

**MONOGRAFÍAS**

ALTA CALIDAD EN  
INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA



**tirant**  
lo blanch

Lectura  
**GRATIS**  
en la nube

**MARIO LINARES JARA**  
**RODOLFO C. BARRA**  
**JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA**  
*Coordinadores*

**RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI**  
*Editor*

# CONTRATOS DEL ESTADO, ARBITRAJE Y DERECHO ADMINISTRATIVO



**AP  
DA**

ASOCIACIÓN  
PERUANA  
DE  
DERECHO  
ADMINISTRATIVO



Círculo de Derecho  
Administrativo



**PUCE**

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/co/](http://www.tirant.com/co/)

Supervisión técnica:

Universidad Externado de Colombia (Departamento de Derecho Económico).

Agradecimientos: Luis Alonso Ortiz Zamora

Coordinadores: Mario Ernesto Linares Jara (Perú),  
Rodolfo C. Barra (Argentina) y José Antonio Moreno Molina (España)

Editor: Rubén Méndez Reátegui

Supervisión científica: Dirección de Investigación  
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

*Este libro se inscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas  
realizadas por el Grupo de Investigación en Derecho Económico  
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.*

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)  
Telf.: 4660171  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.com/co/](http://www.tirant.com/co/)  
ISBN: 978-84-1130-251-7  
ISBN PUCE: 978-9978-77-585-1  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

## *Capítulo XVII*

# **El arbitraje en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la comunidad andina**

Hugo Ramiro Gómez Apac

## **INTRODUCCIÓN**

El presente artículo explica los criterios jurídicos interpretativos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) con relación a tres aspectos del arbitraje en el derecho andino. El primero, referido a la calificación de los árbitros y tribunales arbitrales como “jueces nacionales” obligados a solicitar interpretación prejudicial a la corte andina en aquellos casos en los que van a resolver una controversia aplicando el ordenamiento jurídico comunitario andino. El segundo, que identifica las controversias derivadas de contratos de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones que son susceptibles de ser resueltas en la vía arbitral. Y el tercero, que precisa la competencia del tribunal andino para conocer demandas arbitrales en ejercicio de la función arbitral atribuida por su Tratado de creación.

Cabe mencionar que el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena se firmó el 28 de mayo de 1979. Dicho tratado se encuentra actualmente codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) núm. 483 del 17 de septiembre de 1999. El nombre de la corte andina pasó a ser “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” mediante el Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996.

## **1. LA COMUNIDAD ANDINA**

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú conforman la Comunidad Andina, el proceso de integración jurídica, económica y social más lon-

gevo y exitoso de Sudamérica, creado el 26 de mayo de 1969 con la firma del Acuerdo de Cartagena, su tratado fundacional, con el objetivo de promover el desarrollo equilibrado, armónico y equitativo de los países miembros, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Al interior de la Comunidad Andina se encuentra el Sistema Andino de Integración (SAI), una estructura organizacional conformada por el Consejo Presidencial Andino, el máximo órgano político; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y la Comisión de la Comunidad Andina (Comisión), los dos órganos legislativos; la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), el órgano ejecutivo; el TJCA, el órgano jurisdiccional; el Parlamento Andino, el órgano deliberante; entre otros órganos e instituciones.

La Comunidad Andina es una comunidad de Derecho. Cuenta con un ordenamiento jurídico que es autónomo con respecto a los ordenamientos de los países miembros, aunque forma parte integrante de ellos. El ordenamiento jurídico comunitario andino está integrado por normas constitucionales, legales y reglamentarias. Las primeras son el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de creación del TJCA y el Tratado de creación del Parlamento Andino. Las segundas, las leyes andinas, son las Decisiones del CAMRE y la Comisión. Y las terceras, las Resoluciones de la SGCA, que reglamentan las Decisiones. El ordenamiento andino tiene sus propias fuentes del derecho, divididas en derecho primario y secundario, así como en fuentes típicas y atípicas; y sus propios principios jurídicos, como el de autonomía, de preeminencia, de aplicación directa, de efecto directo y de complemento indispensable.

El TJCA, que es la tercera corte internacional más activa del mundo, resuelve controversias entre países miembros, entre órganos comunitarios, entre países miembros y órganos comunitarios, y entre estos y personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Las competencias jurisdiccionales de la corte andina son las acciones de nulidad e incumplimiento, el recurso por omisión, la interpretación prejudicial, la jurisdicción laboral y la función arbitral.

## 2. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL COMO GARANTÍA DE LA APLICACIÓN UNIFORME Y COHERENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO ANDINO

La interpretación prejudicial es el mecanismo procesal que permite al TJCA orientar a las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los países miembros sobre la correcta interpretación de las disposiciones que conforman el ordenamiento andino, lo que permite su aplicación uniforme y coherente en los cuatro territorios que integran el mercado subregional andino. A través de dicho mecanismo, la corte andina explica el objetivo, contenido y alcance de la norma andina consultada, desarrollando criterios jurídicos interpretativos que, como fuentes del derecho (jurisprudencia), forman parte del ordenamiento andino. Existen dos tipos de interpretación prejudicial: la facultativa y la obligatoria.

Con relación a la interpretación prejudicial obligatoria, el art. 33 del Tratado de creación del TJCA (2001) señala lo siguiente:

Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal. (art. 33)

La norma transcrita guarda correspondencia con el art. 123 del Estatuto del TJCA (2001), que establece lo siguiente:

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 confor-

man el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal. (art. 123)

Se aprecia, de las normas citadas, que la interpretación prejudicial es obligatoria cuando la autoridad jurisdiccional nacional que va a resolver la controversia en un proceso interno, aplicando el derecho andino, es de única o última instancia. En este caso, antes de emitir la sentencia correspondiente, debe suspender el proceso que tiene en sus manos y solicitar al TJCA la interpretación prejudicial. Una vez que dicha autoridad reciba la respuesta de la corte andina, emitirá su sentencia aplicando los criterios jurídicos interpretativos contenidos en la interpretación prejudicial.

De otra parte, la interpretación prejudicial es facultativa cuando la autoridad administrativa o jurisdiccional que va a resolver la controversia en un proceso interno, aplicando el derecho andino, no es de única o última instancia, lo que significa que su pronunciamiento es susceptible de ser impugnado ante una instancia superior. En este caso, no está obligado a suspender el procedimiento administrativo o proceso judicial que está tramitando, por lo que puede emitir su decisión final incluso en el supuesto de que el TJCA no hubiese remitido la interpretación prejudicial solicitada.

### 3. LOS ÁRBITROS Y LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES

El art. 79 del Acuerdo de Cartagena establece que la Comisión, a propuesta de la SGCA, aprobará un marco general de principios y normas para lograr la liberalización del comercio intrasubregional de servicios. En acatamiento a este mandato, mediante Decisión 439 de la Comisión, de junio de 1998 (1998), se aprobó el “Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”, el cual establece que cada país miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás países miembros:

- a) acceso a su mercado;
- b) de manera inmediata e incondicionalmente, un trato no menos favorable que el concedido a los servicios y prestadores de servicios similares de cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina; y,
- c) un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares. (arts. 6-8)

En el contexto de la liberalización del comercio de servicios, y por recomendación de las autoridades de telecomunicaciones de los cuatro países miembros, el legislador andino consideró pertinente la integración subregional de las telecomunicaciones andinas. Es así que mediante Decisión 462 de la Comisión, de junio de 1999 (1999), se aprobaron las “Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”.

El art. 30 de la Decisión 462 establece que todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones deben interconectar obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa de interconexión de cada país miembro. En principio, la interconexión es voluntaria y contractual; sin embargo, en caso de negativa de un proveedor a la interconexión, la Autoridad Nacional Competente (de telecomunicaciones) determina su procedencia, lo que significa que la interconexión puede operar por mandato de esta autoridad.

En lo relativo a las condiciones de la interconexión, el art. 30 de la Decisión 462 preceptúa que esta debe darse en forma oportuna; en términos y condiciones no discriminatorios –lo que incluye las normas, especificaciones técnicas y cargos–; con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, o a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas; con cargos de interconexión transparentes, razonables, que cubran los costos, que tengan en cuenta la viabilidad económica y lo suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio; y, a solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red, ofrecidos a la mayoría de los usuarios, sujeto a cargos

que reflejen el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias.

La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones puede dar lugar a abusos, lo que exige la intervención de la autoridad administrativa correspondiente: la Autoridad de Telecomunicaciones, en los ámbitos sometidos a regulación, como es el cumplimiento de las condiciones de interconexión previstos en el art. 30 de la Decisión 462; o la autoridad de defensa de la libre competencia, en caso se presente una conducta anticompetitiva, como es, por ejemplo, el abuso de posición de dominio en la modalidad de subvenciones cruzadas (Decisión 462, 1999, art.29.a). En atención a ello, el art. 32 de la Decisión 462 (1999) establece lo siguiente:

Artículo 32.- Condiciones entre proveedores

Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.

El artículo citado trata de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, es decir, infracciones administrativas, que serán de competencia del organismo regulador o de la autoridad administrativa de defensa de la libre competencia. El incumplimiento de las condiciones de interconexión previstas en el art. 30 de la Decisión 462 serán de conocimiento del regulador, que es la Autoridad de Telecomunicaciones, en tanto dicho incumplimiento se refiera a aspectos de derecho público. El análisis de las conductas anticompetitivas previstas en el art. 29 de la misma decisión corresponde a la autoridad de libre competencia. La legislación interna del país miembro puede establecer que los dos temas –la regulación y el control de las conductas anticompetitivas– estén en manos de la misma autoridad: la Autoridad de Telecomunicaciones.

La Segunda Disposición Transitoria de la Decisión 462 estableció que la SGCA aprobaría las normas comunes de interconexión. En cumplimiento de esta disposición, por Resolución 432 de la SGCA, de octubre de 2000 (2000), se aprobaron las “Normas Comunes de Interconexión”. El art. 7 de esta norma señala que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones están obligados a interconectar

sus redes o servicios y permitir el acceso a dichas redes en condiciones equivalentes para todos los operadores que lo soliciten. Su art. 13 establece que la interconexión puede realizarse:

Por acuerdo negociado entre operadores

Por oferta básica de interconexión presentada por un operador a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones, y aprobada por esta, pudiendo las partes establecer mejores condiciones a través de un acuerdo negociado. (Decisión 462, 1999, art. 13)

El art. 17 de la Resolución 432 establece el contenido de las cláusulas que deben contener los acuerdos negociados de interconexión y las ofertas básicas de interconexión, siendo que una de las cláusulas debe abordar lo referido a los “mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión” (Resolución 432, 2000, art. 17.f). En concordancia con esto, el art. 32 de la misma resolución, ubicado en el capítulo IV (Solución de Controversias), señala lo siguiente:

Artículo 32.- Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta. (Resolución 432, 2000, art. 32)

De conformidad con lo establecido en los arts. 17 (literal f) y 32 de la Resolución 432, los contratos de interconexión, ya sea que estos provengan de un acuerdo negociado o de una oferta básica de interconexión aprobada por la Autoridad de Telecomunicaciones (mandato de interconexión), deben contener una cláusula que trate sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión, en el entendido de que cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. Solo si estas no logran un entendimiento que ponga fin a la controversia, la disputa será sometida a consideración de la Auto-

alidad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes.

A la luz de lo expuesto, la cláusula de solución de controversias podría indicar que las partes, una vez surgida la disputa, podrían resolverla a través de trato directo, conciliación, mediación o arbitraje, que son mecanismos de resolución de controversias. Sin embargo, dada la posibilidad de que las partes no se pongan de acuerdo, como sería el caso, por ejemplo, de no arribar a una conciliación o no acordar una cláusula compromisoria que permita el desarrollo de la vía arbitral, el art. 32 de la Resolución 432 establece que la controversia será resuelta por la Autoridad de Telecomunicaciones.

Los contratos de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones pueden originar conflictos entre los operadores involucrados. Los conflictos que traduzcan la comisión de infracciones administrativas u otros asuntos de derecho público serán de competencia de la Autoridad de Telecomunicaciones, o de la autoridad de defensa de la libre competencia, según lo disponga la legislación nacional (la que puede disponer que tanto los asuntos de regulación sectorial como lo relativo a las conductas anticompetitivas sean conocidos por la Autoridad de Telecomunicaciones), pero las controversias que versen sobre derechos disponibles (aspectos que tienen la particularidad de ser renunciables y transables), pueden ser resueltas por un tribunal arbitral.

#### 4. LOS ÁRBITROS COMO JUECES NACIONALES PARA EFECTOS DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Tanto el Tratado de creación del TJCA como su Estatuto aluden al "juez nacional" de única o última instancia como el obligado a solicitar interpretación prejudicial, en la medida que, en principio, son los jueces los que resuelven controversias aplicando el derecho andino. Sin embargo, en los países andinos, no solo los integrantes del Poder Judicial aplican el derecho andino, también lo hacen los árbitros o tribunales arbitrales, a quienes se les reconoce que ejercen una función jurisdiccional.

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB), operadora de una red de telefonía pública básica conmutada de larga dis-

tancia, había celebrado contratos sobre acceso, uso e interconexión con tres empresas operadoras de telefonía móvil celular, en los que se pactó que la solución de controversias estaría a cargo de un tribunal arbitral. Entre dichas empresas se generó un conflicto sobre las tarifas que debían pagar las operadoras de telefonía móvil a ETB por concepto de cargo de acceso.

El tribunal arbitral se pronunció en diciembre de 2006, y ETB, que no estaba de acuerdo con los tres laudos arbitrales emitidos, inició proceso de anulación de los laudos ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. En el marco de dicho proceso judicial, de única instancia, ETB solicitó al Consejo de Estado que requiera al TJCA interpretación prejudicial de los arts. 30, 32 y otros de la Decisión 462 y 32 y otros de la Resolución 432. El Consejo de Estado emitió sentencia, negando la solicitud de interpretación prejudicial. En mayo de 2010, ETB demandó a la República de Colombia (Colombia) por incumplimiento del ordenamiento andino, materializado, según la demandante, en que el Consejo de Estado no había solicitado interpretación prejudicial a la corte andina.

El TJCA resolvió la demanda de acción de incumplimiento mediante Sentencia de fecha 26 de agosto de 2011 (2011), recaída en el Proceso 03-AI-2010 (Sentencia ETB). Uno de los aspectos controvertidos identificados por la corte andina en el proceso judicial interno era determinar si un tribunal arbitral, al advertir la existencia de normas comunitarias (de oficio o a pedido de parte), debía o no solicitar interpretación prejudicial, como condición previa para emitir el laudo arbitral. Sobre el particular, el TJCA (2011) mencionó lo siguiente:

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

(...)

En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación judicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea de Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia. (pp. 21-22)

En la Sentencia ETB, el TJCA declaró fundada la demanda y señaló que Colombia había incumplido el ordenamiento jurídico comunitario andino, debido a que el Consejo de Estado no solicitó a la corte andina la interpretación prejudicial pese a haber verificado que no se había solicitado dicha interpretación en los respectivos procesos arbitrales.

Así las cosas, desde el año 2011, y por virtud de la Sentencia ETB, los árbitros y tribunales arbitrales han sido considerados como “jueces nacionales” para efectos de solicitar interpretación prejudicial al TJCA en aquellos casos en los que, para resolver la controversia como única o última instancia, van a aplicar una o más normas del ordenamiento andino. En noviembre de 2017, la corte andina aprobó el “Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales” (2017), en el cual se define como órgano jurisdiccional a los órganos judiciales, a los árbitros y tribunales arbitrales o de arbitramento y a todos aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales conforme a la legislación interna de cada país miembro (Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, 2011, art. 2.e).

En enero de 2021, el Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, que conocía una controversia entre Talleres Guayasamín y herederos del famoso pintor ecuatoriano Oswaldo Guayasamín, sobre pago de regalías por la explotación de obras y otros del causante, solicitó interpretación prejudicial al TJCA sobre diversas disposiciones de la Decisión 351 – Régimen Común sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos. El TJCA dio respuesta a través de la Interpretación Prejudicial 01-IP-2021 de fecha 6 de mayo de 2021 (2021) (IP Caso Guayasamín).

En la IP Caso Guayasamín, el TJCA (2021) reconoció que los árbitros califican como jueces nacionales por virtud de lo establecido en la Sentencia ETB; a pesar de lo expuesto, consideró pertinente precisar

de manera puntual el supuesto específico en el que están obligados a solicitar interpretación prejudicial. La corte andina mencionó que, en aquellos casos en los que el tribunal arbitral, para resolver la controversia, no necesita establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina, no tiene la obligación de solicitar interpretación prejudicial, pues como el entendimiento del ordenamiento andino no va a sufrir alteración, variación o afectación alguna, resulta innecesaria la participación del TJCA como orientador de la interpretación de la norma andina (fundamento 3.7. de la IP Caso Guayasamín).

En cambio, si el tribunal arbitral, para resolver la controversia, necesita establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina, el entendimiento del ordenamiento andino puede sufrir una comprensión distinta a la establecida por otra autoridad –sea esta arbitral, administrativa o judicial–, lo que significa que pueden aparecer distintos criterios jurídicos interpretativos sobre el objeto, contenido y alcance de una misma norma andina, lo que generaría diversidad y no uniformidad, incoherencia y no coherencia, afectando, en consecuencia, la unidad del ordenamiento comunitario, por lo que en tal caso sí debería solicitarse la interpretación prejudicial a la corte andina, a efectos de que esta asegure la aplicación uniforme y coherente del derecho andino (fundamento 3.8 de la IP Caso Guayasamín).

Lo que define si el árbitro o tribunal arbitral debe o no solicitar interpretación prejudicial, es el establecimiento, creación o aplicación de un criterio jurídico interpretativo de la norma andina. Si para resolver la controversia, como primer supuesto, no se necesita proceder en ese sentido, no cabe solicitar interpretación prejudicial; de lo contrario, como segundo supuesto, si hay la necesidad de hacerlo, deberá formularse la correspondiente solicitud al TJCA. Este órgano jurisdiccional ejemplificó de la siguiente manera el primer supuesto:

¿Cuándo un árbitro o tribunal arbitral establece, crea o aplica un criterio jurídico interpretativo de la norma andina? Por ejemplo, cuando la controversia consiste en dilucidar la fecha de entrada en vigencia de la norma andina, en determinar si esta se aplica solo al grupo “A” o también al grupo “B”, en verificar si lo establecido en el artículo “X” de una Decisión se aplica también al supuesto de hecho previsto en el artículo “Y” de la misma ley andi-

na, en esclarecer si la prohibición contenida en una disposición es absoluta o relativa, entre otros. Es infinita la posibilidad de encontrar controversias relacionadas con la aplicación o interpretación misma de la norma andina, especialmente cuando es necesario definir, delimitar o explicar su objeto, contenido o alcance. (TJCA, 2021, fundamento 3.6 de la IP Caso Guayasamín)

En lo que respecta al segundo supuesto, el TJCA dio el siguiente ejemplo vinculado, precisamente, con los contratos de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones:

A modo de ejemplo, si lo que está en discusión es lo que una empresa de telecomunicaciones debe pagarle a otra empresa de telecomunicaciones por concepto de cargo de acceso derivado de un contrato de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, y el quid de la controversia consiste en determinar el número de llamadas telefónicas realizadas, de modo que los medios probatorios aportados por las partes tienen por objeto demostrar—según la posición de cada parte— un número determinado de llamadas, es claro que en este ejemplo, para resolver el meollo de la controversia, el árbitro o tribunal arbitral no tiene que establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina o de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, sino que debe abocarse a determinar, sobre la base de tales medios probatorios, cuál es el número de llamadas realizadas a efectos de calcular el monto preciso del cargo de acceso. En este ejemplo, el árbitro o tribunal arbitral no tendría que solicitar interpretación prejudicial al TJCA. (TJCA, 2021, fundamento 3.10 de la IP Caso Guayasamín)

Ampliando el ejemplo citado en la IP Caso Guayasamín, si una empresa operadora de una red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia celebra un contrato de interconexión con una empresa operadora de telefonía móvil celular, con cláusula compromisoria de por medio, y aparece una controversia entre ambas, en el sentido de que la primera sostiene que la segunda debe pagar el cargo de acceso pactado correspondiente a cien mil llamadas telefónicas, mientras que la segunda alega que lo realizado son solo noventa mil, el tribunal arbitral que va a resolver la controversia no tiene que solicitar interpretación prejudicial al TJCA, pues para determinar si son

cien mil o noventa mil, u otro número, simplemente tiene que valorar los medios probatorios de carácter técnico presentados por ambas partes, sin tener la necesidad de establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de alguna disposición de la Decisión 462 o de la Resolución 432.

## 5. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES

En abril de 2005, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (luego denominada UNE EPM Telecomunicaciones S.A.) y Comunicación Celular S.A. (Comcel) suscribieron un contrato de acceso, uso e interconexión, el cual contenía una cláusula compromisoria. Como se suscitó una controversia entre ambas empresas, en diciembre de 2007, Comcel acudió al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. Luego de una serie de vicisitudes procesales, el Tribunal de Arbitramento solicitó al TJCA, entre otros, interpretación prejudicial de los arts. 32 de la Decisión 462 y de la Resolución 432.

El TJCA respondió la solicitud del mencionado tribunal arbitral con la Interpretación Prejudicial 79-IP-2014 del 25 de agosto de 2014 (2014) (IP Caso Comcel), indicando, respecto del asunto controvertido referido a cuál es la autoridad competente para resolver los conflictos derivados de la ejecución de un contrato de interconexión, que la Autoridad de Telecomunicaciones –en Colombia, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), luego denominada Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)– tenía competencia exclusiva y excluyente para dirimir tales controversias.

La corte andina se equivocó parcialmente en la respuesta brindada en la IP Caso Comcel. El error se originó en una comprensión inadecuada del art. 32 de la Decisión 462. Esta disposición, citada párrafos arriba, no se vincula con las controversias sobre derechos disponibles de los operadores, sino sobre asuntos de derecho público, como es la comisión de infracciones administrativas u otros aspectos de orden público. En efecto, el referido art. 32 menciona la violación de las normas o principios de interconexión o de la libre competencia, lo

que se encuentra relacionado con la determinación de infracciones administrativas por parte de la Autoridad de Telecomunicaciones –en lo concerniente a los ámbitos sometidos a regulación (como es el cumplimiento de las condiciones de interconexión previstas en el art. 30 de la Decisión 462)– o de la autoridad nacional de defensa de la libre competencia –en lo relativo a la prohibición y sanción de las conductas anticompetitivas (art. 29 de la Decisión 462)–, a pesar de que ambas competencias pueden estar en cabeza de la misma autoridad.

El TJCA cometió el error de considerar que el art. 32 de la Decisión 462 también abordaba lo referido a controversias sobre derechos disponibles, por lo que al efectuar una interpretación sistemática distorsionada de los arts. 32 de la Decisión 462 y de la Resolución 432, en la práctica prohibió que los conflictos sobre derechos disponibles fuesen solucionados por la vía arbitral. Para la corte andina de aquella época, todos, pero absolutamente todos los conflictos derivados de la ejecución de un contrato de interconexión, incluyendo aquellos relacionados con derechos disponibles, debían ser solucionados por la Autoridad de Telecomunicaciones.

Dicho error fue corregido tres años después, mediante la Interpretación Prejudicial 560-IP-2016 del 21 de septiembre de 2017 (2017) (IP Caso ETB-Comcel). Esta segunda interpretación prejudicial se originó en un contrato de acceso, uso e interconexión celebrado entre ETB y Comcel en julio de 1994. Mediante Resolución 463 del 2001, la CRT (o CRC) estableció en cabeza de todos los operadores telefónicos la obligación de ofrecer a los demás operadores de telecomunicaciones que demandaran interconexión, al menos las opciones de cargos de acceso por minuto o por capacidad para remunerar el uso de la misma. En febrero de 2002, Comcel informó a ETB su decisión de acogerse a la opción de cargos de acceso máximos por minuto, para remunerar el uso de la red de ETB. En febrero de 2004, Comcel avisó a ETB su decisión de acogerse a la opción de cargos de acceso máximo por capacidad, lo que no fue aceptado por ETB. La controversia fue resuelta por la CRC en febrero de 2005, quien le dio la razón a Comcel. En septiembre de 2005, ETB presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de la CRC ante la Sección Primera del Consejo de Estado, la cual, en noviembre de 2016, solicitó al TJCA interpretación prejudicial de diversas normas andinas, entre ellas la Decisión 462 y la Resolución 432.

En la IP Caso ETB-Comcel, la corte andina advirtió que, en el proceso judicial interno, un asunto controvertido era determinar a la autoridad competente para resolver las controversias derivadas del contrato de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones. En dicho proceso, la CRC había señalado que la fijación de la tarifa de interconexión (aspecto regulatorio) era una función legal de dicha autoridad de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994, y que el régimen aplicable a las tarifas de interconexión era reglamentario y no contractual. En la Sentencia de primera instancia judicial, que había emitido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en mayo de 2009, se había señalado que la CRC tenía competencia sobre las siguientes materias: (a) monopolios en la prestación de los servicios públicos; (b) promoción de la competencia en la prestación de dichos servicios; (c) abuso de posición de dominio; y, (d) producción de servicios de calidad (Caso ETB-Comcel, 2017, fundamentos 5.2, 5.3 y 7.2).

Para identificar a la autoridad competente para resolver las controversias derivadas de un contrato de interconexión, en la IP Caso ETB-Comcel, el TJCA explicó que el art. 32 de la Decisión 462 trata sobre aquellas actuaciones que implican violaciones a las normas y principios de interconexión, así como violaciones a la libre competencia, por lo que estos asuntos eran de competencia de las autoridades nacionales respectivas, las que tenían la misión de salvaguardar, mediante el ejercicio de sus potestades públicas, las normas y principios de orden público y la protección de los intereses generales. En cambio, las controversias que versaban sobre “derechos disponibles” podían ser resueltas por un tribunal arbitral en aplicación de lo establecido en el literal f) del art. 17 de la Resolución 432. La corte andina lo explicó en los siguientes términos:

2.4. El Literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432 establece que tanto los Acuerdos de Interconexión Negociados como las Ofertas Básicas de Interconexión deben contener una cláusula relativa a los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

De esta manera, si en la relación contractual surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad; es decir, aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción, debidamente permitidos por la ley y con-

forme a la voluntad de las partes, dichas controversias podrán ser resueltas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente, de conformidad con el Literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432, entre ellos el arbitraje.

En cambio, las controversias relacionadas con las materias de orden público, derecho de imperio del Estado o las funciones regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones no pueden ser materia de arbitraje, por lo que ellas tendrán que ser resueltas por la autoridad administrativa nacional competente. (Caso ETB-Comcel, 2017, pp. 18-19)

En la IP Caso ETB-Comcel, el TJCA reconoció la competencia de los tribunales arbitrales para dirimir aquellas controversias que versan sobre derechos disponibles, es decir, aquellos asuntos respecto de los cuales los operadores de redes públicas de telecomunicaciones pueden renunciar o transigir. Es el caso del ejemplo planteado en la IP Caso Guayasamín. En este ejemplo no está en discusión el monto de la tarifa a cobrar por concepto de cargo de acceso, sino el número de llamadas realizadas. En la ampliación del ejemplo propuesto en el presente trabajo académico, hemos asumido que una operadora sostiene que se hicieron cien mil llamadas telefónicas, mientras que la otra alega que se hicieron noventa mil. Dado que la primera, si quisiera, podría aceptar lo alegado por la segunda, o esta allanarse a lo exigido por la primera, o ambas conciliar en un número diferente, como podría ser noventa y cinco mil llamadas, la determinación del número de llamadas es un asunto de derechos disponibles o de libre disponibilidad, por lo tanto, susceptible de ser conocido por un tribunal arbitral.

## 6. LA FUNCIÓN ARBITRAL DEL TJCA

El art. 38 del Tratado de creación del TJCA (2001) asigna a esta corte una función arbitral en los siguientes términos:

Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre

órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. (art. 38)

La norma citada otorga competencia al TJCA para actuar como tribunal arbitral en dos escenarios:

Sobre controversias derivadas de contratos, convenios o acuerdos entre órganos e instituciones del SAI, y entre estos y terceros, cuando las partes así lo hayan acordado.

Controversias entre particulares derivadas de contratos privados regidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino, cuando las partes así lo hayan acordado.

El Estatuto del TJCA (2001) reguló todas las competencias jurisdiccionales de la corte andina (las acciones de nulidad, incumplimiento y laboral, el recurso por omisión y la interpretación prejudicial), menos la función arbitral. La Segunda Disposición Transitoria de dicho Estatuto dispuso que el CAMRE, a propuesta de la Comisión y en consulta con el TJCA, adoptará la Decisión referente a la función arbitral, lo que no ha ocurrido hasta la fecha.

Sin embargo, ello, la corte andina ha recibido demandas como la planteada por la señora María Elena Aguirre Vaca, mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2018, complementado mediante escritos de fechas 7 de enero y 8 de febrero de 2019, contra la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador (UASB), que es una institución del SAI, por presunto incumplimiento contractual. Sobre el particular, mediante Auto de fecha 9 de abril de 2019, recaído en el Proceso 02-Arbitraje-2018, el TJCA señaló que la omisión del CAMRE en expedir la Decisión que reglamente la función arbitral de la corte andina dificulta la admisión y resolución de controversias sometidas a su conocimiento en la vía arbitral, pues el ejercicio de potestades

jurisdiccionales, como la función arbitral, debe sustentarse en normas jurídicas que determinen, además de su competencia, la forma de ejercerla.

Sin embargo, pese a la regulación ausente, el TJCA no ha cerrado las puertas a todas las demandas arbitrales, pues ha reconocido que, en atención a su función de salvaguardar el derecho comunitario andino, sí admitirá aquellas demandas vinculadas con controversias que versen sobre la aplicación o interpretación del derecho comunitario andino. Hasta la fecha no se han presentado demandas de esta naturaleza.

El TJCA declaró improcedente la demanda de la señora Aguirre debido a que la controversia existente entre ella y la UASB versaba sobre un asunto contractual privado ajeno al derecho comunitario andino.

## CONCLUSIONES

Una de las competencias jurisdiccionales del TJCA es la emisión de interpretaciones prejudiciales, por medio de las cuales esta corte internacional orienta a las autoridades administrativas y jurisdiccionales del proceso de integración subregional andino sobre el objetivo, contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino. La interpretación prejudicial puede ser obligatoria o facultativa. Ocurre lo primero cuando el juez nacional que va a resolver la controversia, aplicando el derecho andino, es de única o última instancia; y estamos ante lo segundo si el juez nacional que va a resolver la controversia, aplicando el derecho andino, no es de única o última instancia, lo que significa que su pronunciamiento es susceptible de impugnación conforme al derecho interno.

El tribunal andino ha interpretado que "juez nacional" comprende también a los árbitros o tribunales arbitrales en aquellos casos en los que estos actúan como única instancia y tienen que aplicar el derecho andino al momento de resolver la controversia. La corte andina ha precisado que los árbitros están obligados a solicitar interpretación prejudicial solo si necesitan establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina para resolver la controversia que tienen en sus manos, pues solo en este caso existe el riesgo de que se produzca una alteración, variación o afectación del entendimiento del derecho andino. Si no van a

establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina, los árbitros no necesitan solicitar interpretación prejudicial al órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina.

Uno de los aspectos abordados por el ordenamiento andino es el relativo a la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, lo que coadyuva en la liberalización del comercio de servicios y en la integración subregional de las telecomunicaciones andinas. Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes con el operador que se lo solicite. Esta interconexión puede operar de manera voluntaria a través de acuerdo negociado entre operadores o por virtud de una oferta básica de interconexión aprobada por la Autoridad de Telecomunicaciones. En cualquier caso, el contrato de interconexión debe contener, como una de sus cláusulas, lo concerniente al mecanismo de solución de controversias, y los operadores pueden establecer que un mecanismo de este tipo sea el arbitraje.

Sobre el particular, la corte andina ha explicado, respecto de las controversias derivadas de la ejecución, cumplimiento o interpretación de un contrato de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, que las disputas relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad —aquellos que pueden ser objeto de renuncia o transacción— pueden ser solucionadas por un tribunal arbitral, mientras que los conflictos que traducen materias de orden público o de derecho de imperio, como son las funciones regulatorias, tienen que ser resueltas por la Autoridad de Telecomunicaciones.

El Tratado de creación del TJCA ha otorgado a esta corte internacional competencia para conocer demandas arbitrales, pero su Estatuto no ha regulado dicha competencia, lo que genera un vacío legislativo que dificulta que la corte andina conozca controversias derivadas de contratos, convenios o acuerdos entre órganos e instituciones del SAI, y entre estos y terceros, así como controversias entre particulares derivadas de contratos privados regidos por el ordenamiento jurídico comunitario andino. Sin embargo, dicha laguna normativa, la corte andina ha señalado que, en atención a su función de salvaguardar el derecho andino, sí va a admitir aquellas demandas arbitrales vinculadas con controversias que versen sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento andino, lo que hasta la fecha no ha sucedido.