia administrativa, ya que esta no se profesa únicamente por los jueces, sino también a través de la vía administrativa mediante la interposición de recursos a los actos emanados por parte de las entidades de la administración<sup>204</sup>.

Dicha premisa ha cobrado reconocimiento por parte del TJCA a través de su jurisprudencia, ya que como analizaremos posteriormente, la evolución del concepto juez nacional como legitimado para desatar la interpretación prejudicial ha permitido entender que las instituciones de carácter no judicial también pueden converger en la aplicación uniforme de las normas andinas, desplazando tal exclusividad atribuida a los organismos judiciales<sup>205</sup>.

Ejemplo de lo anterior, es el caso 242-IP-2015 conocido por el TJCA en cual se solicitó una interpretación prejudicial en un trámite netamente administrativo de registro de marcas por parte de una entidad que no ejerce funciones jurisdiccionales. Para el caso en particular el TJCA señaló que la entidad contaba con todos los requisitos para acudir a la interpretación prejudicial, razón por la cual, procedió a pronunciarse sobre la interpretación objeto de consulta<sup>206</sup>. Cabe advertir que el estudio del presente caso se desarrollará a fondo con el objetivo de evidenciar la importancia de las instituciones administrativas no jurisdiccionales en la aplicación uniforme del derecho comunitario.

Por lo tanto, la justicia administrativa predica qué tanto las instituciones

---

<sup>204</sup> Montes, "Efectos reglamentarios y jurisdiccionales del derecho comunitario Andino sobre el derecho administrativo colombiano" p. 189.

<sup>205</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 21 de marzo de 2007, emitida en el proceso 14-IP-2007, Quito, Ecuador ; y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de interpretación prejudicial 24 de agosto de 2015, emitida en el proceso 242-IP-2015, Quito, Ecuador.

<sup>206</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 24 de agosto de 2015

, emitida en el proceso 242-IP-2015 , Quito, Ecuador.

administrativas en sede no jurisdiccional, como también los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben actuar conforme al extenso conjunto de normas, generado por la ampliación del sistema fuentes del derecho administrativo a partir de las relaciones que se suscitan entre este y el derecho comunitario andino.

### **3 LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCA Y SU CONSTRUCCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO**

El estudio de la consulta prejudicial andina en el ámbito del derecho administrativo parte del presupuesto que la unidad jurisdiccional más que homogeneidad significa concordancia y armonía, por tal motivo, resulta necesario que sus distintos órganos jurisdiccionales e instituciones dispongan de medios para la consecución de un fin convergente y común a todos ellos<sup>207</sup>, el cual es la justicia erigida como valor superior del ordenamiento jurídico, traducido ello en el lenguaje del derecho administrativo como la materialización del concepto de buena administración<sup>208</sup>.

Bajo esa perspectiva, es innegable la influencia de la interpretación prejudicial en el ámbito de esta rama del derecho, ya que su utilidad práctica en el ejercicio de la justicia administrativa, se constituye como parámetro orientador en la prevención de la ruptura del sistema normativo andino<sup>209</sup>. Así pues, se permite fomentar el dialogo desde el ámbito del derecho administrativo ante los organismos supranacionales, y cumplir con los estándares y prerrogativas dispuestos en los tratados de integración. Lo anterior da como

---

<sup>207</sup> Juana Morcillo Moreno, “*Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo, Posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales*”, (Madrid: Editorial la ley grupo Wolters Kluwer, 2007) p. XLII.

<sup>208</sup> José Ignacio Hernández, “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo Global, una visión desde el Derecho Administrativo Latinoamericano”, en *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016) p. 247.

<sup>209</sup> Gabriel Galán Melo, “Interpretación Prejudicial y Restricciones a La Potestad Jurisdiccional De Los Estados Miembros De La CAN”. *Foro, Revista De Derecho*, No. 22 (2017): p. 104.

resultado la construcción de un marco adecuado para la interpretación de las normas administrativas en conjunto con las normas comunitarias, permitiéndole tener un impacto determinante en el ejercicio de la actividad administrativa bajo el concepto de la buena administración<sup>210</sup>.

Así las cosas, desarrollado dicho marco conceptual relativo a la incidencia de la institución de la interpretación prejudicial, no existe hasta este punto duda sobre su utilidad como categoría jurídica de fuente de derecho en el marco de las relaciones suscitadas al interior del derecho administrativo, ya que conforme a los preceptos analizados a lo largo del presente trabajo de investigación existe concordancia por parte de la doctrina tanto regional como la doctrina extranjera<sup>211</sup>, sobre su pertinencia al

---

<sup>210</sup> Hernández, “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo Global, una visión desde el Derecho Administrativo Latinoamericano”, en *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, pp. 247-248.

<sup>211</sup> Luis Carlos SÁCHICA, *Introducción al Derecho Comunitario Andino* (Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985). p. 158; Fernando Uribe Restrepo *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino* (Quito: Tribunal del Acuerdo de justicia de Cartagena, 1990). pp. 163-164; Eduardo Pastrana Buelvas “*Institucionalización de las Relaciones Económicas Internacionales, “Globalización versus regionalización de la economía”*”. (Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, 2000). p. 586; Manuel Tangarife Torres *Derecho de la Integración de la Comunidad Andina* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005). pp. 402- 40; Jorge Antonio Quindimil, *Instituciones y derecho de la comunidad andina* (Valencia: Editorial Tirant to Blanch, 2006), pp. 405-406; Julia Victoria Montaña, y Sara Quintero Sánchez, *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, ¿un Nuevo orden Procesal?* (Medellín.: Universidad ICESI: 2011), pp. 46-54; Carlos Eduardo Daly Gimón, *Tribunal Andino de Justicia e Institucionalidad en la Comunidad Andina* (Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española una marca de LAP LAMBERT Academic publishing GMBH y Co, 2011) pp. 101-103; Karen J. Alter, y Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* (New York, Oxford University Press, 2017), pp. 55-64; Hugo Ramiro Gómez *et al.*, *Apuntes de Derecho Comunitario Andino: A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. (Portoviejo: Editorial San Gregorio S.A , 2019), pp. 114-117. Juan Carlos Dueñas, “La Interpretación Prejudicial ¿Piedra angular en la integración Andina? “, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, coordinado por Agustina González Grucci (Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011), pp. 39-40.; Ricardo Vigil Toledo, “El reflejo de la Jurisprudencia Europea en los fallos del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina aspectos teóricos y pragmáticos”, en *Tribunales en organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad andina y Unión Europea*, dirigido por Mario Hernández Ramos, Alejandro Saiz Arnaiz, Aida Torres Pérez, y Maite Zelaia Garagarza (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A. 2012), pp. 231-234; Alberto Álvarez, “La Interpretación Prejudicial del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena

configurarse como piedra clave angular y mecanismo idóneo del ordenamiento jurídico andino que asegura la aplicación uniforme de sus preceptos normativos al interior de los Estados miembros.

### **3.1 La evolución de la institución de la interpretación prejudicial a través de la jurisprudencia del TJCA y su relación con las instituciones del derecho administrativo colombiano**

La institución de la interpretación prejudicial ha sido resultado de un proceso de trasplante jurídico a partir del legado erigido por parte del Derecho Comunitario Europeo sobre la base de la consulta prejudicial en cabeza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,<sup>212</sup> tal y como lo analizamos anteriormente.

En ese orden de ideas, su eficacia y operatividad en la esfera del ordenamiento jurídico colombiano, específicamente, en el ámbito del derecho administrativo ha sido resultado de un proceso de evolución y adaptación, en el cual, la actuación de nuestras instituciones tanto administrativas como judiciales han jugado un rol determinante en

---

y los derechos fundamentales de la Constitución de 1991”. *Revista de actualidad jurídica Dikaion* No. 4 (2005): pp. 151-191; Natalia Tobón Franco “La Doctrina del acto claro y la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina. *Revista de derecho vniversitas, pontificia Universidad Javeriana* 54, No. 109 (2005): pp. 467-468; Osvaldo Saldías, “Supranational Courts as Engines of Disintegration - The Case of the Andean Community”. *The Berlin Working Papers on European Integration, Electronic Journal, Institute of Political Science at Freie Universität Berlin* No. 5, (2007): pp. 10-11; Laurence R Helfer y Karen J Alter, “Nature or Nurture? Judicial Law Making in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice”. *Duke Law School Faculty Scholarship Series. Paper 183* (2009): pp. 25-26; Laurence R. Helfer, Karen J. Alter, y M. Florencia Guerzovich, “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, *American Journal of International Law* 103, No. 1 (2009): pp. 21-22; Luis Plata López, y Donna Yepes Ceballos, “Naturaleza jurídica de las normas Comunitarias Andinas”. *Revista de derecho, Universidad del Norte* No. 31 (2009): pp. 221-222; Gabriel Galán Melo, “Interpretación Prejudicial y Restricciones a La Potestad Jurisdiccional De Los Estados Miembros De La CAN”. *Foro, Revista De Derecho*, n.º 22 (2017): pp. 103-104; Cynthia Soares Carneiro “O transplante das interpretações prejudiciais para o tribunal de justiça andino”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur* 5, n.o 9 (2017): pp. 102-103 y Yolanda Mendoza, “La Interpretación Sobre El Juez Nacional En El Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina. Agenda Internacional” *Agenda Internacional, revista académica del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)* 26 No. 37 (2019): pp. 275-276.

<sup>212</sup> Alter, y Helfer, *Transplantating International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, pp. 13-15.

torno a fortalecer su institucionalidad, permitiendo así que en el ejercicio mismo del incidente prejudicial, esta institución haya construido un proceso de evolución jurídica el cual ha conseguido no solo asegurar el cometido para el cual fue erigida, si no permear las distintas esferas del derecho administrativo desplegando efectos tanto para nuestro ordenamiento como para los demás Estados miembros y el derecho comunitario de la CAN.

Bajo ese hilo argumentativo, y con el objetivo de dar respuesta al planteamiento presentado en el párrafo anterior, nos ocuparemos de analizar como las instituciones de nuestro ordenamiento han convergido en la construcción de tal proceso evolutivo en el ámbito del derecho administrativo destacando tanto sus aspectos positivos como posibles dificultades en su aplicación. Para el desarrollo del tal cometido dicho análisis se ha dividido en cinco etapas que relacionaremos a reglón seguido.

La etapa uno está enfocada en el análisis de la primera interpretación prejudicial -caso IP-87- emitida por parte del TJCA, siendo pionero en la elevación de la consulta al Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia<sup>213</sup>. En el marco de dicho estudio presentaremos los aspectos más relevantes destacados por el tribunal de Quito como también el estudio de la relación y el contexto en que se propició ese primer dialogo entre el juez comunitario andino y el organismo judicial del Estado Colombiano.

La etapa dos centrará su estudio en destacar la presencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, ya que través del caso 14-IP-2007<sup>214</sup>, el tribunal amplio el concepto de juez nacional a autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales. En tercera instancia habrá lugar al análisis del caso 242-IP-2015<sup>215</sup>, en el cual la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, elevó la consulta prejudicial, no en el ejercicio de facultades jurisdiccionales,

---

<sup>213</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 1-IP-87, Quito, Ecuador.

<sup>214</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 21 de marzo de 2007, emitida en el proceso 14-IP-2007, Quito, Ecuador.

<sup>215</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 24 de agosto de 2015, emitida en el proceso 242-IP-2015, Quito, Ecuador.

sino en el trámite de un procedimiento administrativo, permitiendo así ampliar el concepto de juez nacional a determinadas autoridades administrativas cuando en el trámite de procedimientos administrativos internos convergen la protección de asuntos de conocimiento del Tribunal de la CAN.

En cuarto lugar, se señalará brevemente como el concepto de juez nacional ha logrado trascender a la justicia arbitral, obligando a los árbitros en su función de administrar a justicia a elevar la consulta prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la CAN, sin entrar en detalle, ya que el tercer capítulo del presente trabajo de investigación estará orientado al análisis a fondo de este escenario.

La última etapa estará enfocada al análisis de la sentencia 149-IP-2011<sup>216</sup>, en el evento que sus efectos son vinculantes en materia de Derecho Procesal Administrativo, en tanto que es a través de esta sentencia que se establece la no obligatoriedad de los jueces que resuelven los recursos extraordinarios para elevar interpretaciones prejudiciales, radicando tal imperatividad en cabeza del juez o tribunal de segunda instancia. No obstante, establece una serie de precisiones frente a los recursos extraordinarios que resultan importantes para los organismos judiciales de cierre de los Estados Miembros.

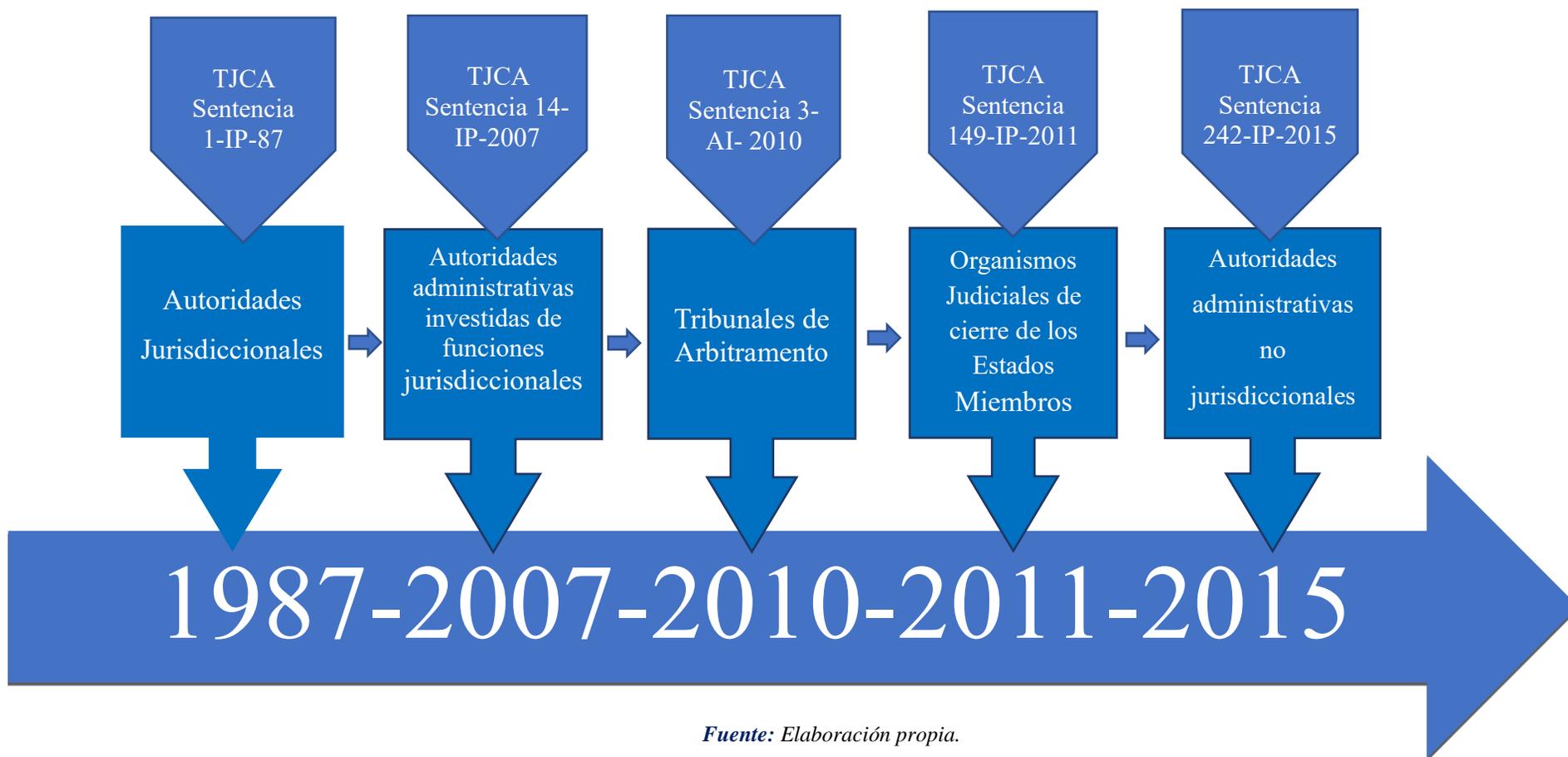
En ese orden de ideas, antes de iniciar el estudio a fondo de las providencias del TJCA, presentaremos a continuación la gráfica de la evolución del concepto de juez nacional -en línea jurisprudencial- en cada una de sus diferentes etapas desde 1987 hasta 2015, señalando en cada una de ellas la providencia judicial de referencia y el concepto allí abordado:

---

<sup>216</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 10 de mayo de 2012, emitida en el proceso 149-IP-201 , Quito, Ecuador.

Ilustración 2. Evolución del concepto juez nacional a través de la jurisprudencia del TJCA

## Evolución del concepto juez nacional a través de la jurisprudencia del TJCA en línea de tiempo



Fuente: Elaboración propia.

### **3.1.1 El Consejo de Estado de Colombia como pionero en el trámite de consultas prejudiciales: análisis de la primera interpretación prejudicial emitida por el TJCA en el Caso IP- 87**

El precursor en la elevación del primer incidente de interpretación prejudicial ante el tribunal de justicia del acuerdo de Cartagena fue el Consejo de Estado de la República de Colombia en su calidad de máxima instancia de la justicia contenciosa administrativa colombiana, actuando en calidad de juez nacional en el cumplimiento de una función judicial<sup>217</sup>, en el curso de la acción de restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad “Aktiebolaget Volvo” en el proceso interno 491.

El objeto de dicha consulta prejudicial versaba sobre la interpretación de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en relación con el trámite de registro solicitado por parte de la marca “Volvo” ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual fue objetado por parte de la Sociedad Industrial Volmo S.A

Ahora bien, aunque el contenido de la sentencia interpretación del proceso 1-IP-87 estaba dirigida a la aclaración de algunos fundamentos relacionados con la normativa andina relativa a la protección y registro de marcas, esta providencia marcó un hito en relación con diferentes aspectos de la institución prejudicial andina, ya que al ser el primer fallo de esta naturaleza emitido por TJCA, puntualizó y delimitó aspectos relacionados con el carácter facultativo y obligatorio de la interpretación prejudicial; la posibilidad de ser instaurada a petición de parte; su alcance en cabeza del TJCA y los métodos de interpretación del derecho comunitario para la correcta aplicación de la normativa sujeta a consulta.

Respecto del caso en particular el TJCA precisó lo siguiente en relación con la obligatoriedad de la consulta prejudicial en general y su calificativo para el caso en particular:

“El alto Tribunal solicitante el Consejo de Estado de la República de Colombia cabeza de la justicia contencioso administrativa en ese país, hace constar en su consulta que “conforme a lo previsto en el Código Contencioso

---

<sup>217</sup> Mendoza, “La Interpretación Sobre El Juez Nacional En El Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina”. pp. 280-281.

Administrativo colombiano, contra las sentencias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado proceden o caben los Recursos Extraordinarios de Anulación, de Revisión y de Súplica, según el caso y dadas las causales y demás requisitos fijados en la ley”. Observa el Tribunal que, de acuerdo con el citado Código, el Recurso Extraordinario de Anulación procede "por violación directa de la Constitución Política o de la Ley sustantiva” (artículo 197), y resulta claro que dentro de esta última causal podría revisarse la aplicación que se hubiera hecho de normas comunitarias.

Por consiguiente, la sentencia que ha de dictar en este caso el juez solicitante es susceptible de recurso en derecho interno, por lo que, de acuerdo con el artículo 29 del Tratado, la consulta que se hace es facultativa. En cambio, es obligatoria “si la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno...” o si sólo fueran procedentes otros recursos que no permiten revisar la aplicación de la norma sustantiva como los llamados recursos de súplica y revisión, ya que en virtud de ellos, conforme al derecho interno colombiano, no cabría la posibilidad de revisar la aplicación que se haya hecho de las normas comunitarias (Código Contencioso Administrativo, artículos 183 y 188). En consecuencia, en tal caso, tendría aplicación el inciso del artículo 29 del Tratado, o sea la consulta obligatoria, ya que no habría propiamente "recursos", en el sentido que debe darse a la norma comunitaria citada”<sup>218</sup>.

En ese orden de ideas, el TJCA concluyó que -para el caso en concreto- la interpretación revestía el carácter de facultativa, dado que la sentencia que debía emitir el Consejo de Estado era susceptible de recurso en el derecho interno. Lo anterior dado que, conforme a la normativa prevista en el Código Contencioso Administrativo Colombiano de la época, contra las sentencias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado procedían los recursos extraordinarios de anulación, revisión y de súplica.

---

<sup>218</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 1-IP-87, Quito, Ecuador.

En relación con la interpretación prejudicial a petición de parte señaló que esta podía adelantarse en cualquier estado y grado proceso, ya que el objetivo es un asunto de mero derecho como es la interpretación de las normas del derecho comunitario, siendo ello diferente en la jurisdicción interna ya que para las causas o asuntos que allí se surten si existe una oportunidad procesal para que los interesados puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional.

En lo que tiene que ver con el alcance de la institución desde la labor del TJCA, esta primera providencia preciso que la labor del TJCA es exclusivamente la interpretación de la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, en el cual se propende por la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, razón por la cual, la tarea de aplicar la norma a los hechos concretos y particulares del asunto está reservada al juez nacional<sup>219</sup>.

Por su parte, en relación con los métodos de interpretación, el TJCA señaló que para interpretar el cuerpo jurídico de las normas andinas debe considerarse la realidad actual y las características esenciales del nuevo derecho de la integración, teniendo en cuenta los métodos: funcionales, universales, y sistemáticos teleológicos. Respecto del método teleológico señaló que es el que mejor se adecua a la naturaleza y carácter de la interpretación prejudicial, en tanto que valora el objeto y fin de la norma, orientado al fortalecimiento del proceso de integración andina, como principal objetivo del acuerdo de Cartagena<sup>220</sup>.

Dicho pronunciamiento por parte del TJCA ha sido objeto de cuestionamiento por parte de algunos estudiosos del asunto, los cuales advierten ciertos puntos destacables de la sentencia hito al hacer un ejercicio de comparación con la operatividad del sistema prejudicial en la Unión Europea y la Corte de Justicia de Centro América. Gerard Conway, por ejemplo, destacó lo siguiente:

“There is some tension within this statement: on the one hand, the ACJ (The Andean Court of Justice) refers to ‘universal principles where they apply’, yet also refers to the specific teleology of the Cartagena Agreement. Whereas the

---

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> *Ibid.*

former points to a structured approach relying primarily on the text, the latter places less attention on specific texts and more on overall purposes.

The reference to “... ultimately, is the process of integration of the Andean subregion ...” indicates a meta-teleological approach, i.e. the purpose of the Andean Community overall, and not just the purpose of a particular provision or law. This is characteristic of the ECJ (The European Court of Justice). Further, the ACJ refers to the specific context of preliminary judgments. In this type of procedure, as in the EU, a court is not required to give a judgment on the facts, and this points to a more general evaluation. Nonetheless, it does not require a court to resort to meta- teleological interpretation. A more restrained interpretation is always possible. Therefore, meta- teleological interpretation reflects a choice. In its judgment, the ACJ refer to community building, rather than invoking also the other substantive values indicated above of the rule of law, democracy, and a separation of powers. However, it implicitly accepted these latter values in its earlier passage by a justification based on historical interpretation.

Metaleological interpretation is not inevitable, as is apparent from the judgments of the CACJ (Central America Court of justice) in its first existence. Even though the CACJ was working within a system avowedly federal, more so than the current Andean Community, it did not refer to purposes in this way, although it did refer to the order of ideas related to a law. Overall, though, it placed emphasis on specific texts in the first place. Thus, the influence of the ECJ can be seen in the articulation of the ACJ, even if the ACJ is less radical in practice and is more traditional in its reference to text intention<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> "Hay cierta tensión en esta declaración: por un lado, el TJCA (Tribunal Andino de Justicia) se refiere a 'los principios universales donde se aplican', pero también se refiere a la teleología específica del Acuerdo de Cartagena. Mientras que la primera apunta a un enfoque estructurado que se basa principalmente en el texto, la segunda presta menos atención a los textos específicos y más a los propósitos generales. La referencia a "... en última instancia, es el proceso de integración de la subregión andina..." indica un enfoque meta-teleológico, es decir, el propósito de la Comunidad Andina en general, y no sólo el propósito de una disposición o ley particular. Esto es característico del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Además, el TJCE se refiere al contexto específico de las sentencias

En este orden de ideas, conforme a lo señalado por parte del TJCA en su sentencia hito de interpretación prejudicial, a partir lo citado en el párrafo anterior, resulta preciso afirmar que, en relación con los métodos interpretativos, el sistema adoptado por el tribunal mantiene la naturaleza heredada del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ya que no se encuentra obligado a emitir juicio sobre los hechos que dan origen al asunto. Sin embargo, en relación con la interpretación de la normativa andina debe propender por mantener un enfoque tradicional centrado en el análisis de la intención de la norma, es decir, el fortalecimiento del proceso de integración comunitario, manteniendo así la utilidad de la concepción teleológica, lo cual debe mantener una armonía con los métodos universales, ya que al momento de desplegar un ejercicio de raciocinio jurídico debe observarse la especificidad del texto de cada norma, conjuntamente con la intención o móvil de la norma andina, siendo ello la mejor vía para una plausible interpretación de dicho cuerpo jurídico<sup>222</sup>.

Por otra parte, respecto de la relación que dio origen a esta primera consulta prejudicial, entre el juez comunitario y el juez nacional que, para el caso en concreto, se refiere al TJCA y el Consejo de Estado de Colombia, puede decirse que se trata de una relación de colaboración pacífica propia de la naturaleza de la institución prejudicial andina, entre estos dos cuerpos judiciales de distinto nivel. Lo anterior, en tanto que, en el completo

---

preliminares. En este tipo de procedimiento, como en la UE, un tribunal no está obligado a pronunciarse sobre los hechos, lo que apunta a una evaluación más general. Sin embargo, no requiere que un tribunal recurra a la interpretación meta-teológica. Siempre es posible una interpretación más restringida. Por lo tanto, la interpretación meta-teleológica refleja una elección. En su sentencia, el TJCA se refiere a la construcción de la comunidad, en lugar de invocar también los otros valores sustantivos indicados anteriormente del estado de derecho, la democracia y la separación de poderes. Sin embargo, aceptó implícitamente estos últimos valores en su pasaje anterior mediante una justificación basada en la interpretación histórica. La interpretación meta-teleológica no es inevitable, como se desprende de las sentencias del CACJ (Tribunal de Justicia de Centroamérica) en su primera existencia. Aunque el CACJ trabajaba dentro de un sistema manifiestamente federal, más que la actual Comunidad Andina, no se refería a los propósitos de esta manera, aunque sí al orden de ideas relacionado con una ley. Sin embargo, en general, hizo hincapié en textos específicos en primer lugar. Así, la influencia del TJCE puede verse en la articulación de la TJCA, aunque el TJCA es menos radical en la práctica y es más tradicional en su referencia a la intención del texto (Traducción Libre)". Gerard Conway, "The Legal Reasoning of the Andean Court of Justice in Comparative Context (*Electronic Journal iCourts -The Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts, Faculty of Law University of Copenhagen*, 56 (2016): pp. 12-13.

<sup>222</sup> Conway , "The Legal Reasoning of the Andean Court of Justice in Comparative Context. pp. 18-19.

informe sucinto adjuntado por el Consejo de Estado, este organismo manifestó su intención de proveer una “completa y fiel inteligencia del asunto”<sup>223</sup>, siendo ello una manifestación clara de cooperación y coadyuvancia como caracteres inherentes a la naturaleza de la institución objeto de análisis.

En relación con lo anterior vale la pena mencionar que, si bien esta relación se caracterizó por ser de tipo pacífica, convergieron una serie de hechos externos que influyeron para que se instaurara efectivamente el trámite del incidente prejudicial ante el TJCA. Bajo ese entendido si bien la primera referencia de interpretación prejudicial al Tribunal de Quito en 1987 fue efectuada en cabeza del Consejo de Estado, la materialización de la solicitud de remisión fue hecha por el respetado Jurista German Cavelier, quien recurrió ante el Consejo de Estado dada la negativa del trámite administrativo de registro de la marca de automóviles Volvo por parte de la agencia colombiana de propiedad intelectual.

Cavelier argumentó ante el Consejo de Estado que los consejeros estaban obligados a remitir el asunto ante el TJCA por tratarse de materias reguladas por la normativa comunitaria, advirtiéndole que su omisión podría acarrear el sometimiento de la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a una acción de incumplimiento ante el TJCA. Finalmente, ante la insistencia manifestada por parte de Cavelier, el Consejo de Estado procedió a dar trámite a la interpretación prejudicial de la normativa comunitaria en el respectivo caso<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 1-IP-87, Quito, Ecuador.

<sup>224</sup> “(...)The first Colombian reference today to the ATJ in 1987 was made by German Cavelier, the respected head of a Bogota Law firm and professor of International law at the prestigious Universidad Nuestra señora del Rosario. Before the consejo de Estado, Cavelier challenged the refusal of the Colombian IP agency to register the trademark of the Swedish car Manufacturer Volvo. Here argued that the Consejo de Estado was required to refer the case to the ATJ and implied that its failure to do so could be subject Colombia to a noncompliance suit. Cavelier also spoke with former judges on the Colombian courts who Successfully lobbied their successors to refer the case to the Tribunal. (...)”. “La primera referencia colombiana hoy en día al TJCA en 1987 fue hecha por German Cavelier, el respetado jefe de una firma de abogados de Bogotá y profesor de derecho internacional de la prestigiosa Universidad Nuestra señora del Rosario. Ante el Consejo de Estado, Cavelier impugnó la negativa de la agencia colombiana de propiedad intelectual de registrar la marca del fabricante de automóviles sueco Volvo. Aquí argumentó que el Consejo de Estado estaba obligado a remitir el caso a la ATJ y dio a entender que el hecho de que no lo hiciera podría someter a Colombia a una demanda por incumplimiento. Cavelier

Bajo ese panorama, se logró entonces elevar la solicitud de interpretación prejudicial ante el TJCA, manteniendo así una relación de tipo pacífico entre la jurisdicción contencioso administrativa y el TJCA, pero que -en esencia- obedeció a una relación un tanto tensa al interior de las instituciones del derecho administrativo colombiano por las siguientes razones: en primer lugar, por la activación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por medio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho como consecuencia de la negativa de registro por parte de la entidad administrativa competente para dicha función y, en segundo lugar, porque los actores e interesados que convergían en dicha controversia tuvieron que advertir formalmente al Consejo de Estado sobre las consecuencias jurídicas que acarrearía la negativa de no instaurar el trámite de incidente prejudicial <sup>225</sup>.

### **3.1.2 La extensión del concepto juez nacional a autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales: análisis del caso 14-IP-2007**

En el 2007, el Departamento de Grupo de Trabajo de Competencia Desleal (en adelante GCD) de la Superintendencia de Industria Comercio de la República de Colombia (SIC) con ocasión del caso “Industrias Mayka S.A” elevó la consulta de incidente prejudicial ante el TJCA solicitando la interpretación de algunas normas contenidas en la Decisión 486 de la Comisión de la CAN, como también del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA<sup>226</sup>. La importancia de la radicación de dicho incidente ante el TCJA se centraba en el hecho que era la primera vez que una autoridad no jurisdiccional de carácter administrativo,

---

también habló con ex jueces de los tribunales colombianos que presionaron con éxito a sus sucesores para que remitieran el caso al Tribunal (Traducción libre)”. Alter, y Helfer, *Transplantating International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, p. 65.

<sup>225</sup> Gerard Conway, “The Legal Reasoning of the Andean Court of Justice in Comparative Context”. *Electronic Journal iCourts -The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, Faculty of Law University of Copenhagen*, 56 (2016): pp. 12-13.

<sup>226</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 21 de marzo de 2007, emitida en el proceso 14-IP-2007, Quito, Ecuador. “(...) Interpretación prejudicial de los artículos 136, literales a) y b), 155, literales a), c) y d), 157, párrafo primero, 258, 259, párrafo primero y literal a), y 267 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y de oficio, de los artículos 238 y 268 de la mencionada Decisión, así como, el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (...).

investida con funciones jurisdiccionales, se dirigía ante el órgano jurisdiccional mediante el uso del incidente prejudicial.

Antes de entrar a estudiar el contenido del caso, resulta relevante hacer una breve contextualización. La Constitución Política de Colombia, en su artículo 116<sup>227</sup> señala que la SIC es una autoridad administrativa facultada para administrar justicia, es decir, para ejercer potestades jurisdiccionales. La materialización de dichas funciones está en cabeza del -hoy en día- denominado Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, encargado de tramitar las acciones preventivas, declarativas y de condena promovidas por los afectados por actos de competencia desleal, como también de los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial. Dichas funciones atribuidas al GCD resultan relevantes para el derecho comunitario andino, ya que a partir de la decisión 486 de la comisión se regula el régimen común sobre propiedad industrial.

Una vez recibida la solicitud de interpretación de las normas citadas anteriormente, el TJCA tuvo como eje de estudio en su providencia si el Grupo de Competencia Desleal de la SIC tenía la competencia y obligación para solicitar la interpretación prejudicial. Así las cosas, el TJCA reconoció que dicho grupo tenía legitimación por activa para solicitar la interpretación prejudicial<sup>228</sup> argumentando que las actuaciones judiciales no sólo provienen del poder judicial del poder público, sino también de otros órganos e instituciones de los países miembros a las que su ordenamiento jurídico interno han investido de tales facultades. Por lo tanto, para el TJCA cualquier institución que este investida de funciones judiciales como es el caso del GCD de la SIC, debe ser considerado como juez nacional y posee la capacidad y legitimación de solicitar la interpretación prejudicial<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 116. “(...)Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (...)”.

<sup>228</sup> Omar Alfonso Cárdenas “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal* 46, (2018): p. 112.

<sup>229</sup> Mendoza, “La Interpretación Sobre El Juez Nacional En El Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina”. pp. 281-282.

Bajo ese razonamiento, el TJCA en el aparte resolutivo de su providencia en la parte primera concluyó:

“Se debe tener a los organismos que cumplen funciones judiciales, conforme a la ley interna, 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, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de la presente providencia”<sup>230</sup>.

En ese orden de ideas, resulta preciso señalar que tal iniciativa entablada por parte del Grupo de Competencias de la SIC ante el TJCA desplegó importantes consecuencias desde la en la sentencia 14-IP-2007 desde la órbita del Derecho Administrativo Colombiano hacia el Derecho Comunitario Andino, siendo innegable hasta este punto la influencia de la institución objeto de estudio en el ordenamiento jurídico colombiano -específicamente- en materia del derecho administrativo mismo. Dicha afirmación tiene sustento en los siguientes argumentos que se relacionan a reglón seguido.

En primer lugar, la clásica concepción bajo la cual era entendido el concepto de juez nacional, tal como y cómo fue analizado en la sentencia IP 87 referida a aquellos organismos pertenecientes al poder judicial, evidenció un replanteamiento por parte del TJCA frente a las estructuras de los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte. Esto en observancia del caso colombiano, ya que dada la dinámica e institucionalidad misma de las entidades del derecho administrativo Colombiano, permitió al TJCA constatar que con ocasión de las facultades jurisdiccionales atribuidas a la SIC por disposición constitucional, existen instituciones que no pertenecen al poder judicial, que convergen en el cometido de asegurar el cumplimiento uniforme del derecho comunitario andino.

En segundo lugar, conforme los postulados analizados en relación con la interpretación prejudicial como fuente derecho administrativo, existe un rompimiento

---

<sup>230</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 21 de marzo de 2007, emitida en el proceso 14-IP-2007, parte primera del apartado de resolutivo de conclusiones, Quito, Ecuador.

respecto de la postura tradicional que sostiene que la interpretación prejudicial permea exclusivamente la esfera de la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Lo anterior en atención a que a partir de la organización del Estado colombiano en relación con sus instituciones puede visualizarse que no sólo las instituciones pertenecientes a la rama judicial del poder público convergen en la protección y aplicación de las normas del derecho comunitario andino, sino que también existen otras instituciones del orden administrativo, a las cuales les compete garantizar la aplicación uniforme del cuerpo jurídico andino. Ello en atención a que las funciones que cumplen las instituciones del orden administrativo al interior de los Estados comparten asuntos que también son de interés para el orden comunitario, tal y como es el caso del Grupo de Trabajo de Competencia desleal de la SIC, en materia de propiedad intelectual.

Por último, cabe mencionar que los efectos surtidos con ocasión de la sentencia 14 - IP-2007, a pesar de haber tenido origen en la esfera de las instituciones del derecho administrativo colombiano, permean la esfera del derecho comunitario andino en relación con los demás Estados parte. Lo anterior dado que a partir de la declaración ejercida por parte del TJCA en relación con las instituciones del derecho administrativo colombiano, las entidades de esta naturaleza de los demás Estados parte -en el ejercicio de potestades jurisdiccionales- estarán legitimadas por activa para elevar el trámite de incidente prejudicial, siendo ello una clara ampliación del concepto juez nacional desplazado a autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales creando así un precedente de directriz para todos los ordenamientos de los Estados miembros de la CAN.

Ejemplo de la anterior afirmación es la reiteración de dichos criterios por parte del TJCA en el conocimiento de casos ulteriores, en los cuales -nuevamente- el Estado Colombiano en cabeza de la SIC desplegó el mecanismo de diálogo y colaboración armónica elevando nuevas solicitudes de interpretación prejudicial<sup>231</sup>. Fue así como en el caso 130-IP-2007 Yanbal de Colombia S.A. vs Bel-star S.A <sup>232</sup> el TJCA reiteró los postulados tratados en

---

<sup>231</sup> Cárdenas “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”. p.113.

<sup>232</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 17 de octubre de 2007

el caso 14 -IP -2007, los cuales fueron posteriormente ratificados en el año 2014 en el proceso 80-IP-2014<sup>233</sup> Carvajal información S.A.S. VS Colombia Telecomunicaciones S.A.

Bajo ese hilo argumentativo, es preciso señalar que el TJCA ha sido enfático en la obligación que detentan las entidades administrativas investidas de funciones jurisdiccionales en la correcta y uniforme aplicación de la normativa comunitaria, en asuntos que son objeto de regulación por parte del orden jurídico andino. Así pues la interpretación prejudicial es una herramienta clave para el cumplimiento de tales cometidos, como expresión de los principios de cooperación y colaboración entre jurisdicciones, que sin duda contribuyen a la vigencia del derecho de la integración de la CAN.

### **3.1.3 La extensión del concepto juez nacional a autoridades administrativas sin funciones jurisdiccionales: análisis del caso 242-IP-2015**

El trabajo del TJCA analizado a este punto se ha mostrado tendiente a conferir a algunas autoridades administrativas con potestades jurisdiccionales y sujetos en el ejercicio de la función de administrar justicia, la legitimidad por activa para acudir al trámite de interpretación prejudicial, extendiendo así el concepto de “jueces nacionales” establecido en

---

, emitida en el proceso 130-IP-2007, Quito, Ecuador. “(...) *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. Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el “juez nacional” y el “juez comunitario” en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración. (...)*”

<sup>233</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 17 de septiembre de 2014, emitida en el proceso 80-IP-2014, Quito, Ecuador. “(...) *“Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma. 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”. (...)*”

el Tratado de Creación del TJCA a los mencionados sujetos, logrando de esa manera asegurar la institucionalización y vigencia del derecho comunitario andino<sup>234</sup>.

Llegado este punto valdrá la pena plantearse el siguiente interrogante: ¿Que sucede con las instituciones de naturaleza administrativa a las que no se les ha atribuido funciones jurisdiccionales, pero que con ocasión de la función que cumplen al interior de los ordenamientos jurídicos internos, deben conocer de la aplicación de la normatividad andina en el ejercicio de funciones netamente administrativas? Para responder a tal interrogante nos ocuparemos de analizar los argumentos erigidos por el TJCA en la sentencia 242- IP-2015 los cuales tuvieron origen en los procesos 105-IP-2014<sup>235</sup>, y 121-IP-2014<sup>236</sup> respectivamente, a los cuales también se hará mención en este apartado.

Dicho estudio se centrará -específicamente- en el análisis de cómo las instituciones administrativas según lo dispuesto por el TJCA -que para el caso en concreto se trata de la dirección de signos distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio-, en el ejercicio de funciones no jurisdiccionales están facultadas para activar el incidente de interpretación prejudicial<sup>237</sup>.

Para el desarrollo de tal análisis resulta clave, en primer lugar, referirnos a la citada Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>238</sup>, la cual estableció un régimen especial para la regulación de asuntos de propiedad industrial, permitiendo así que los Estados miembros a través de sus instituciones administrativas aplicaran la normatividad andina, esencialmente, los postulados en materia de propiedad industrial. Bajo tal situación,

---

<sup>234</sup> Juan Manuel Indacochea, “La Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 Del Tribunal Andino. Sobre La Legitimidad Activa De Las Autoridades Administrativas para solicitar interpretación prejudicial y la aplicación de los requisitos de registrabilidad a las marcas táctiles o de textura”. *Revista Ius Et Veritas* 56 (2018): p.114.

<sup>235</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 28 de noviembre de 2014, emitida en el proceso 105-IP-2014, Quito, Ecuador.

<sup>236</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 20 de noviembre de 2014, emitida en el proceso 121-IP-2014, Quito, Ecuador.

<sup>237</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 24 de agosto de 2015, emitida en el proceso 242-IP-2015 , Quito, Ecuador.

<sup>238</sup> Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, 14 de septiembre de 2000, por la cual se regula el régimen común de propiedad industrial y se sustituye la decisión 344 de la misma corporación, Lima, Perú.

si bien dichas instituciones estaban investidas para aplicar la normatividad andina a partir de lo dispuesto en la normativa secundaria 486, conforme a los postulados erigidos por parte del TJCA no se encontraban facultados para activar el incidente prejudicial.

Bajo ese panorama, los Estados Miembros de la CAN no tardaron en elevar las primeras consultas prejudiciales a pesar de la incongruencia suscitada con ocasión de la ausencia de pronunciamiento por parte de del TJCA, teniendo en cuenta que jurídicamente no contaban con la potestad para activar tal mecanismo. Frente a tal situación, el TJCA analizó las primeras cuestiones suscitadas por parte de autoridades administrativas a las que por disposición de la Decisión 486 la Comisión había facultado para la aplicación de la normativa andina en materia de propiedad industrial.

Así las cosas, el Tribunal de Quito conoció de los casos; 105-IP-2014 presentada por parte del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de Bolivia, y 121-IP-2014 presentada por la Dirección de Signos Distintivos y de la Comisión de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú. En el análisis respecto de su aptitud para ser reconocidos como jueces nacionales frente a la activación del incidente prejudicial el TJCA, la referida corporación señaló las siguientes reglas:

“En ese orden de ideas, en la primera oportunidad en la que un órgano o entidad administrativa realice una consulta con el propósito de obtener la interpretación prejudicial, ésta deberá acreditar que:

1) Se ha constituido por mandato legal: En el caso de solicitudes provenientes de autoridades o entidades administrativas, éstas deberán acreditar, particularmente, que han sido creadas por una norma con fuerza de Ley; además de que sus funciones, así como sus respectivas competencias se encuentren debidamente reconocidas en un instrumento legal.

2) Se trata de un órgano permanente: Las autoridades o entidades administrativas deberán acreditar que tienen naturaleza permanente.

3) El carácter obligatorio de sus competencias: Las autoridades o entidades administrativas deberán acreditar el carácter obligatorio de sus competencias. Es decir, que se trate de órganos a los cuales los destinatarios de las normas andinas deben acudir con la finalidad de que se reconozcan y garanticen los derechos subjetivos previstos en

la normativa andina.

4) El deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias.

5) El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso: A los fines de la interpretación prejudicial, se considerará legitimada a la autoridad o entidad administrativa con competencia para sustanciar un procedimiento en el que se asegure el contradictorio y se garantice el debido proceso, y en el que se emitan actos motivados con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifican su decisión.

6) La imparcialidad de sus actos: Por último, el Tribunal debe verificar que la normativa interna garantice la imparcialidad de la actuación de las autoridades o entidades administrativas al momento de aplicar la normativa comunitaria andina.”<sup>239</sup>

De esa manera, bajo el establecimiento y verificación de dichos requerimientos el TJCA concluyó que tanto el SENAPI de Bolivia, como el INDECOPI de Perú, estaban legitimados para activar el incidente, haciéndose necesario entonces ampliar el concepto de juez nacional, ya que dichas instituciones administrativas actuaban en calidad de jueces nacionales con el cometido de asegurar el cumplimiento uniforme del derecho comunitario andino mediante la activación del incidente interpretación prejudicial<sup>240</sup>.

Así las cosas, dicho precedente judicial no tardo en tomar fuerza vinculante en relación con las instituciones del derecho administrativo Colombiano, ya que en el curso de un trámite de carácter netamente administrativo de registro de marca, la Dirección de Signos

---

<sup>239</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Sentencia de Interpretación prejudicial 20 de noviembre de 2014, emitida en el proceso 121-IP-2014, sobre los requisitos para acreditar la legitimación por activa de las entidades administrativas para solicitar el trámite de interpretación prejudicial, posteriormente adoptados en la sentencia de Interpretación prejudicial 28 de noviembre de 2014, emitida en el proceso 105-IP-2014.

<sup>240</sup> Mendoza, “La Interpretación Sobre El Juez Nacional En El Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina”. p. 283. “(...) *Para el Tribunal Andino el término juez nacional es uno autónomo el término juez nacional es uno autónomo, La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 283 y en consecuencia distinto a las definiciones nacionales de los Países Miembros de la Comunidad Andina, inclusive estas podrían atentar contra el derecho del acceso a la justicia comunitaria y restringir la aplicación del ordenamiento andino en todo el territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina.* (...)”.

Distintivos (DSD) de la SIC en el caso 242-IP-2015, elevo la consulta de interpretación prejudicial relacionado con el trámite de registro de la marca táctil “Old Parr”.

En ese sentido, el Tribunal con base en el examen de los requisitos expuestos en las sentencias hito de este asunto confirmó la aptitud de la DSD de la SIC para activar el trámite de consulta prejudicial, permitiendo así extender tales facultades a entidades administrativas en el ejercicio de funciones no judiciales<sup>241</sup>.

De igual forma, la argumentación desplegada por el máximo órgano judicial Andino, no obedeció únicamente a la verificación de dichos requisitos, este tribunal sustentó que deben observarse otros criterios los cuales permiten entender mejor el panorama bajo los cuales las entidades de naturaleza no judicial convergen como actores en la activación del incidente de consulta, el TJCA destacó cinco criterios fundamentales, así:

- “1. Principio de autonomía del derecho comunitario andino;
2. Objeto y finalidad de la Interpretación Prejudicial;
3. Naturaleza de los actos emitidos por las autoridades nacionales;
4. *Jurisdiccionalización* de los procedimientos tramitados en sede administrativa;
- y, 5. Principio de legalidad”<sup>242</sup>.

Bajo esa perspectiva, resulta importante señalar que, con ocasión de los criterios señalados anteriormente, los numerales 1, 2 y 5 han sido previamente objeto de estudio a lo largo del presente trabajo de investigación. Por tal motivo, nos referiremos únicamente al análisis de los criterios 3 y 4, para así decantar los aportes de estos en relación con el ordenamiento jurídico colombiano -específicamente- en el ámbito del derecho administrativo.

---

<sup>241</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 24 de agosto de 2015, emitida en el proceso 242-IP-2015, Quito, Ecuador. “(...) *En el presente caso se ha verificado que la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como “juez nacional”, de conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal, por lo que ha quedado verificada su legitimidad activa para solicitar interpretación prejudicial facultativa. (...)*”.

<sup>242</sup> Gustavo García Brito, “Análisis de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR)””. *Foro, Revista De Derecho*, No. 22 (2017): pp. 147-148

En primer lugar, para entender la naturaleza de los actos emitidos por las autoridades nacionales debe partirse de la premisa que, al interior de los Estados miembros, la forma de organización jurídico estatal es proclive a mantener instituciones de distinta naturaleza con facultades de producción normativa, lo cual genera un inconveniente en relación con la identificación de la naturaleza de los actos que expiden las instituciones estatales. Por tal motivo, para entender la naturaleza de estos, debe considerarse que los actos de tipo judicial no son -únicamente- los que emanan de los jueces, ya que el Estado a través de sus constituciones puede atribuir funciones judiciales a órganos distintos a los de la rama judicial para proferir providencias con carácter judicial<sup>243</sup>.

En ese orden de ideas, en lo que tiene que ver con la correcta y uniforme aplicación de la normatividad comunitaria, vale la pena señalar que, el criterio orgánico resulta insuficiente para determinar la naturaleza de los actos, ya que la extensión del concepto de juez nacional a autoridades administrativas -aplicable al caso de la dirección de signos distintivos de la SIC-, denota una tendencia por parte del Tribunal orientada a tener en cuenta el concepto material-funcional, flexibilizando así la apreciación del concepto tradicional orgánico-formal<sup>244</sup>.

Dicho ejercicio -entonces- no centra su atención exclusivamente en la observancia de las estructuras Jurídico-Estatales de los ordenamientos de los Estados miembros<sup>245</sup>, por el contrario, tiene como eje la naturaleza del órgano consultor debido a sus funciones, manteniendo así un concepto más subjetivo en consideración del carácter del organismo que solicita la interpretación prejudicial, en armonía con un concepto objetivo en observancia de los mencionados requisitos establecidos vía jurisprudencial. Por lo tanto, para determinar su

---

<sup>243</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Sentencia de Interpretación prejudicial 21 de marzo de 2007, emitida en el proceso 14-IP-2007, sobre los requisitos para acreditar la legitimación por activa de las entidades administrativas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales para solicitar el trámite de interpretación prejudicial, posteriormente adoptados en la sentencia de Interpretación prejudicial 17 de octubre de 2007, emitida en el proceso 130-IP-2007.

<sup>244</sup> Cárdenas “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”. p. 117.

<sup>245</sup> *Ibid.*, 117.

naturaleza debe atenderse el criterio formal, orgánico o subjetivo, de la mano del criterio material, funcional, u objetivo<sup>246</sup>.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con la *jurisdiccionalización* de los procedimientos tramitados en sede administrativa<sup>247</sup>, el TJCA al ampliar el concepto juez nacional a autoridades administrativas, parte de la base que las distintas autoridades administrativas de los Estados adelantan procesos *jurisdiccionalizados*, los cuales se caracterizan por la garantía de los principios del contradictorio, derecho de defensa y debido proceso. La característica principal de este tipo de procedimientos es que se agotan con la emisión de un acto fundamentado, en el cual se exponen tanto los fundamentos de hecho como de derecho que sustentan la decisión, reconociendo, modificando o extinguiendo derechos contenidos en la normatividad andina. Por lo tanto, para el TJCA, en observancia de tal premisa, las autoridades administrativas tienen la potestad de solicitar la interpretación prejudicial siempre y cuando adelanten procedimientos que revistan el carácter de ser *jurisdiccionalizados*<sup>248</sup>.

La construcción de esta doctrina jurisprudencial ha comportado -sin duda alguna- evidencia clave en el proceso de evolución de la institución de la interpretación prejudicial de cara a los ordenamientos jurídicos internos, no exclusivamente, como instrumento o piedra angular del sistema, sino también como garantía de los destinatarios de las normas en términos de efectividad. A manera de ejemplo, la construcción de dicha doctrina

---

<sup>246</sup> Indacochea, “La Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 Del Tribunal Andino. Sobre La Legitimidad Activa De Las Autoridades Administrativas para solicitar interpretación prejudicial y la aplicación de los requisitos de registrabilidad a las marcas táctiles o de textura”. p.113.

<sup>247</sup> García, “Análisis de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE "OLD PARR)". *Foro, Revista De Derecho*, No. 22 (2017): p.151. “(...) De acuerdo con el derecho administrativo contemporáneo, es evidente que los Estados tienen la potestad de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial y revestirlos de competencias para aplicar normas jurídicas con la finalidad de resolver controversias y emitir decisiones firmes. De esta manera, la independencia funcional y la imparcialidad se constituyen como las características esenciales de estas entidades, aspecto que motiva lo que la doctrina denomina como la “jurisdiccionalización” de los procedimientos que tramitan, llegando a ser consideradas como “órganos administrativos sui generis o especiales”, u “órganos de naturaleza híbrida, jurisdiccional-administrativa”. (...)”.

<sup>248</sup> Indacochea, “La Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 Del Tribunal Andino. Sobre La Legitimidad Activa De Las Autoridades Administrativas para solicitar interpretación prejudicial y la aplicación de los requisitos de registrabilidad a las marcas táctiles o de textura”. p.114.

jurisprudencial en las citadas providencias permitió materializar la gestión de 36 solicitudes por parte de autoridades administrativas en el año 2015, distribuidas así :

*“25 solicitudes de parte del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, 6 consultas formuladas por el SENAPI de Bolivia, 3 solicitudes del INDECOPI del Perú, y 2 solicitudes de la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.”*<sup>249</sup>

Así las cosas, resulta preciso concluir que la construcción y desarrollo del concepto “juez nacional” a través de la jurisprudencia del TJCA ha sido sin objeción un acierto positivo por parte de esta corporación dirigida a ampliar el grupo de autoridades estatales que les compete aplicar uniformemente el derecho comunitario andino. Dicha situación ha permitido -entonces- que las distintas autoridades Estatales tanto en el ejercicio de funciones jurisdiccionales como netamente administrativas, como es en este último caso las agencias administrativas encargadas de la aplicación de la normativa 486 en materia de propiedad industrial<sup>250</sup>, se encuentren legitimadas por activa para acudir al trámite del incidente de

---

<sup>249</sup> García, “Análisis de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE "OLD PARR")”. *Foro, Revista De Derecho*, No. 22 (2017): p.153.

<sup>250</sup> Karen Alter, Laurence Helfer, y Osvaldo Saldías, “Transplanting the European Court of Justice: The Experience of the Andean Tribunal of Justice”. *American Journal of Comparative Law* 60, N° 3 (2012): pp. 661-662. “(...) “*The ATJ has forged a different set of alliances-with domestic administrative agencies responsible for protecting intellectual property. These agencies apply Andean Decisions to determine whether to register the thousands of applications for trademarks and patents that they receive from private firms. The agencies were thus logical interlocutors for ATJ judges. Agency officials repeatedly sought the Tribunal's guidance to clarify ambiguities and lacunae in Andean law, and they have habitually applied those rulings even when doing so challenges national executive or legislative decisions. Over time, the ATJ and the agencies have developed a symbiotic relationship that has helped to establish intellectual property as a distinctive "island of effective international adjudication" in the Andean Community legal system (...)*”. Traducción libre “(...) “El TJCA ha forjado un conjunto diferente de alianzas con los organismos administrativos nacionales responsables de la protección de la propiedad intelectual. Estos organismos aplican las Decisiones Andinas para determinar si se registran las miles de solicitudes de marcas y patentes que reciben de empresas privadas. Por lo tanto, las agencias eran interlocutores lógicos

interpretación prejudicial, trayendo ello como consecuencia un incremento en la referencia de incidentes de consulta ante el TJCA, por parte de las de las instituciones administrativas de los Estados Miembros<sup>251</sup>.

Dicha situación ha permitido entonces que en el cometido de asegurar la vigencia del proceso de integración andino, evidencie la pertinencia de las distintas esferas del derecho administrativo en relación con sus instituciones, en las cuales tanto la vía de trámite frente entidades administrativas como la vía jurisdiccional-contenciosa, son actores determinantes en la activación del mecanismo de cooperación y colaboración entre jurisdicciones, denotando así que el papel del derecho administrativo moderno resulta crucial en el fortalecimiento, institucionalidad y vigencia del derecho comunitario andino.

---

para los jueces del TJCA. Los funcionarios de los organismos solicitaron reiteradamente la orientación del Tribunal para aclarar las ambigüedades y lagunas de la legislación andina, y han aplicado habitualmente esas decisiones incluso cuando al hacerlo impugnan decisiones ejecutivas o legislativas nacionales. Con el tiempo, el TJCA y los organismos han desarrollado una relación simbiótica que ha contribuido a establecer la propiedad intelectual como una "isla de adjudicación internacional efectiva" distintiva en el sistema jurídico de la Comunidad Andina (...)"

<sup>251</sup> Karen J. Alter, y Laurence R. Helfer, *Transplantating International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* (New York, Oxford University Press, 2017), p. 181. "(...) In November 2014, the ATJ permitted administrative agencies to submit preliminary references. In the past, the tribunal approach this issue in a highly formalistic way, concluding that only true judicial bodies could refer questions of Andean law. The 2014 Ruling accepted referrals from INDECOPI and from Bolivia's agency, SENAPI. The rulings Articulated a multifactor functional test that considers an entity's powers and the types of activities it performs. The result has been an increase in direct reference for other IP agencies in down the Andes. The functional test also suggests the possibility that administrative agencies Responsible for other subjects relevant to Andean law refer Cases to the Tribunal. (...)". Traducción libre "(...) En noviembre de 2014, el Tribunal Andino de Justicia permitió a los organismos administrativos presentar referencias preliminares. En el pasado, el tribunal abordó este tema de manera muy formalista, concluyendo que sólo los verdaderos órganos judiciales podían remitir cuestiones de derecho andino. El fallo de 2014 aceptó las remisiones del INDECOPI y del organismo boliviano, SENAPI. Las sentencias articulaban una prueba funcional multifactorial que considera las facultades de una entidad y el tipo de actividades que realiza. El resultado ha sido un aumento de la referencia directa para otros organismos de propiedad intelectual en los Andes. La prueba funcional también sugiere la posibilidad de que los organismos administrativos responsables de otros temas relevantes para el derecho andino remitan los casos al Tribunal (...)".

### **3.1.4 La legitimación por activa de los jueces arbitrales como jueces nacionales frente a la obligatoriedad de tramitar la interpretación prejudicial ante el TJCA: breve presentación del caso 3-AI-2010**

La relevancia que detenta la justicia arbitral en la administración de justicia resulta de gran envergadura especialmente en el tráfico de las relaciones jurídicas que se surten en el contexto del derecho privado<sup>252</sup>. Por ese motivo, la consideración del juez arbitral como sujeto legitimado para elevar consultas prejudiciales no ha sido un asunto extraño para el TJCA. Por el contrario, su reconocimiento ha sido hasta ahora uno de los avances más trascendentes de la jurisprudencia de esta corporación en torno a ampliar el concepto de juez nacional a aquellos jueces arbitrales que con ocasión de su función de administrar justicia atribuida constitucionalmente, se encuentren frente a situaciones en que deban aplicar la normatividad comunitaria andina<sup>253</sup>.

Uno de los principales argumentos que apoya la importancia de dicho fenómeno jurídico radica en el hecho que a diferencia de lo que sucede en la CAN en relación con el control jurisdiccional, en la Unión Europea los jueces arbitrales no están legitimados para elevar consultas prejudiciales. Lo anterior, ya que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto 102/81, los tribunales arbitrales de origen privado no pueden ser considerados como órganos jurisdiccionales puesto que su ejercicio emana de la voluntad de quien los solicita, situación que es distinta respecto de los órganos jurisdiccionales Estatales, los cuales están investidos de función judicial <sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup>Cárdenas “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”. pp.114-115.

<sup>253</sup> Mendoza, “La Interpretación Sobre El Juez Nacional En El Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina”. p. 286.

<sup>254</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, asunto 102/81 de petición prejudicial (23 de marzo de 1982). “(...) *La actividad del tribunal arbitral de que se trata en el presente asunto tiene ciertas similitudes con la actividad jurisdiccional en el sentido de que es un arbitraje de derecho, en el que el árbitro debe fallar con arreglo a Derecho y su laudo tiene, entre las partes, autoridad de cosa juzgada y puede constituir un título ejecutivo si se le otorga el exequatur. Sin embargo, estas características no bastan para conferir al árbitro el carácter de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 177 del*

Entendido dicho panorama, la trascendencia que denota el reconocimiento de los tribunales arbitrales por parte del Tribunal de Quito partir de la providencia 3-AI-2010, es crucial para el fortalecimiento de la institucionalidad del proceso de integración andino, ya que al apartarse del modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permitió ampliar la participación de los actores pertenecientes a los Estados Miembros que convergen en el cometido de asegurar el cumplimiento eficaz y uniforme de las normas andinas, concluyendo así que los árbitros están obligados solicitar la interpretación prejudicial<sup>255</sup>.

No obstante, dicho reconocimiento por parte del TJCA a partir de la providencia 3-AI-2010 tuvo un origen un tanto caótico y tenso, ya que a diferencia de los demás casos analizados hasta este punto, no se originó en el curso del planteamiento de una consulta prejudicial ante el Tribunal de la CAN, por el contrario, fue el resultado de una acción de incumplimiento interpuesta contra la Sección Tercera del Consejo de Estado por parte de la compañía de telecomunicaciones ETB ante el TJCA, en la que dicha empresa alegaba la omisión de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial por parte del organismo judicial de cierre. La importancia de tal situación se centra en el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales- competencia del Consejo de Estado- ya que es un asunto de interés tanto para el derecho comunitario como para el derecho administrativo cuando en sede arbitral debe aplicarse normativa del derecho de la CAN.

---

*Tratado. Procede señalar en primer lugar que, al celebrar el acuerdo de 1973, las partes contratantes eran libres de dejar la solución de sus posibles litigios a los órganos jurisdiccionales ordinarios o de elegir la vía arbitral, insertando en el mismo una cláusula a tal efecto. De los antecedentes de hecho del presente procedimiento se deduce que las partes contratantes no tenían ninguna obligación, de hecho o de Derecho, de confiar sus diferencias al arbitraje.*

*En segundo lugar, debe señalarse que las autoridades públicas alemanas no estaban implicadas en la elección de la vía arbitral y que no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro. Como Estado miembro de la Comunidad, responsable del cumplimiento en su territorio de las obligaciones que resultan del Derecho comunitario en virtud de los artículos 5 y 169 a 171 del Tratado, la República Federal de Alemania no ha confiado o dejado en manos de personas privadas la tarea de hacer respetar estas obligaciones en el ámbito de que se trata en el presente asunto. De estas consideraciones se deduce que el vínculo entre el presente procedimiento arbitral y la organización de los recursos legales en ese Estado miembro no es suficientemente estrecho para que el árbitro pueda ser calificado de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 177. (...)*

<sup>255</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Acción de incumplimiento 26 de agosto de 2011 emitida en el proceso 3-AI-2010, Quito, Ecuador.

Así las cosas, presentada la relevancia del citado caso en relación con la justicia arbitral, vale la pena mencionar en este punto que dada su extensión y magnitud, este apartado no se ocupará de desarrollar a fondo los argumentos, particularidades y posibles conclusiones, ya que para el desarrollo de tal ejercicio el tercer capítulo permitirá estudiar a fondo dichos aspectos, permitiendo comprender a fondo su incidencia y operatividad, pero sobre todo su pertinencia en el marco de las relaciones del derecho administrativo.

### **3.1.5 La operatividad de la interpretación prejudicial en el marco de los recursos extraordinarios, su conocimiento excepcional por parte de los órganos judiciales de cierre al interior de los Estados Miembro: análisis del Caso 149-IP-2011**

La estructura de los sistemas procesales de los Estados pertenecientes a la CAN, están instituidos por un sistema de recursos ordinarios que en esencia admiten la posibilidad dos instancias. En la misma medida, también disponen un sistema de recursos extraordinarios como es el caso el recurso de casación, el cual permite recurrir las sentencias de segunda instancia bajo la estricta configuración de alguna de las causales establecidas por ley, en la cual existe una corte investida para desatar el recurso, sin que ello configure formalmente una tercera instancia<sup>256</sup>.

En ese orden de ideas, en lo que concierne a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, la Ley 1437 de 2011 ha dispuesto los recursos extraordinarios

---

<sup>256</sup> Cárdenas “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”. p.109.

de unificación de la jurisprudencia<sup>257</sup>, como el de revisión eventual<sup>258</sup> los cuales instituye de cierta forma al Consejo de Estado como un juez muy cercano -tanto pragmáticamente como funcionalmente- al juez de casación, ya que si bien no se trata del tradicional recurso extraordinario de casación que se surte ante la Corte Suprema de Justicia, se acerca claramente en relación a su función esencial de unificación<sup>259</sup>.

Decantado dicho panorama, procederemos a analizar los postulados señalados por parte del TJCA en la sentencia 149 -IP-2011<sup>260</sup>, ya que esta providencia permite aclarar la imprecisión acerca si una Corte o Tribunal de cierre que conozca de un recurso extraordinario sobre un asunto en el que se haya omitido solicitar la interpretación prejudicial, es el obligado para desatar la interpretación ante el TJCA o, si en el caso contrario, es el juez de segunda instancia el obligado. Dicha perplejidad resulta de la lectura de las normas del Tratado de Creación del TJCA, el cual en su artículo 123 respecto de la obligatoriedad para instaurar la

---

<sup>257</sup> Ley 1437 de 2011 del Congreso de la República por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, enero 18 *diario oficial no. 47.956. Capítulo II. Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia. Artículo 256. Fines. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.*

<sup>258</sup> Ley 1437 de 2011 del Congreso de la República por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, enero 18 *diario oficial no. 47.956. Capítulo II. Mecanismo eventual de revisión. Artículo 272. Finalidad de la revisión eventual en las acciones populares y de grupo. La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.*

<sup>259</sup> Jenny Roció Briceño “¿Nace un nuevo juez de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa?” Reflexiones desde el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial”. *Iter Ad Veritatem* 11 (2013): p. 49.

<sup>260</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial 10 de mayo de 2012, emitida en el proceso 149-IP-2011, Quito, Ecuador. “(...) Teniendo en cuenta, que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú constantemente envía solicitudes de interpretación prejudicial en procesos de casación, y que la sociedad **Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & co. kg**, manifestó que la corte de casación no puede solicitar la interpretación prejudicial de las normas aplicables al caso, quedando facultada únicamente para anular la sentencia de segunda instancia y ordenar que se solicite la interpretación pertinente, el Tribunal estima conveniente aclarar algunos puntos en relación con la figura de la interpretación prejudicial en el marco de los recursos extraordinarios.(...)”.

interpretación prejudicial establece que dicha tarea radica en cabeza del juez nacional quien profiere una decisión no susceptible de ser recurrida.

El Tribunal de Justicia consideró -en dicha providencia- que la obligatoriedad para activar el incidente de interpretación prejudicial radica en cabeza de los jueces de segunda instancia, enfatizando que los jueces nacionales no pueden excusar la omisión de tal deber con ocasión recursos extraordinarios dispuestos al interior de los ordenamientos internos de los Estados. Para llegar a tal conclusión el Tribunal consideró lo siguiente:

“La interpretación obligatoria se debe solicitar en procesos de última instancia ordinaria. 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 que apliquen la normativa subregional en un mismo sentido. En consecuencia, sería incoherente para el sistema que existiera un vacío operativo en cuanto a dicha interpretación uniforme.

El esquema comunitario andino ha escogido a los jueces nacionales como sujetos esenciales para lograr la validez y la eficacia del ordenamiento subregional. Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretende revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo de casos, de asuntos y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina.

Por seguridad jurídica, los procesos judiciales no pueden extenderse al infinito; se debe garantizar el postulado de la “cosa juzgada”. Por lo general, se garantiza el principio de la doble instancia, haciendo que el superior jerárquico revise la actuación del juez de menor jerarquía mediante un instrumento procesal que casi siempre se llama recurso de apelación. En esto radica lo ordinario de la

actuación y de los recursos: unos jueces de instancia organizados por grados jerárquicos (primera y segunda), y un recurso de apelación que posibilita el sistema de revisión por parte del juez de mayor jerarquía. Para revisar un fallo judicial después de que se agota el trámite ordinario, la mayoría de los sistemas jurídicos consagran sistemas extraordinarios como el recurso de casación o de revisión, con las características básicas anteriormente anotadas.

A esta vía extraordinaria acceden pocos asuntos debido a su naturaleza restrictiva y de una gran carga técnico- jurídica; cuando la figura extraordinaria está bien empleada, tiene como efecto inmediato la limitación de su campo de acción. Por esta razón y salvaguardando la validez y eficacia del orden jurídico andino, el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, de manera precisa porque éste concreta definitivamente la Litis en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales”<sup>261</sup>.

Por lo tanto, bajo esa argumentación son los jueces y tribunales que resuelven la segunda instancia los obligados para activar tal incidente y no las altas Cortes u órganos de cierre de los Estados miembros de la CAN, cuando conocen de los recursos de carácter extraordinario. Para el caso colombiano resulta preciso destacar el rol que detenta el Consejo de Estado como juez de segunda instancia frente al conocimiento de algunos asuntos <sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> *Ibid.* ,

<sup>262</sup> Ley 1437 de 2011 del Congreso de la República por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, enero 18 *diario oficial no.* 47.956. posteriormente modificada por la Ley 2080 de 2021 por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante jurisdicción, enero 25 diario oficial No. 51.568. Artículo 150 *Competencia del consejo de estado en segunda instancia y cambio de radicación. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo , conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las*

Ahora bien, el TJCA señaló que en el evento en que estemos en frente de un recurso extraordinario con las particularidades descritas anteriormente, vale la pena plantearse el siguiente interrogante: ¿qué sucede en el caso de presentarse un recurso extraordinario sin que se hubiese solicitado la respectiva interpretación prejudicial en la última instancia, cuál es el procedimiento para seguir por parte del juez de conocimiento? Para responder a tal interrogante, nos referiremos al cuadro explicativo que se relaciona a continuación, en el cual se describen las posibles hipótesis y solución a la cuestión planteada en la sentencia 149-IP-2011.

**Tabla 3.** Procedimiento para seguir por parte de los organismos judiciales de cierre de los Estados Miembros frente a los recursos extraordinarios internos en los que se omite la interpretación prejudicial o se deban aplicar normas comunitarias. 3

| REGLAS A SEGUIR FRENTE A LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS INTERNOS EN LOS QUE SE OMITA LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL, O SE DEBAN APLICAR NORMAS COMUNITARIAS POR PARTE DE LOS ORGANISMOS JUDICIALES DE CIERRE |   |
|---|---|
| REGLAS O HIPOTESIS  |   |
| NUMERO UNO  | NUMERO DOS  |
| Si el recurso extraordinario se sustenta en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia.  | Si el recurso extraordinario no se sustenta en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiere a la interpretación de normas comunitarias. |
| En este caso el juez competente, una vez verificada la ausencia de la consulta prejudicial, debe declarar la nulidad o  | El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta   |

*apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación. También conocerá del recurso de queja que se formule contra decisiones de los tribunales, según lo regulado en el artículo 245 de este código .*

*El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de las peticiones de cambio de radicación de un proceso o actuación, que se podrá disponer excepcionalmente cuando en el lugar en donde se esté adelantando existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales o la seguridad o integridad de los intervinientes. Adicionalmente, podrá ordenarse el cambio de radicación cuando se adviertan deficiencias de gestión y celeridad de los procesos, previo concepto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

|  |  |
|--|--|
| <p>invalidez de la sentencia. De conformidad con lo que disponga su normativa procesal interna, deberá tomar la acción 1 o acción 2 según corresponda.</p> | <p>prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito. También es muy importante tener en cuenta que el juez extraordinario debe consultar al Tribunal, tanto por las normas comunitarias que se refieren a la interpretación prejudicial obligatoria, como por las normas comunitarias alegadas por el recurrente. Esto porque si el juez extraordinario llegare a verificar que sí se realizó la consulta prejudicial, su acción consecuente sería la de resolver el asunto, interpretando las normas comunitarias esgrimidas por el recurrente.</p> <p>Ahora bien, una vez que el juez extraordinario anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar la acción 1 o 2 según corresponda.</p> |
| <p><b>Acción 1</b></p>   | <p>Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</p>   |
| <p><b>Acción 2</b></p>   | <p>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, para así poder emitir en debida forma la sentencia.</p>   |

**Fuente:** *Elaboración Propia a partir de la información de la sentencia 149-IP-2011.*

La importancia que detentan dichos postulados empezaron rápidamente a tomar fuerza vinculante a partir del conocimiento de nuevos casos por parte del TJCA en

observancia de las características descritas en el recuadro anterior, en los cuales el Tribunal reitero los criterios de la sentencia 149-IP-2011. En ese orden de ideas, en relación con la primera tesis se conoció el caso 38 -IP-2014(Caso Marca Ocean Nutrition Canada), en el cual el recurso de casación tuvo como fundamento la omisión del trámite de la interpretación prejudicial en la segunda instancia.

En segundo lugar, en relación con la tesis número dos, existe un compendio mayor de casos en los cuales los organismos judiciales de cierre de los Estados miembros han dado aplicación a sus postulados, desatando el trámite de interpretación prejudicial. La referencia de estos casos ante el TJCA ha tenido origen en la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. En ese orden, los asuntos conocidos por parte del TJCA se relacionan así; 178-IP-2011(Caso marca Rapid Clear, Neutrogena corporation Vs INDECOPI); 090-IP-2011 (Sunat Perú vs. Tribunal Fiscal del Perú); 177-IP-2011 (Marca Tony, Kellogg Company Vs INDECOPI); y 324-IP-2014 (Caso marca Baby Apple, Importaciones SIU Vs INDECOPI)<sup>263</sup>.

Cabe mencionar en este punto que en lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano, si bien no se ha desatado interpretación que revista las características estudiadas con relación al recurso extraordinario de casación, resulta de gran utilidad en materia de derecho contencioso administrativo. Lo anterior en atención a que la Ley 1437 dispone de una gran carta de recursos extraordinarios, en los que posiblemente pueda llegar a discutirse la aplicación de normatividad comunitaria, especialmente frente los recursos extraordinarios homólogos - que por sus características se asemejan al de casación- como es el de unificación de la jurisprudencia y revisión eventual.

De igual forma, esta teoría juega un rol determinante frente al recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales del cual conoce el Consejo de Estado, ya que en el curso de un proceso de esta naturaleza en el que discuta la validez de un laudo y deban aplicarse normas comunitarias, deberá este organismo pronunciarse sobre su nulidad, cuando advierta que se omitió la interpretación de normas comunitarias por parte de los Tribunales de

---

<sup>263</sup> Cárdenas “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”. p.109.

Arbitramento. Cabe señalar que este punto será desarrollado a profundidad en el tercer capítulo del presente estudio.

A manera de conclusión, resulta preciso mencionar que la jurisprudencia del TJCA ha sido enfática en reconocer la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial en cabeza los jueces nacionales en el trámite de un proceso no susceptible de recursos ordinarios al interior de los Estados Miembros, haciendo hincapié que con ocasión de la posibilidad de acudir a los recursos extraordinarios como el de casación, el carácter imperativo de la interpretación no se ve afectado convirtiéndolo en facultativo.

Así las cosas, resulta imprescindible afirmar que la omisión de tramitar la interpretación prejudicial puede ventilarse por la vía de los recursos de extraordinarios en cabeza de los órganos de cierre de los Estados miembros, independientemente si este fue o no alegado de forma expresa en el curso de única o segunda instancia. La labor del juez de conocimiento en este escenario es de actuar como un verdadero juez comunitario, al que se le impone la carga de decretar la nulidad de la providencia cuestionada, en el caso que se verifique que se omitió la consulta prejudicial obligatoria o se obvió la aplicación de la normatividad andina, asegurando de esa forma la eficacia y aplicación uniforme del derecho comunitario.

#### **4 ASPECTOS DIFERENCIADORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO EN EL LIDERAZGO Y PARTICIPACIÓN ANTE EL TJCA EN LA ACTIVACIÓN DEL TRÁMITE DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL**

##### **4.1 El Estado Colombiano como el miembro más activo de la CAN en el trámite de consultas prejudiciales**

La diferenciación del mecanismo de referencia de interpretación prejudicial instituido por la CAN respecto del sistema de consulta prejudicial del derecho comunitario europeo, se ha caracterizado por el dinamismo de las relaciones entre los jueces e instituciones, los cuales les ha permitido forjar un sólido y constante dialogo direccionado a asegurar la vigencia del proceso de integración andino mediante la aplicación uniforme de la normativa comunitaria andina a través de activación del incidente de interpretación

prejudicial ante TCJA<sup>264</sup>.

Una de las principales consecuencias positivas de dichas relaciones dinámicas, tal y como fue analizado en el apartado anterior, se ve reflejada en el diverso grupo actores al que el TJCA les ha reconocido legitimidad para la activación del incidente de interpretación prejudicial, lo cual, en comparación con el proceso integración del derecho comunitario europeo, permite una mayor participación de actores e instituciones de origen no judicial, frente a las relaciones que se surten específicamente desde la óptica del derecho administrativo.

En el curso de tales interacciones de tipo dinámico, el trabajo desplegado por parte del TJCA desde su creación en 1984, le ha permitido instituirse como la tercera corte internacional más activa en términos de eficacia, a pesar de contar solo con cuatro Estados miembros activos, ubicándose justo detrás del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

De igual forma la constante remisión de interpretaciones prejudiciales en asuntos propiedad intelectual (PI) le ha permitido al TJCA instituirse como la máxima autoridad en esta materia, ya que desde esta área ha creado en palabras de Alter la denominada “Isla de efectividad judicial”, dada la amplia trayectoria del TJCA sobre las disputas de PI, y la extensa gama de actores que convergen en dichos asuntos: las industrias que dependen de los derechos de PI; las Compañías que litigan por los derechos de PI; y los abogados, agencias nacionales, jueces nacionales y los juristas especializados en PI<sup>265</sup>. Por esta razón, las sentencias de prejudicialidad que interpretan los derechos de PI al interior de los Estados miembros de la CAN han logrado una aceptación consensuada por parte de los organismos judiciales internos y los demás actores de PI, instituyendo al TJCA como el tribunal internacional mas exitoso y eficaz de la actualidad desde el ámbito de la PI<sup>266</sup>.

Frente a tales fenómenos fenómeno, la presencia del Estado colombiano en el fortalecimiento y vigencia del proceso de integración andino ha sido crucial y determinante,

---

<sup>264</sup> Laurence Helfer, y Karen J. Alter. “The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community”, p.874.

<sup>265</sup> Karen J. Alter et al., “How Context Shapes the Authority of International Courts ”(*Electronic Journal I Courts -The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, Faculty of Law University of Copenhagen*, 79 (2016): p. 16.

<sup>266</sup> *Ibid.*

ubicándolo como el miembro líder en la activación de consultas prejudiciales desde la creación del TJCA, con una participación de más del 60 % de incidentes desatados en comparación con los demás Estados Miembros.

En ese entendido, con el ánimo de instituir de una mayor carga argumentativa a la premisa anteriormente planteada, se hará referencia a los datos cuantitativos y cualitativos en relación con el número de cuestiones prejudiciales recibidas por parte del Tribunal de Justicia desde el inicio de sus actividades hasta el año 2019. Cabe señalar que la recolección de dichos datos tuvo como fuente los informes de gestión de anuales presentados por el TJCA en los últimos años<sup>267</sup> y la información planteada en el libro *Transplantating International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice* de Alter y Helfer. Así las cosas, de la recolección de dichos datos se presentará una tabla de información que evidencia el número de interpretaciones prejudiciales instauradas por Estado ante del TJCA entre los años 1987-2019, como también una gráfica en términos porcentuales.

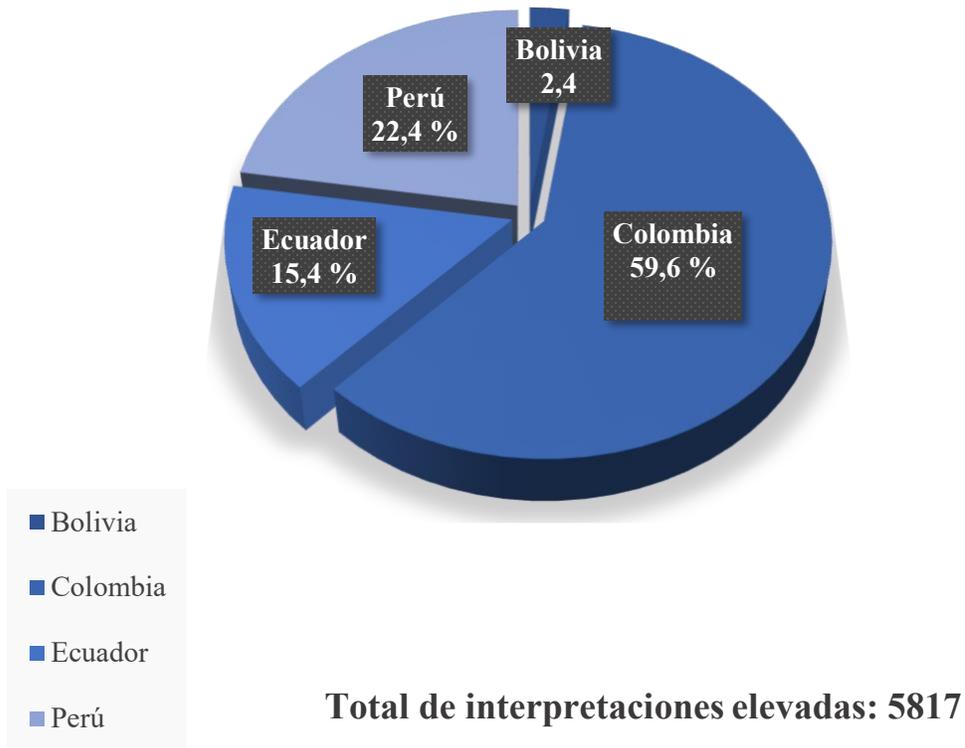
**Tabla 4.** Número de solicitudes de interpretaciones prejudiciales por Estado miembros de 1987-2019

| ESTADO MIEMBRO  | SOLICITUDES (1984-2019) |
|-----------------|-------------------------|
| <b>Bolivia</b>  | 141                     |
| <b>Colombia</b> | 3470                    |
| <b>Ecuador</b>  | 899                     |
| <b>Perú</b>     | 1307                    |
| <b>TOTAL</b>    | 5817                    |

*Fuente: Elaboración propia.*

<sup>267</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2011, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2012, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2013, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2014, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2015, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2016, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2017, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2018, Quito Ecuador; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de labores de gestión 2019, Quito Ecuador.

*Ilustración 3. Porcentajes de interpretaciones prejudiciales elevadas por los Estados miembros entre 1984 y 2019.*



*Fuente: Elaboración propia a partir de los informes de labores de gestión anual del TJCA.*

El análisis de las gráficas presentadas revela tres importantes situaciones en relación con el Estado Colombiano. En primer lugar, a partir de las remisiones de interpretación prejudicial analizadas desde la creación del TJCA hasta el 2019, se puede evidenciar el gran auge que el proceso de integración andino ha surtido en la esfera de las instituciones del ordenamiento jurídico colombiano, doblando así a los demás estados en relación con el número de referencias presentadas por parte de los diferentes organismos, con una demanda aproximada del 59,6 % sobre un 100% de 5817 de solicitudes estudiadas.

En segundo lugar, de tal fenómeno puede inferirse que el sistema prejudicial andino ha resultado de gran utilidad para el ordenamiento jurídico colombiano con ocasión del número de conflictos y asuntos que allí se surten en comparación con los demás Estados

Miembros, configurándolo como el Estado más activo desde la órbita prejudicial. De suerte que, desde la iniciación de actividades del TJCA, gran parte de sus providencias han estado encaminadas a la colaboración con los jueces y entidades del Estado colombiano en la protección de asuntos que resultan de interés común para ambos ordenes jurídicos. Dicha situación nos permite concluir entonces que el sistema prejudicial andino desde el inicio de actividades ha estado enfocado principalmente en resolver los asuntos suscitados al interior nuestro ordenamiento jurídico, ya que, en un periodo de actividades de casi 35 años, casi el 60 % de su actividad prejudicial apoyo las consultas elevadas por las diferentes instituciones del Estado Colombiano.

En tercer lugar, puede afirmarse que a partir de tal fenómeno existe un compromiso de las instituciones del Estado colombiano en relación con la vigencia del proceso de integración de la CAN las cuales afirman su compromiso en la aplicación homogénea de la normatividad andina. Lo anterior, denota en la mayoría de los casos un escenario claro de dialogo entre el juez nacional y comunitario, reafirmando la incidencia de la institución de interpretación prejudicial al interior del ordenamiento jurídico colombiano como fuente de derecho, especialmente en ámbito del derecho administrativo, al ser de gran utilidad para las instituciones de carácter judicial, y no judicial, frente al cumplimiento de sus funciones y objetivos al interior de la administración.

#### **4.2 Particularidades del ordenamiento jurídico colombiano que favorecen su liderazgo como actor principal frente a la aplicación uniforme de la normatividad andina a través de la interpretación prejudicial**

El desarrollo la presente sección estará orientada a destacar brevemente qué particularidades y características del ordenamiento jurídico colombiano le condujeron a ser el primer Estado miembro de la CAN en remitir casos de interpretación prejudicial ante el TJCA, y las razones por las cuales se ha instituido como la mayor fuente de asuntos de interpretación prejudicial. El desarrollo de dichas particularidades se puede sintetizar brevemente en 4 factores a partir de lo propuesto por Alter y Helfer<sup>268</sup>.

---

<sup>268</sup> “(...) First, Colombia has played a leading role in drafting regional laws since the Andean Pact's founding. This is particularly true with regard to intellectual property, because Colombian IP laws were

---

older and more developed than those of other member states. In fact, the first Andean IP legislation, Decision 85, adopted in 1974, "followed almost to the letter" the patent and trademark provisions of the 1971 Colombian Code of Commerce.<sup>24</sup> This old lineage meant that there was a basic familiarity with the content of Andean IP legislation among lawyers in Colombia. A second factor reinforced this concordance of domestic and regional law...

Colombia was the only Andean member state to give direct effect to Decision 85 without adopting implementing legislation. Since the only relevant law was Andean law, it was easier for national courts to accept that the ATJ should be involved in its interpretation. ...A third explanation concerns informal advocacy by self-interested attorneys. The first Colombian reference to the ATJ in 1987 was made by German Cavelier, the respected head of a Bogota law firm and a professor of international law at the prestigious Universidad de Nuestra Señora de Rosario. Before the Consejo tie Estado, Cavelier challenged the refusal of the Colombian IP agency to register the trademark of the Swedish car manufacturer Volvo. He argued that the Consejo was required to refer the case to the ATJ and implied that its failure to do so could subject Colombia to a noncompliance suit. Cavelier also spoke with former judges on the Colombian court who successfully lobbied their successors to refer the case to the Tribunal.

The structure of the Colombian judicial system reveals a fourth factor that facilitated ATJ referrals. In all Andean states, as in many Latin American countries, judges receive special training and make their careers in the judiciary.<sup>27</sup> According to the judges, attorneys, and government officials whom we interviewed, many members of this professional judicial class feared that references to the ATJ would undermine their autonomy. In Colombia, however, governmental and administrative decisions, including IP registrations, are typically reviewed by the Consejo de Estado, a first-and last-instance administrative court that is separate from the rest of the judicial system. Members of the Council come from many backgrounds, including the judiciary, politics, academia, the private bar, and public administration After passing a qualifying examination, they are appointed to non-renewable eight-year terms and then return to their former careers. The Council's distinctive structure and appointment process suggest that its members would be less concerned that ATJ referrals would undermine the prestige, influence, or autonomy of their office a fact confirmed by our interviews (...). "En primer lugar, Colombia ha desempeñado un papel destacado en la elaboración de leyes regionales desde la fundación del Pacto Andino. Esto es particularmente cierto en lo que respecta a la propiedad intelectual, porque las leyes colombianas de propiedad intelectual eran más antiguas y estaban más desarrolladas que las de otros Estados miembros. De hecho, la primera legislación andina sobre propiedad intelectual, la Decisión 85, adoptada en 1974, "seguía casi al pie de la letra" las disposiciones sobre patentes y marcas del Código de Comercio de Colombia de 1971 . Un segundo factor reforzó esta concordancia de la legislación nacional y regional...Colombia fue el único Estado miembro andino que dio efecto directo a la Decisión 85 sin adoptar legislación de aplicación. Dado que la única ley pertinente era la ley andina, era más fácil para los tribunales nacionales aceptar que el TJCA participara en su interpretación. ...Una tercera explicación se refiere a la defensa informal por parte de abogados interesados. La primera referencia colombiana al TJCA en 1987 fue hecha por Germán Cavelier, el respetado jefe de un bufete de abogados de Bogotá y profesor de derecho internacional en la prestigiosa Universidad de Nuestra Señora de Rosario. Antes de que el Consejo empatara con el Estado, Cavelier impugnó la negativa de la agencia colombiana de propiedad intelectual de registrar la marca del fabricante de automóviles sueco Volvo. Argumentó que el Consejo estaba obligado a remitir el caso a la TJCA e implicó que el hecho de que no lo hiciera podría someter a Colombia a una demanda por incumplimiento. Cavelier también habló con ex jueces del tribunal

En primer lugar, el avanzado desarrollo de las leyes en materia de propiedad intelectual para el año 1970, sirvieron posteriormente como punto de partida e influencia jurídica en la promulgación de la Decisión 85 de la Comisión de la CAN en 1974, ya que su cuerpo jurídico fue fielmente inspirado en las disposiciones sobre patentes y marcas regulados en el Código de Comercio de Colombia de 1971.

En segundo lugar, en atención al desarrollo alcanzado en materia de propiedad intelectual para la época, Colombia fue el único Estado Miembro de la CAN que atribuyó efecto directo a la Decisión 85 sin mediar acto de interposición, lo cual le permitió asegurar la armonía que debe predicarse entre las normatividad interna y comunitaria.

En tercer lugar, a partir de la primera referencia de interpretación del proceso 1-IP-87, la Sección Primera del Consejo de Estado, encargada de examinar los casos de propiedad intelectual continuó remitiendo los diferentes asuntos atinentes a esta materia ante el TJCA de forma constante, siendo esta la única corporación judicial de los Estados Miembros que mantuvo dicho dialogo de cooperación con el juez comunitarios hasta la segunda mitad de la década de 1990.

En cuarto lugar, el último elemento está orientado hacia el ámbito del derecho administrativo como eje de estudio del presente trabajo de investigación, dicho factor tiene que ver con la estructura misma del sistema judicial colombiano, ya que el Consejo de Estado

---

colombiano que presionaron con éxito a sus sucesores para que remitieran el caso al Tribunal. La estructura del sistema judicial colombiano revela un cuarto factor que facilitó las remisiones del ATJ. En todos los estados andinos, como en muchos países de América Latina, los jueces reciben una formación especial y hacen su carrera en el poder judicial.<sup>27</sup> Según los jueces, abogados y funcionarios del gobierno a los que entrevistamos, muchos miembros de esta clase profesional de la judicatura temían que las referencias a la ATJ socavaran su autonomía. Sin embargo, en Colombia, las decisiones gubernamentales y administrativas, incluidos los registros de propiedad intelectual, suelen ser revisadas por el Consejo de Estado, un tribunal administrativo de primera y última instancia que está separado del resto del sistema judicial. Los miembros del Consejo proceden de muchos ámbitos, entre ellos la judicatura, la política, el mundo académico, el colegio de abogados privado y la administración pública. Tras aprobar un examen de aptitud, son nombrados por períodos de ocho años no renovables y luego regresan a sus carreras anteriores. La estructura distintiva del Consejo y el proceso de nombramiento sugieren que a sus miembros les preocuparía menos que las remisiones de la ATJ socavaran el prestigio, la influencia o la autonomía de su cargo, hecho confirmado por nuestras entrevistas (Traducción libre)". Helfer, y Alter, "The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community", pp. 900-903; posteriormente desarrollado en Alter, y Helfer, *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, pp. 64-66.

como máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra separado e independiente del sistema judicial tradicional. Dicha situación facilita la continua remisión de solicitudes de interpretación prejudicial, al ser una jurisdicción especializada en temas gubernamentales y administrativos, incluidos los registros de propiedad intelectual, en la que sus operadores no ven al derecho comunitario como una amenaza que socave el ejercicio de sus actividades, si no por el contrario como una fuente de derecho derivada de las relaciones entre el derecho administrativo con las demás ramas del derecho, como es el caso del derecho comunitario que nutre tanto el ejercicio de la función judicial para los jueces administrativos como la función administrativa para los demás operadores jurídicos.

**CAPÍTULO III - LA PERTINENCIA DEL CASO ETB VS COMCEL EN EL  
FORTALECIMIENTO DEL ROL DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO COMO  
JUEZ COMUNITARIO FRENTE AL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS  
ARBITRALES. ESTUDIO DE CASO Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Con ocasión de la acción de incumplimiento instaurada ante el TJCA por parte de La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) contra la República de Colombia representada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por la omisión de la interpretación prejudicial al resolver la impugnación de tres laudos arbitrales<sup>269</sup>, el máximo órgano judicial de la CAN determinó dentro del proceso 03-AI-2010<sup>270</sup>, que los jueces arbitrales ostentan la obligación de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA de las normas comunitarias inmersas en el caso en concreto<sup>271</sup>. Ello tuvo sustento en las disposiciones del Tratado de Creación y el Estatuto del Tribunal con el objetivo de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del derecho comunitario andino. Igualmente, el TJCA precisó que de omitirse dicha consulta, se estaría en presencia de un defecto de tipo procedimental que afecta la validez del laudo arbitral, el cual por su naturaleza da lugar a declarar su nulidad en el trámite de recurso de anulación, a petición de parte o de oficio por el juez de conocimiento<sup>272</sup>.

La importancia de dicha providencia deriva un efecto importante en materia de derecho comunitario, el cual había sido previamente destacado en el capítulo II del presente trabajo de investigación. Dicho efecto está relacionado con la ampliación del concepto juez

---

<sup>269</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Hernán Andrade Rincón, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094). Apartado 1.9 La impugnación del laudo arbitral.

<sup>270</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Acción de incumplimiento del 26 de agosto de 2011, emitida en el proceso 3-AI-2010, Quito, Ecuador.

<sup>271</sup> Hernando Sánchez Sánchez, “El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano”, en Derecho internacional : varias visiones un maestro, Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra, editado por Ricardo Abelló Galvis (Bogotá : Universidad del Rosario, 2015) p. 544.

<sup>272</sup> Sasha Mandakovic Falconi, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”. Revista Ecuatoriana de arbitraje, No. 4 (2013): p. 204.

nacional a instancias arbitrales, el cual en esencia radica una obligación de imperativo cumplimiento en cabeza de los árbitros<sup>273</sup>, por cuanto se trata de un trámite de única instancia, y el laudo que se profiere no es susceptible de recurso ordinario alguno<sup>274</sup>.

Hasta aquí es claro que con ocasión de la sentencia dictada en el proceso de referencia 03-AI-2010 bajo la interpretación del TJCA, los árbitros revisten la calidad de jueces nacionales y por ende están obligados activar su solicitud<sup>275</sup>. Sin embargo, el TJCA precisa un segundo aspecto de trascendental relevancia en relación con la declaratoria nulidad del laudo en el trámite de recurso de anulación, al señalar que cuando se prescinde de su solicitud, la omisión de dicha obligación supone la configuración de un defecto de carácter procedimental que vicia la validez de laudo y que, por ende, debe ser declarado a petición de parte o de oficio por parte del juez de anulación<sup>276</sup>.

La lectura de dicho postulado no representa -en principio- problemática alguna teniendo en cuenta el análisis decantado por parte del TJCA en conjunto con las normas de derecho comunitario, arbitraje y procedimentales. No obstante, el impacto que dicha decisión detenta al interior de la esfera del ordenamiento jurídico colombiano supone la presencia de al menos de tres escenarios en materia de derecho contencioso administrativo.

En primer lugar, el reconocimiento de la violación de las obligaciones por parte del Estado colombiano en cabeza del Consejo de Estado con el ordenamiento jurídico andino, al omitirse la solicitud de interpretación prejudicial en los casos que esta Corporación conoció de la impugnación de tres laudos a través del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales. Un segundo escenario relativo a la inclusión de una nueva causal de anulación de laudos arbitrales reconocida por vía jurisprudencial por parte del Consejo de Estado en relación con la solicitud de interpretación prejudiciales en instancias arbitrales. Y tercero, las consecuencias que deriva para el Estado colombiano la violación de tales obligaciones y el

---

<sup>273</sup> Humberto Zúñiga Schroder, “Interpretación prejudicial en los procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo”. Revista de economía y derecho 9, No. 35 (2012): p. 118.

<sup>274</sup> Laura victoria Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. Revista de derecho privado Universidad de los Andes, No. 52, (2014): p. 14.

<sup>275</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 204.

<sup>276</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 14.

reconocimiento de dicha causal frente los mecanismos que debe deben adoptarse por parte del Consejo de Estado.

En ese entendido, la consecución de dichas acciones juega un rol fundamental, ya que permiten retrotraer los efectos generados por la violación de la normatividad andina como también de reconocer y armonizar la normativa nacional en atención a la inclusión de un nuevo precepto jurisprudencial que obliga al juez de anulación (Consejo de Estado) dejar sin efecto cualquier laudo en que se omite activar o aplicar la consulta prejudicial.

Presentada la contextualización de dichos escenarios resulta un tanto clara la complejidad que representa para el Estado colombiano las interpretaciones y decisiones adoptadas con ocasión de la sentencia 03-AI-2010, especialmente en materia de Derecho Procesal administrativo, teniendo en cuenta que la procedencia de tales conflictos tuvieron origen esencialmente en la esfera de lo contencioso en cabeza del Consejo de Estado como su máxima autoridad, en el trámite del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.

Bajo esa perspectiva, con el objetivo de direccionar correctamente el estudio del presente acápite, su desarrollo estará orientado a responder el siguiente interrogante ¿Puede el Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo incluir en el ordenamiento jurídico una nueva causal de anulación de laudos arbitrales por vía jurisprudencial, relativa a la omisión de la consulta prejudicial obligatoria en instancias arbitrales? Esto teniendo en cuenta que es una vía para retrotraer los efectos generados por el desconocimiento de la normatividad andina en su propia jurisprudencia, por desconocimiento de la interpretación prejudicial obligatoria en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales. De predicarse afirmativa la respuesta a tal interrogante, cabría preguntarse ¿Qué efectos y consecuencias derivan la adopción de tales preceptos para el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en materia de derecho administrativo?

Con el cometido de dar respuesta a dicha problemática, el presente capítulo tendrá como foco de estudio el caso ETB vs Comcel, el cual representa un hito respecto del asunto contenido en el interrogante planteado. La pertinencia de este como pieza jurídica guarda relación con la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial en instancias arbitrales cuando está inmersa la aplicación e interpretación de normas pertenecientes al orden de la

CAN<sup>277</sup>, siendo importante desde la óptica del derecho administrativo el rol que detenta el Consejo de Estado como juez comunitario frente al conocimiento del recurso de anulación de laudos arbitrales por la omisión y desconocimiento de la referida institución del TJCA.

El mencionado caso se compone de una serie de providencias judiciales y arbitrales proferidas por distintas autoridades tanto de carácter nacional como comunitario: el TJCA, el Consejo de Estado, los Tribunales de Arbitramento y la Corte Constitucional, las cuales en su oportunidad aportaron elementos cruciales para la construcción de los postulados que se pretenden aquí presentar. Por tal motivo, merecen destacar su pertinencia a partir de los conceptos allí planteados, desde el ámbito las relaciones que se suscitan entre el Derecho de la CAN, el ordenamiento jurídico colombiano, y el Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativo, siendo esta última como se señaló anteriormente el epicentro del conflicto que origino la demanda de incumplimiento ante el TJCA.

En ese sentido, el acápite presenta la siguiente organización en aras de responder al interrogante problema. En primer lugar, se encuentra el apartado dedicado al análisis de todas las providencias judiciales del referido caso denominado: (i) La institución de la interpretación prejudicial y su relevancia en el caso ETB vs Comcel, presentación desde la óptica del Derecho Comunitario Andino y el Derecho Administrativo Colombiano. Dicho subsección se encuentra a su vez dividido en tres etapas en relación al tiempo en que fue proferida cada una de las providencias judiciales de la siguiente manera; como primera medida (1.1) El desconocimiento inicial de la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial en los tribunales de arbitramento y El Consejo de Estado; como segunda medida (1.2) El TJCA frente a la violación de las obligaciones del Estado colombiano en materia de interpretación prejudicial y la respuesta del Consejo de Estado frente a lo dispuesto en la acción de incumplimiento 03-AI-2010, su inclusión como causal en los procesos de anulación de laudos arbitrales, y finalmente (1.3) La obligación imperativa de solicitar la interpretación prejudicial por parte de los tribunales de arbitramento, y la operatividad de la

---

<sup>277</sup> Sánchez Sánchez, “El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano”, p. 544.

nueva causal en la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al recurso de anulación de laudos arbitrales.

En segundo lugar, la sección dos (ii) del documento presentará los principales efectos derivados del desconocimiento de la interpretación prejudicial por parte de los árbitros desde la perspectiva del derecho comunitario andino y del derecho administrativo colombiano en el caso ETB vs Comcel. En tercer lugar, el acápite tres (iii) expondrá los principales cuestionamientos propuestos por algunos estudiosos en la materia frente a los postulados desarrollados en las providencias proferidas en el referido caso. Finalmente, el apartado cuatro (iv) presenta la apreciación final del autor respecto de la trascendencia del caso objeto de estudio en el fortalecimiento del rol del Consejo de Estado colombiano como juez comunitario.

## **1 LA INSTITUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y SU RELEVANCIA EN EL CASO ETB VS COMCEL**

Previo al análisis de la compilación de providencias judiciales que conforman la estructura del caso ETB Vs Comcel, con origen en los distintos organismos judiciales y arbitrales que han convergido en su desarrollo, resulta preciso delimitar los aspectos que este estudio pretende examinar con el cometido de orientar su análisis a la respuesta del interrogante anteriormente planteado.

Lo anterior, en atención a que el presente apartado no tiene por objeto un examen a fondo de los diferentes aspectos jurídicos y procesales de cada una de las providencias en sus distintas áreas del conocimiento. Por tal motivo, pretender sustraer los aspectos más relevantes del derecho comunitario andino y sus relaciones con el derecho administrativo, especialmente cuando al interior de su ámbito procesal el juez administrativo actúa como juez comunitario, y debe invocar la interpretación prejudicial, como un mecanismo que le permita asegurar la correcta aplicación de la normatividad andina<sup>278</sup>.

---

<sup>278</sup> Andrea Cubillos, Juan Sebastián Pachón Guerrero y Carlos Mauricio López. “Los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino: conceptualización desarrollo y aplicación”. *Revistas jurídicas* 11, No. 2 (2014): p.163.

Así las cosas, resulta menester conocer la línea de tiempo y orden cronológico en que se ubican cada uno de estos pronunciamientos, desde cada una de las etapas en que se estructura el caso objeto de estudio. Para ello se relacionarán el conjunto de providencias por etapas y, posteriormente, se evidenciará gráficamente en línea del tiempo, la ubicación y relación de cada una de las providencias. Orden seguido el apartado siguiente se ocupará se señalar los hechos más relevantes que dieron origen al conflicto de referencia <sup>279</sup>.

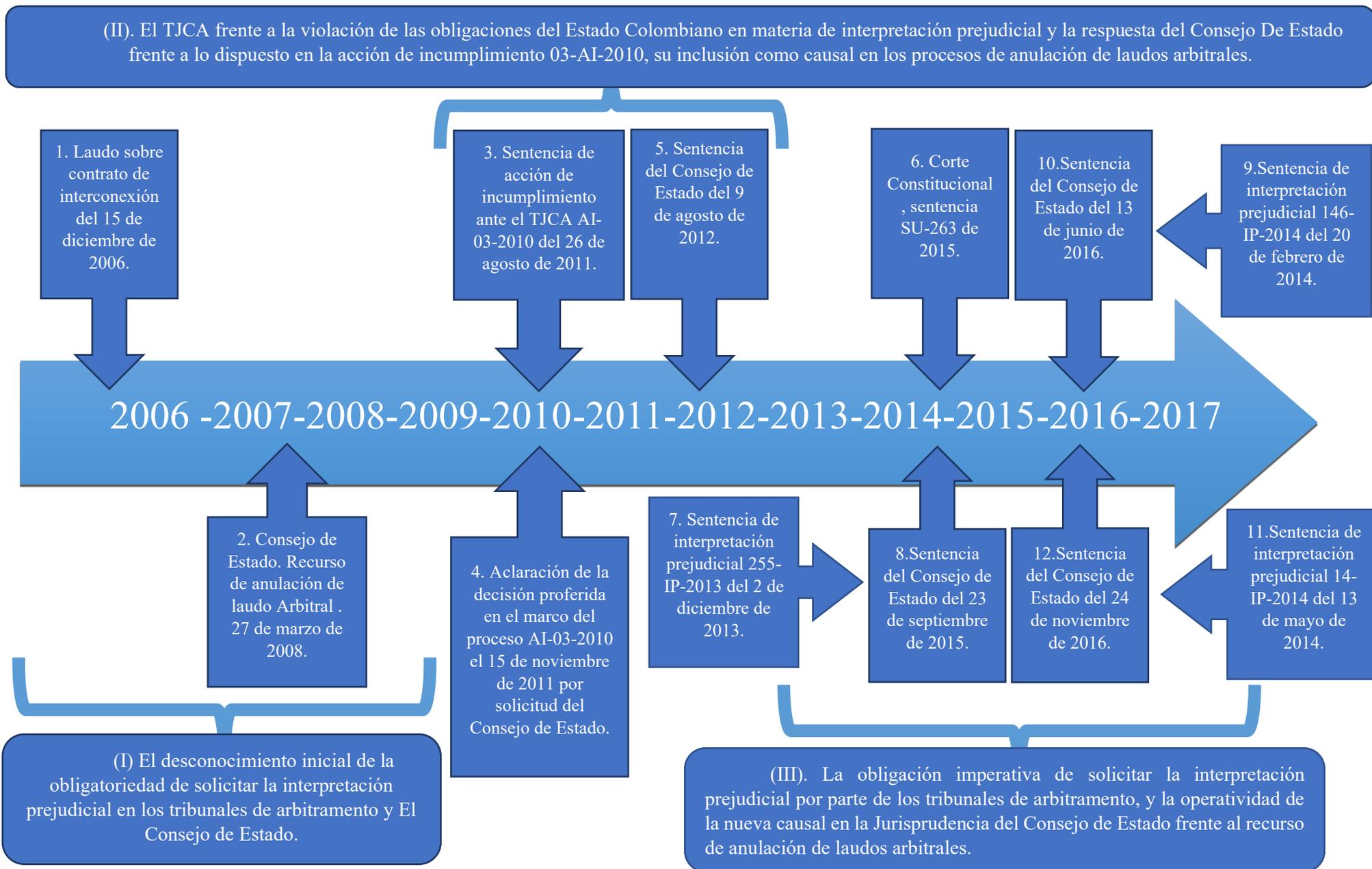
Entendido lo anterior, resulta pertinente relacionar el compilado de providencias objeto de estudio en el presente caso en la siguiente tabla, así:

*Tabla 5. Clasificación de Providencias judiciales por etapas de estudio.*

| <b>Providencias del Caso ETB vs Comcel Por Etapas de Estudio</b>      |  |  |
|---|--|--|
| <b>(I) Etapa de desconocimiento</b>                                   | <b>(II) Etapa de reconocimiento</b>  | <b>(III). Etapa de aplicación y fortalecimiento.</b>                               |
| 1. Laudo sobre contrato de interconexión del 15 de diciembre de 2006. | 3. Sentencia de acción de incumplimiento ante el TJCA AI-03-2010 del 26 de agosto de 2011. | 6. Sentencia SU-263 de la Corte Constitucional 2015.                               |
| 2. Sentencia del Consejo de Estado 27 de marzo de 2008.               | 4. Aclaración proferida en el marco del proceso AI-03-2010 del 15 de noviembre de 2011.    | 7. Sentencia de interpretación prejudicial 255-IP-2013 del 2 de diciembre de 2013. |
|   | 5. Sentencia del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012.                                | 8. Sentencia del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2015.                   |
|   |  | 9. Sentencia de interpretación prejudicial 146-IP-2014 del 20 de febrero de 2014.  |
|   |  | 10. Sentencia del Consejo de Estado del 13 de junio de 2016.                       |
|   |  | 11. Sentencia de interpretación prejudicial 14-IP-2014 del 13 de mayo de 2014.     |
|   |  | 12. Sentencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre de 2016.                   |

<sup>279</sup> Luís Edgar González y Mónica Herrera Zapata, Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones (Bogotá: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y Universidad Externado de Colombia, 2012) pp. 275-276.

**Ilustración 4. Etapas de caso ETB vs Comcel por providencias judiciales en línea de tiempo.**



## **1.1 Primera etapa, el desconocimiento inicial de la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial en los tribunales de arbitramento y el Consejo de Estado**

Para los años de 1998 y 2000 la empresa ETB celebró contratos para el acceso, uso, e interconexión de la red de telefonía pública básica de larga distancia y la red de telefonía móvil celular con tres empresas privadas colombianas (Comcel, Ocel, y Celcaribe), en los cuales se pactó clausula compromisoria. Posterior al proceso de celebración del contrato surgieron controversias contractuales relacionadas con la forma de pago en que ETB cancelaria las obligaciones originadas los contratos previamente celebrados a dichas empresas.

Posteriormente, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (en adelante CRT, hoy en día CRC) a través de la normativa 463 de 2001<sup>280</sup> y 489 2002<sup>281</sup> fijo un esquema de pago por cargos de acceso incorporando dos alternativas de pago. Así mismo, dicha resolución estipuló para los interesados la posibilidad de mantener en sus contratos las condiciones y valores existentes, o acogerse a la nueva normativa en su totalidad para el pago de todas sus interconexiones con relación a los valores allí definidos.

No obstante, la ETB continuó liquidando el pago por minuto a los cargos de acceso por el tráfico de larga distancia internacional entrante a OCCEL, aplicando un valor inferior al estipulado para la opción de cargos de acceso máximos por minuto previsto en la normativa de la CRT. Con ocasión de tal situación las tres empresas solicitaron a la ETB, que en lo que concierne al tráfico internacional entrante, que se pagara conforme a los valores definidos en la resolución 463 a partir de enero de 2002, obteniendo una respuesta negativa por parte de la ETB.

En ese entendido, las empresas afectadas -frente a tal negativa- formularon una petición formal ante la CRT, para que se pronunciara sobre el conflicto suscitado, dicha entidad manifestó que la solicitud debió haberse iniciado por parte de la ETB para que se

---

<sup>280</sup> Resolución 463 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 27 de diciembre de 2001.

<sup>281</sup> Resolución 489 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 12 de abril de 2002.

activara su competencia y que, por lo tanto, Comcel, Ocel, y Celcaribe, tenían que dirigirse a las autoridades jurisdiccionales competentes para la solución de tal situación.

Frente a ello, las empresas de telecomunicaciones formularon ante el Centro Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá las demandas arbitrales respectivas en contra de la empresa ETB. Así las cosas, activado el marco para la solución de controversias, los tribunales de arbitramento profirieron los laudos correspondientes señalando que la ETB estaba obligada a pagar a las empresas demandantes, por el concepto de cargos de acceso y valores establecidos bajo las opciones previstas en la resolución CRT 463 de 2001 y CRT 489 2002. No obstante, los laudos que pusieron fin a dichas controversias fueron expedidos sin la interpretación prejudicial correspondiente respecto de la normatividad andina que regula asuntos de interconexión en materia de telecomunicación. Posteriormente, los laudos fueron demandados por causales diferentes en sede de anulación ante el Consejo de Estado por parte de la ETB<sup>282</sup>.

### **1.1.1 Laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Comcel S.A vs ETB**

El objeto del presente laudo tuvo como eje de estudio cinco problemas jurídicos relacionados con la normatividad en materia de telecomunicaciones para determinar la obligación por parte del convocado del pago por concepto de cargos de acceso. En ese

---

<sup>282</sup> Yecid Andrés Ríos et al., “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia” (Artículo de investigación, Comisión de propiedad intelectual de la International Chamber of Commerce, 2018), pp. 20-21. “(...) Como resultado de las diferencias enunciadas, OCCEL, COMCEL y CELCARIBE, formularon ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., sus respectivas demandas arbitrales en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB... a partir del año 2006, los Tribunales Arbitrales profirieron los respectivos laudos, declarando que la ETB estaba obligada a pagar a las empresas demandantes, por concepto de cargos de acceso los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso por Minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002. Se debe tener presente, que en los procesos arbitrales se omitió la aplicación de las normas andinas pertinentes en materia de conflictos de interconexión, tanto porque el Tribunal no consideró su aplicación como porque ninguna de las partes le solicitó a este último que elevara la solicitud de Interpretación Prejudicial de las normas andinas atinentes, al TJCA (...)”.

sentido, el Tribunal estudio los siguientes interrogantes para llegar a dicha conclusión: ¿la resolución de la CRT 463 de 2001 fue derogada por la resolución CRT 469 de 2002? ; ¿La opción de acogerse a la regulación sobre cargos de acceso de la resolución CRT 463 de 2001 es un acto unilateral del operador que se interconecta ? ; ¿La facultad que contempla la resolución CRT y 463 de 2001 le impone al operador que se interconecta la obligación de aplicar de manera integral a todas sus interconexiones la forma de remuneración de los cargos de acceso escogida ?; ¿debe el operador Inter conectan te hacer una oferta formal con las opciones de cargos de acceso al operador que se interconecta para cumplir con la resolución CRT 463 de 2001? y, finalmente, ¿Del principio de buena fe se desprende obligaciones que aunque no pactadas son exigibles en la ejecución de los contratos ? <sup>283</sup>.

Una vez agotado el análisis de dichos cuestionamientos, el Tribunal declaró que la ETB estaba obligada a pagar a la convocante, por concepto de cargos de acceso los valores establecidos bajo la opción 1: “ cargos de acceso por minuto” previstos en las resoluciones CRT 463 de 2001<sup>284</sup> y CRT 489 de 2002<sup>285</sup>. De igual manera señaló que no prosperaban las excepciones propuestas por parte de la ETB relativas a la falta de jurisdicción y competencia y falta de legitimación para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo quinto de la resolución 463 de 2001. En ese sentido, la condena a la ETB consistió en el pago de la diferencia entre lo que había pagado y lo que debió haber pagado a Comcel S.A por cargos de acceso por el uso de la red de telecomunicaciones para la terminación de llamadas de larga distancia internacional<sup>286</sup>.

Hasta aquí es claro que durante este primer escenario de carácter arbitral se suscitan al menos dos situaciones respecto del derecho de la CAN, teniendo en cuenta que las telecomunicaciones son materia de regulación para este orden <sup>287</sup>. En primer lugar

---

<sup>283</sup> González y Herrera, Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones, pp. 278-289.

<sup>284</sup> Resolución 463 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 27 de diciembre de 2001.

<sup>285</sup> Resolución 489 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 12 de abril de 2002.

<sup>286</sup> Tribunal de arbitramento del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006.

<sup>287</sup> Isabel Aldana Salazar, “La relevancia de la interpretación prejudicial en materia de telecomunicaciones”, Revista la nota económica, abril de 2018.

no existe referencia por parte de los árbitros encaminadas a solicitar la consulta prejudicial respectiva teniendo en cuenta que el asunto de conflicto es objeto de regulación por parte de este orden y, en segundo lugar, las partes inmersas en el conflicto, especialmente la parte convocada de quién se puede inferir en principio la conveniencia que le reviste la aplicación de la normativa comunitaria en materia de interconexión, no activó el mecanismo de consulta prejudicial sobre el asunto de referencia.

### **1.1.2 Sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2008 sobre la anulación del laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006.**

El Consejo de Estado respecto del recurso de la referencia señaló que era competente para conocer de la anulación del laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006 como también de las causales aplicables al caso señaladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998<sup>288</sup>. Lo anterior por tratarse de un conflicto suscitado en un contrato celebrado por una entidad pública que para el caso se trata de una empresa servicios públicos mixta regida por el derecho privado (ETB).

Para el Consejo de Estado el arbitramento se instituyó como una opción alterna a la jurisdicción contenciosa administrativa, para dirimir las controversias generadas en los contratos estatales, reguladas por unos procedimientos y trámites especiales, que se activan de manera libre y voluntaria por las partes de este y al cual quedan sometidas una vez es celebrado el respectivo pacto arbitral. Cabe señalar -en este punto- que cuando en el arbitraje son parte las instituciones del Estado, estas también están sometidas a la jurisdicción arbitral como lo harían ante la jurisdicción administrativa, ya que los asuntos que se plantean en arbitraje son los mismos que se llevarían ante la jurisdicción contenciosa administrativa de manera tal que no hay razón para desconocer que el árbitro

---

<sup>288</sup> Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Ruth Stella Correa Calacio ,expediente No. 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645).

es de forma transitoria juez de la administración<sup>289</sup> por expresa autorización de la Constitución en su artículo 116.

De igual forma, esta Corporación precisó respecto de la naturaleza del recurso extraordinario de anulación, que no es un medio que invoque la apertura de una instancia adicional, en la que el Consejo de Estado actúe como superior jerárquico del tribunal arbitramento, ya que no es de su competencia entrar a examinar aspectos de fondo relacionados con los hechos que fueron materia de decisión o sobre el valor que se le otorgó al material probatorio, ya que estos son de competencias exclusiva de los mismos árbitros<sup>290</sup>. Su cometido obedece al análisis por errores de tipo *in procedendo* en que haya

---

<sup>289</sup> Franklin Moreno Millán, “El arbitraje en derecho administrativo y la excepción de ilegalidad en Colombia”. Revista general de derecho público comparado, No. 25 (2019): pp. 24-25. “(...) En el caso colombiano, como ya se dijo, el arbitraje es una función jurisdiccional transitoria, el árbitro es un particular investido de la potestad de administrar justicia, es decir, un juez; el laudo es una providencia, que hace tránsito a cosa juzgada, susceptible de un recurso judicial extraordinario; el laudo goza del carácter vinculante de toda providencia judicial, pudiéndose ejecutar ante la jurisdicción permanente... cuando en un arbitraje es parte la Administración Pública, esta se somete a la jurisdicción arbitral como lo haría ante la jurisdicción natural. Precisamente, los asuntos que se plantean en el arbitraje, son los mismos que se llevarían ante la jurisdicción contenciosa administrativa de suerte que, no hay razón para desconocer que, transitoriamente, el árbitro es el juez de la Administración, por expresa autorización constitucional y previa habilitación de las partes. . En conclusión, siendo el arbitraje de naturaleza jurisdiccional, goza el árbitro de las mismas potestades declarativas que el juez contencioso administrativo... en el caso colombiano, el arbitraje goza de naturaleza jurisdiccional. Ello se deriva de la habilitación prevista en el artículo 116 de la Constitución Política, en el cual se dice que, los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, con lo cual, se les reconoce la categoría de jueces. Si son jueces, gozan, en principio, de las mismas potestades y obligaciones reconocidas a los jueces, por ejemplo, el respeto por el principio de validez sobre el cual se asienta el sistema jurídico(...)”.

<sup>290</sup> Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Ruth Stella Correa Calacio, expediente No. 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645). En esta providencia el Consejo de Estado se remitió a lo resuelto en la sentencia de 8 de junio de 2000, expediente No. 16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Expediente No. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 19 de junio de 2000, Expediente No. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 14 de junio de 2001, Expediente No. 19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. “(...) De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades: i) El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos. ii) El objeto y finalidad

podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in judicando*, dejando fuera de su competencia la posibilidad de examinar aspectos de mérito o sustanciales.

Respecto del caso en concreto la ETB en su calidad de recurrente señaló que el laudo era nulo por las siguientes causales: a) por haber decidido *extra petita* y por invocar causa *petendi* diferente a la alegada en el proceso ;b) por haberse ocupado de asuntos no transigibles, proscritos en la justicia arbitral y c) porque impuso una condena liquidada teniendo en cuenta una tarifa de minutos redondeados aplicada a minutos reales. Respecto del punto se alegaron dos situaciones en la que encajaba la nulidad del laudo, por una parte, (i) la falta de competencia por desborde de la cláusula compromisoria y, por otra, ii) falta de competencia por juicio de legalidad de un acto administrativo, sobre el cual esta Corporación señaló que no le es posible a los tribunales de arbitramento

---

del recurso es atacar la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in judicando*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal. iii) En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló, cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. iv) Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con el se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra) Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política(...).”.

pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos conforme a la jurisprudencia constitucional<sup>291</sup> y del mismo Consejo de Estado<sup>292</sup>.

Finalmente, el Consejo de Estado declaró infundado el recurso anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 15 diciembre 2006 por parte del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá con ocasión del contrato de interconexión celebrado entre la ETB y Comcel S.A el 13 de noviembre de 1998. De igual forma negó la suspensión del laudo arbitral y condenó en costas al recurrente.

Frente a ello, la ETB radicó ante la Sección Tercera del Consejo de Estado una solicitud para que este activara la consulta de interpretación prejudicial ante el TJCA, sobre sobre 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, teniendo en cuenta que eran normas objeto de regulación por parte del orden comunitario andino al tratarse de asuntos de telecomunicaciones. Posteriormente, al no obtener respuesta por parte del Consejo de Estado, la ETB radicó una segunda solicitud reiterando lo señalado. Posteriormente, el 8 de agosto de 2008, dicha corporación emitió un auto con número de radicación 2007-0010 negando la suspensión del proceso como también la consulta para la interpretación prejudicial ante el TJCA.

De lo anterior, resulta pertinente hacer énfasis en dos situaciones claves para el caso objeto de estudio. En primer lugar, cabe resaltar que el argumento por parte de la ETB ante el Consejo de Estado en el que se sustentó el recurso de anulación no tuvo como objeto invocar la interpretación prejudicial de la normatividad del derecho comunitario en materia de telecomunicaciones, sino recurrirlo por aspectos definidos en las causales de anulación. En segundo lugar, es preciso destacar que la solicitud de interpretación prejudicial por parte de la ETB, ¿se elevó ante el Consejo de Estado en dos oportunidades una vez éste había proferido sentencia el 27 de marzo año? ante lo cual el organismo judicial de cierre negó su procedencia mediante un auto. La anterior aclaración se trae a

---

<sup>291</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1436 de 2000 del 26 de octubre de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>292</sup> Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Ruth Stella Correa Calacio, expediente No. 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645).

colación con el objetivo de conocer las actuaciones de las partes dentro del caso y tener precisión en los momentos en que -efectivamente- se invocaron los mecanismos y prerrogativas del orden jurídico andino.

## **1.2 Segunda etapa, el TJCA frente a la violación de las obligaciones del Estado colombiano en materia de interpretación prejudicial y la respuesta del Consejo de Estado frente a lo dispuesto en la acción de incumplimiento AI-03-2010, su inclusión como causal en los procesos de anulación de laudos arbitrales”**

Entendido el marco bajo el cual se desarrolló la primera etapa del presente caso referente al desconocimiento de las instituciones del TJCA, es hora de ocuparnos de las providencias hito del caso objeto de estudio, ya que en este periodo se desarrollan y se reconocen los primeros postulados en relación con la ampliación del concepto juez jurisdiccional a los árbitros y, por ende, se derivan una serie de consecuencias para el Estado colombiano en cabeza del Consejo de Estado, especialmente porque el TJCA a través de la AI-03-2010 hace referencia al doble rol que detenta la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez comunitario y juez nacional.

### **1.2.1 Sentencia de acción de incumplimiento del TJCA AI-03-2010 de 26 de agosto de 2011**

Una vez instaurados los recursos al interior del ordenamiento jurídico, y dada la negativa por parte del Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial, la ETB presentó una acción de incumplimiento en contra de la República de Colombia ante el TJCA, argumentando que la Sección Tercera había omitido dar la aplicación de la normativa andina atinente a los conflictos generados en materia de interconexión. En concreto, la ETB solicitó que se constatará que se habían incumplido las obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino en particular con el imperativo de solicitar la interpretación prejudicial para el caso en concreto<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> Cubillos, Pachón y López. “Los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino: conceptualización desarrollo y aplicación”, pp. 162-163.

Llegado este punto, cabe precisar que en el capítulo dos del presente trabajo de investigación se precisó que con ocasión de la ampliación del concepto juez nacional, los tribunales de arbitramento son considerados a la luz del ordenamiento jurídico andino jueces nacionales. Por tal motivo, el análisis que se decanta en este punto connota una perspectiva distinta ya que estará orientado a revisar como a partir la omisión del Consejo de Estado frente a la solicitud de interpretación prejudicial en el recurso de anulación, se configura un incumplimiento respecto de las obligaciones internacionales que el Estado Colombiano tiene frente a la CAN.

En ese orden de ideas, se avocará por resolver los siguientes interrogantes: i) ¿Porque para los tribunales de arbitramento resulta obligatorio la consulta de interpretación prejudicial ?; ii) ¿Cuál fue la responsabilidad del Consejo de Estado colombiano determinada por parte del TJCA en este caso? y iii) ¿ Bajo qué supuesto el TJCA considera que la omisión de solicitar la consulta prejudicial incide en la validez del laudo arbitral en sede de anulación?

Frente al primer cuestionamiento cabe precisar que la consulta prejudicial es obligatoria para cualquier juez nacional de los Estados miembros cuya sentencia no sea susceptible recursos ordinarios en el derecho interno, tal y como se encuentra establecido en el artículo 33 del tratado de creación el TJCA. En ese orden de ideas, respecto de la naturaleza del arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano, el proceso arbitral es de única instancia ya que una vez que emitido y ejecutoriado el laudo no puede este ser modificado ni puede someterse a un nuevo escrutinio judicial ya sea ante los jueces ordinarios o contenciosos administrativos, ni ante otro tribunal de arbitramento<sup>294</sup>.

Respecto de la etapa de decisión y ejecución del laudo, el TJCA señaló que es en la primera etapa en la que existe la obligación de la consulta prejudicial. No obstante, el TJCA aclaró que si en la etapa de ejecución del laudo, que en nuestro país corresponde a las autoridades judiciales ordinarias, se encuentra que se deben aplicar normas comunitarias andinas, también se debe solicitar la interpretación judicial de dichas

---

<sup>294</sup> Alfredo Fuentes Hernández, “la interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia” (Artículo de Investigación, Fuentes Hernández asesores S.A.S, 2018), p. 24.

normas<sup>295</sup>. Bajo ese entendido, es claro que con ocasión de la interpretación extensiva del concepto de “juez nacional”, se instituye la obligación de activar la consulta prejudicial para los tribunales arbitrales y árbitros.<sup>296</sup>

En segunda instancia, respecto al litigio el Tribunal Comunitario declaró el incumplimiento de Colombia, puesto que el Consejo de Estado debió haber solicitado la interpretación prejudicial al TJCA antes de declarar infundada la impugnación de los laudos, ya que al verificar que en los procesos arbitrales no se solicitó la interpretación judicial debió haber consultado ante el tribunal andino los efectos de dicha omisión, haciendo énfasis en el carácter doble que caracteriza a los jueces nacionales, pues además de ser jueces nacionales también fungen como jueces comunitarios a efectos de aplicar el derecho comunitario en sus fallos,<sup>297</sup>. De forma puntual esta Corporación precisó lo siguiente:

“Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio *in procedendo* de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral, es decir el Consejo de Estado de la República de Colombia debió aplicar los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto, teniendo en cuenta que en este ámbito su papel era de juez comunitario andino y no simplemente de juez nacional.

---

<sup>295</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 196.

<sup>296</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 22.

<sup>297</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 194.

En resumen, sobre la base de estas consideraciones el Tribunal estima que, la República de Colombia a través del Consejo de Estado, Sección Tercera, al resolver el recurso de anulación de los tres laudos arbitrales debió solicitar la interpretación a este Tribunal en el sentido arriba mencionado, al no haberlo hecho, se constituyó un incumplimiento de la norma comunitaria por parte de la República de Colombia”<sup>298</sup>.ç

Frente al tercer interrogante, el TJCA se planteó su propio problema jurídico direccionado a pronunciarse sobre la validez de las providencias al interior del orden interno, en ese sentido, este tribunal señaló: ¿La Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso de anulación de los laudos arbitrales tenía la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que eran de aplicación obligatoria por parte de los tribunales arbitrales o sí al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debía limitar su actuación a errores *in procedendo*?

El TJCA señaló que el Consejo de Estado debió en su calidad de juez comunitario solicitarle la interpretación prejudicial en relación con dos temas fundamentales: (i) si el Tribunal de Arbitramento debió haber solicitado la interpretación prejudicial para resolver el proceso ante la existencia de normas comunitarias, y (ii) si la falta de consulta prejudicial por parte del Tribunal Arbitral generaría una nulidad del laudo por vulneración al debido proceso<sup>299</sup>.

Con base en lo anterior, el Tribunal en dicha oportunidad recalcó que el requisito de la consulta prejudicial previa debe entenderse incorporado al derecho interno de los países miembros como una norma procesal imperativa, cuyo incumplimiento constituye una violación flagrante al debido proceso, y, por lo tanto, verificada su ausencia, se debía declarar la nulidad del respectivo laudo.

También consideró que, en los procesos arbitrales previos a los laudos impugnados, se debió haber aplicado la normatividad andina en materia de interconexión y telecomunicaciones para lo cual era necesario y obligatorio solicitar y aplicar la

---

<sup>298</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Acción de incumplimiento del 26 de agosto de 2011, emitida en el marco proceso AI-03-2010, Quito, Ecuador.

<sup>299</sup> *Ibid.*

interpretación prejudicial del TJCA. Pues la existencia de operadores jurídicos que en el ejercicio de funciones jurisdiccionales apliquen el derecho comunitario sin contar con interpretación prejudicial alguna, afectan la validez y eficacia del ordenamiento jurídico supranacional.<sup>300</sup>

Bajo ese hilo argumentativo, el TJCA procedió a dar lugar a la demanda interpuesta por parte de la ETB contra la República de Colombia, en cabeza de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al haber omitido solicitar oportunamente la interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de los laudos arbitrales, dentro de los que se encontraba el conflicto suscitado entre ETB y Comcel S.A.

### **1.2.2 Aclaración de la decisión proferida en el marco del proceso AI-03-2010 del 15 de noviembre de 2011 por solicitud del Consejo de Estado.**

Con el objetivo de dar cumplimiento a la sentencia emitida en la demanda de acción de incumplimiento en la que se determinó la responsabilidad del Estado colombiano por el incumplimiento de las obligaciones del orden jurídico andino, el Consejo de Estado con el cometido de tener precisión respecto de las acciones que debería acoger en aras de retrotraer los incumplimientos que se le atribuyeron, solicito aclaración de la decisión proferida. En lo que aquí respecta resulta preciso destacar dos puntos determinantes para el estudio del presente caso.

En primer lugar, respecto de la validez de los laudos, el TJCA señaló que, de conformidad a la normativa del derecho procesal colombiano, el Consejo de Estado debía dejar sin efecto las providencias de los recursos de anulación<sup>301</sup>. En segundo lugar, señaló que el Consejo de Estado debía solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, consultando si los tribunales de arbitramento ostentaban la obligación de elevar la

---

<sup>300</sup> Manuel Tangarife, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”. Revista del Instituto colombiano de derecho procesal, No. 43 (2016): p. 213.

<sup>301</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aclaración de decisión del 15 de noviembre de 2011, emitida en el marco del proceso AI-03-2010, Quito, Ecuador.

consulta prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia en los que se debiera aplicar la normativa de la CAN.

En tercer lugar, respecto de la decisión 462 de 1999 de la Comisión de la CAN, la cual fue objeto de análisis dentro de la demanda de incumplimiento, se señaló que la interpretación de dichas normas se establecería nuevamente una vez fueran constituidos los tribunales arbitrales de acuerdo con la regulación nacional, toda vez que estos soliciten la oportuna interpretación prejudicial de conformidad con la jurisprudencia del TJCA y la normativa comunitaria<sup>302</sup>.

Claro esto, se zanjaron las pautas por parte del TJCA, para dar lugar al cumplimiento de la sentencia resuelta en contra del Estado colombiano que como veremos en el punto siguiente, desarrolla una tesis que marca un hito para todo el ordenamiento jurídico colombiano, respecto del rol del juez administrativo como juez Comunitario en el curso de los procesos de anulación de laudos arbitrales en los que se invoque como causal la omisión sobre la interpretación prejudicial respectiva.

### **1.2.3 La sentencia del Consejo de Estado de 9 de agosto de 2012**

La presente providencia tuvo por objetivo dar cumplimiento a lo dispuesto por parte del TJCA en la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su respectiva aclaración del 15 de noviembre del mismo año, en ese orden de ideas el Consejo de Estado enmarcó dicho cumplimiento a través de 4 puntos esenciales. En primer lugar, dejó sin efectos la sentencia inicialmente proferida por la propia corporación mediante la cual había rechazado el recurso de anulación contra los laudos arbitrales. En segundo lugar, declaró la nulidad de los laudos arbitrales proferido sin el requisito de la consulta prejudicial. En tercer lugar, consideró que a la lista de causales de nulidad de laudos arbitrales contenida en la Ley 1563 de 2012 debía añadirse la omisión de interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso por parte del Tribunal Arbitral. Y en

---

<sup>302</sup> *Ibid.*

último lugar, devolvió el proceso al Tribunal Arbitral para que subsane la omisión de consulta prejudicial y emita un nuevo laudo acogiendo la sentencia del TJCA<sup>303</sup>.

Con respecto a la devolución del proceso al Tribunal Arbitral, el Consejo de Estado ha precisado que no se trata de una continuación del anterior proceso arbitral, o una extensión de la competencia temporal de los árbitros para proferir un nuevo laudo, sino que en realidad corresponde a una nueva convocatoria del tribunal arbitral en donde es menester surtir todas las actuaciones procesales propias del proceso arbitral para expedir el nuevo laudo. En ese sentido, este nuevo laudo es susceptible de ser recurrido en sede de anulación por incurrir en las causales taxativas previstas en la ley o por omitir el requisito de la consulta prejudicial obligatoria.

En consonancia con los pronunciamientos del TJCA, El Consejo de Estado además de configurar la omisión de la interpretación prejudicial como una nueva causal de nulidad de laudos arbitrales relativa a la omisión de solicitud de Interpretación prejudicial, también consagró la posibilidad de que el recurso extraordinario de anulación sea impulsado de oficio por parte del juez de anulación, pues se consideró que el incumplimiento de la consulta prejudicial obligatoria constituye un yerro procedimental

---

<sup>303</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sala plena, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281); Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 22 .“(…) Las siguientes decisiones principales: (i) Dejar sin efecto las sentencias inicialmente proferidas por el propio Consejo de Estado mediante las cuales se había declarado infundado el recurso de anulación impetrado contra dichos laudos; ello con base a que el Consejo de Estado, en el trámite de la anulación, no había efectuado la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, consultándole si los Tribunales Arbitrales tenían la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los respectivos procesos que dieron lugar a los laudos. (ii) Declarar la nulidad de los laudos arbitrales inicialmente proferidos por los tribunales de arbitramento, también con fundamento en la causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación que tenían los árbitros de realizar la consulta al Tribunal comunitario. (iii) Confirmar que “al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo.(iv) Devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo, acogiendo, para tal fin, la providencia que expidiera, en su momento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina(…)”,

que afecta la validez del laudo y permite su impugnación . Frente a ello el Consejo de Estado preciso:

“Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Cuando la corte nacional, en este caso el Consejo de Estado, se enfrente a un recurso extraordinario, que para el caso particular sería el de anulación de un laudo arbitral, debe tener en cuenta las siguientes hipótesis:

Que el recurso extraordinario se sustente en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia.

En este caso el juez competente, una vez verificada la ausencia de la consulta prejudicial, debe declarar la nulidad o invalidez de la sentencia.

- 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 o, de conformidad con la naturaleza del asunto, se deban aplicar éstas.”<sup>304</sup>

---

<sup>304</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sala plena, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

En ese sentido, es claro que así las partes no hayan alegado la falta de consulta prejudicial al interponer el recurso de anulación, si el juez advierte que el laudo aplica o interpreta normas comunitarias andinas sin la debida interpretación prejudicial, puede declarar su nulidad de oficio<sup>305</sup>. En estos casos, el proceso queda suspendido hasta que el TJCA expida la respectiva interpretación, por lo cual, el juez no podrá dictar sentencia.<sup>306</sup>

Para llegar a tal conclusión, esta Corporación señaló que el régimen del proceso arbitral colombiano está concebido como un proceso de única instancia, que termina con un laudo que cobra ejecutoria y hace tránsito a cosa juzgada, por lo cual no es susceptible de recursos ordinarios ni de ser llevado a una segunda instancia. Bajo esa premisa, por la aplicación de la interpretación extensiva que se hace del concepto de juez nacional para comprender a los árbitros y tribunales de arbitraje, la obligatoriedad de la consulta prejudicial también se predicaría de los procesos arbitrales en Colombia. De manera que, bajo esa orbita es que el proceso arbitral en Colombia está concebido como un proceso de única instancia no susceptible de recursos ordinarios y, por ende, resulta obligatoria la consulta prejudicial.

Ahora bien, dentro de dicho análisis también hubo lugar a determinar si la solicitud de aclaración, corrección y adición del laudo, así como los recursos extraordinarios de revisión y anulación podrían comprometer la ejecutoria de los laudos y, por lo tanto, hacer que estos escapen a la obligatoriedad de la consulta prejudicial. La importancia de dicho análisis permite conocer el proceder de los jueces nacionales, en cada uno de estos mecanismos previstos en la ley conforme a las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, es menester precisar que la aclaración, corrección y adición del laudo<sup>307</sup> no fue consagrada por la ley como un recurso contra el laudo arbitral, sino como

---

<sup>305</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 41.

<sup>306</sup> Yecid Andrés Ríos et al., “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia” (Artículo de investigación, Comisión de propiedad intelectual de la International Chamber of Commerce, 2018), pp. 19.

<sup>307</sup> Ley 1563 de 2012 del Congreso de la República por la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, julio 12 Diario Oficial No. 48.489. Artículo 39. “(...) Dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido

la posibilidad de que los árbitros, de oficio o a petición de parte, y bajo las causales del Código General del Proceso en su artículo 355, aclaren, corrijan o adicionen el laudo proferido, dentro del mismo margen de competencia temporal, y sin necesidad de una instancia de revisión adicional. Bajo ese entendido este mecanismo jurídico no es el oportuno para el supuesto de una omisión de interpretación prejudicial.

Frente al recurso extraordinario de revisión del laudo arbitral<sup>308</sup>, es preciso señalar que fue concebido por la ley como un recurso contra *sentencias ejecutoriadas* bajo las causales establecidas en el artículo 355 del Código General del Proceso<sup>309</sup>, cuyas causales de procedencia no tienen la intención de cuestionar el fondo del proceso y la aplicación e interpretación de normas sustanciales, sino que pretenden poner en duda la validez del

---

y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término (...)."

<sup>308</sup> Ley 1563 de 2012 del Congreso de la República por la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, julio 12 Diario Oficial No. 48.489. Artículo 45. "(...) Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda(...)".

<sup>309</sup> Ley 1564 de 2012 del Congreso de la República por la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones, julio 12 Diario Oficial No. 48.489. Artículo 355. "(...) Son causales de revisión: 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas. 4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente. 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad. 8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. 9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador *ad litem* y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada (...)."

laudo por haber sido obtenido por medios ilícitos, vulnerando el derecho de defensa o desconociendo la cosa juzgada anterior. Por tal motivo, no hay lugar a sostener que el recurso extraordinario de revisión pueda ser considerado como un recurso en derecho interno a efectos de determinar si la interpretación prejudicial es facultativa.

Con respecto al recurso extraordinario de anulación, este se rige por las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 1563<sup>310</sup>, sobre las cuales el Consejo de Estado ha precisado que tampoco tiene la potestad para hacer de la consulta prejudicial facultativa y no obligatoria, puesto que la ley dispuso que este será procedente exclusivamente para revisar y corregir errores de forma o *in procedendo* del laudo. Al no poder cuestionarse la aplicación o interpretación de normas comunitarias sustanciales, ni pronunciarse sobre el fondo del proceso, este recurso no constituye una segunda instancia, y, por lo tanto, no

---

<sup>310</sup> Ibid. Artículo 41. “(...)Son causales del recurso de anulación:

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

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término (...).”

permite que se exima de la obligatoriedad de la consulta prejudicial en procesos arbitrales<sup>311</sup>.

En ese sentido, con respecto a la nulidad por omitir la interpretación prejudicial, el Consejo de Estado concluyó que el recurso idóneo para tramitarla es el recurso extraordinario de anulación y no el recurso extraordinario de revisión. En primer lugar, por la naturaleza dispositiva del recurso de revisión, que le impide al Consejo de Estado tramitarlo oficiosamente para dar cumplimiento a los fallos del TJCA. En segundo lugar, porque este recurso también está restringido a causales taxativas de procedibilidad, por lo que también se dificulta la aplicación de las decisiones del TJCA en tanto éstas no se logren configurar dentro de dichas causales. Y, en tercer lugar, porque los términos que exige el trámite del recurso de revisión impiden cumplir con celeridad, eficiencia y eficacia las decisiones adoptadas por el TJCA<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup>Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sala plena, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).“(…) El recurso extraordinario de anulación fue instituido para estudiar los yerros de orden procesal en los que hubiese podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, pero, desde luego, no puede admitirse que este recurso pase a constituir una nueva instancia, en la cual sea dado al juez del recurso extraordinario reexaminar los argumentos y las razones que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento al momento de dirimir la controversia que las partes sometieron a su conocimiento. (...) Por lo anterior, se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión (...)”.

<sup>312</sup>Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281). “(…)El recurso de revisión se encuentra sometido al principio dispositivo, en cuya virtud el Consejo de Estado mal podría tramitarlo o resolverlo de manera oficiosa y, por tanto, si la parte interesada no lo promoviere dentro de los plazos legales establecidos para el efecto o lo hiciere sin observar las exigencias y la técnica que lo caracterizan según el ordenamiento vigente, se quedarían entonces sin cumplimiento efectivo las decisiones de carácter judicial y que con fuerza de cosa juzgada ya profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuestión que resultaría inaceptable para la Sala en la necesidad de contribuir al respeto, cumplimiento y consolidación del ordenamiento comunitario andino.

Conforme a lo anterior, y en concordancia con el artículo 33 del tratado del TJCA es válido concluir que todos los procesos arbitrales en Colombia regidos por la Ley 1563 de 2012 en los cuales deban aplicarse o se controvierta la aplicación de normas comunitarias andinas, es obligatorio que el tribunal, de oficio o a petición de parte, solicite directamente al TJCA la interpretación de dichas normas, por tratarse de procesos de única instancia ordinaria<sup>313</sup>. Lo cual supone una mayor diligencia por parte de los árbitros con respecto a la identificación de la existencia, procedencia, aplicación o controversia de normas andinas para resolver el litigio, ante lo cual deberá solicitarse dicha interpretación para no darle lugar a una eventual demanda de anulación.<sup>314</sup>

Así pues, lo que determina la imperatividad de solicitar la interpretación obligatoria de manera directa ante el TJCA cabeza de los árbitros, es que ese arbitraje sea en derecho y verse sobre asuntos regulados por el ordenamiento jurídico comunitario, y funja como única instancia ordinaria<sup>315</sup>.

Así las cosas, el Consejo de Estado dio cumplimiento al pronunciamiento del TJCA, en consideración a la situación de conflicto en la que se encontraba, ya que al interior del ordenamiento jurídico colombiano no existe un procedimiento específico claro y debidamente detallado que determine la forma en que deben cumplirse las decisiones adoptadas por parte del TJCA.

---

En segundo lugar, porque la precisión y las restricciones que para el recurso extraordinario de revisión representan las causales taxativamente establecidas para su prosperidad, también suponen el riesgo de que las hipótesis fácticas de tales causales no se configuren plenamente a propósito de circunstancias como las que han dado lugar al presente pronunciamiento, situación que igualmente generaría el riesgo, inadmisibles para la Sala, de que las decisiones judiciales y en firme del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pudieran quedarse sin cumplimiento.

Y en tercer lugar, porque el trámite legal del recurso extraordinario de revisión supone y exige unos términos cuya observancia suponen, por su propia naturaleza, la imposibilidad de cumplir con celeridad, eficiencia y eficacia decisiones que ya fueron adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina(...)

<sup>313</sup> Hernando Herrera Mercado, *La impugnación de los laudos arbitrales, Análisis legal y jurisprudencial* (Bogotá: Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá y Editorial Legis, 2014) pp. 263-264.

<sup>314</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 29.

<sup>315</sup> Herrera, *La impugnación de los laudos arbitrales, Análisis legal y jurisprudencial*, pp. 265-266.

Dicha situación de dificultad hacía referencia -específicamente- a que la adopción de tales medidas suponía como consecuencia inmediata dejar sin efecto su propia jurisprudencia a través de la cual había declarado infundadas las peticiones de nulidad de laudos arbitrales en 2008<sup>316</sup>. Dicho en otras palabras, la adopción de tales medidas en aras de retrotraer los efectos generados por el incumplimiento de las obligaciones en materia de derecho comunitario le suponía al Consejo de Estado el desconocimiento de su propia jurisprudencia, situación que como se examinará más adelante suscita conflictos en materia de seguridad jurídica.

### **1.3 El reconocimiento de la obligación imperativa de solicitar la interpretación prejudicial por parte de los Tribunales de Arbitramento, y la operatividad de la nueva causal en la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al recurso de anulación de laudos arbitrales**

Una vez delimitado el panorama bajo el cual el Consejo de Estado actúa como verdadero juez comunitario es claro que en la lista taxativa de causales puede sustentarse la nulidad de un laudo arbitral por la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de normas comunitarias. En relación con lo anterior, cabe recalcar que la devolución de los laudos a los Tribunales de Arbitramento supuso la instalación y convocatoria de nuevos tribunales arbitrales, con ocasión de los conflictos pendientes entre la ETB y Comcel S.A, como también las solicitudes de interpretación prejudicial por partes de los árbitros ante el TJCA, esto para ventilar dichas disputas adecuadamente surtiendo todas las actuaciones particulares del proceso arbitral a través de la expedición de un nuevo laudo.

No obstante, los Tribunales Arbitrales continuaron desatendiendo las obligaciones en materia de derecho comunitario. Los nuevos laudos arbitrales proferidos en esta nueva etapa del caso ETB vs Comcel, en los cuales se solicitó la interpretación prejudicial correspondiente, fueron emitidos con base en una interpretación diferente a la de la

---

<sup>316</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 203.

normativa comunitaria, ya que los Tribunales Arbitrales optaron por no aplicar los fallos de interpretación prejudicial emitidos por el TJCA.

Por lo anterior, el desarrollo de esta última etapa estará encaminado a analizar las últimas providencias del Caso ETB Vs Comcel en las que el Consejo de Estado ha conocido de la anulación de laudos arbitrales bajo la nueva causal creada a través de su jurisprudencia. De igual forma, también habrá lugar al análisis de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, emitida con ocasión de una serie de tutelas interpuestas ante el Consejo de Estado en el marco de los conflictos suscitados en sentencia del 9 de agosto.

### **1.3.1 Sentencia su-263 de 2015 de la Corte Constitucional frente a las acciones de tutelas falladas por el Consejo de Estado en el marco del conflicto entre ETB y Comcel**

En el marco de las diferencias suscitadas entre las referidas compañías de telecomunicaciones, la Corte constitucional mediante sentencia de unificación SU-263 de 2015 dio lugar a la revisión de una serie de acciones de tutela promovidas contra de la sentencia del Consejo de Estado de 9 agosto de 2012 que dejaron sin efecto los laudos arbitrales.

En lo que respecta al fallo de primera instancia la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado denegó por improcedente la acción de tutela, argumentando que el recurrente incumplía con el agotamiento de los mecanismos de defensa judicial, en atención a que contaba con otros medios tales como el recurso extraordinario de revisión teniendo la posibilidad de invocar la causal: “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación”.

Posteriormente Comcel decidió recurrir en apelación la decisión de primera instancia. La petición tenía por objeto que se le ordenara al Consejo de Estado abstenerse de tomar cualquier decisión tendiente a cumplir el mandato del TJCA en la sentencia AI-03-2010, al carecer de competencia para ello, o que se le permitiera que el Consejo de Estado reactivar el trámite sin afectar los derechos de Comcel, decretando la

reconstitución de los tribunales de arbitramento para que cumplieran con la interpretación prejudicial obligatoria y que ellos entraran a determinar si -efectivamente- había lugar a la evolución de alguna cantidad de dinero.

En ese orden de ideas, el fallo de segunda instancia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, declaró la carencia actual de objeto en relación con el derecho de acceso a la administración de justicia mediante providencia de 23 de octubre de 2013, ya que los tribunales de arbitramento objeto de litigio se encontraban constituidos para resolver de fondo la controversia. Igualmente, se precisó respecto de los requisitos de procedibilidad de la tutela, “que el recurso extraordinario de revisión no es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta que el litigio lleva trece años sin resolverse”<sup>317</sup>.

De igual forma, manifestó que la Sección Tercera no vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia debido a que ella no tenía la facultad para reconstituir los tribunales de arbitramento de los laudos anulados y que, por ende, resultaba necesario convocar unos nuevos Tribunales Arbitrales para la resolución de las controversias pendientes. Por tal motivo, atendiendo a que esos nuevos tribunales ya fueron constituidos precisó que tal derecho se encontraba satisfecho.

Las anteriores pretensiones tenían como fundamento la vulneración del derecho fundamental al acceso de la administración de justicia encabeza de Comcel, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto, aplicó un procedimiento inexistente al interior del ordenamiento jurídico colombiano, dando lugar a la creación de una nueva causal de anulación de laudos arbitrales vía jurisprudencial y desconociendo el principio de cosa juzgada.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional se pronunció respecto de las diferentes providencias de tutela, precisando que no se había probado el carácter inminente del perjuicio en la atención a que Comcel aun podía ejercer todos sus derechos en instancias arbitrales o administrativas. En relación con ello, tampoco se cumplió con

---

<sup>317</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-263 de 2015 del 7 de mayo de 2015, de 1999, M.P: Jorge Iván Palacio.

el requisito de subsidiariedad propio de las acciones de tutela, ya que Comcel no agotó todos los mecanismos de defensa judicial teniendo a su disposición el recurso extraordinario de revisión que había interpuesto ante el Consejo de Estado en contra de las sentencias que decidieron la nulidad de los laudos arbitrales.

No obstante, en lo que tiene que ver respecto al recurso extraordinario de revisión señaló que este constituye una excepción al principio de cosa juzgada de sentencias ejecutoriadas, ya que su objetivo persigue enmendar los errores o irregularidades que se puedan cometer en una providencia y que, por ende, conducen a la afectación de los derechos fundamentales, siendo este un mecanismo de defensa en cabeza del recurrente, desatendiendo lo señalado por parte de la Sección Quinta en la segunda instancia<sup>318</sup>.

Con base en la síntesis presentada anteriormente de los argumentos discutidos por la Corte Constitucional, esta Corporación declaró improcedente la tutela presentada por Comcel. En ese sentido, procedió a confirmar la decisión del fallo proferido en primera instancia, y ordenó la revocatoria del fallo de segunda instancia.

### **1.3.2 La sentencia del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2015 y la interpretación prejudicial 255-IP-2013 del TJCA**

Una vez anulado uno de los laudos por parte del Consejo de Estado consecuencia de las controversias entre la ETB y Comcel con ocasión del contrato de interconexión firmado el 13 de noviembre de 1998, se formuló nueva demanda arbitral contra la ETB por parte de Comcel ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Así las cosas, el 24 de enero de 2013, el referido centro de arbitraje designó los árbitros principales encargados de resolver el litigio, quedando instalado el tribunal el 30 de abril del 2013.

Las pretensiones por parte de Comcel obedecían a las inicialmente discutidas durante las primeras providencias relativas al concepto de cargo y acceso de los valores

---

<sup>318</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-263 de 2015 del 7 de mayo de 2015, de 1999, M.P: Jorge Iván Palacio.

establecidos en las resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de la CRT, además de la corrección monetaria y los correspondientes intereses.

Para el caso en particular, mediante oficio de 2 de diciembre de 2013, la Secretaría del Tribunal de Arbitramento solicitó ante TJCA la interpretación prejudicial de los artículos 80 del Acuerdo de Cartagena, 33 del Tratado de Creación del citado Tribunal, y de la Decisión 439 de 1998, cabe mencionar que esta es la primera providencia del caso ETB en que los árbitros se acogen a la obligación de solicitar la consulta prejudicial.

En ese orden de ideas, mediante interpretación prejudicial 255-IP-2013 del TJCA de 14 de junio de 2014, esta Corporación señaló que en lo que atinente a la normativa andina, la competencia para conocer de las controversias relacionadas con el contrato de interconexión corresponde a la autoridad competente de telecomunicaciones, es decir, la Autoridad Nacional que el ordenamiento interno disponga, la cual, para el caso en concreto, se trata de la “Comisión de Regulación de Comunicaciones”<sup>319</sup>, (antes CRC), el cual está investida de competencia exclusiva y excluyente para la resolución de tales conflictos. En ese sentido, el Tribunal de Arbitramento en aras de dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de interpretación prejudicial se declaró incompetente para la resolución del caso.

Declarada la incompetencia por parte del Tribunal de arbitramento, Comcel interpuso el recurso extraordinario anulación ante el Consejo de Estado señalando que el laudo había recaído sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros al haber conseguido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

Frente a tal situación el Consejo de Estado en su calidad de juez nacional y comunitario, previa verificación de la consulta prejudicial a la que estaba obligada el Tribunal de Arbitramento, señaló que este organismo obró conforme a los términos del artículo 35 del tratado de creación del TJCA, acogiendo íntegramente la interpretación prejudicial emitida a partir de las normas que se consideraron aplicables al caso. Por tal motivo, desestimó el recurso de anulación en sentencia del 23 de septiembre de 2015,

---

<sup>319</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 11 de junio de 2014, emitida en el marco proceso 255-IP-2013, Quito, Ecuador.

haciendo énfasis en la fuerza vinculante que tiene la institución como mecanismo de cooperación internacional, a lo cual concluyó lo siguiente:

“En conclusión, el Tribunal de Arbitramento, tal como era su obligación en los términos del artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, acogió en su integridad la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con las normas que consideró aplicables al asunto sometido a su consideración y no puede pretender C.S. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA).

No es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional y no puede pretender el recurrente que las autoridades nacionales, especialmente el Consejo de Estado, como máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, desconozcan tales decisiones. Una actuación en tal sentido vulneraría los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, como el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe y el de *ex consensu advenit vinculum*”<sup>320</sup>.

Con base en lo anterior resulta preciso destacar dos aspectos en esta primera sub etapa de este periodo fortalecimiento. Por una parte, se puede analizar qué tanto el Consejo de Estado como el Tribunal de Arbitramento obraron conforme a las obligaciones emanadas del derecho comunitario teniendo en cuenta que los tribunales

---

<sup>320</sup> Consejo de Estado, sentencia del 23 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P, Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054).

arbitrales instauraron la solicitud de consulta y, además de ello, aplicaron íntegramente los contenidos allí señalados. Por su parte, el Consejo de Estado al desestimar las pretensiones del recurrente en sede extraordinaria de anulación, logró constatar que el actuar los jueces arbitrales había sido conforme a lo establecido en la sentencia de interpretación prejudicial, obrando así como juez comunitario en el cumplimiento uniforme la normativa andina, razón por la cual, declaró infundado el recurso para esta ocasión.

Así, de este caso se puede concluir que esta es la primera providencia del mismo conflicto (ETB vs Comcel ), en la que el Consejo de Estado da aplicación a la tesis señalada en sentencia del 9 de agosto de 2012, en cual en su papel de juez nacional y comunitario, verifico que el proceder de los tribunales arbitrales estuviese en concordancia con el fallo de interpretación prejudicial del TJCA, y de esa manera se diera lugar al cumplimiento de las obligaciones emanadas del derecho de la CAN para el Estado colombiano.

### **1.3.3 La sentencia del Consejo de Estado del 13 de junio de 2016 y la interpretación prejudicial 146-IP-2014 del TJCA**

Con ocasión de la anulación declarada por parte del Consejo de Estado de otro laudo arbitral consecuencia de las diferencias entre ETB y Comcel, derivado de otro contrato de interconexión celebrado el 11 de noviembre de 2000, el 21 de diciembre de 2012, se formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá nueva demanda arbitral en contra de ETB por parte de Comcel S.A.

Dentro de las pretensiones que se alegaban, nuevamente estas se orientaban a obtener el pago por concepto de "cargo de acceso" en los valores establecidos bajo la opción 1: "cargos de acceso máximos por minuto", previstos en las resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002 y, como consecuencia de ello, el pago por concepto de cargo de acceso, por el tráfico de larga distancia internacional, al igual que el respectivo tanto de ajuste monetario, así como los intereses correspondientes.

EL Tribunal Arbitral formuló solicitud de interpretación prejudicial ante el TJCA el día 26 de septiembre de 2014, con el cometido de que se interpretaran varias

disposiciones del orden jurídico comunitario que se consideraron aplicables al caso en concreto. El TJCA profirió Interpretación Prejudicial a través de la sentencia 146-IP-2014 el 20 de febrero de 2015, señalando que:

“La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, enuncia que en el evento de que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo con la norma nacional. Existe, por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna.

Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara: la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada “Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)”.<sup>321</sup>

Bajo esta argumentación, el TJCA reiteró el criterio adoptado en la interpretación prejudicial 255-IP-2013. Cabe recalcar que este organismo señaló que existe libertad total en cabeza de las partes, de pactar formas de solución de controversias a partir de los conflictos que se susciten ante la ejecución del contrato. No obstante, dado el escenario en que el contrato no se pueda ejecutar por incumplimiento de alguno de las partes dicha situación puede ser ventilada mediante el mecanismo estipulado, pero tratándose de la ejecución del contrato dicha competencia resulta exclusiva y excluyente por parte de la

---

<sup>321</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 20 de febrero de 2015, emitida en el marco proceso 146-IP-2014, Quito, Ecuador.

autoridad de comunicaciones competente. Por tal razón, la consecuencia de acogerse a un mecanismo diferente solución es un vicio de competencia.<sup>322</sup>

En contraposición a lo señalado por parte del TJCA, el Tribunal de Arbitramento optó por no tener en cuenta lo dispuesto en el pronunciamiento, pues a pesar de que el TJCA indicó que la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones es la entidad competente para dirimir controversias en asuntos de interconexión, el mencionado Tribunal Arbitral argumento que se encontraba facultado para pronunciarse de fondo en relación con las pretensiones que se alegan dentro del litigio. Esto en razón a que las cuestiones que allí se alegaban tenían naturaleza de tipo contractual y, por ende, no guardaban relación con las facultades regulatorias ejercidas en cabeza de la autoridad de telecomunicaciones.

Proferido el laudo arbitral, Comcel impugnó la referida providencia mediante recurso extraordinario de anulación ante del Consejo de Estado el 15 de julio de 2015. Las razones por las cuales la empresa de comunicación recurrió el referido el laudo se refería: “haber recaído el laudo sobre aspectos que no pueden ser sometidos a los árbitros al haber decidido sobre la legalidad y la vigencia de actos administrativos; y “haberse proferido fallo en conciencia al negarse el Tribunal arbitral a aplicar la normatividad vigente”.<sup>323</sup>

Por tal motivo, el Consejo de Estado dio lugar a resolver el recurso mediante sentencia de 13 de junio de 2016, en la cual -en síntesis- señaló que la negativa por parte del Tribunal de Arbitramento de apartarse de la interpretación emitida por parte del TJCA, genera como consecuencia el desconocimiento del carácter prevalente que detenta el derecho comunitario andino en relación con las normas de carácter interno. Por tal

---

<sup>322</sup> *Ibid.*, , “(...)Cuando estemos en frente de cualquier controversia en la “ejecución de la interconexión”, es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que, aunque no se incluyan en el mismo, se desprendan de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier otro tema que se desprenda del contrato al ser ejecutado, o de situaciones que se presenten o se desprendan de su propia puesta en marcha (...)”.

<sup>323</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Hernán Andrade Rincón, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094).

motivo, dicha omisión da lugar a declarar la nulidad de la decisión arbitral, teniendo en cuenta los criterios delimitados por parte del TJCA en esta materia, los cuales constituyen una posición firme y reiterada en asuntos de telecomunicaciones, específicamente en materia de interconexión.

En ese entendido, la adopción de tal decisión tuvo sustento jurídico en los siguientes argumentos. En primer lugar, la providencia arbitral desconoció la primacía del derecho comunitario andino desatendiendo los parámetros que, en relación con la resolución de litigios en materia de interconexión, ha fijado el TJCA. Enfatizando que en lo concerniente al ordenamiento jurídico colombiano la competencia radica en la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Como segunda medida señaló que el recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado para desatender la fuerza vinculante que reviste la interpretación prejudicial como mecanismo de cooperación<sup>324</sup>.

Finalmente, el Consejo de Estado precisó un punto determinante en relación con la causal de anulación de laudos arbitrales incorporada vía jurisprudencial en materia de derecho comunitario. Para el Consejo de Estado en su calidad de juez comunitario y nacional, esta causal no solo se configura por la omisión de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria de las normas de derecho comunitario, sino también por no acogerse a los parámetros y contenidos establecidos en las sentencias de interpretación prejudicial solicitadas ante el TJCA. De forma tal que es causal de nulidad del laudo arbitral no sólo la omisión de interpretación prejudicial obligatoria sino también solicitar la interpretación y no adaptarse a la decisión proferida<sup>325</sup>.

Por anterior, siguiendo esta línea argumentativa el Consejo de Estado declaró fundado el recurso de anulación interpuesto por Comcel. No obstante, con el cometido de evitar que el conflicto quedara sin resolver, ordenó remitir la totalidad del expediente a la CRC para que, conforme a las competencias que le han sido atribuidas, resolviera las cuestiones y solicitudes allí planteadas.

Llegado este punto cabe destacar indudablemente el rol que el Consejo de Estado colombiano detentó como juez comunitario para el caso de referencia, ya que para

---

<sup>324</sup> *Ibid.*,

<sup>325</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 44.

resolver el recurso tuvo que declarar de oficio la nulidad de laudo arbitral impugnado por el desconocimiento de los parámetros establecidos por parte del TJCA a través de las sentencias de interpretación en asuntos de interconexión, dando lugar así a la materialización de los postulados erigidos en la sentencia del 9 de agosto, los cuales habilitan al juez de nulidad a decretar la nulidad de oficio por el desconocimiento de la interpretación prejudicial obligatoria, sin necesidad de que esta sea alegada por alguna de las partes.

#### **1.3.4. La Sentencia del Consejo de Estado de 24 de noviembre de 2016 y la interpretación prejudicial 14-IP-2014 del TJCA**

En el curso de los conflictos suscitados entre ETB y Comcel, se formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 21 de diciembre de 2012, escrito en el que Comcel S.A señalaba la existencia de un proceso arbitral iniciado entre las referidas compañías de telecomunicaciones, detallando todos los pormenores de cada una de las actuaciones aquí surtidas desde el año 2006 hasta la fecha. Dicho escrito señalaba que resultaba indispensable reconstruir el Tribunal de Arbitramento para que ese panel arbitral decidiera conforme a lo indicado por el TJCA y la Sección Tercera del Consejo de Estado.

El objetivo de esta nueva demanda tenía por objeto ordenar el pago de las sumas debidamente indexadas que la ETB hubiere pagado a COMCEL S.A. en el cumplimiento de lo decidido en el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 por parte del Tribunal de Arbitramento con el fin de dirimir las controversias originadas entre las referidas compañías de telecomunicaciones, con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito el 3 de noviembre de 1998.

Constituido el Tribunal de Arbitramento, se elevó la consulta de interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, mediante auto dictado el 23 de septiembre de 2014, en relación con la normativa en asuntos de telecomunicaciones, específicamente, de las Decisiones 439 y 462 de la Comisión de la CAN, como también de la resolución 432 de la Secretaría General de la CAN. Frente a tal solicitud, el TJCA emitió sentencia de interpretación prejudicial 14-IP-2014, el 13 de mayo del mismo año, concluyendo

ausencia de competencia arbitral derivada de la normativa andina, ya que la facultad para dirimir este conflicto estaba en cabeza de la autoridad de la comunicación nacional, que para el caso de Colombia es la CRC. En el curso de dicha providencia el TJCA precisó lo siguiente:

“La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, enuncia que en el evento de que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional. Existe, por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna.

Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada “Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

Profundizando el estudio del mencionado artículo 32, se prevé que, en caso de controversia durante la ejecución de la interconexión, se seguirán los siguientes pasos:

Arreglo directo entre las partes. La norma propone en primer término un acercamiento de los involucrados para solucionar el conflicto. Si no se llegare a una solución negociada, a petición de parte se someterá la controversia a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones

pertinente, para que tome una decisión en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario”<sup>326</sup>

No obstante, recibida la sentencia de interpretación prejudicial, el Tribunal Arbitral decidió apartarse de los lineamientos allí establecidos, argumentando que lo contenido en la decisión correspondía a una imposición del Consejo de Estado, y no a un análisis del asunto en concreto encaminado a determinar si se debía o no aplicar las normas comunitarias relativas a los asuntos de interconexión. El 21 de octubre de 2014, el Tribunal Arbitral procedió a declarar el incumplimiento del contrato de interconexión en cuanto al pago del precio establecido encabeza de la ETB.

Frente a tal situación, el 28 de octubre de 2014 la ETB y el Ministerio público solicitaron que se declarara la nulidad del laudo al haber procedido en contra de la interpretación prejudicial emitida por parte del TJCA en la sentencia 14-IP-2014, alegando también falta de competencia, teniendo en cuenta que la competencia conforme a la interpretación emitida radica en cabeza de la CRC.

El Consejo de Estado procedió a resolver el recurso de anulación de laudos arbitrales en sentencia del 24 de noviembre 2016. En respuesta a lo señalado por parte del Tribunal Arbitral, dicha corporación señaló que la interpretación emitida por parte de este limitó el alcance jurídico del pronunciamiento emitido por parte del TJCA, haciendo énfasis en la fuerza de cosa juzgada internacional que detenta los pronunciamientos del tribunal comunitario, como también a la fuerza vinculante de los pronunciamientos del Consejo de Estado, ya que previamente, este se había pronunciado sobre este asunto en sentencia del 9 de agosto de 2012, la cual tenía por objetivo dar cumplimiento al fallo establecido en la sentencia del TJCA 03-AI-2010. Específicamente, el Consejo de Estado precisó:

“Así, no es de recibo la lectura que dio el tribunal a la interpretación prejudicial obtenida pues cercenó por completo su alcance jurídico en el sub judice al afirmar, de entrada, que la misma se surtió por obligación impuesta por el consejo de estado sin responder al análisis de si en el caso se debía o

---

<sup>326</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 13 de mayo de 2014, emitida en el marco proceso 14-IP-2014, Quito, Ecuador.

no aplicar las normas comunitarias, aserción que pierde de vista que la labor de esa autoridad judicial en la sentencia de 9 de agosto de 2012 (43281) se contrajo a dar cumplimiento a un fallo dictado por el tribunal de justicia de la comunidad andina (proceso 03-ai-2010) donde se declaró el incumplimiento y la responsabilidad del estado colombiano al no haber ordenado surtir la interpretación prejudicial en el primer trámite arbitral que se cursó en este pleito; con ello el juez arbitral no hizo cosa diferente a desdecir el alcance de un fallo internacional en firme dictado contra el Estado Colombiano donde se determinó, con fuerza de cosa juzgada internacional, que en este asunto era aplicable el orden jurídico comunitario y, por ende, la solicitud de la interpretación prejudicial era un imperativo fuera de discusión para la autoridad que conociera de este pleito.

Ello refleja que la aproximación del tribunal arbitral al alcance de la interpretación prejudicial no se desarrolló bajo los parámetros de buena fe y con el ánimo de concretar sus postulados normativos en el sub judice sino, por el contrario, cercenar el alcance de lo interpretado por el TJCA.”<sup>327</sup>

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado tuvo en cuenta una serie de argumentos y consideraciones reconocidas en jurisprudencias anteriores, para determinar que tanto la solicitud de la interpretación prejudicial como su contenido es un imperativo fuera de discusión y cuestionamiento para los Tribunales arbitrales. En primer lugar, el Consejo de Estado determinó que el juez nacional debe aplicar la interpretación prejudicial en su sentencia y acatarla de Tratado de Creación del TJCA.

En segundo lugar, confirmó lo establecido en la sentencia del 13 de junio del mismo año, relativo a que la causal de anulación se configura no solo por no haber

---

<sup>327</sup> Consejo de Estado, sentencia del 24 de noviembre de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00015-00(52992).

solicitado la interpretación prejudicial de las normas comunitarias sino también por el hecho de haberla solicitado y no adoptarla en la decisión.<sup>328</sup>

En tercer lugar, señaló que se configuraba la causal de anulación de falta de competencia, en el entendido que bajo las normas del derecho comunitario andino específicamente en la Decisión 462 de la Comisión de la CAN y la Resolución 432 de la Secretaría General de la CAN se establece que la competencia en materia de conflictos de interconexión es de conocimiento exclusivo y excluyente de la autoridad de telecomunicaciones que -para el caso en concreto- es la CRC.

En cuarto lugar, precisó que la jurisprudencia del TJCA no ha dado cabida a la doctrina del “acto aclarado”, partiendo de la premisa que las providencias emitidas por parte del TJCA son actos judiciales que se refieren a actos sub-judice en cada caso. Por lo tanto, sí tratándose de la existencia de un pronunciamiento previo del TJCA, se refiere a una misma materia o asunto, dicha situación no exime al juez nacional de la obligación de elevar la respectiva solicitud de interpretación prejudicial. Dicha precisión, trajo a colación la decisión 7-IP-1989 el TJCA, la cual afirmó que cada interpretación dada por el TJCA rige únicamente para el caso objeto de la consulta, por lo tanto, no exime al juez nacional de elevar la respectiva consulta para casos similares o análogos con similitud fáctica o jurídica.<sup>329</sup> Lo anterior, en virtud de que para el TJCA, cada interpretación permite replantear el tema y analizarlo desde la perspectiva concreta de las partes, los ciudadanos y las empresas involucradas en el litigio.<sup>330</sup>

Finalmente, el Consejo de Estado declaró la nulidad del laudo arbitral dictado el 21 de octubre de 2014, acogiendo la causal invocada por parte de la ETB y el Ministerio público relativa a la omisión de acoger los postulados de interpretación prejudicial y de falta de competencia por parte de los árbitros. De igual forma ordenó remitir el expediente

---

<sup>328</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de junio de 2016 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Hernán Andrade Rincón, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094).

<sup>329</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 15.

<sup>330</sup> Ríos et al., “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia”, pp. 18-19.

a la CRC para que, en el ejercicio de sus competencias, diera solución a los conflictos pendientes, al igual que copia de la misma al TJCA por conducto de la Secretaría General<sup>331</sup>.

## **2 PRINCIPALES EFECTOS DERIVADOS DEL DESCONOCIMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR PARTE DE LOS ÁRBITROS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO EN EL CASO ETB VS COMCEL**

### **2.1 Respeto de la legitimación para instaurar la demanda de incumplimiento ante el TJCA**

Sobre este aspecto cabe recordar que la jurisprudencia del TJCA ha establecido que la interpretación judicial es un presupuesto procesal de la sentencia, de obligatorio cumplimiento y que su inobservancia produce una violación al debido proceso y constituye un vicio de nulidad de la sentencia judicial.<sup>332</sup>

En la sentencia No. 10-IP-94 el TJCA se precisó que el artículo 28 del Tratado de Creación del TJCA dispuso que la interpretación de las normas comunitarias es una competencia exclusiva de este Tribunal, por lo cual es mandatorio que los jueces nacionales que conozcan un proceso de normas comunitarias andinas soliciten su interpretación, por ser esta una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe solicitar y aplicar antes y al momento de dictar sentencia respectivamente<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> Consejo de Estado, sentencia del 24 de noviembre de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00015-00(52992).

<sup>332</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 197.

<sup>333</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 17 de marzo de 1994, emitida en el proceso 10-IP-94, Quito, Ecuador.

Igualmente, en la sentencia No. 106-IP-2009<sup>334</sup>, el Tribunal también reiteró que la omisión de la consulta de interpretación en sentencias que no son objetos de recurso constituye una clara violación al principio fundamental al debido proceso y, en consecuencia, constituye un vicio de nulidad, toda vez que las normas de debido proceso son de orden público y obligatorio cumplimiento.

En la providencia, 149-IP-2011<sup>335</sup> (Analizada en el segundo Capítulo), el TJCA reiteró que la sentencia de última o única instancia expedida sin la respectiva interpretación prejudicial está viciada de nulidad, pues en virtud de la aplicación inmediata y el efecto directo del derecho comunitario andino, el requisito de la interpretación prejudicial entra a formar parte del derecho procesal interno de manera inmediata y automática<sup>336</sup>, por lo que tal causal de nulidad se integra a las demás causales nacionales de nulidad de sentencias.<sup>337</sup>

En concordancia con lo dicho por el Tribunal Andino, es preciso señalar que omitir la interpretación judicial dada por el TJCA, puede constituir una violación del derecho de todo ciudadano al juez predeterminado por la ley, así como del derecho de defensa, del principio de seguridad jurídica y del buen desarrollo del procedimiento<sup>338</sup>. Llegado este punto resulta preciso señalar que, en materia de arbitraje, la consecuencia directa de no solicitar la consulta prejudicial obligatoria en el proceso arbitral, o de optar por una interpretación diferente a la emitida por el TJCA, o apartarse de ella, es la

---

<sup>334</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 21 de abril de 2009, emitida en el proceso 106-IP-2009, Quito, Ecuador.

<sup>335</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 10 de mayo de 2012, emitida en el proceso 149-IP-2011, Quito, Ecuador.

<sup>336</sup> Cubillos, Pachón y López. “Los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino: conceptualización desarrollo y aplicación”, pp. 166-167.

<sup>337</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 198.

<sup>338</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 14.

legitimidad de ejercer una acción de incumplimiento contra el Estado miembro<sup>339</sup> tal y como sucedió en el proceso 03-AI-2010.

## **2.2 Respeto de la idoneidad del recurso de anulación para la adopción de las decisiones emitidas a través de la sentencia de incumplimiento por parte del Consejo de Estado**

Respecto de este punto cabe recordar que el Consejo de Estado señaló que, con ocasión del recurso de anulación, la ley dispuso que su procedencia estaría condicionada exclusivamente para la revisión y corrección de errores de forma o *in procedendo*, desconociendo así toda posibilidad de cuestionar la obligatoriedad de la consulta prejudicial para convertirla en facultativa. Esto en razón a que no es procedente cuestionarse sobre la aplicación e interpretación de normas sustanciales comunitarias ni pronunciarse sobre el fondo del proceso, ya que el recurso de anulación por su naturaleza no constituye una segunda instancia y, por lo tanto, detenta la obligatoriedad de la consulta prejudicial en cabeza de los árbitros<sup>340</sup>.

Así las cosas, cuando el juez nacional -en este caso el Consejo de Estado-, se enfrenta a un recurso extraordinario, que -para el caso particular- sería el de anulación de un laudo arbitral, debe tener en cuenta al menos dos hipótesis. En primer lugar, si el recurso extraordinario se sustenta en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia. En segundo lugar, si el recurso extraordinario no se sustenta en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero tiene que ver con la interpretación de normas comunitarias. Así, una vez verificada la ausencia de la consulta prejudicial conforme a las hipótesis presentadas, debe este declarar la nulidad o invalidez de la sentencia<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 43.

<sup>340</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección, Tercera Sala Plena, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

<sup>341</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, pp.39- 40.

### **2.3 Respeto de la obligación del Consejo de Estado para declarar de oficio o a petición de parte la nulidad de los laudos arbitrales en los que no se haya aplicado íntegramente la interpretación prejudicial o se haya prescindido de su solicitud, derivado de la nueva causal de anulación incorporada en su jurisprudencia**

El Consejo de Estado en consonancia con la jurisprudencia del TJCA ha coincidido en afirmar que el laudo que se haya proferido sin consulta prejudicial previa o sin aplicación de la interpretación dada por el TJCA, además de constituir un incumplimiento del Estado, también puede generar un vicio de nulidad<sup>342</sup> en los términos de la sentencia del 9 de agosto del 2012<sup>343</sup>. Dicha providencia confirmó que al catálogo de causales en las que puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial<sup>344</sup>.

Frente al reconocimiento de la nueva causal<sup>345</sup> cabe recordar que la tercera etapa del caso ETB contra Comcel, analizada previamente, es una clara materialización de

---

<sup>342</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 10 de julio de 2012, emitida en el proceso 57-IP-2012, Quito, Ecuador.

<sup>343</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena, C.P., Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

<sup>344</sup> Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de Laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), p. 100-101; Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, pp. 31- 32; Ríos et al., “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia”, pp. 7- 8; Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, pp. 202-203; Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 30; Sánchez Sánchez, “El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano”, pp. 561-562; Herrera, *La impugnación de los laudos arbitrales, Análisis legal y jurisprudencial*, pp. 265-266;

<sup>345</sup> Pablo Rey Vallejo, “Límites a la voluntad y al principio de autonomía en el arbitraje doméstico colombiano: un estudio sobre su judicialización desde la perspectiva de los principios generales, el derecho Iberoamericano y el arbitraje internacional”. (Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Javeriana, 2018), p. 230. “(...) *El principal efecto material que se derivó de las decisiones del Tribunal Andino de Justicia en el caso Comcel vs. E.T.B. fue el de la creación, por vía jurisprudencial*

dicha tesis, ya que con ocasión de la nueva causal de anulación incorporada al ordenamiento jurídico vía jurisprudencial, el Consejo de Estado logró fortalecer la institucionalización de dicha teoría al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Esto en consideración a que dentro los tres casos posteriores relativos a la impugnación de los laudos proferidas en el caso de referencia, esta corporación obro dando prevalencia a la importancia que revisten los fallos de interpretación prejudicial, en el evento en que el juez de anulación conoce de su impugnación a través del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.

Respecto del primer recurso, verificó la aplicación íntegra de la sentencia de interpretación prejudicial declarando infundado el recurso extraordinario de anulación. En relación con el segundo recurso constató la omisión respecto de los postulados señalados de la interpretación prejudicial solicitada por el Tribunal Arbitral, ante lo cual manifestó que no hubo una aplicación íntegra de la providencia del TJCA y procedió - por primera vez- a declarar de oficio la causal incorporada al ordenamiento vía jurisprudencial, dando lugar así a la anulación del laudo. Finalmente, en el tercer recurso, acogió la causal de anulación invocada por el recurrente ya que para el caso en concreto el Tribunal arbitral se apartó de la interpretación emitida por parte del TJCA, razón por la cual al igual que la anterior providencia se declaró la nulidad el laudo arbitral.

### **3 PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS FRENTE A LOS POSTULADOS DESARROLLADOS EN LAS PROVIDENCIAS PROFERIDAS EN EL CASO ETB VS COMCEL**

La importancia que detenta para el ordenamiento jurídico y las diferentes ramas del derecho el estudio del Caso ETB vs Comcel, específicamente en materia de Derecho Administrativo y Derecho Comunitario Andino, ha generado el planteamiento de una

---

*comunitaria, de una nueva causal de anulación en el trámite arbitral regido por las disposiciones internas, en este caso por la Ley 1563 de 2012, y así se confirmó tras la decisión del Consejo de Estado en el caso de Telmex - UNE vs. Dimayor. Esta particular exigencia que impone el sistema normativo de la Comunidad Andina a los jueces nacionales de los Estados Parte recalca ineludiblemente en el trámite arbitral, dada la connotación judicial que se derivó de la fórmula constitucional del arbitraje y de las decisiones de la Corte Constitucional que asimilaron los tribunales de arbitramento a los jueces de la República, en lo que respecta a su naturaleza y funciones (...)*”.

serie de cuestionamientos por parte de algunos autores respecto de ciertos asuntos suscitados con ocasión de las providencias analizadas en las distintas etapas del referido caso. Por tal motivo, el presente acápite se ocupará de presentar y analizar los principales cuestionamientos en contra de las posturas y planteamientos desarrollados en las providencias judiciales. De igual forma, se expondrán las posturas a favor que, a juicio de otros autores, sustentan su pertinencia en el ordenamiento jurídico, finalizando con la perspectiva del autor del presente trabajo de investigación.

La razón de este análisis obedece a que para el autor del presente escrito es relevante conocer y presentar las posturas generadas por el mencionado caso, antes de presentar su apreciación final a partir de la influencia del mismo desde la perspectiva del derecho administrativo colombiano. Así, el método a utilizar consiste en la presentación del cuestionamiento en relación con el tema en específico, iniciando con la posición en contra, seguido de la posición a favor, para finalmente dar la postura del autor del texto.

Cabe hacer la aclaración que por tratarse de un tema relativamente novedoso, la presentación de las posturas no es un análisis a fondo de los argumentos, sin embargo se expondrán en la manera más completa las dos posiciones. De igual forma, en los casos en que no se presente una postura en concreto a favor o en contra, se hará la presentación del análisis del tema cuestionado acorde a los elementos planteados en las providencias con la apreciación del autor frente al asunto en particular.

### **3.1 En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el desconocimiento del concepto de órgano jurisdiccional precisado en el asunto 102/81**

En contraposición al desarrollo jurisprudencial del TJCA respecto de la extensión concepto juez jurisdiccional a instancias arbitrales, en materia del derecho de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea señalan el deber de la consulta prejudicial exclusivamente para órganos jurisdiccionales. Así pues, en los términos del TJUE, los árbitros no son considerados como tales, ya que su función emana de la autonomía de la voluntad de las partes y no están revestidos de jurisdicción.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que los únicos órganos jurisdiccionales, para efectos de plantear consultas prejudiciales, son aquellos creados por ley, con carácter permanente, competencia obligatoria, con un procedimiento contradictorio, que aplican normas de derecho y que son independientes. En ese sentido, un tribunal arbitral convencional erigido por las partes para solucionar un determinado conflicto no puede ser considerado órgano jurisdiccional<sup>346</sup>.

En ese sentido, Tangarife Torres consideró que el TJCA se extralimitó al interpretar el derecho interno para constituir la obligación por parte de los árbitros de elevar la consulta prejudicial<sup>347</sup>. Esta afirmación tuvo sustento en lo indicado en el Asunto 102/81 del Tribunal de las Comunidades Europeas hoy en día TJUE en donde se definió el alcance del concepto de órgano jurisdiccional. Dicho Tribunal considera que el órgano jurisdiccional, en primer lugar, debe tener origen en la ley y, en el caso del tribunal de arbitraje, su convocatoria nace la voluntad de las partes expresado en un pacto arbitral<sup>348</sup>. En segundo lugar, debe tener un carácter permanente y, los tribunales arbitrales, así como su competencia para ejercer la función jurisdiccional es temporal y transitoria. En efecto, una vez proferido el laudo el tribunal se extingue. En tercer lugar, su función jurisdiccional debe ser obligatoria, lo cual contraría la voluntariedad como principio orientador del arbitraje, ya que la partes acuden a este si así es su voluntad<sup>349</sup>.

Dicho criterio fue reiterado posteriormente en el asunto 125/04 en el cual el hoy en día TJUE señaló que los tribunales arbitrales convencionales no constituyen un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a luz del artículo 234 haciendo énfasis en el carácter voluntario del arbitraje, puesto que las autoridades públicas del Estado no están inmiscuidas en la elección del arbitraje como mecanismo de solución de controversias,

---

<sup>346</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH y otros, asunto 102/81 de petición prejudicial (23 de marzo de 1982).

<sup>347</sup>Tangarife, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”, pp. 220-221.

<sup>348</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH y otros, asunto 102/81 de petición prejudicial (23 de marzo de 1982).

<sup>349</sup> María Cleves, Valery Cuéllar y Estefanny Pérez, “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia” (Monografía de investigación, Universidad libre de Colombia, 2018), p. 56.

por ende no tiene la facultad para intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento de los árbitros.<sup>350</sup>

En contraposición a Tangarife, Humberto Zúñiga<sup>351</sup> señala que los planteamientos del TJUE son cuestionables por dos razones. En primer lugar, porque desconocen la naturaleza misma del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo sus diferencias, cuyo fundamento puede ser en derecho o en equidad. En segundo lugar, porque los tribunales de arbitramento tienen como fundamento al derecho, de lo cual se desprende la obligación de someterse a la ley, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, siendo necesario entonces la aplicación de normas jurídicas. Por tal razón, dicha tarea requiere -entonces- la intervención de los tribunales comunitarios para orientar la aplicación uniforme de la normativa, del TJCA en el caso andino y del TJUE en el caso europeo<sup>352</sup>.

En ese orden de ideas, para el autor del presente trabajo investigación la presencia de los tribunales de arbitramento resulta necesaria e indispensable al interior de los Estados que son parte de una comunidad de integración tal y como es el caso del CAN por dos razones esencialmente. En primer lugar, porque dado al alto tráfico de asuntos y controversias que se ventilan a través del arbitraje, se hace imposible desconocer su importancia y rol de rango constitucional al interior de un Estado como el colombiano, en el que no solo los jueces de la república son quienes dirimen los conflictos entre particulares mediante la aplicación de normas jurídicas, si no también los tribunales arbitrales en aquellos negocios en que los que se establece pacto arbitral.

En segundo lugar, porque en relación con ese alto tráfico de asuntos que se ventilan a través del arbitraje, existen materias que por su naturaleza son de interés común al derecho comunitario, tal y como es el caso de las normas en materia de telecomunicaciones. En ese sentido, si se parte de la premisa de que dichos particulares están investidos de función para administrar justicia, y que aplican normas jurídicas

---

<sup>350</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso Guy Denuit y otros, asunto 125/04 de petición prejudicial (27 de enero de 2005).

<sup>351</sup> Humberto Zúñiga Schroder, “ Interpretación prejudicial en los procedimientos de arbitraje en los regímenes Andino y Europeo”. Revista de economía y derecho 9, No. 35 (2012): p. 176.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 177.

objeto de regulación de la CAN, resulta necesario que su actuación sea direccionada por parte del TJCA a través de las sentencias de prejudicialidad, ya que solo a través de este mecanismo se podrá asegurar la aplicación uniforme de las normas andinas. De lo contrario, al no contar con dicho mecanismo, la actuación de los árbitros sin directriz alguna podría terminar contraviniendo las obligaciones del Estado colombiano con el orden comunitario.

En consecuencia, siguiendo esa línea argumentativa, los Tribunales de Arbitramento pueden ser equiparados a los jueces nacionales teniendo en cuenta la importancia del arbitraje en derecho como método alternativo de solución de conflictos en aquellos asuntos internos en los que se discuta la aplicación de normativa comunitaria pues el rol que detentan los tribunales comunitarios es determinante para la correcta y uniforme aplicación de la normativa supranacional en cabeza de los operadores jurídicos nacionales, siendo esta una posición armónica a la adoptada por el TJCA y el Consejo de Estado de Colombia.

### **3.2 En relación con la extralimitación de las funciones del TJCA respecto de la interpretación de las normas constitucionales y de arbitraje del ordenamiento jurídico colombiano**

Con ocasión de la ampliación del alcance del término del juez nacional contenido en el artículo 33 de la Decisión 472 de la Comisión de la CAN, respecto a la función jurisdiccional que cumplen los árbitros, desarrollado en la sentencia del Proceso 03-AI-2010, el tribunal hizo una interpretación extensiva del concepto de “juez nacional” y consideró que dicho término para efectos de la obligación de interpretación prejudicial también comprende a los árbitros, entendidos como aquellos jueces destinados por las partes para ejercer la función jurisdiccional en un litigio concreto.

Como argumento de lo anterior, el TJCA interpretó el artículo 166 de la Constitución Política y las normas del Estatuto de arbitraje colombiano, argumentando que los árbitros administran justicia en última instancia con independencia de los jueces nacionales, con idénticas causales de recusación e iguales facultades de decretar medidas cautelares y proferir laudos con efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, ejecutables de la misma manera como se ejecuta una sentencia judicial. Por tal motivo,

no existen obstáculos que impidan que estos sean considerados como jueces nacionales para efectos de la aplicación del derecho comunitario.

Frente a ello Mandakovic manifestó que, en términos del Tratado de Creación del TJCA, dicho Tribunal no se encuentra facultado para realizar interpretaciones sobre el contenido y alcance de normas del ordenamiento jurídico interno de los países miembros, ni tampoco sobre los hechos del proceso. Por el contrario, el fin de la interpretación de las normas comunitarias consiste en dar a entender al juez nacional su contenido y alcance para que se apliquen correctamente en la sentencia de derecho interno<sup>353</sup>.

De igual manera Tangarife Torres afirmó que el TJCA se extralimitó en emitir dicho concepto sobre los árbitros como jueces nacionales, pues su función se debe circunscribir a interpretar exclusivamente el derecho comunitario andino, y en la señalada providencia, interpretó normas constitucionales y legales del ordenamiento jurídico colombiano para incluir a los árbitros dentro de la obligación de solicitar la interpretación judicial<sup>354</sup>, la cual no consta en ninguna norma de la Comunidad Andina, pero que surge de la interpretación de normas de derecho interno.<sup>355</sup>

Cubillos, Pachón y López<sup>356</sup> precisaron un argumento clave, respecto del cual el pronunciamiento sobre las normas constitucionales por parte del TJCA tendría fundamento al interior del orden interno. Los autores argumentaron que con ocasión de las controversias generadas entre las referidas compañías de telecomunicaciones la solución está enmarcada dentro de los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino, de manera tal que si no hubiese primacía del derecho

---

<sup>353</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 189.

<sup>354</sup> Tangarife , “ Cooperación judicial internacional Iberoamericana : la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales ?”, pp. 224-225.

<sup>355</sup> Cleves, Cuéllar y Pérez, “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, p. 56.

<sup>356</sup> Cubillos, Pachón y López. “Los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino: conceptualización desarrollo y aplicación”, pp. 165.

comunitario andino sobre el derecho interno no podría generarse la armonía necesaria entre ambos órdenes jurídicos.

Los principios del derecho comunitario tanto de primacía como eficacia directa no generan un obstáculo a la integración, ya que permiten la posibilidad de establecer competencias claras que eviten la colisión de normas entre ambos ordenamientos, siendo pertinente precisar que a pesar de ser el principio de primacía admitido sin reserva por parte de los Estados miembros, no imposibilita que en el curso de las relaciones entre ambos órdenes se susciten tensiones<sup>357</sup>.

En ese orden de ideas, partir de dichas tensiones, es importante considerar que estas deben ser resueltas en favor de la jurisdicción comunitaria en atención a su carácter prevalente sobre los órdenes internos, dado este por la cesión voluntaria de competencias ante el orden supranacional. De forma tal, que siempre debe darse un alcance mayor a la norma comunitaria sobre la norma interna, a fin de evitar el menoscabo de los principios y obligaciones del derecho comunitario andino<sup>358</sup>.

Por su parte, para el autor del presente trabajo investigación la referencia a los artículos 166, y al Estatuto de arbitraje, no son considerados como interpretación en estricto sentido que extralimite las funciones del TJCA en relación con las normas del ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, porque la referencia a dichos artículos resulta necesaria dada la naturaleza misma de la interpretación prejudicial, direccionada preservar la uniformidad en la aplicación de la normativa comunitaria de la CAN. si se tiene en cuenta que los tribunales arbitrales tienen dentro del ejercicio de sus funciones, la resolución de controversias sobre la base de normas jurídicas de carácter comunitario.

Por tal motivo resulta indispensable que el TJCA al momento de ampliar el concepto juez nacional a tribunales arbitrales, considere que los árbitros al administrar justicia deban acogerse a los parámetros emitidos en la sentencia de prejudicialidad como lo hacen los demás jueces de la República, sin que ello configure una intromisión del TJCA en la normatividad interna nacional, ya que en su calidad de guardian de la

---

<sup>357</sup> Cubillos, Pachón y López. “Los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino: conceptualización desarrollo y aplicación”, p. 166.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 165.

legalidad del orden legal comunitario, debe tener en cuenta a todos los sujetos los Estados Miembros que son operadores de la normativa comunitaria.

Por lo tanto, dicha referencia la normativa interna no es una intromisión o extralimitación de las funciones del TJCA, sino por el contrario un ejercicio jurídico que permite comprender certeramente el grupo de actores que convergen en la aplicación de la normativa comunitaria, a los que les compete realizar la consulta de interpretación prejudicial según las condiciones del caso, teniendo en cuenta que los árbitros al igual que los demás jueces de la Republica administran justicia en nombre del Estado colombiano.

### **3.3 El principio de seguridad jurídica, dada la inclusión de la nueva causal de anulación de laudos arbitrales a través de la jurisprudencia por la omisión o desconocimiento de la interpretación prejudicial**

Según Martínez, el reconocimiento de la inobservancia de la consulta prejudicial en procesos arbitrales como una nueva causal de anulación de laudos carece de fundamento legal y normativo, ya que es producto de la jurisprudencia andina, en virtud de los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino. Por tal motivo, surge la necesidad de que esta nueva causal extraña al ordenamiento jurídico colombiano sea reconocida y reglamentada por el legislador en los términos dados por el derecho comunitario, así como por la jurisprudencia del TJCA<sup>359</sup>.

En efecto, el legislador se encontraría facultado para regular la aplicación de esta nueva causal, toda vez que no se encuentra contenida en una norma comunitaria, sino que fue producto de una decisión judicial que no tiene rango normativo. Para tal propósito, se debe aplicar el principio del complemento indispensable de la norma comunitaria, según el cual, se les permite a los países disponer sobre lo no regulado en el derecho comunitario, pero con la imposibilidad de establecer exigencias, requisitos adicionales o regulaciones que contradigan lo dispuesto en el derecho comunitario.<sup>360</sup>

---

<sup>359</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 19.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 20.

En consonancia, frente a tal postura señala Fuentes que está en manos del legislador regular la procedencia de la causal del recurso anulación por omisión de la consulta prejudicial obligatoria incluida por vía jurisprudencial del TJCA y del Consejo de Estado al artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Siguiendo esa línea argumentativa, Cárdenas Mejía en una postura más hermética, asegura que las únicas causales de nulidad que deben ser tenidas en cuenta son las señaladas en la ley, por lo cual se deben desestimar aquellas que pretendan que el juez de anulación se pronuncie sobre el fondo del laudo con el objetivo de determinar si se aplicó correctamente el derecho sustancial, pues la ley descarta toda valoración sobre cuestiones *in iudicando* en el examen de anulación.<sup>361</sup>

Tangarife afirma, que mediante dichas providencias, el TJCA y el Consejo de Estado están modificando la legislación interna colombiana para introducir una nueva causal de nulidad del laudo, lo cual constituye una extralimitación a sus funciones pues este Tribunal no está revestido de función legislativa<sup>362</sup>. Esto en consideración a que el TJCA no tiene la facultad de interpretar el derecho interno colombiano para trasladar la obligatoriedad de la consulta prejudicial al campo de los laudos arbitrales y sus recursos extraordinarios y, mucho menos, tenía la capacidad legislativa de introducir, modificar o adicionar causales de anulación a la Ley 1563 de 2012<sup>363</sup>.

De igual manera, asegura que el TJCA se extralimitó al equiparar a los árbitros con el concepto del juez nacional y atribuirse la facultad legislativa propia del Congreso de la República para introducir una nueva causal de anulación de laudos arbitrales a la respectiva ley nacional. En consecuencia, hay una clara vulneración del principio constitucional de soberanía nacional y una sobreestimación del principio *pacta sunt servanda* de los tratados internacionales,<sup>364</sup> máxime cuando en el ordenamiento jurídico

---

<sup>361</sup> Juan Pablo Cárdenas Mejía, “El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional”, en Estatuto Arbitral Colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, coordinado por Antonio Aljure Salame (Bogotá: Legis, 2013), p. 267.

<sup>362</sup> Tangarife, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”, pp. 224-225.

<sup>363</sup> Cleves, Cuéllar y Pérez, “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, p. 56.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 56.

comunitario andino no existe ningún mecanismo de control sobre las sentencias de interpretación prejudicial del TJCA.<sup>365</sup>

En ese orden de ideas, la interpretación prejudicial del TJCA, está limitada al examen jurídico de las normas andinas, por lo cual no puede incurrir en aplicar la norma a los hechos del proceso, pues esto es de competencia exclusiva del juez nacional.<sup>366</sup> En efecto, la actuación del TJCA en el proceso 03-AI-2010 crea una situación de inseguridad jurídica, pues la acción de incumplimiento accionada por la ETB se usó para que el TJCA actuara como una instancia revisora de los fallos del Consejo de Estado y no para sancionar las acciones u omisiones violatorias del derecho comunitario andino.<sup>367</sup>

De igual manera, en el mismo proceso el TJCA declaró el incumplimiento del Consejo de Estado por no elevar la interpretación prejudicial, aun cuando no había norma comunitaria andina que exigiera dicho comportamiento por parte de la corporación y sobre la cual se pudiera declarar el incumplimiento.<sup>368</sup> Es importante resaltar que el TJCA -en la misma providencia- resolvió la acción de incumplimiento y expidió una interpretación prejudicial, sin estar facultado para ello en el tratado de creación o el Estatuto del Tribunal.<sup>369</sup>

Con una postura similar, Ribero Tobar asegura que la intromisión del derecho internacional público al ámbito del derecho privado, concretamente al arbitraje, puede generar incertidumbre y estados de inseguridad jurídica, no solo para las partes, sino también para la inversión extranjera.<sup>370</sup> En complemento a ello, Uribe Restrepo señala

---

<sup>365</sup> Tangarife, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”, p. 224.

<sup>366</sup> Cleves, Cuéllar y Pérez, “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, p. 25.

<sup>367</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 19.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>370</sup> Pedro Ribero Tobar (Arbitro de la cámara de comercio), entrevistado por Lissa María Cleves, Valery Cuéllar y Estefanny Pérez Díaz, 18 de septiembre de 2018. Entrevista incluida en “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, pp. 56-58.

que, si el tribunal supranacional procediera a interpretar normas de derecho interno, se originarían conflictos de competencia de imposible solución ante la inexistencia de un orden jerárquico el cual desplace a los jueces nacionales en la aplicación de su propio derecho.

Cabe recordar en este punto que el artículo 30 del Tratado de Creación del TJCA, le prohíbe a dicho tribunal interpretar el contenido y alcance del derecho nacional, y además calificar los hechos del proceso. Sin embargo, en el proceso 03-AI-2010, el Tribunal interpretó normas colombianas de arbitraje para hacer extensivo a ellos la obligación de interpelación judicial, lo cual escapa de su competencia al no ser objeto de la normativa andina. En segundo lugar, porque al ya haber fallo de anulación resultaba improcedente la interpretación prejudicial, por lo cual, el Consejo de Estado hubiera podido no aplicarla, y en tercer lugar, porque el derecho comunitario no tiene la potestad para modificar o derogar el derecho interno, mucho menos por pronunciamientos del TJCA que al ser proferidos para cada caso en concreto, no hacen parte del derecho comunitario andino.<sup>371</sup>

Conforme a las anteriores observaciones hechas por los autores, se puede concluir que el TJCA se extralimitó en el cumplimiento de sus funciones al resolver la acción de incumplimiento impuesta por la ETB, en primer lugar, porque no está facultado para que, a través de este, se revisen los actos jurisdiccionales de los países miembros como si se tratara de una instancia adicional. En segundo lugar, porque el Tratado de Creación y el Estatuto del Tribunal no le confieren potestad para pronunciarse respecto a la solución emitida por el juez nacional, ya que como lo ha mencionado la Secretaría General de la Comunidad Andina, en observancia del principio de proporcionalidad comunitario, las decisiones de los órganos comunitarios andinos no están llamados a sustituir la acción de los países miembros<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Tangarife, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”, p. 213.

<sup>372</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 29.

No obstante, desde la perspectiva del autor del presente trabajo de investigación la inclusión de la nueva causal de anulación de laudos arbitrales relativa a la inobservancia de la consulta de interpretación prejudicial no constituye un elemento que contravenga la seguridad jurídica, ya que el hecho de que su creación sea por vía jurisprudencial, no le resta fuerza vinculante. El cometido de su inclusión al ordenamiento jurídico colombiano no es otro que el de garantizar la aplicación uniforme del ordenamiento andino, en aquellos asuntos de interés para el TJCA, mas no invadir la esfera de la regulación en materia arbitral. En ese sentido, la inclusión de la nueva causal genera más certeza a las partes inmersas en los procesos arbitrales en los que se discuten asuntos regulados por el orden comunitario, pues la posibilidad de acudir al TJCA en sede de prejudicialidad representa un mayor grado de seguridad jurídica que permite prever el resultado de controversias que se ventilan a través del arbitraje.

Llegado este punto, cabe precisar que una de las virtudes del mecanismo de interpretación prejudicial es asegurar la unificación de las disposiciones comunitarias, las cuales representan un importante valor tanto para la comunidad como para los Estados miembros, de lo que se puede inferir que la labor del TJCA no es otra que velar por la cohesión y armonía del ordenamiento comunitario con el ordenamiento nacional, siendo ello un pilar fundamental en la seguridad jurídica de ambos órdenes.

Por todo lo anterior, no es aceptable para el autor del presente trabajo de investigación, los postulados descritos anteriormente, ya que el orden interno no puede ser observado como un orden separado o independiente del orden comunitario, pues el éxito de los objetivos de la integración depende de la armonización de ambos sistemas, encaminados a la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes. Por ese motivo, las tensiones que se susciten entre ambos sistemas no deben verse e como obstáculos para la construcción de un sistema derecho común sino como un mecanismo que permite fortalecer la construcción dogmática y jurídica propia del derecho de la integración andino <sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 166.

### **3.4 En relación con la desnaturalización del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales competencia del Consejo de Estado**

Según Martínez la tesis desarrollada por parte del Consejo de Estado en la sentencia de 9 de agosto de 2012 trae como consecuencia la desnaturalización del recurso extraordinario de anulación por distintos motivos. Antes de exponer las razones, vale la pena aclarar que este análisis tiene como eje los argumentos señalados por el Consejo de Estado respecto de la idoneidad del recurso de anulación para declarar la nulidad del laudo por el desconocimiento de la interpretación prejudicial.

En primer lugar, la tesis del Consejo de Estado añade una nueva causal al listado taxativo de causales consagradas en la Ley 1563 vía jurisprudencia. En segundo lugar, porque el recurso de anulación también es de naturaleza dispositiva al igual que el de revisión, lo cual se desdibuja con la declaración de oficio de nulidad del laudo cuando se advierte la omisión o inaplicación de la interpretación prejudicial. Por último, porque el recurso de anulación podría dejar de limitarse a revisar errores *in procedendo*, para examinar yerros *in iudicando*, ya que el hecho de examinar el derecho sustancial aplicable al proceso arbitral con el fin de determinar la obligatoriedad de la interpretación prejudicial necesariamente implica la revisión de asuntos del fondo de la decisión.<sup>374</sup>

Martínez Arcos, considera que el Consejo de Estado al aplicar la nueva causal de manera inmediata y sin ningún límite, abrió la puerta para que esta pueda ser usada indiscriminadamente para impugnar cualquier laudo de mala fe con independencia de si la interpretación incide o no sustancialmente en el proceso arbitral.<sup>375</sup>

Ríos y otros aseguran que el recurso extraordinario de revisión se ajusta mejor a la impugnación del laudo por omisión de la interpretación prejudicial que el recurso de anulación. Pues una de las causales consagradas en la ley para su procedencia es la causal 8° que permite atacar los laudos por existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. Lo cual no contraría la jurisprudencia del

---

<sup>374</sup>Ríos et al., “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia”, pp. 16-17.

<sup>375</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 21.

Consejo de Estado, pues se ha establecido que se puede alegar dicha omisión por vía del recurso de anulación.<sup>376</sup>

En ese sentido, según bajo la perspectiva de Ríos , admitir la impugnación en sede de revisión y no de anulación, tendría tres ventajas: en primer lugar, la impugnación en relación con la omisión de la interpretación prejudicial vía la causal 8° de revisión, no hubiese dado lugar a creación de una causal vía jurisprudencia que desnaturalice la figura jurídica del recurso de anulación, ya que la falta de regulación en ese aspecto puede llevar a crear escenarios de deslealtad procesal e inseguridad jurídica. En segundo lugar, la legitimación para alegar la causal solo la tendrá la parte que en el transcurso del proceso -efectivamente- hubiera solicitado a los árbitros elevar la consulta de interpretación en términos del artículo 135 del CGP, evitando de esta manera la ocurrencia de conductas desleales de las partes contrarias a la buena fe procesal. Finalmente, si el recurso de revisión prospera, sería el mismo juez de revisión el que dictará la sentencia en derecho que corresponda, sin necesidad de tener que convocar nuevamente un tribunal arbitral con los costos financieros y de tiempo que ello conlleva.<sup>377</sup>

En contraposición a lo anterior, el autor del presente trabajo de investigación considera que el recurso de extraordinario de anulación es el mecanismo idóneo por el cual se puede impugnar un laudo en atención al desconocimiento de la interpretación

---

<sup>376</sup> Ríos et al., “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia”, p. 16.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 17. “(...) Nótese de esta manera que la causal octava del recurso extraordinario de revisión se ajusta mucho mejor a la dolencia de falta de interpretación prejudicial o no acatamiento a ella, y hace innecesario crear vía jurisprudencial una causal sui generis de anulación, la cual por su mismo origen jurisprudencial, deja vacíos y más preguntas que respuestas. Por el contrario, si la falta de interpretación prejudicial se resuelve vía recurso revisión y no vía recurso de anulación, tendremos claro varios aspectos del procedimiento, como son:

i) La causal solo la podrá alegar quien tenga legitimación para proponerla, esto es: la parte que hubiera solicitado a los árbitros realizar la interpretación prejudicial, o que hubiere alegado tal inconsistencia dentro del proceso arbitral. Ello en aplicación de lo señalado en el artículo 135 del CGP35.

ii) Si el recurso de revisión prospera, el mismo juez que lo resuelva será quien “dictará la sentencia que en derecho corresponda”<sup>36</sup>. Esto marca una diferencia importante con lo que está aconteciendo actualmente, pues si el laudo se revoca vía recurso de anulación por falta de prejudicialidad ante el TJCA, se debe volver a convocar un nuevo tribunal de arbitramento para que, una vez se solicite y se profiera la interpretación por parte del TJCA, se dicte un nuevo laudo, con los consiguientes costos financieros y de tiempo que ello conlleva (...).”

prejudicial. Lo anterior en atención que la nueva causal reviste el carácter de “especialísima” originada en el desconocimiento de las normas comunitarias, por tanto, debe ser añadida frente al demás catálogo causales taxativamente reguladas, ya que su inclusión no desconoce la tipicidad de las otras causales reguladas, sino que emerge de forma autónoma e independiente en atención de los requisitos señalados en la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado.

En complemento a lo anterior, es preciso señalar la revisión no es el mecanismo idóneo para el supuesto de una omisión de interpretación prejudicial en consideración a su naturaleza dispositiva, ya que al surtirse el trámite de forma oficiosa podría resultar en un menoscabo del derecho comunitario. En ese sentido, si la parte interesada no lo promoviere dentro de los términos legales establecidos o si lo hiciera en inobservancia las exigencias legales vigentes, tal situación daría lugar a dejar sin cumplimiento las decisiones de carácter judicial con efecto de cosa juzgada emitidas por parte del TJCA, lo cual atenta contra los principios ordenamiento comunitario andino y la naturaleza misma de la institución de la interpretación prejudicial<sup>378</sup>.

Bajo ese hilo argumentativo es preciso afirmar que la causal consistente en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias goza de plena validez y eficacia al interior ordenamiento jurídico colombiano<sup>379</sup> para su formulación mediante el recurso extraordinario anulación, al igual que las demás causales previstas en la Ley 1563<sup>380</sup>.

---

<sup>378</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

<sup>379</sup> Herrera, La impugnación de los laudos arbitrales, Análisis legal y jurisprudencial, p. 265.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p. 17. “(...)A partir entonces de la inobservancia por parte de unos árbitros de esta exigencia, emerge una causal “especialísima” de anulación de decisión arbitral, que se origina siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- a) Que nos encontremos ante una controversia que con lleve la aplicación de un régimen sobre el cual exista una norma andina o comunitaria.
- b) Que dado este caso, los árbitros no hayan solicitado al mencionado tribunal de justicia la interpretación prejudicial.

Bajo estas condiciones esenciales, el desconocimiento de la exigencia, se insiste, en nuestra subregión, da lugar a la impugnación del laudo ante el juez de anulación para que éste se anule (...).”

### **3.5 En relación con la facultad atribuida al Consejo de Estado para declarar de oficio la nulidad del laudo por la omisión de interpretación prejudicial en el recurso de anulación de laudos arbitrales**

Sobre la facultad que tiene el juez de anulación para examinar de oficio el cumplimiento de la obligación de la consulta prejudicial, con independencia de si fue alegado como causal de anulación por el recurrente, Hernández reconoce que se trata de un asunto polémico, pues podría estar desvirtuando la naturaleza excepcional y restrictiva del recurso. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha establecido que los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes<sup>381</sup>, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador<sup>382</sup>.

Con respecto al examen que debe hacer el juez de anulación, afirma que a este le corresponde hacer un examen de aplicabilidad de las normas comunitarias al caso en concreto, lo cual implicaría que este tomara los criterios de aplicabilidad dados por la jurisprudencia del TJCA para estudiar el derecho sustancial aplicable al proceso, valorando en conjunto los hechos, las pretensiones, las excepciones y los fundamentos de derecho presentados por las partes, así como el derecho aplicado por el tribunal arbitral. Lo anterior, para determinar si efectivamente las normas andinas desconocidas eran aplicables y relevantes al caso en particular.

Así las cosas, el examen de oficio que hace el juez de anulación debe ser un examen calificado sobre el derecho sustancial del proceso, es decir, sobre asuntos *in iudicando*. En consecuencia, el recurso de anulación corre el riesgo de convertirse en una segunda instancia del laudo arbitral, al ventilarse asuntos de fondo del proceso, para determinar la aplicabilidad del derecho andino. Cabe que recordar que las causales del recurso extraordinario de anulación están dirigidas a subsanar los errores *in procedendo* cometidos al momento de expedir el laudo arbitral, excluyendo la revisión de los yerros

---

<sup>381</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-174 de 2007 del 14 de marzo de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>382</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 41.

*in iudicando* dado que no constituye una segunda instancia.<sup>383</sup>En efecto, la función de interpretar el alcance de normas de la Comunidad Andina está asignada al Tribunal comunitario, y no puede ser arrogada por los jueces de anulación<sup>384</sup>.

Tangarife, asegura que según el artículo 121 de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN, la competencia para interpretar las normas del derecho andino y su debida aplicación corresponde al TJCA, teniendo los jueces nacionales la obligación de actuar conforme a dicha interpretación prejudicial.<sup>385</sup>

Es por eso qué, cómo se mencionaba anteriormente, en principio corresponde a las partes y a los árbitros examinar si procede la aplicación de normas andinas, y detallar en el laudo arbitral y, eventualmente, ante un juez de anulación, porque estas no se tomaron en cuenta en el proceso. En ese caso, los jueces de anulación no pueden interpretar las normas andinas para determinar si se debían aplicar en el laudo objeto de recurso. En ese sentido, al juez de anulación le corresponde elevar la consulta prejudicial para que sea el TJCA el que determine si en el proceso arbitral existía o no la obligación de solicitar la interpretación prejudicial, o si hubo una correcta aplicación de esta al proferir el laudo.

Lo anterior no significa que la parte que considere vulnerados sus derechos subjetivos por no tener en cuenta la normativa comunitaria en el proceso, no cuenten con instrumentos procesales para su defensa. Frente a ello, el TJCA ha admitido que dicha ausencia sea alegada mediante una acción de incumplimiento, por medio de la cual será el mismo tribunal el que realice la interpretación y determine el alcance de la norma en cuestión. Si el TJCA encuentra normas andinas que se debieron aplicar en el laudo, cuya

---

<sup>383</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 17.

<sup>384</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 41.

<sup>385</sup> Tangarife, “Cooperación judicial internacional Iberoamericana: la interpretación prejudicial andina ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?”, p. 214.

ausencia significó una vulneración de los derechos del accionante, podrá declarar el incumplimiento de Colombia, así como la omisión de la consulta prejudicial<sup>386</sup>.

Frente a este tema, Corchuelo Uribe en una posición similar, ha reconocido también que la declaración de oficio en relación con la referida causal puede suscitar algunas contradicciones con ocasión del examen que realiza el juez de anulación. Para esta autora las causales de anulación reguladas en la Ley 1563 no se convalidan por el silencio de las partes tal y como ocurre con los motivos de anulación derivados del incumplimiento del derecho comunitario, siendo condición esencial para fallar en los demás casos que la causal sea alegada por las partes, ya que para esta última no es necesario que las partes exhorten a los tribunales arbitrales para que soliciten la interpretación prejudicial y la acojan de forma íntegra en sus laudos arbitrales<sup>387</sup>.

Para Corchuelo a pesar de los límites definidos por el legislador en el ordenamiento jurídico colombiano, en relación con la naturaleza del recurso extraordinario de anulación, su declaratoria de invalidez procede por errores sustanciales y por errores de procedimiento que no se encuentren previstos en la ley como causales de anulabilidad, dada la supremacía y prevalencia de los derechos fundamentales y de las normas de derecho comunitario sobre el derecho interno<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 43.

<sup>387</sup> Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de Laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), p.100.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 100. “(...) Los motivos de anulación derivados del incumplimiento del derecho comunitario, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de causales de anulación previstas en la ley, no se convalidan por el silencio de las partes en el trámite arbitral. Siendo condición necesaria para fallar, no hace falta que las partes insten a los árbitros para que suspendan el trámite, soliciten la interpretación prejudicial de las normas comunitarias y acojan en su fallo la interpretación emitida por el Tribunal de Justicia... A pesar de las limitaciones a las que está sujeto el recurso extraordinario de anulación, en el ordenamiento jurídico colombiano, dada la prevalencia de los derechos fundamentales y de las normas de derecho comunitario, se puede llegar a la anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales y por errores de procedimiento que no se encuentran previstos en la ley como causales de anulación (...).”

En consecuencia, es claro para los dos autores el cuestionamiento respecto a la limitación interior del orden jurídico interno colombiano sobre la naturaleza restrictiva del recurso extraordinario de anulación, no obstante, ambos coinciden en qué el examen que realiza de forma oficiosa el juez de anulación en relación con la causal de referencia, corresponde por errores *in procedendo*, como también por errores relativos al fondo de la decisión o errores *in iudicando*.

En relación con este punto, desde la perspectiva del autor del presente escrito, es importante si bien garantizar la eficacia y estructura de las normas de tipo procesal, bajo las cuales no puede ser declarado de oficio una causal que no ha sido invocada por parte del recurrente y que solo procede por errores *in procedendo*, excluyendo la revisión *in iudicando*. No obstante, cabe recordar que estamos frente a la creación de una causal de tipo jurisprudencial “especialísima” que por su origen no obedece exclusivamente a las reglas generales en materia procesal, sino que por su naturaleza pretende garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario.

Bajo ese entendido, permitir que la causal de tipo especialísima no tenga la virtualidad de ser declarada por parte del juez, desconocería totalmente el fin para el cual fue creada. En tanto que son los jueces nacionales actuando como jueces comunitarios quienes deben advertir la aplicación de la normativa comunitaria en los asuntos que se ventilan al interior de los Estados miembros, invocando la interpretación prejudicial ante el TJCA, y no las partes, ya que en efecto la obligación de garantizar la eficacia de la normativa comunitaria corresponde a los jueces, y no a los particulares inmersos en un conflicto en el que se aplique regulaciones competencia de la CAN.

En ese orden de ideas resulta preciso concluir que permitir la declaratoria de oficio de la mencionada causal por errores *in procedendo* e *in iudicando*, no contraviene el orden jurídico procesal, por el contrario pretende la armonía entre el derecho nacional y el derecho comunitario, evitando así que los jueces nacionales en el ejercicio de aplicación de la normativa comunitaria puedan llegar a transgredir las obligaciones que el Estado colombiano tiene con la CAN, y que a su vez la causal cumpla con el cometido por el cual fue incorporada al ordenamiento jurídico, el cual no es otro que velar por la unificación y aplicación de las regulaciones en materia de derecho comunitario.

### 3.6 En relación con el momento procesal idóneo para invocar la nueva causal de anulación

El análisis de este punto tiene como objeto precisar una cuestión delimitada en el análisis de la etapa de desconocimiento del caso ETB vs Comcel. Cabe recordar que la primera solicitud de interpretación prejudicial por parte de la ETB en el año 2008, se elevó ante el Consejo de Estado en dos oportunidades, una vez este había proferido sentencia el día 27 de marzo. En esta etapa, el desconocimiento de la normativa de la CAN por la omisión de la interpretación prejudicial fue alegado por el recurrente no en el momento en que se interpuso el recurso extraordinario de revisión, sino una vez éste había proferido sentencia.

Frente a lo anterior resulta pertinente plantearse el siguiente interrogante ¿qué pasaría en el proceso en el que ni las partes ni el tribunal hacen referencia a normas andinas, ni introducen disposiciones del derecho comunitario para resolver la controversia ni para aplicarlas en el laudo, pero aun así después de proferido el laudo este es recurrido por una de las partes en sede de anulación por omisión de la consulta prejudicial?

Según Fuentes Hernández el recurrente tiene parte de responsabilidad en la generación de la causal de nulidad al haber guardado silencio sobre las disposiciones andinas que debieron aplicarse y la consecuente obligación de los árbitros de elevar la consulta ante el TJCA. En ese sentido, de haberlo advertido, la parte debió haberlo manifestado en el curso del proceso para no caer en el principio de *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*<sup>389</sup> (nadie puede alegar a su favor su propia culpa). En efecto, la etapa del control de legalidad del proceso es la oportunidad idónea para que las partes que conocen de un vicio procesal que podría afectar la validez del proceso, en este caso la omisión de interpretación prejudicial, lo aleguen ante tribunal de arbitramento con el fin de ser saneado.

En ese sentido, Martínez afirma que la causal de anulación del laudo no debe proceder cuando la parte recurrente se abstuvo de alegar la falta de interpretación

---

<sup>389</sup> Fuentes, “La interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”, p. 39.

prejudicial en el curso del proceso y, en consecuencia, el recurso debe correr con la misma suerte de las demás causales que exigen haber manifestado el vicio procesal en el curso del proceso para su respectiva procedencia.<sup>390</sup> En efecto, señaló que el Consejo de Estado en el caso 03-AI- 2010 debió darle prevalencia a la norma constitucional y asegurar que, en correspondencia con los principios de buena fe, autonomía de las partes y seguridad jurídica, el fallo no podía ser impugnado por haberse omitido la consulta prejudicial en virtud de la conducta silenciosa del impugnante.<sup>391</sup>

En efecto, la Corte Constitucional dispuso mediante la sentencia de tutela T 827 de 1999, que el respecto al acto propio no solo se exige a los magistrados y juristas, sino a todos los operadores jurídicos en virtud de que el acto propio tiene por fundamento el principio constitucional de la buena fe.<sup>392</sup> En el mismo sentido Fuentes afirma que aceptar la anulación del laudo por un error procesal sobre el cual se guardó silencio en el proceso, quebrantaría los principios de confianza legítima y lealtad procesal, sin mencionar que, para tal examen, el juez de anulación tendría que alejarse del examen de forma y examinar el fondo del asunto para determinar el derecho sustancial aplicable, apartándose de la naturaleza propia del recurso de anulación<sup>393</sup>.

No obstante, desde la perspectiva del autor del presente escrito, si bien es comprensible la importancia que reviste alegar la causal dentro del trámite arbitral a fin de preservar los principios de orden constitucional y los efectos de anulación del laudo, aceptar dicha premisa iría en contravención de los principios del orden comunitario y las mismas sentencias del consejo de Estado, que a través del referido caso han logrado fortalecer las relaciones entre al orden supranacional y el orden interno por dos argumentos.

---

<sup>390</sup> Cleves, Cuéllar y Pérez, “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, p. 35.

<sup>391</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 21.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>393</sup> Pedro Ribero Tobar (arbitro de la cámara de comercio ), entrevistado por Lissa María Cleves, Valery Cuéllar y Estefanny Pérez Díaz, 18 de septiembre de 2018. Entrevista incluida en “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, p. 56.

En primer lugar, porque el objetivo de la referida causal no es otro que asegurar el control del orden comunitario independientemente del momento procesal en que se suscite. Así las cosas, permitir que la causal sea alegada únicamente si la interpretación fue solicitada en instancia arbitral sería dejar sin mecanismos de garantía a la normatividad andina para aquellos eventos en los que por negligencia de sus operadores, se omita elevar la consulta prejudicial respectiva, pues en este evento, a diferencia de las demás causales, limitar su alegato bajo dichas condiciones, afecta intereses jurídicos superiores y no exclusivamente los intereses de las partes inmersas en el asunto.

En segundo lugar, porque, a través del desarrollo jurisprudencial decantado por el Consejo de Estado, es claro que la causal “especialísima” de creación jurisprudencial no procede únicamente por la omisión de interpretación prejudicial, si no también por el hecho de haber solicitado una interpretación y no adoptarla, o acoger una distinta a la emitida por el TJCA. Lo anterior tiene sustento en los recursos extraordinarios de anulación previamente analizados durante la etapa de fortalecimiento del caso objeto de estudio, pues el Consejo de Estado en su calidad de juez comunitario logró evidenciar que los tribunales de arbitramento a pesar de contar con los parámetros de interpretación prejudicial en el curso de los tramites arbitrales, se apartaban de los fallos emitidos o daban una interpretación diferente a la emitida por el TJCA. Por tal motivo, fue necesario considerar dichas situaciones adicionales posteriores al trámite arbitral, en que la falta de interpretación prejudicial puede configurarse a pesar de haber sido solicitada por parte de los árbitros, en atención al desacato de los fallos emitidos por el TJCA por parte de los mismos tribunales arbitrales.

Bajo esa línea argumentativa es preciso concluir entonces que a partir de la naturaleza misma de la causal de anulación y los efectos atribuidos por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, la anulación del laudo arbitral por omisión de la interpretación prejudicial puede proceder sin perjuicio de no haber sido alegada por la parte interesada en el trámite arbitral, pues debe considerarse aquellos eventos futuros en que los árbitros solicitan de oficio la interpretación prejudicial y deciden no considerar los parámetros de interpretación fijados por el TJCA, siendo necesario para aquellos eventos dotar de garantías a las partes inmersas en el conflicto, y permitirles impugnar aquellas providencias arbitrales en las que dichos tribunales se apartan de las directrices

dadas por el TJCA. Pues solo de esa forma se logra armonizar ambos sistemas de derecho y garantizar las obligaciones del Estado con el orden supranacional andino.

De la misma manera cabe aclarar, que el recurso de anulación puede proceder independientemente si los árbitros y las partes no invocaron la solicitud de interpretación prejudicial. Evidencia de ello, puede encontrarse en el trámite arbitral desatado durante la etapa de desconocimiento del caso estudiado, en el cual la ETB logro anular los laudos emitidos pesar de que dentro de la instancia arbitral nunca se hizo referencia a la normatividad comunitaria, ya que en efecto una vez instaurada la demanda de incumplimiento ante el TJCA, se le dio prevalencia a la aplicación uniforme del derecho comunitario como fin principal de la institución de la interpretación prejudicial.

#### **4 APRECIACIÓN FINAL RESPECTO DE LA TRASCENDENCIA DEL CASO ETB VS COMCEL EN EL FORTALECIMIENTO DEL ROL DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO COMO JUEZ COMUNITARIO**

Llegado este punto resulta importante plantear la perspectiva por parte del autor del presente trabajo de investigación, la cual pretende resaltar la relevancia e influencia del caso ETB Vs Comcel en el fortalecimiento del rol que detenta el Consejo de Estado Colombiano, como juez comunitario, en su calidad de máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso, frente al conocimiento de impugnación de laudos arbitrales a través del recurso extraordinario de anulación.

En ese sentido, se presentarán una algunas breves reflexiones que soportan la afirmación anteriormente planteada, en torno a destacar los aspectos positivos que trajo consigo la inclusión vía jurisprudencia de la causal de anulación por omisión o desconocimiento de la interpretación prejudicial frente a la anulación de laudos arbitrales. Resulta preciso señalar, que la postura aquí presentada, no tiene por objeto controvertir los postulados presentados en el apartado anterior, sino por el contrario mostrar las diferentes posturas que existen al interior de la doctrina en relación con este caso hito y, por ende, sentar la posición del autor del presente trabajo, en el sentido en que el Consejo de Estado ha querido incorporar e interpretar la normativa comunitaria andina al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, resulta preciso referirse a la posible contrariedad e incompatibilidad entre normativa comunitaria andina e interna que según muchos de los autores se suscita con ocasión de la nueva tesis adoptada por el Consejo de Estado en las distintas providencias del estudiado caso. Frente a este planteamiento resulta relevante hacer algunas precisiones para entender el sentido en que el consejo de Estado ha entendido e incorporado esta regla jurisprudencial al orden jurídico nacional.

Es importante recordar que la CAN tiene como objetivos la integración, el crecimiento y el progreso económico y social de los estados miembros, para la cual consagra como mecanismo la armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes<sup>394</sup>. Lo cual está en concordancia con el deber constitucional del Estado de promover la integración económica, social y política, especialmente con América Latina y el Caribe. En consecuencia, se admite la transferencia parcial de atribuciones a organismos supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.<sup>395</sup>

Bajo esa argumentación, la interpretación prejudicial es una herramienta de cooperación, mediante la cual se le solicita al TJCA que interprete de forma objetiva una disposición de derecho comunitario en un litigio particular<sup>396</sup>. La cual tiene por objetivo impedir que se consolide en un país miembro una jurisprudencia nacional incompatible con las normas comunitarias andinas o con la interpretación que el tribunal les asigne. Así las cosas, el carácter obligatorio y vinculante de la consulta prejudicial es manifestación directa de la relación internacional de cooperación. Su fundamento primario obedece a las consecuencias que para el derecho comunitario andino pueden

---

<sup>394</sup> Mandakovic, “Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas”, p. 185.

<sup>395</sup> David Namen Baquero, “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia andino y sus efectos en el arbitraje”. *Revista e mercatoria*, 17, No. 1 (2018): p. 16.

<sup>396</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 10.

surgir a partir de una irrevisable sentencia nacional que aplique o interprete de forma errónea el ordenamiento supranacional <sup>397</sup>.

En relación con lo anterior resulta importante señalar que, en virtud de los artículos 2° y 3° del acuerdo de Cartagena, el derecho comunitario andino es de aplicación inmediata, preeminente y prevalente sobre el derecho interno de los Estados miembros. Frente a ello, el TJCA en el Proceso 14-IP-2014<sup>398</sup> enfatizó que, en caso de contradicción entre el derecho interno y el derecho comunitario, este último se deberá aplicar de manera preferente.<sup>399</sup>

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado ha entendido que dicho examen de aplicabilidad del derecho comunitario andino a efectos de determinar la procedencia de la consulta prejudicial, en sede del recurso extraordinario de anulación, es una cuestión que va más allá de las limitaciones formales y sustanciales de la normatividad interna. Esto en el sentido de que debe primar la aplicación del orden comunitario andino, razón por la cual, debe proceder la declaración de nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente de interpretación.

Bajo ese hilo argumentativo es que la falta de interpretación prejudicial conforme a los principios de primacía, aplicación inmediata, efecto directo se configura como una causal de nulidad o anulación al interior del ordenamiento jurídico colombiano, situación que de entrada supone que los operadores jurídicos del orden interno actúen como jueces comunitarios en garantía del sistema jurídico de la CAN <sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> Cleves, Cuéllar y Pérez, “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, p. 31.

<sup>398</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de Interpretación prejudicial del 13 de mayo de 2014, emitida en el marco proceso 14-IP-2014, Quito, Ecuador.

<sup>399</sup> Martínez, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, p. 7.

<sup>400</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 26 de agosto de 2011, emitida en el proceso 03-AI-2010, Quito Ecuador. “(...) El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un

Así pues, en atención a las presiones señaladas, es claro para el autor del presente trabajo de investigación la forma en cómo la nueva causal de anulación es incorporada al interior del ordenamiento jurídico colombiano, y los efectos que surte para sus operadores jurídicos con independencia de las posibles contradicciones que pueda generar de cara a la legislación interna, dado su carácter de primacía, aplicación inmediata, y efecto directo.

En segundo lugar, cabe resaltar que el Consejo de Estado se ha encontrado inmerso al menos en tres etapas en lo que respecta a las providencias que ha conocido con ocasión de los conflictos suscitados entre ETB y Comcel. Durante el análisis de las etapas aquí estudiadas pudimos ver en síntesis que existe una etapa de desconocimiento, reconocimiento, y fortalecimiento de su rol como juez comunitario frente a la garantía y eficacia de la normatividad andina desde la perspectiva de la eficacia de la institución de la interpretación prejudicial.

Frente a ello es preciso afirmar entonces que la etapa de fortalecimiento posterior a la declaración del Consejo de Estado sobre la importancia que tiene la interpretación prejudicial como causal de anulación (etapa de reconocimiento), logro una clara materialización y fortalecimiento de dicha tesis al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Esto, en atención a que su actuar permitió refirma el papel de la interpretación prejudicial como piedra angular del sistema de integración andino, a través de las providencias posteriores en las que se dio aplicación a la tesis decantada en sentencia del 9 de agosto, logrando así que en cada una de ellas el Consejo de Estado actuará como un verdadero juez comunitario garantizando la eficacia de la normativa comunitaria desde 3 perspectivas tal y como será expuesto a reglón seguido.

En primer lugar, frente a la providencia del 23 de septiembre de 2015 se logró constatar que el Tribunal de arbitramento acogió la sentencia interpretación prejudicial, lo cual llevo a declarar infundado el recurso extraordinario de anulación alegado por el recurrente, ya que efectivamente se habían seguido los lineamientos dados . En segundo lugar, respecto de la sentencia de 13 de junio de 2016, esta corporación logro constatar la omisión del Tribunal arbitral en la aplicación de los postulados señalados en la

---

recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito (...)"

interpretación prejudicial solicitada, ante lo cual manifestó que no hubo una aplicación íntegra de la providencia del TJCA. Dicha situación llevo -por primera vez- a declarar de oficio la causal incorporada al ordenamiento en 2012 haciendo énfasis en que la causal también se configura por no acogerse íntegramente a los contenidos de la providencia prejudicial solicitada.

Finalmente, en sentencia de 24 de noviembre de 2016, dio lugar a acoger la causal de anulación invocada por el recurrente, ya que para el caso en concreto el Tribunal arbitral se apartó de la interpretación emitida por parte del TJCA, razón por la cual, al igual que la anterior providencia se declaró la nulidad del laudo arbitral. En ese entendido, se encuentra que el Consejo de Estado obro como verdadero juez comunitario, verificando la aplicación integral de la interpretación prejudicial, siendo relevante este punto destacar dos aspectos. Por una parte, que la declaratoria de oficio de la causal la cual no se alegó inicialmente en el tramite arbitral, y por otra la procedencia de la causal invocada por el por la falta de aplicación integral de la interpretación prejudicial emitida por el TJCA, ya que aun habiéndose solicitado el tribunal arbitral desatendió los parámetros de interpretación allí señalados.

Llegado este punto resulta transcendental hacer énfasis en la pertinencia del caso ETB vs Comcel, en la consolidación de las relaciones que se trazan entre el derecho comunitario y el derecho administrativo. En primer lugar, por el fortalecimiento del rol del Consejo de Estado colombiano como juez comunitario, teniendo en cuenta que a partir de las tensiones generadas entre ambos ordenes con ocasión de la acción del cumplimiento interpuesta el TJCA, se generó un efectivo positivo el cual a través de la colaboración armónica permitió la superación de dificultades y obstáculos que impedían la armonización de ambos sistemas jurídicos, materializado a través de la construcción jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado en asuntos de derecho comunitario andino.

En segundo lugar, porque, a través del proceso de adaptación y armonización, se generó toda una construcción dogmática por parte del TJCA y el Consejo de Estado, el cual permitió delimitar los aspectos jurídicos para la correcta y uniforme aplicación de la normatividad andina en sede arbitral, como también en sede recurso de anulación de laudos arbitrales, enfocado desde la pertinencia de la institución de la interpretación

prejudicial en los asuntos que se ventilan en el orden jurídico nacional, específicamente desde la jurisdicción contencioso administrativa.

En tercer lugar, porque respecto la eficacia del incidente prejudicial, se puede afirmar que si bien existieron etapas en que las que su cometido se vio afectado por el desconocimiento y falta de desarrollo jurídico en asuntos específicos, la interpretación prejudicial es hoy en día una institución con un alto grado de madurez jurídica al interior del ordenamiento nacional, resultado de un proceso de evolución y fruto de la cooperación armónica entre el TJCA y el Consejo de Estado, en caminado a la unificación del derecho comunitario. Dicha situación permitió entonces a las instituciones del orden nacional, después de un proceso de construcción jurídico, advertir su trascendencia en los asuntos que se ventilan en orden jurídico interno y así reafirmar su eficacia en el marco de las relaciones del derecho administrativo con el derecho comunitario.

Por todo lo anterior, es claro para el autor del texto, el aporte generado a partir del Caso ETB vs Comcel, frente al fortalecimiento del rol que cumple el Consejo de Estado en su doble Calidad, de Juez Nacional y Juez comunitario, desde el marco de las relaciones que se suscitan entre el derecho administrativo colombiano, y el derecho comunitario andino, en el cual la institución de la interpretación prejudicial le resulta como una herramienta de eficaz de cooperación para la garantía, y aplicación uniforme de las normas comunitarias, como también para el cumplimiento sus funciones al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

## CONCLUSIONES

- 1. El objeto de la consulta prejudicial europea es más amplio en su margen de operatividad que el del mecanismo de interpretación prejudicial de la CAN.*** El marco de operatividad de la consulta prejudicial andina implica exclusivamente los juicios respecto de la interpretación de las normas consultadas ante el Tribunal de Justicia, situación que resulta distinta en la UE, ya que las cuestiones prejudiciales pueden versar sobre la interpretación de las normas de derecho comunitario, o sobre la validez de los actos de sus instituciones, siendo así el régimen prejudicial del derecho comunitario europeo más amplio en cuanto a su objeto que el del derecho comunitario andino.
- 2. El concepto de legitimación para del planteamiento de cuestiones prejudiciales resulta ser más extenso en la CAN que en la Unión Europea, ya que permite la participación de los particulares intervinientes en un conflicto en el que se discuta la aplicación de normativa comunitaria.*** El régimen de la CAN faculta a las partes inmersas en un conflicto interno para solicitar al juez nacional, la petición de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia, ello siempre y cuando dentro de la jurisdicción interna el proceso no sea susceptible de ser recurrido mediante recurso, es decir, en el caso en que la interpretación prejudicial revista el carácter de obligatoria. Por su parte, en lo que a la UE respecta, cabe señalar que es potestativo del juez nacional elevar las cuestiones prejudiciales, ante el Tribunal de Justicia, sin posibilidad de que las partes soliciten al juez nacional la consulta prejudicial.
- 3. Las teorías del acto claro y acto aclarado desarrolladas por creación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tienen aplicación en el derecho de la CAN.*** El TJCA a través de su jurisprudencia ha rechazado la aplicación de dichos postulados, ya que el planteamiento de la interpretación prejudicial resulta pertinente para cada caso en particular, sin importar si previamente se conocieron casos con condiciones similares, o si no existen dudas acerca de la

interpretación de las normas, ya que el Tribunal Comunitario Andino está en la obligación de fijar nuevos parámetros de interpretación para cada caso en concreto.

4. ***El procedimiento prejudicial de la CAN se caracteriza por ser de tipo escritural, mientras que, en la Unión Europea debido a su estructura mixta, es un proceso más dinámico.*** En el derecho comunitario europeo el procedimiento prejudicial está compuesto por una fase oral y escrita, diseñado de tal forma que permite la participación de terceros interesados y que, además, comporta una serie de cargas que lo hacen menos expedito que el procedimiento de las consultas prejudiciales de la Comunidad Andina. Esto en razón a que el procedimiento prejudicial andino se caracteriza por ser un procedimiento netamente escrito, en donde el juez comunitario tiene 30 días para emitir su sentencia de prejudicialidad.
  
5. ***Los fallos de cuestión prejudicial en el marco del derecho comunitario europeo tienen efecto vinculante para todo el ordenamiento comunitario, mientras que las sentencias de interpretación prejudicial del TJCA son para el caso en particular en que se ventile el asunto objeto de consulta.*** En el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea las sentencias son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales pertenecientes a los Estados miembros, es decir son *erga omnes*, situación que resulta distinta en el caso andino, ya que aquí las sentencias emitidas en relación con las consultas de interpretación prejudicial, revisten el efecto *inter-partes*, en donde el juez a pesar de evidenciar casos similares, deberá fijar los parámetros interpretativos para cada caso.
  
6. ***El proceso de construcción del sistema prejudicial andino inspirado en el modelo europeo reviste unas características diferentes a las de su homónimo, adaptadas a las particularidades propias de nuestro proceso de integración, que permiten configurar la interpretación prejudicial como la piedra angular para asegurar la vigencia y certeza jurídica de ambos sistemas jurídicos.*** La efectividad y éxito de la Unión Europea, permitió que otros procesos de integración como es el caso de la Comunidad Andina centraran su atención en la construcción de su propio proceso de

integración, en el cual, al instituir los mecanismos de solución de controversias, erigieron la institución de la consulta prejudicial, en observancia de sus elementos sustanciales y procedimentales a pesar de que comportan factores diferenciadores. Por tal motivo, a pesar de sus disparidades, el sistema prejudicial andino al igual que el europeo, se instituye como la piedra angular que permiten dar seguridad jurídica dentro de sus ordenamientos jurídicos respectivos, en términos de cumplimiento y eficacia de las normas y de validez de los actos de sus instituciones.

7. ***El ordenamiento jurídico colombiano y sus instituciones judiciales propenden por una postura intermedia entre la teoría monista y dualista respecto de la incorporación de las normas comunitarias andina al orden interno.*** Conforme a la jurisprudencia de la Corte constitucional como del Consejo de Estado, las disposiciones de derecho originario requieren un acto de incorporación para que sean vinculantes a los Estados miembros, tal como lo señala la teoría del dualismo jurídico. En cambio, las normas andinas de derecho derivado no necesitan un acto de incorporación, ya que una vez son expedidas por el órgano competente, son de obligatorio cumplimiento, en virtud de la eficacia inmediata y directa que gozan frente a los ordenamientos jurídicos internos, posición decantada por la tesis del monismo jurídico.
  
8. ***El procedimiento para resolver las contradicciones entre la normativa comunitaria y normativa interna es el juicio de prevalencia y no de constitucionalidad.*** En relación con el rango normativo del Derecho Comunitario, teniendo en cuenta que este último no es una categoría entre la constitución y la ley, en el evento que exista contradicción entre una norma comunitaria y una norma de derecho interno, se deberá resolver mediante un juicio de prevalencia y no de constitucionalidad, puesto que no sería el caso de una contradicción entre una norma inferior con una superior, sino el del desplazamiento de la norma interna para dar a lugar a la aplicación de la norma comunitaria.

9. ***Las relaciones que se suscitan entre el derecho administrativo y el derecho comunitario con ocasión de los tratados de integración conllevan al desplazamiento del concepto ortodoxo de derecho administrativo.*** Dado los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, han aparecido nuevas relaciones entre el derecho administrativo y el derecho internacional cada vez más sólidas. Esto ha dado paso al surgimiento de diferentes problemas jurídicos en virtud de la existencia de una serie de fuentes normativas que superan los límites de los Estados, pero que pueden tener o tienen aplicación en su administración. Por lo tanto, dicho fenómeno ha llevado al replanteamiento del concepto tradicional-ortodoxo del derecho administrativo hacia un concepto más moderno que reconoce la presencia del derecho comunitario andino, como un fenómeno que influye directamente en el tráfico de sus relaciones con las instituciones administrativas de distinta naturaleza.
10. ***La incorporación de la interpretación prejudicial al sistema de fuentes de derecho administrativo se sustenta sobre una relación armónica para el cumplimiento de su objetivo en el derecho comunitario.*** La operatividad de la institución de la interpretación prejudicial en el ámbito del derecho administrativo debe sustentarse en una relación de concordancia y armonía, en la cual sus distintos órganos jurisdiccionales e instituciones administrativas, dispongan elementos jurídicos y actuaciones al interior del Estados miembros que aseguren la consecución de la aplicación homogénea del cuerpo normativo y su armonización con el orden interno, logrando así la materialización del concepto de buena administración que le compete al derecho administrativo y, en consecuencia, la eficacia y vigencia del derecho comunitario.
11. ***El derecho comunitario andino propende por la participación de las diferentes autoridades del derecho administrativo colombiano frente la aplicación uniforme de su normativa, logrando así relaciones más fuertes entre estos dos órdenes.*** En virtud de la modernización del derecho administrativo, se ha dado paso a concebir la incidencia de la interpretación prejudicial más allá de la esfera de la potestad

reglamentaria y la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, dada la organización y dinamismo de nuestro sistema de derecho administrativo, se evidencia que las instituciones no judiciales también ejercen la administración de justicia, por ejemplo, mediante el trámite de asuntos netamente administrativos en los que por su naturaleza se deba aplicar normativa comunitaria.

12. ***La Interpretación prejudicial permea las distintas esferas de la justicia administrativa, configurándose como un elemento orientador de sus funciones internas encaminado a preservar la eficacia y armonía del derecho supranacional.***

La utilidad práctica de las consultas prejudiciales en el ejercicio de la justicia administrativa, tanto en la esfera jurisdiccional como la no contenciosa o de trámite, se instaura como parámetro orientador de sus funciones, toda vez que contribuye en la prevención de la ruptura del sistema normativo andino. Dicha situación permite, por una parte, fomentar el diálogo desde el ámbito del derecho administrativo ante los organismos supranacionales, lo cual facilita la aplicación de su normativa por parte de los distintos operadores jurídicos mediante la construcción de un marco adecuado para la interpretación de normas comunitarias en conjunto con las normas de carácter administrativo.

Por otra parte, su utilidad también se ve traducida en cumplimiento de los estándares y prerrogativas dispuestos en los tratados de integración, generando así un impacto en el ejercicio de la actividad administrativa desde el concepto de la buena administración. Bajo esa perspectiva, resulta trascendental la influencia de la interpretación prejudicial en el ámbito derecho administrativo.

13. ***La participación de las instituciones del derecho administrativo colombiano ha logrado contribuir a perfeccionar la utilidad de la interpretación prejudicial frente a los demás estados miembros en términos de eficacia y eficiencia.***

El proceso evolutivo de operatividad de la interpretación prejudicial de cara al derecho administrativo colombiano se ha caracterizado por la participación de sus instituciones, las cuales han convergido trascendentalmente en el proceso de construcción y solidificación del sistema prejudicial andino, dadas las funciones que

ejercen frente al ordenamiento jurídico colombiano y que, por conexidad con asuntos de interés para el orden comunitario, deben aplicar e interpretar su normativa.

Por tal motivo, a partir las interacciones que se surten al interior de dicho orden jurídico, el sistema prejudicial andino en materia de derecho administrativo colombiano ha logrado perfeccionar su utilidad en términos de eficacia y eficiencia, permitiendo que con ocasión de las solicitudes de interpretación prejudicial radicadas en cabeza de nuestras instituciones, el TJCA pueda ampliar el conjunto de actores que participan en la aplicación de normas comunitarias para todos los demás Estados miembros del orden de integración andino.

14. ***La extensión del concepto juez nacional ha encontrado su fundamento a partir las diferentes entidades que ejercen funciones conexas en la aplicación de la normativa comunitaria.*** La evolución de la institución de la interpretación prejudicial a través de la jurisprudencia del TJCA y su interacción con las instituciones del derecho administrativo colombiano, ha encontrado su materialización a través de la extensión del concepto de juez nacional, desarrollado por la jurisprudencia del TJCA. Ya que, para efectos de extender la legitimación por activa para desatar la solicitud de interpretación prejudiciales, el TJCA comprendió que dado el dinamismo de las relaciones que se surten al interior del derecho administrativo, no solamente las entidades judiciales son las encargadas de la aplicación de la normativa andina, sino que también existen otros organismos de carácter no judicial encargados de aplicar las normas comunitarias.

15. ***El concepto juez nacional se extiende a todas aquellas autoridades judiciales y administrativas que en el ejercicio de sus funciones deban aplicar normativa comunitaria.*** El TJCA ha manifestado que el concepto de juez nacional debe ir más allá de la autoridad judicial en sentido estricto, para así abarcar a todas las autoridades que aplican el derecho comunitario al interior de los Estados miembros, lo cual comprende todas las autoridades administrativas en ejercicio funciones jurisdiccionales como es el caso del grupo de competencia desleal perteneciente a la

SIC y las instituciones administrativas en el ejercicio de tramites netamente administrativos como es el caso de la dirección de signos distintivos de la misma SIC.

16. *Los organismos judiciales de cierre de los Estados si bien no son los facultados para desatar la interpretación prejudicial en sede de recursos extraordinarios, juegan un papel fundamental frente al sistema de interpretación prejudicial para la correcta aplicación de la normativa comunitaria.* En sede de recursos extraordinarios no procede la interpretación prejudicial, en la medida en que estos generalmente tienen causales taxativas de procedencia y no constituyen otra instancia del proceso, por lo que el juez extraordinario no puede revisar elementos como los hechos, las pruebas y el derecho sustancial aplicado.

No obstante, el juez extraordinario juega un papel trascendental, ya que debe entrar a verificar si en dicho asunto se solicitó la consulta prejudicial o si el asunto por su naturaleza comprometía la aplicación de normas comunitarias. Por tal motivo, al concretarse alguna de las dos situaciones el juez podrá obrar de dos maneras distintas. Frente a la primera alternativa deberá declarar la nulidad de la sentencia, devolviéndola al respectivo organismo que debió solicitarla, para que subsane tal omisión y emita una nueva providencia, siempre que su normativa interna lo prevea. Frente a la segunda alternativa, si la normativa no establece la devolución del asunto, el juez deberá expedir sentencia sustitutiva, y solicitar la interpretación respectiva actuando en calidad de juez de única o última instancia, para así emitir en debida forma una nueva providencia a la luz de la normativa comunitaria.

17. *La violación de las obligaciones contenidas en el acuerdo de Cartagena en cabeza de las distintas autoridades por el desconocimiento de la interpretación prejudicial o aplicación indebida de la normativa comunitaria supone la presencia de consecuencias jurídicas para los Estados Miembros.* Bajo la perspectiva del derecho comunitario andino cualquier sujeto que al interior de los Estados miembros considere que una actuación de tipo jurídico o administrativo viola o contravía sus derechos dado que desconoce el sentido y la aplicación de la normativa comunitaria, está facultado para interponer una acción de incumplimiento ante el TJCA. Por lo

tanto, el Tribunal entrará a constatar si las normas fueron correctamente aplicadas, o si se desató la interpretación prejudicial, acogiéndose íntegramente a sus postulados, lo cual llevara a determinar si existe efectivamente responsabilidad del Estado por la violación de las obligaciones en materia de derecho comunitario, tal y como se efectuó en el caso objeto de estudio.

18. ***Los árbitros son considerados jueces nacionales para el derecho comunitario andino y por ende están obligados a solicitar la interpretación prejudicial.*** En concordancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el desplazamiento temporal de la función de administrar justicia a los árbitros los convierte en jueces nacionales en términos del Tratado de Creación de dicho Tribunal. En consecuencia, los árbitros asumen en el proceso arbitral la responsabilidad de solicitar la interpretación por vía prejudicial de las disposiciones que hacen parte del derecho comunitario andino. Su imperatividad radica en el hecho de que sus decisiones no son susceptibles de recursos al interior del ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual la interpretación reviste el carácter de obligatorio.
  
19. ***La omisión de solicitar la consulta prejudicial obligatoria en cabeza de los tribunales de arbitramento se constituye como un defecto que afecta la validez del laudo arbitral.*** A partir de los pronunciamientos del TJCA, sobre las disposiciones del Tratado de Creación como del Estatuto, se señaló que la omisión de la consulta prejudicial en cabeza de los tribunales de arbitramento da lugar a la configuración de un defecto de tipo procedimental que afecta la validez del laudo arbitral, por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza de tal yerro, da lugar a declarar su nulidad en el trámite de recurso de anulación.
  
20. ***La omisión de solicitar la interpretación prejudicial se constituye como una nueva causal del recurso extraordinario de anulación adicional a las establecidas en la Ley 1563 de 2012.*** Del análisis decantado por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado es preciso concluir que para todos procesos arbitrales en Colombia regidos por la Ley 1563 de 2012 en los cuales deban aplicarse o se controvierta la aplicación

de normas comunitarias, es obligatorio que el tribunal de anulación, de oficio o a petición de parte, declare la nulidad de la providencia arbitral por la omisión de la interpretación prejudicial obligatoria, al tratarse de procesos de única instancia ordinaria. Así, una vez declarada la anulación, el juez devolverá el caso al tribunal de arbitramento para que este subsane su error solicitando la interpretación prejudicial al TJCA y vuelva a emitir nuevo laudo.

21. ***La operatividad de la nueva causal de anulación por desconocimiento de la normativa comunitaria procede esencialmente bajo tres escenarios.*** Con ocasión de la evolución e interpretación de la nueva causal de anulación vía la jurisprudencia del Consejo de Estado se puede afirmar que su procedencia se enmarca dentro de tres escenarios principales: (i) Por la omisión en estricto sentido de consultar al Tribunal de Justicia de la CAN sobre el contenido y alcance de la normativa comunitaria; (ii) por haber proferido laudo arbitral sin que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina haya emitido la respectiva interpretación prejudicial y, finalmente, (iii) por apartarse de los contenidos señalados por parte del TJCA sobre la interpretación de las normas comunitarias consultadas.
  
22. ***La procedibilidad de la nueva causal de anulación incorporada vía jurisprudencia fundada en el desconocimiento del derecho comunitario a diferencia de las demás causales establecidas en la Ley 1563 no se ve afectada por el silencio de las partes inmersas en el conflicto.*** La nueva causal incorporada vía jurisprudencia permite que el mismo juez de anulación declare de oficio la nulidad del laudo arbitral aun cuando las partes no lo hayan alegado de forma expresa. Esto configura un precedente respecto de los demás presupuestos consagrados en la Ley 1563, ya que su procedencia obligatoriamente está sujeta a que las partes sustenten el recurso en alguna de las causales allí establecidas. Por lo tanto, la causal creada a través de la jurisprudencia constituye una garantía para el derecho comunitario, en el cual el silencio de las partes no afecta su procedencia, ya que el juez de anulación deberá actuar como un verdadero juez comunitario verificando la correcta aplicación de la normativa andina en el caso en particular.

23. ***Los procesos de integración generan tensiones entre los órdenes jurídicos del derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros los cuales deben ser resueltos en favor de la jurisdicción comunitaria desde los principios básicos de supremacía y eficacia que rigen a todas sus instituciones.*** Las posibles contradicciones que se originan entre los diferentes órdenes jurídicos no es una situación ajena o desconocida en los procesos de integración. Evidencia de lo anterior son los cuestionamientos presentados a partir de las tensiones entre la jurisprudencia del TJCA y el ordenamiento jurídico colombiano en el caso ETB vs Comcel. En ese sentido, cabe afirmar que tales fenómenos son un efecto derivado del proceso de armonización del orden supranacional y orden nacional, el cual debe ser resuelto siempre en favor de la jurisdicción comunitaria andina desde los principios rectores de eficacia directa y supremacía, lo cual contribuye a la efectividad y armonización misma del sistema jurídico andino como también a su desarrollo jurídico y dogmático.

24. ***El Caso ETB Vs Comcel es una clara manifestación de la incidencia del derecho comunitario en la esfera del derecho administrativo colombiano.*** La institución de la interpretación prejudicial de la CAN, además de ser la piedra angular del ordenamiento jurídico comunitario, se instituye como el punto de contacto más próximo entre el derecho el derecho comunitario y el derecho administrativo colombiano, bajo la premisa de que las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones internas deben entrar a garantizar la vigencia del orden andino, en aquellos asuntos y temas comunes para ambos ordenes jurídicos, desde una relación de cooperación, armonía y dialogo.

No obstante, aunque el referido caso tuvo origen en una situación que en principio se alejó del carácter cooperativo y armónico de la interpretación prejudicial, dada la acción de incumplimiento que declaró la violación de las obligaciones del Estado colombiano en su primera etapa. A través de las etapas posteriores de reconocimiento y fortalecimiento, se evidencia con claridad una labor de cooperación y colaboración direccionada a retrotraer los efectos derivados de dicho incumplimiento, en la que el Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa, a través de sus providencias, permite evidenciar no solo la sujeción a la normativa comunitaria

en el ejercicio de sus funciones internas, sino también bien un claro trabajo de armonización y construcción jurídica, que afirma el compromiso del Estado con las obligaciones derivadas del derecho comunitario desde la esfera del derecho administrativo colombiano.

**25. *El Caso ETB Vs Comcel permitió fortalecer el rol del Consejo de Estado como juez comunitario frente al conocimiento del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.*** A partir del Caso ETB vs Comcel se evidencia un fortalecimiento del rol del Consejo de Estado colombiano como juez comunitario frente al conocimiento del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, ya que para la época en que se suscitó el conflicto analizado en la etapa de desconocimiento (2006-2008) ambos ordenes carecían de consenso sobre la obligatoriedad que revisten los árbitros como sujetos que administran justicia, para desatar el incidente de interpretación prejudicial.

Así pues, una vez desatada la controversia ante la CAN en 2010, se decantaron los primeros postulados que reconocían tal imperatividad, materializando sus efectos en mecanismos y medidas jurídicas delimitados por el TJCA, para que el Estado Colombiano ejerciera la correcta y uniforme aplicación de la normatividad andina a través del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, el cual es competencia el Consejo de Estado. Así pues, en el ejercicio de sus funciones internas a través de su jurisprudencia la máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa reafirmó su rol como juez comunitario desde el control de la aplicación de la normativa comunitaria frente a providencias arbitrales.

**26. *La interpretación prejudicial como piedra angular del ordenamiento jurídico comunitario, es una institución de la que se predica total eficacia al interior del orden nacional resultado de un proceso de evolución, cooperación y armonización entre las instituciones del orden supranacional y el derecho administrativo colombiano.*** A partir de las tensiones generadas entre ambos sistemas de derecho con ocasión de las controversias estudiadas en el caso ETB vs Comcel, se generó la construcción dogmática jurídica necesaria que permitió a las instituciones del derecho

interno, delimitar los elementos jurídicos para la correcta y uniforme aplicación de la normatividad andina en sede arbitral bajo los parámetros delimitados por el TJCA. De manera tal, que la contribución máxima del referido asunto se traduce en la consolidación de la eficacia de la institución de la interpretación prejudicial, específicamente desde las relaciones entre el derecho administrativo colombiano, y el derecho comunitario andino, en el que el Consejo de Estado en su calidad de juez comunitario, ejerce el control de la normativa comunitaria, para su cumplimiento real y efectivo, desde el ejercicio de sus funciones como máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa del Estado colombiano.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1 DOCTRINA

#### 1.1 Obras Generales

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, VILA COSTA, Blanca y GUTIÉRREZ FONS, Olesti Rayo Andreu. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Barcelona: Editorial: Ariel, 2011.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Navarra: Editorial Civitas, 2014.
- ALTER, Karen J. y HELFER, Laurence R. *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*. New York, Oxford University Press, 2017.
- BOU FRANCH, Valentín. *Introducción al Derecho de la Unión europea*. Navarra: Editorial Civitas, 2014.
- BREMER CARIAS, Allan, *Derecho administrativo, tomo I*. Bogotá-Caracas: Universidad Externado de Colombia-Universidad central de Venezuela, 2005.
- CAMPO CABAL, Juan Manuel. *La institución jurisdiccional de la Unión Europea*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica el Dike, 1995.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional. En Estatuto Arbitral Colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogota : Legis S. A. , 2013.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Modulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019.
- CORCHUELO URIBE, Daniela. *Anulación de Laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CUBILLOS HERNÁNDEZ, Andrea. *Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019.

- DALY GIMON, Carlos Eduardo. *Tribunal Andino de Justicia e Institucionalidad en la Comunidad Andina*. Saarbrücken, Alemania : Editorial Académica Española una marca de LAP LAMBERT Academic publishing GMBH y Co, 2011.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas* quinta Edición. Bogotá: grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- GOMEZ, Hugo Ramiro, Luis Rafael VERGARA, Hernán Rodrigo ROMERO, Luis Felipe Aguilar. *Apuntes de Derecho Comunitario Andino: A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Portoviejo: Editorial San Gregorio S.A , 2019.
- GONZÁLEZ, Edgar, Luís Mónica HERRERA ZAPATA. *Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones*. Bogotá : Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GUY, Isaac. *Manual de Derecho Comunitario General* Traducción de la cuarta edición francesa. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- GUY, Isaac *Manual de Derecho Comunitario General*. Traducción de la cuarta edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- HARTLEY, Trevor. *The Foundations of European Community Law. An introduction to the constitutional and administrative law of the European Community*. New york: Oxford University Press, 2007.
- HERRERA MERCADO, Hernando. *La impugnación de los laudos arbitrales, Análisis legal y jurisprudencial*. Bogotá : Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá y Editorial Legis, 2014.
- JIMENO BULNES, Mar. *La cuestión prejudicial del artículo 177 del TCE*. Barcelona: Bosch editor, 1996.
- LEGUIZAMÓN, William. *“Derecho Económico- Fundamentos”*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- MACÍAS CASTAÑO, José. *La cuestión prejudicial europea y el tribunal constitucional, el asunto melloni*. Barcelona: Editorial atelier, 2014.
- MAESO SECO, Luis. *El mecanismo prejudicial como garantía del sistema*. Toledo: Centro de estudios europeos, 2011.

- MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Historia de la formación y la enseñanza de la ciencia y el derecho administrativos en Colombia (1826-1939)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019.
- MANGAS MARTIN, Araceli, y LIÑÁN NOGUERA Diego. *Instituciones y Derecho de la unión europea*. Madrid: Tecno editorial, 2011.
- MELLADO, Pilar y SÁNCHEZ GONZALES Santiago. *El ordenamiento de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
- MOLINA DEL POZO, Carlos. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid: Editorial Trívium, 1987.
- MONTAÑO GALARZA, Cesar. *Problemas constitucionales de la integración*. México D.F: Editorial porrua, 2013.
- MONTAÑO, Julia Victoria, y QUINTERO Sánchez, Sara. *La interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, ¿un Nuevo orden Procesal?*. Medellín.: Universidad ICESI: 2011.
- MORCILLO MORENO, Juana. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo, Posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales*. Madrid: Editorial la ley grupo Welters Blúmer, 2007.
- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos. *Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*. Madrid: Difusión Jurídica, 2012.
- PALACIO GONZÁLEZ, José. *El sistema judicial comunitario: perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*. Bilbao: Editorial Universidad de Deusto, 1996.
- PARDO IRANZO, Virginia. *El sistema jurisdiccional de la unión europea*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A, 2013.
- PASTRANA BUELVAS, Eduardo. *Institucionalización de las Relaciones Económicas Internacionales, “Globalización versus regionalización de la economía”*. Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, 2000.
- QUINDIMIL LOPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y Derecho de la Domunidad Andina*. Valencia: Editorial Tirant to Blanch, 2006.

- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de derecho internacional público*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- SACHICA, Luis Carlos. *Introducción al Derecho Comunitario Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.
- SÁNCHEZ, Víctor M. *Lecciones de derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Bosch Editorial, 2008.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Tratado De Derecho Administrativo- Introducción”, tomo I, tercera edición*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.
- SARMIENTO RAMÍREZ, Daniel. *El Derecho de la unión europea*. Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales S.A, 2016.
- SILVA DE LA PUERTA, Rosario. *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Bilbao: Editorial la ley, 2002.
- SOCA TORRES, Isaac. *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del tribunal de justicia*. Barcelona: Bosch Editor, 2016.
- TANGARIFE TORRES, Manuel. *Derecho de la Integración de la Comunidad Andina*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.
- TANGARIFE TORRES, Marcel. *Derecho de la integración de la Comunidad Andina*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2002.
- URIBE RESTREPO, Fernando. *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal del Acuerdo de justicia de Cartagena, 1990.
- URIBE RESTREPO, Fernando. *La interpretación prejudicial en el derecho andino*. Quito: Tribunal de justicia del acuerdo de Cartagena, 1993.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marcos. *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo. Artículo 177 del tratado de la comunidad europea*. Madrid: Editorial tecnos, 1994.

## **1.2 Capítulos de Libros**

- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional”, en *Estatuto Arbitral Colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Coordinado por Antonio Aljure Salame, 255-304. Bogotá : Legis, 2013.

- CIENFUEGOS MATEO, *Manuel*, “Juez nacional y Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial”, en *Sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, dirigido por Beneyto Pérez, González-Orús, José María, Maillo Jerónimo, y Becerril Atienza, Belén, 547-623. España: Editorial Aranzadi, 2012.
- DEL PIAZZO, Carlos. “Dos Determinantes actuales del derecho administrativo Global”, en *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández, 95-127. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.
- DUEÑAS, Juan Carlos. “La Interpretación Prejudicial ¿Piedra angular en la integración Andina?”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, coordinado por Agustina González Grucci, 29-58. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011.
- HERNANDEZ, José Ignacio. “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo Global, una visión desde el Derecho Administrativo Latinoamericano”, en *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández 197-249. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.
- LENAERTS, Koen y GUTIÉRREZ FONS, José Antonio “El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea”, en *Sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, dirigido por Pérez Beneyto, González-Orús José María, Maillo, Jerónimo y Becerril Atienza Belén, 33-112. España: Editorial Aranzadi, 2012.
- PESCATORE, Pierre. “Las cuestiones prejudiciales del artículo 177 del tratado CEE”. En *“El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, dirigido por Rodríguez Iglesias Gil Carlos, y Liñán Nogueras Diego. Madrid: Editorial civitas S.A, 1993.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “El Derecho Administrativo global: El Espacio Jurídico Administrativo Iberoamericano”, en *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del*

*cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández, 23-56. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

RODRÍGUEZ, Libardo, “El derecho administrativo transnacional o Global: Un nuevo capítulo del derecho administrativo”, en *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones, una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del ciadi*, editado por Jaime Rodríguez Arana y José Hernández, 57-92. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

RODRÍGUEZ, Libardo. “El Derecho Administrativo Frente a la internacionalización del Derecho y en Particular Frente al Derecho Comunitario”, en “*Retos Y Perspectivas del Derecho Administrativo, segunda parte*”, dirigido por Manuel Restrepo Medina, 19-48. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando. “El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano”, en *Derecho internacional : varias visiones un maestro, Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, editado por Ricardo Abelló Galvis 5, 521-564. Bogotá : Universidad del Rosario, 2015.

VIGIL TOLEDO, Ricardo, “El reflejo de la Jurisprudencia Europea en los fallos del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina aspectos teóricos y pragmáticos”, en *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad andina y Unión Europea*, dirigido por Mario Hernández Ramos, Alejandro Saiz Arnaiz, Aida Torres Pérez, y Maite Zelaia Garagarza, 215-236. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A. 2012.

### **1.3 Publicaciones Periódicas**

ALONSO GARCÍA, Ricardo. “Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)”. *Revista española de Derecho Europeo* n° 30 (2009): 197-222.

ALTER, Karen J, y Laurence R. HELFER. “Legal Integration in the Andes: Law-Making by the Andean Tribunal of Justice: Legal Integration in the Andes”. *European Law Journal* 17, No. 5 (2011): 701-715.

- Alter, KAREN, Laurence HELFER, y Osvaldo SALDÍAS. “Transplanting the European Court of Justice: The Experience of the Andean Tribunal of Justice”. *American Journal of Comparative Law* 60, No.3 (2012): 629-664.
- Alter, KAREN, Laurence HELFER, y Mikael MADSEN. “How Context Shapes the Authority of International Courts”( *Electronic Journal I Courts -The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, Faculty of Law University of Copenhagen*, No. 79 (2016): pp. 1-36.
- ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Alberto “La Interpretación Prejudicial del rdenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena y los derechos fundamentales de la Constitución de 1991”. *revista de actualidad juridica Dikaion*, No. 4 Universidad de la Sabana (2005): 150-191.
- ANAYA VERA, Esther y Rodrigo POLANCO LAZO. “El tribunal de Justicia de la comunidad andina: ¿un nuevo foro de solución de controversias de solución extranjera?”. *Revista Con-Texto*, No. 46 (2016) :31-55.
- BERMEJO, Briceño Jenny “¿Nace un nuevo juez de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa? Reflexiones desde el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial”. *Iter Ad Veritatem* 11 (2013): 39-51.
- BUENO ARMIJO, Antonio, y Magaldi Mendaña, Nuria “La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la singular participación de los jueces españoles”. *Revista de derecho administrativo* n° 53 (2011): 41-72.
- CÁRDENAS CAICEDO , Omar “La evolución del concepto “juez nacional” en la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino ”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal* 46 (2018): 96-126.
- CHAMBI CALLE, Roberto. La interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: el caso boliviano... ¿incumplimiento?”. *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, n° 1 (2003): 95-116

- CIENFUEGOS MATEO, Manuel “Consultas prejudiciales en la Comunidad andina Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: Ensayo de comparación”. *Revista de Facultad Universidad de Córdoba* n° 1 Nueva Serie II (2013): 37-77.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel. “Cuestiones prejudiciales en la unión europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”. *Revista electrónica de estudios internacionales* n° 25 (2013): 1-43.
- CONWAY, GERARD. “The Legal Reasoning of the Andean Court of Justice in Comparative Context”. *Electronic Journal iCourts -The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, Faculty of Law University of Copenhagen*, 56 (2016): pp. 1-20.
- CRODA MARINI, José Rubén, y Eric Abad, “Modelo de investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho”. *Revista electrónica de investigación de la Universidad de Xalapa* n° 12 (2016): 13-24.
- CUBILLOS, Andrea, Juan Sebastián PACHÓN GUERRERO y Carlos Mauricio LÓPEZ. “Los principios de primacía eficacia directa al derecho comunitario andino: conceptualización desarrollo y aplicación”. *Revistas jurídicas* 11, No. 2 (2014) 148-169.
- DE TOMASO, Carlos Andrés. “La Coparticipación De Los Jueces Comunitarios En La Administración De Justicia”. *Revista PODIUM, Universidad Espiritu santo*, No. 31 ( 2017): 1-19.
- FERNÁNDEZ, Aida, y ORTIZ, Emma Elvira “El derecho comunitario andino y su control jurisdiccional”. *Revista de Estudios Socio Jurídicos* 34, No. 34 (2015): 75-96.
- GALÁN GABRIEL, “Interpretación Prejudicial y Restricciones a La Potestad Jurisdiccional De Los Estados Miembros De La CAN”. *Foro, Revista De Derecho*, No. 22 (2017): 88-106.
- GÁLVEZ KRUGER, María Antonieta “Comentarios Sobre la interpretación Prejudicial”. *Themis revista de derecho* n° 42 (2001): 131-144.
- GARCÍA BRITO, Gustavo, “Análisis de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca:

- TEXTURA SUPERFICIE "OLD PARR)". *Foro, Revista De Derecho*, No. 22 (2017): 143-162.
- HELPER, Laurence R. y ALTER, Karen J. "Nature or Nurture? Judicial Law Making in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice". Duke Law School Faculty Scholarship Series. Paper 183 (2009): pp. 1-31.
- HELPER, Laurence R., Karen J. ALTER, y M. Florencia GUERZOVICH. "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community". *American Journal of International Law* 103, No. 1 (2009): 1-48.
- HELPER, Laurence R., y Karen J. ALTER. "The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community". *New York University Journal of International Law and Politics* 41 (2009): 871-930.
- INDACOCHEA, Juan Manuel. "La Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 Del Tribunal Andino. Sobre La Legitimidad Activa De Las Autoridades Administrativas para solicitar interpretación prejudicial y la aplicación de los requisitos de registrabilidad a las marcas táctiles o de textura". *Revista Ius Et Veritas* 56 (2018) : 106-129.
- JIMÉNEZ, William Guillermo, "El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros". *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.o 23 (2013): 87-118.
- JIMENO BULNES, Mar. "La nueva cuestión prejudicial en el espacio judicial europeo". *Revista General de Derecho Procesal* n° 16 (2008):1-14.
- MANCE, Lord "The interface between national and European law", *European Law Review*. n° 4 (2013): 437-456.
- MANDAKOVIC FALCONI, Sasha. "Proceso arbitral e interpretación prejudicial de Normas Comunitarias Andinas". *Revista Ecuatoriana de arbitraje*, No. 4 (2013): 185-204.
- MANGAS, Araceli, "Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la Integración Europea". *Revista Instituciones Europeas* 4, n.o 2 (2014).

- MARTÍNEZ ARCOS, Laura victoria. “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de las normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. *Revista de derecho privado Universidad de los Andes*, No. 52, (2014) :1-35.
- MENDOZA, Yolanda, “La Interpretación Sobre El Juez Nacional En El Tribunal De Justicia de La Comunidad Andina” *Agenda Internacional, revista académica del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)* 26 n.º 37 (2019): 271-292.
- NAMEN BAQUERO, David “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia andino y sus efectos en el arbitraje”. *Revista e mercatoria*, 17, No. 1 (2018) : 3-45.
- PACHÓN, Manuel “La acción de interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario”. *Themis revista de derecho* n° 23 (1992): 75-88.
- PEROTTI, Daniel Alejandro, "Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino". *Biblioteca Digital Andina* (2001): 1-17.
- PLATA, Luis y YEPES Ceballos, Donna. “Naturaleza jurídica de las normas Comunitarias Andinas”. *Revista de derecho, Universidad del Norte* n° 31 (2009): 196- 223.
- TANTALEÁN, Reynaldo, “El alcance de las investigaciones jurídicas”. *Revista Derecho y Cambio Social* n° 42 (2015): 1-22.
- RODRÍGUEZ, Libardo “Ampliación del sistema tradicional de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud de los derechos nacionales”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 6, n.o 12 (2018): 68-92.
- SALDÍAS, Osvaldo “Supranational Courts as Engines of Disintegration - The Case of the Andean Community”. *The Berlin Working Papers on European Integration, Electronic Journal, Institute of Political Science Freie Universität Berlin* n° 5, (2007): 1-34.
- SOARES CARNEIRO, Cynthia “o transplante das interpretações prejudiciais para o tribunal de justiça andino ”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur* 5, n.o 9 (2017): 101-128.

TANGARIFE TORRES, Manuel “ Cooperación judicial internacional Iberoamericana : la interpretación prejudicial andina ¿ Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales ?”. *Revista del Instituto colombiano de derecho procesal*, No. 43 (2016): 207-230.

TOBÓN FRANCO, Natalia “La Doctrina del acto claro y la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina. *Revista de derecho vniversitas, pontificia Universidad Javeriana* 54, n° 109 (2005): 461-482.

ZÚÑIGA SCHRODER, Humberto. “ Interpretación prejudicial en los procedimientos de arbitraje en los regímenes Andino y Europeo”. *Revista de economía y derecho* 9, No. 35 (2012) :103-123.

ZÚÑIGA SCRODER, Humberto, “Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del derecho comunitario andino”. *Revista de Economía y Derecho* 11, No. 41 (2014) : 7-27.

#### **1.4 Tesis y otros documentos inéditos**

ARIAS CEBALLOS, Mildred. “Transformaciones y evolución de las fuentes del derecho administrativo colombiano a partir de los tratados de integración”. Tesis de Maestría en derecho administrativo, Universidad del Rosario, 2012.

Cleves, Lissa María, Valery CUÉLLAR y es Estefanny PÉREZ DÍAZ. “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”. Monografía de investigación, Universidad libre de Colombia, 2018.

CUBILLOS HERNÁNDEZ, Andrea. “Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado”. Tesis de Maestría en derecho administrativo, Universidad del Rosario, 2017.

FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo. “la interpretación prejudicial de la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia”. Fuentes Hernández asesores SAS, 2018.

MONTES SARMIENTO, María Alejandra. “Efectos reglamentarios y jurisdiccionales del derecho comunitario Andino sobre el derecho administrativo colombiano”. Tesis de Maestría en derecho administrativo, Universidad del Rosario, 2012.

PACHÓN GUERRERO, Juan Sebastián. “Alcance del principio de eficacia directa del derecho comunitario andino en el ámbito de la propiedad industrial y del derecho del consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano”. Tesis de Maestría en derecho administrativo, Universidad del Rosario, 2017.

REY VALLEJO, Pablo .“Límites a la voluntad y al principio de autonomía en el arbitraje doméstico colombiano : un estudio sobre su judicialización desde la perspectiva de los principios generales, el derecho Iberoamericano y el arbitraje internacional”. Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Javeriana, 2018.

RÍOS PINZÓN Yecid Andrés, Stefanía LANDAETA CHINCHILLA, Daniel PEÑA MANCERO, Jorge Mario OLARTE COLLAZOS, Valentina GUEVARA, y Juan David GÓMEZ. Anexo III, autoría de Jorge Mario OLARTE COLLAZOS y Juan David GÓMEZ. “La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia”. Artículo de investigación, Comisión de propiedad intelectual de la International Chamber of Commerce, 2018.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia” , versión digital, editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina , 2004.

## **2 NORMAS JURÍDICAS**

### **2.1 Instrumentos jurídicos de la Unión Europea**

Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales c 160/01, 28 de mayo de 2011.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), Paris, Francia, 18 de abril de 1951.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CEE), Roma, Italia, 25 de marzo de 1957.

Tratado Constitutivo de la comunidad europea de la energía atómica (CEEa), Roma, Italia, 25 de marzo de 1957.

Tratado constitutivo de la Unión Europea (TUE), Maastricht, Países Bajos, 7 de febrero de 1992.

Tratado por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, Ámsterdam, Países Bajos, 2 de octubre de 1997.

Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, Niza, Francia, 26 de febrero de 2001.

Tratado por el que se modifican el tratado de la unión europea y el tratado constitutivo de la comunidad europea, Lisboa, Portugal, 13 de diciembre de 2007.

Estatuto del tribunal de justicia de la Unión Europea. 7 de junio de 2016.

## **2.2 Instrumentos Jurídicos de la Comunidad Andina**

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina aprobado por la Decisión 500, de 22 de junio de 2001, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de 3 de agosto de 2001.

Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, firmado en Trujillo el 10 de marzo de 1996. Entro en vigor el 2 de junio de 1997.

Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, suscrito en Cochabamba el 28 de mayo de 1996. Entro en vigor el 25 de agosto de 1999.

Reglamento Interno del Tribunal de Justicia, aprobado en San Francisco de Quito, 18 de mayo de 2004.

Reglamento del procedimiento del Tribunal de Justicia. 1 de noviembre de 2012.

Tratado de creación del tribunal de justicia de la Comunidad Andina de Naciones, Cartagena, 28 de mayo de 1979, Tratados y protocolos de la comunidad Andina, Normativa Andina. Entro en vigor el 19 de mayo de 1983.

## **2.3 Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina**

Decisión 393 de la Comisión de la Comunidad Andina, 9 de Julio de 1996, por la cual se modifica la decisión 331 relativa al transporte multimodal, Lima, Perú.

Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, 14 de septiembre de 2000, por la cual se regula el régimen común de propiedad industrial y se sustituye la decisión 344 de la misma corporación, Lima, Perú.

#### **2.4 Decretos Del Gobierno Nacional**

Decreto Reglamentario del Gobierno Nacional de Colombia N. 149 del 21 de enero de 1999, por el cual se reglamenta el registro de operadores de transporte multimodal, Bogotá, Colombia.

#### **2.5 Leyes del Congreso de la Republica de Colombia**

Ley 323 de 1996 del Congreso de la República por la cual se aprueba el protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, octubre 10 *diario oficial no. 42.899*.

Ley 457 de 1998 del Congreso de la República la cual se aprueba el "Protocolo modificatorio del tratado de creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena", suscrito en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de mil 1996, agosto 4 *diario oficial no. 43.360*.

Ley 1437 de 2011 del Congreso de la República por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, enero 18 *diario oficial no. 47.956*.

Ley 1563 de 2012 del Congreso de la República por la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, julio 12 Diario Oficial No. 48.489.

Ley 1564 de 2012 del Congreso de la República por la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones, julio 12 Diario Oficial No. 48.489.

Ley 2080 de 2021 del congreso de la por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -ley 1437 de

2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción, 25 de enero Diario Oficial No. 51.568.

## **2.6 Decisiones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones**

Resolución 463 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 27 de diciembre de 2001.

Resolución 489 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 12 de abril de 2002.

## **2.7 Circulares de la Superintendencia de Industria y Comercio**

Circular Externa 004 de la Superintendencia de Industria y Comercio, 30 de abril de 2008, por la cual se deroga la instrucción contemplada en el numeral 1.2.5.5 del Capítulo I del Título X de la Circular Única, relativa a la causal de irregistrabilidad consagrada en el artículo 137 de la Decisión 486 de 2000, Bogotá, Colombia.

# **3 JURISPRUDENCIA**

## **3.1 Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Caso Irish creamery milk suppliers association y otros, asuntos 36/80 y 71/80 de petición prejudicial (10 de marzo de 1981).

Caso Sri Cilfit, asunto 283/81 de petición prejudicial (6 de octubre de 1982).

Caso Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH y otros , asunto 102/81 de petición prejudicial (23 de marzo de 1982).

Caso Wunsche, asunto 69/85 de consulta prejudicial (5 de marzo de 1986).

Caso foto-frosty y hauptzollamt lübeck-ost, asunto 314/85 de petición prejudicial (22 de octubre de 1987).

Caso Zuckerfabrik Süderdithmarschen Ag, asuntos acumulados c-143/88 y c-92/89 de petición prejudicial (21 de febrero de 1991).

Caso Dorsch, asunto c-54/96 de petición prejudicial (17 de septiembre de 1997).

Caso Gabalfrisa y otros, asunto C-110/98 a C-147/98 de petición prejudicial (21 de marzo de 2000).

Caso François De Coster, asunto c-17/00 de petición prejudicial (29 de noviembre de 2001).

Caso comisión de las comunidades europeas y República Italiana, asunto c-129/00 de petición prejudicial (9 de diciembre de 2003).

Caso Kobler y República de Austria, asunto c-224/01 (30 septiembre de 2003).

Caso Guy Denuit y otros , asunto 125/04 de petición prejudicial (27 de enero de 2005).

## **3.2 Providencias del Tribunal de Justicia de Comunidad Andina**

### **3.2.1 Sentencias de acción de incumplimiento**

Sentencia de acción de nulidad del 5 de noviembre de 1999, emitida en el proceso 1-AN-96, Quito, Ecuador.

Sentencia de acción de nulidad del 26 de febrero de 1998, emitida en Proceso No. 01-AN-1997, Quito, Ecuador.

Sentencia de acción de nulidad del 12 de noviembre de 1999, emitida en el proceso 07-AI-1999, Quito, Ecuador.

Sentencia de acción de nulidad del 26 de agosto de 2011, emitida en el proceso 03-AI-2010, Quito Ecuador.

### **3.2.2 Sentencias de interpretación prejudicial**

Sentencia de interpretación prejudicial del 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 1-IP-87, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 15 de mayo de 1989, emitida en el proceso 1-IP-89, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 24 de noviembre de 1989, emitido en el proceso 7-IP-89, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 26 de septiembre de 1990, emitida en el proceso 03-IP-90, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 15 de septiembre de 1995, emitida en el proceso 04-IP-94, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 11 de octubre de 1994, emitida en el proceso 1-IP-94, Quito Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial del 17 de marzo de 1994, emitida en el proceso 10-IP-94, Quito, Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 29 de agosto de 1997, emitida en el proceso 11-IP-96, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 20 de agosto de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, Quito Ecuador.

Sentencia de interpretación prejudicial del 30 de marzo de octubre de 2005, emitido en el proceso 31-IP-2005, Quito Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 21 de marzo de 2007, emitida en el proceso 14-IP-2007 , Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 17 de octubre de 2007, emitida en el proceso 130-IP-2007, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial del 21 de abril de 2009, emitida en el proceso 106-IP-2009, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 10 de mayo de 2012, emitida en el proceso 149-IP-2011 , Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación Prejudicial del 11 de julio de 2012, emitida en el proceso 57-IP-2012, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial del 11 de junio de 2014, emitida en el marco proceso 255-IP-2013, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial del 13 de mayo de 2014, emitida en el marco proceso 14-IP-2014, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 17 de septiembre de 2014, emitida en el proceso 80-IP-2014, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 20 de noviembre de 2014, emitida en el proceso 121-IP-2014, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 28 de noviembre de 2014, emitida en el proceso 105-IP-2014 Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial del 20 de febrero de 2015, emitida en el marco proceso 146-IP-2014, Quito, Ecuador.

Sentencia de Interpretación prejudicial 24 de agosto de 2015, emitida en el proceso 242-IP-2015 , Quito, Ecuador.

### **3.3 Corte Constitucional de Colombia**

Sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998, M.P: : Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-327 del 10 de julio de 1997, M.P: Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-467 del 25 de septiembre de 1997, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-227 del 14 de abril de 1999, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-174 de 2007 del 14 de marzo de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia SU-263 de 2015 del 7 de mayo de 2015, M.P: Jorge Iván Palacio

### **3.4 Consejo de Estado de Colombia**

Sentencia del 27 de enero 2000 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, Expediente No. 4360. expediente No. 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645).

Sentencia del 27 de marzo 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera,

C.P, Ruth Stella Correa Calacio, expediente No. 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645).

Sentencia del 7 de abril de 2011 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Expediente No. 11001-03-24-000-2004-00(167-01).

Sentencia del 9 de agosto de 2012 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente No 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

Sentencia del 23 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P, Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054).

Sentencia del 13 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P, Hernán Andrade Rincón, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094).

Sentencia del 1 de agosto de 2016 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourt, Expediente No. 25000 - 23 - 26 - 000 - 2000 - 01778 - 01 (29204).

Sentencia del 10 de noviembre de 2016 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente No. 11001-03-26-000-2016-00063-00(56845).

Sentencia del 24 de noviembre de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 11001-03-26-000-2015-00015-00(52992).

#### **4 Otras fuentes de información**

##### **4.1 Artículos de prensa**

ALDANA SALAZAR, Isabel. “La relevancia de la interpretación prejudicial en materia de telecomunicaciones”. *Revista la nota económica*, abril de 2018.

##### **4.2 Entrevistas**

Pedro RIBERO TOBAR (Arbitro de la cámara de comercio ), entrevistado por Lissa María CLEVES, Valery CUÉLLAR y Estefanny PÉREZ DÍAZ, 18 de septiembre de 2018.

Entrevista incluida en “La interpretación prejudicial como causal de anulabilidad del laudo arbitral en Colombia”, pp. 56-58.

### **4.3 Informes de labores de gestión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Informe de labores de gestión 2011, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2012, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2013, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2014, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2015, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2016, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2017, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2018, Quito Ecuador.

Informe de labores de gestión 2019, Quito Ecuador.

### **4.4 Ponencias en congresos**

RODRÍGUEZ, Libardo. (2012, junio). *Ampliación del sistema de tradicional de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud de los derechos comunitarios.*

Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo- AIDA y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo, Quito, Ecuador.