**CONSEJO DE ESTADO - Recurso extraordinario de anulación - Competencia Factor subjetivo**

De conformidad con lo previsto por el numeral 7 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, Ley 1437 de 2011– y con lo normado en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. …La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes. …A juicio de la Sala, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, comoquiera que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB S.A. ESP., en su calidad de empresa por acciones de naturaleza mixta es una entidad estatal prestadora de servicios públicos domiciliarios, que como tal se ubica dentro de la gama de entidades estatales autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios…

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Naturaleza - Finalidad - Características**

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado, de manera reiterada, cuáles son la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, aspectos que se concretan de la siguiente manera: i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo, que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores in iudicando, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial –falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea–, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos. iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los Árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra, en consecuencia, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación. v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”. vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Características**

Ha explicado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que las principales características del Derecho Comunitario Andino son (i) la supranacionalidad; (ii) la integración con los sistemas jurídicos internos; (iii) la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y (iv) su intangibilidad y autonomía.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Supranacionalidad - Elementos**

El rasgo de la (i) supranacionalidad constituye el núcleo del derecho comunitario andino y se manifiesta por medio de la integración de los ordenamientos jurídicos en un todo; en efecto, con la supranacionalidad lo que se pretende, en la práctica, es crear una organización que pueda impulsar un proceso de integración sin las trabas, los formalismos y las solemnidades propios del Derecho Internacional ordinario, a través de la utilización de mecanismos más amplios, directos y expeditos que los de las relaciones políticas o comerciales tradicionales: la conformación de una organización dotada por los Estados que la crean –mediante cesión que éstos le hacen al formarla– de competencias de ejercicio autónomo, tanto de naturaleza normativa, como administrativa y jurisdiccional, lo cual supone el reconocimiento, en favor de los órganos comunitarios, de la capacidad para producir regulaciones y para adoptar decisiones, administrativas o jurisdiccionales, que sustituyen las de los Estados en la respectiva materia y que tienen en todos los países integrados un valor uniforme, esto es idénticos efectos tanto frente a los Estados mismos como frente a sus habitantes. Así entendido el concepto de supranacionalidad, como distinto de las nociones de internacional, interestatal o intergubernamental, entraña una manera de obrar independiente y conjunta, en ejercicio de los poderes cedidos por los Estados miembros a los órganos encargados de la integración e “implica una superación del principio del do ut des, que entrañaba reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, para ser sustituido por la idea de comunidad, de unión cooperativa, de co-participación en un proceso, de pertenencia a un todo mayor en la realización de cuyos fines se realizan también los de las partes”, idea cuya materialización se sustenta en la utilización de los siguientes mecanismos: “1.- Una organización independiente de los Estados que se integran, con poderes suficientes para deducir autónomamente, dentro del marco de su tratado constitutivo, las normas y los actos de ejecución del proceso, sin necesidad de que cada paso deba ser formalizado en tratados públicos, sujetos a la aprobación legislativa, a la ratificación e incorporación expresa y formal a los derechos nacionales, procedimiento que anquilosaría cualquier programa de integración; 2.- Que, en consecuencia, las decisiones normativas y ejecutivas de la organización integracionista tengan obligatoriedad y vigencia para los países miembros del acuerdo de integración y para sus habitantes, en forma inmediata, directa y prioritaria, o sea, sin necesidad de actos especiales de incorporación, así como las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la comunidad, los que deberán cumplirse sin el requisito de la homologación o el exequator. (…) Viene, de esta manera, a ser la integración, desde el punto de vista jurídico, una verdadera redistribución de poderes entre los Estados intervinientes en el proceso y los órganos de la comunidad creada, pues quedan capacitados todos para generar un derecho derivado de su tratado constitutivo, común a toda el área y que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior al de la ley nacional, a la que desplaza o sustituye, en forma directa y automática, con la consecuencia adicional de que la organización que anima el nuevo ordenamiento se personaliza con calidad de sujeto de derecho internacional, al lado y a la par de sus organizadores”.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Alcance - Principio de supremacía - Principio de aplicación directa - Tribunal Andino de Naciones - Interpretación prejudicial**

A este respecto cabe tener en cuenta también la argumentación que la jurisprudencia constitucional ha consolidado en relación con el derecho comunitario andino y su integración al ordenamiento jurídico colombiano; así, en la sentencia C-228 de 1995, la Corte Constitucional dejó planteadas dos cuestiones, a saber: a.) el alcance del derecho comunitario, en los siguientes términos: “El derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de  competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros y las subsecuentes regulaciones expedidas por las autoridades comunitarias apoyadas justamente en tales competencias y atribuciones, ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y con una capacidad de aplicación  directa y eficacia inmediata, porque  a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión”. Y b.) se señaló cómo opera el derecho comunitario en el ejercicio jurisdiccional de los órganos comunitarios judiciales e internos: “La solución del caso planteado implica, de una parte, la consideración de la normatividad comunitaria y de la interpretación que de ella haga el citado Tribunal y, de otra, el juicio de constitucionalidad que debe hacer la Corte con respecto a las normas demandadas. Es decir, nos hallamos en presencia de una particular colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, aun cuando ambos actúen en ámbitos jurisdiccionales diferentes, en la aplicación de normas que tienen distinto contenido de validez, pero que exigen una interpretación integral. No existe, por tanto superposición de una jurisdicción sobre otra, que pudiera dar lugar a la estructura de una jerarquía, sino mas bien actuaciones jurisdiccionales complementarias e interactuantes de los jueces comunitarios y nacionales que permiten la aplicación uniforme del derecho comunitario, e igualmente conciliada con el derecho nacional. Aparece delimitada la función del Tribunal Andino de Justicia y de este Corte, con respecto a la elucidación del asunto a que se contrae la demanda, así: corresponde al Tribunal hacer la interpretación prejudicial de las aludidas normas comunitarias, limitándose a precisar el contenido y alcance de las mismas, sin interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte. Dentro de los supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal”.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Pacta sunt servanda *-* Prevalencia - Fundamento constitucional - Bloque de constitucionalidad - Propósito - Finalidad - Convención de Viena sobre el derecho de los tratados - Integración**

En cuanto a la sujeción al derecho comunitario, en la sentencia C-256 de 1998 la Corte Constitucional destacó cómo el artículo 93 de la Carta Política señala expresamente la prevalencia de los Tratados Internacionales por sobre el ordenamiento interno; pero debe advertirse que ese no es el caso del derecho comunitario andino, el cual no tiene prevalencia sobre la Constitución Política, lo cual implica que las normas y decisiones de dicho ordenamiento deben sujetarse a las garantías y reglas mínimas, tal como lo explicó la Corte Constitucional en su sentencia C-256 de 1998: “Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”. …“Lo que indica, sin duda, que no puede el órgano interno so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los Tratados Internacionales de respeto a los derechos humanos de todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “cesión voluntaria” que los Estados miembros han acordado, por lo que si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta “para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone”. Todo lo anterior significa, sin duda que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros, esto es el ordenamiento jurídico andino, al que se da cabal cumplimiento por medio de esta decisión judicial”.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Características - Potestades normativas**

De la explicada supranacionalidad, realmente, derivan las demás características mencionadas del Derecho Comunitario, entre ellas (ii) su carácter integrador o integración con el ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros, para los cuales las normas de derecho comunitario andino tienen fuerza vinculante, habida cuenta de que emanan de la decisión soberana de los Países Miembros de dar origen a la Comunidad Andina, a sus instituciones y a su sistema normativo; precisamente en virtud de esa decisión soberana se transfieren competencias propias de las autoridades nacionales a instancias de decisión comunitarias frente a cuyas determinaciones se adquieren derechos y se contraen obligaciones de hacer y de no hacer respecto de los demás socios comunitarios. De lo expuesto se desprende que cuando quiera que exista contradicción entre una norma comunitaria y una del sistema interno de alguno de los Estados Miembros, aquélla debe hacerse aplicar con primacía respecto de éstas, lo cual si bien no necesariamente comporta la obligación de derogar la norma interna –cuyos alcances o contenido probablemente sirvan para dirimir otro tipo de casos, sin colisionar con el ordenamiento comunitario–, sí implica la exigencia de inaplicarla –total o parcialmente– o de condicionar su interpretación de modo que el sentido normativo que se le atribuya para el caso concreto resulte respetuoso de la normativa comunitaria. De no proceder así, el Estado Miembro del cual se trate puede ver comprometida su responsabilidad internacional, circunstancia que en primer término se traduce en que resulta pasible de que en su contra se instaure la acción de incumplimiento ante el TJCA. Y es que la creación del ente comunitario con órganos que tienen competencia normativa propia ha dado origen a un orden jurídico nuevo que genera relaciones de coordinación, de supraordinación y de inordinación con respecto a los sistemas jurídicos nacionales, pues los órganos comunitarios profieren normas jurídicas en las materias que el tratado constitutivo les ha reservado para su regulación, mientras que las autoridades de los países miembros dictan normas encaminadas a regular las materias que las respectivas Constituciones Políticas reservan a la ley nacional; así pues, estas dos potestades normativas, que recaen sobre las mismas personas, requieren la coordinación de los productos normativos fruto de su ejercicio, pues tanto las fuentes del derecho andino como las del derecho nacional se encuentran acompañadas del rasgo de la autonomía, por manera que la ausencia de coordinación entre ellas puede crear no pocas interferencias y contradicciones.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Coexistencia - Principio de primacía - Prevalencia del interés de integración económica**

De la autonomía del derecho andino y de la del derecho interno se deriva el principio según el cual ni el primero puede derogar el segundo, ni viceversa, por manera que ambos sistemas normativos están abocados a coexistir; dicha coexistencia impone, como acontece en todo ordenamiento jurídico, el necesario establecimiento de un orden jerarquizado de normas con el fin de posibilitar que el sistema opere de manera armónica. A tal efecto, entonces y según se ha expuesto, cuando el sistema jurídico andino entra en contradicción con el derecho interno de los Países Miembros. “… hay que acudir al criterio axiológico para resolver este conflicto. Si el derecho comunitario andino es superior al derecho interno es porque el interés protegido, que es la integración económica para promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros y la elevación del nivel de vida de los habitantes de la subregión, está por encima de los intereses nacionales, los que, por tener un espacio económico más limitado, no son aptos para alcanzar esos objetivos. (…)En el sistema jurídico comunitario no es posible aceptar que un país miembro se pueda desentender de sus compromisos comunitarios alegando que su derecho constitucional o, en general, su derecho interno, le impide cumplir con esos compromisos. El derecho interno serviría entonces de burladero para escapar a las responsabilidades internacionales. Si el derecho interno opone algún obstáculo a la aplicación del derecho comunitario, el país miembro, para demostraciones de la buena fe con que cumple sus obligaciones internacionales, debe proceder “a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, como lo dispone el artículo 5 del tratado que creó el Tribunal de Justicia. Una de esas medidas debe ser la reforma de la Constitución o legislación para adaptarlas a los requerimientos del derecho comunitario. (…)Aceptada, pues, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluido el derecho constitucional, se pueden aplicar las siguientes reglas de interpretación. Una primera regla para resolver los conflictos entre una norma de rango superior y una norma de rango inferior es la de aplicar preferentemente la norma superior, sin que esta aplicación preferente conlleve la nulidad o la derogación de la norma inferior. Esta norma conserva su vigencia y puede ser aplicada en otro caso siempre que no esté en contradicción con una norma superior. Esta norma es perfectamente aplicable para resolver un conflicto entre una norma comunitaria andina y una norma interna. Si se acepta el principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, la autoridad nacional tendrá que aplicar preferentemente la norma comunitaria, sin que esta aplicación (…) implique la derogación de la norma nacional”.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Principio de aplicación directa**

En estrecha conexión con las características del Derecho Comunitario hasta ahora enunciadas se encuentra la de (iii) la aplicabilidad directa de los elementos que lo integran, a la cual suele ir anudada también la particularidad consistente en que tales disposiciones comunitarias producen efectos directos o inmediatos; en virtud del principio de aplicación directa el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina; la referida incorporación en el derecho interno tiene lugar de manera automática, es decir que opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la disposición comunitaria respectiva.

**DERECHO COMUNITARIO - DERECHO DE LA INTEGRACIÓN - Comunidad Andina de Naciones - CAN - Características - Principio de intangibilidad -Principio de autonomía**

Y, finalmente, debe hacerse alusión, en el elenco de características que distinguen al Derecho Comunitario, a (iv) su intangibilidad y autonomía; la autonomía explica que los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración cuentan con la independencia necesaria, frente a las autoridades de los Países Miembros, para cumplir cabalmente con sus funciones, en aplicación de reglas y de principios que en modo alguno se encuentran condicionados por lo establecido en las disposiciones del derecho interno de los Estados y que únicamente se hallan al servicio de los objetivos comunes que justifican la existencia del modelo integracionista. Corolario de la mencionada autonomía la constituye la intangibilidad del Derecho Comunitario, por virtud de la cual las autoridades de los Países Miembros tienen vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema de Integración, pues de intentar hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado respectivo; así lo ha explicado el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina…

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Nulidad interpretación prejudicial**

Las anteriores características que distinguen al Derecho Comunitario y que fuerzan su aplicación preferente respecto de las normas de Derecho interno, según se viene de explicar, han dado lugar a que el Consejo de Estado haya sostenido que se encuentra en el deber de garantizar, incluso a través de la adopción de decisiones de oficio durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, la primacía del Derecho Comunitario Andino; en tal sentido, de manera oficiosa, declaró la nulidad de varios laudos arbitrales que se habían proferido con omisión, por parte de los Tribunales de Arbitramento respectivos, del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial, al TJCE, de las normatividad andina aplicable a los casos que tenían por resolver. …Con base en lo expuesto, entiende la Sala que si la facultad de declarar de oficio la nulidad del laudo arbitral debe ejercerse con fundamento en la inobservancia de la exigencia de solicitar la Interpretación Prejudicial al TJCA cuando ello resulta procedente, con mayor razón debe hacerse uso de la aludida atribución tratándose de eventos en los cuales el juez o Tribunal Arbitral sí ha solicitado la Interpretación Prejudicial, pero no la acoge al resolver el caso concreto, en abierta y franca violación de lo establecido por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (…)Tal y como se refirió en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, el Tribunal Arbitral formuló solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA– con el fin de que se interpretaran varias disposiciones de Derecho Comunitario que se consideraron aplicables al asunto sub judice y el TJCA profirió la Interpretación Prejudicial distinguida con la referencia 146-IP-2014, la cual incluso fue citada por dicho Tribunal Arbitral en el laudo objeto del recurso extraordinario de anulación que ahora se decide. Empero, el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta, en la decisión recurrida, el contenido de lo expresado por el TJCA en el referido pronunciamiento, pues pese a que en éste se indicó que sólo la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones es competente para dirimir controversias en materia de interconexión, el varias veces mencionado Tribunal Arbitral sí se consideró facultado para pronunciarse de fondo en relación con las pretensiones que, dentro del litigio que aquí se examina, elevó Comcel, por considerar que tenían naturaleza contractual y que no guardaban relación con el ejercicio de sus facultades regulatorias por parte de la Autoridad de Telecomunicaciones. Este proceder por parte del Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo censurado, supone un desconocimiento del carácter prevalente del Derecho Comunitario Andino respecto de las normas de carácter interno, lo cual da lugar a que deba declararse la nulidad de la decisión arbitral, de conformidad con cuanto hasta ahora se ha dejado expuesto, más aún si se tiene en cuenta que el criterio expuesto por el TJCA en la Interpretación Prejudicial rendida dentro del presente asunto, constituye una postura reiterada y uniforme de dicho órgano supranacional.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094)A**

**Actor: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. (ANTES CELCARIBE S.A.)**

**Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A., contra el laudo que se profirió dentro del proceso arbitral que se adelantó entre las partes citadas en la referencia, el día 29 de mayo de 2015, dentro del cual se resolvió lo siguiente:

*“Primero. Declarar improcedentes las excepciones sobre competencia (numeral 5.2 y 5.3, de la respuesta a la demanda presentada) interpuestas por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP - ETB S.A. E.S.P*

*Segundo. Declarar improcedentes las excepciones sobre caducidad (numeral 5.8 y 5.9, de la respuesta a la demanda presentada) interpuestas por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP - ETB S.A. E.S.P.*

*Tercero. Declarar procedentes las excepciones contenidas en los numerales 5.1, 5.10, 5.11 y 5.15 de la respuesta a la demanda presentada, en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva, sin lugar a pronunciamiento sobre todas las restantes excepciones interpuestas por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. frente a la demanda arbitral principal reformada instaurada en su contra.*

*Cuarto. Por las razones expuestas en la parte motiva, no se accede a las pretensiones Primera y Segunda de la demanda arbitral presentada por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP - ETB S.A. E.S.P.*

*Quinto. Declarar no probada la tacha interpuesta por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. contra el testigo Carlos Enrique Posada Montoya.*

*Sexto. Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. (antes CELCARIBE S.A.) a pagar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP - ETB S.A. E.S.P. la suma de dos mil cuarenta y siete millones seiscientos veinte mil pesos ($2.047´620.000) por concepto de costas y agencias en derecho, de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de este Laudo.*

*Séptimo. Expídanse copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado con las constancias de ley.*

*Octavo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).*

*Noveno. Ordenar que por Secretaría sea enviado este Laudo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Art. 128 de la Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).*

*Décimo. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal.*

*Décimo Primero. Ordenar que se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos y que se proceda a devolver las sumas no utilizadas de dicha partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos” [[1]](#footnote-1).*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1.1 La demanda arbitral.**

El día 21 de diciembre de 2012, COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., por conducto de apoderado, formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., demanda arbitral en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P, con ocasión de la controversia suscitada entre las partes en relación con la ejecución del contrato de Interconexión celebrado entre ellas, el 11 de noviembre de 1998.

**1.2 La cláusula compromisoria**.

La cláusula compromisoria se estipuló en los siguientes términos:

*"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: SOLUCION DE DIFERENCIAS:*

*En las diferencias que surjan de la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de este contrato, las partes buscarán su solución en forma ágil y directa y para el efecto se acuerda el siguiente procedimiento de solución de controversias: a) Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario, procure solucionar directa y amigablemente las diferencias derivadas del contrato, siempre que no impliquen modificaciones al presente contrato; b) Si en la instancia del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, las partes acudirán a una segunda instancia conformada por los representantes legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes diez (10) días calendario. En esta etapa las partes podrán acudir al organismo regulador competente para que medie en la solución del conflicto, siempre y cuando las partes así lo convengan. Si dentro del plazo que se acaba de indicar no hubo acuerdo, las diferencias serán resueltas de manera definitiva por un Tribunal de Arbitramento, que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo a las siguientes reglas: El arbitraje será adelantado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El fallo de los árbitros será en Derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998. En cualquier caso, el fallo de los árbitros tendrá los efectos que la Ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros con especialización o experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones"[[2]](#footnote-2).*

**1.3 Las pretensiones.**

Las pretensiones elevadas en el escrito de convocatoria, radicado el día 21 de diciembre de 2012, son las siguientes:

*PRIMERA (1ª)-: Que se designen tres (3) árbitros para que resuelvan el proceso arbitral promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. (antes CELCARIBE S.A.) en adelante COMCEL, contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP, en adelante ETB. Dicha decisión deberán adoptarla previo el cumplimiento de los trámites indicados tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*SEGUNDA (2ª)- La demanda que junto con las respectivas excepciones propuestas deben resolver los árbitros es la siguiente (...)*

*La pretensión Segunda fue modificada mediante escrito del 19 de noviembre de 2013, cuyo texto es el siguiente:*

*Que en cumplimiento de lo dispuesto tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por el H. Consejo de Estado, los árbitros avoquen el conocimiento del proceso, y asuman competencia pero única y exclusivamente para los efectos de dictar el laudo arbitral, que reemplace el Laudo Arbitral que fue anulado por la Sección Tercera del Consejo de Estado (...)*

*De otro lado, las pretensiones de la demanda original son las siguientes:*

*PRIMERA (1ª)- Que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP., está obligada a pagar a COMCEL S.A., por concepto de "Cargo de Acceso" 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.*

*SEGUNDA (2ª)- Como consecuencia de la Declaración anterior, o de una semejante, condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP., a pagar a COMCEL S.A., por concepto de cargo de acceso, por el tráfico de larga distancia internacional entrante cursado desde el mes de enero de 2002 y hasta la fecha en que se profiera el Laudo o la más próxima a éste, en subsidio, hasta la fecha de presentación de la corrección de la demanda... De la suma anterior se deducirán los pagos realizados por EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP., durante los años 2002 y 2003.*

*En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses.*

*El valor total de las sumas anteriores, será el que se establezca en el curso del proceso.*

*TERCERA (3ª)- Se condene a LA DEMANDADA al pago de las costas".*

**1.4 Los hechos.**

Precisó la empresa convocante que el 11 de noviembre de 1998 suscribió contrato de Interconexión con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. en el que se pactó el Tráfico de Larga Distancia Internacional, tanto en sentido entrante como saliente y el pago a cargo de la parte convocada del cargo de acceso.

Indicó la empresa convocante que las partes fijaron en el contrato los valores para remunerar el uso de redes de TMC y PCS por el Tráfico de Larga Distancia Internacional entrante, en consideración a que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ─CRT─ no había fijado ningún valor de cargo de acceso. Añadió que en abril de 2000, la CRT profirió la primera resolución fijando la remuneración por las llamadas de larga distancia internacional entrantes y, posteriormente, mediante Resolución CRT 463 de 2001, determinó unos nuevos valores de cargo de acceso, concediendo a los operadores la facultad de mantener las condiciones existentes o de acoger en su totalidad la nueva remuneración.

Sostuvo que para el tráfico de LDI entrante a su red, la empresa convocada se acogió al sistema de cargos de acceso por minuto previsto en la Resolución CRT 463 de 2001, pero aplicó un valor inferior al señalado en la misma para la opción de cargos de acceso máximos por minuto, razón por la cual solicitó a la ETB aplicar los valores previstos en la resolución para el tráfico internacional entrante cursado desde enero de 2002; comoquiera que la parte convocada rechazó esta solicitud, acudió a la CRT para que dirimiera el conflicto, pero ésta se abstuvo de hacerlo por considerar que la solicitud debía ser elevada por la ETB para que se activara su competencia y que por tal motivo, tenía que acudir a las autoridades jurisdiccionales.

Expresó en este sentido que el esquema de cargos de acceso acogido por la empresa convocada, esto es, el contenido en la Resolución CRT 463 de 2001, rige para todas sus relaciones de interconexión, incluida la sostenida con Comcel S.A., máxime cuando ha sido la misma parte convocada la que, en numerosos casos, ha solicitado y obtenido la aplicación a su favor de tal esquema.

**1.5 La integración del Tribunal de Arbitramento.**

El 19 de noviembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso declarar instalado legalmente el Tribunal de Arbitramento y se designó Presidente y Secretaria.

**1.6 La contestación de la demanda y las excepciones perentorias propuestas.**

En relación con las pretensiones formuladas por la parte convocante, la empresa convocada se opuso a todas y cada una de ellas; asimismo, admitió algunos hechos como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Igualmente, propuso una pluralidad de excepciones de mérito que se mencionan a continuación:

1. Las disposiciones que sustentaron las pretensiones de la demanda del 2005 no existen y no pueden ser fundamento jurídico de decisión alguna.

2. Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral, toda vez que, de una parte, el asunto es de carácter regulatorio y de competencia privativa de la CRC y, de otra, la CRC ya decidió y por tanto, el Tribunal no puede juzgar la legalidad de los actos administrativos.

3. Falta de competencia del Tribunal Arbitral, por cuanto la empresa convocante no agotó la instancia del intento de concertación entre los representantes legales de las dos empresas.

4. Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la demanda del 2005.

5. Falta de competencia del Tribunal Arbitral por ilegalidad de las pretensiones.

6. La empresa convocante carece de legitimación en la causa.

7. Caducidad de la acción contractual.

8. Caducidad por presentación extemporánea de la nueva solicitud de convocatoria.

9. Cumplimiento del contrato y de las normas vigentes al momento de su celebración.

10. La pretensión de que se aplique la derogada Resolución 463 de 2001 a la relación de interconexión es ilícita y contraría lo señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

- La interpretación del artículo 5 de la Resolución de 2001 que propone la empresa convocante es abiertamente ilegal.

- La Resolución 463 de 2001 no modificó el contrato de interconexión entre las partes.

- La Resolución 463 de 2001 no obligaba ni obliga a la modificación del esquema de remuneración pactado, antes de su entrada en vigencia.

- La manifestación de la ETB de acogerse al esquema de remuneración de la Resolución 463 de 2001 con los operadores locales, no modificó el contrato de interconexión celebrado con la empresa convocante, toda vez que la ETB pactó con aquellos esquemas diferentes a los previstos en la resolución mencionada.

11. La empresa convocante da un alcance antijurídico a la función del la CRT/CRC en relación con la fijación de los cargos de acceso.

- La CRC no se encuentra habilitada para regular valores fijos o únicos de cargos de acceso.

- Los precios de cargo de acceso fijados en el artículo 1º de la Resolución 463 de 2001 son de tope o techo.

12. La empresa convocante no actúa de buena fe cuando reclama el pago de un valor de cargo de acceso superior al pactado en el contrato.

13. El precio estipulado en el contrato es eficiente y la empresa convocante no ha sufrido perjuicio alguno con motivo del supuesto incumplimiento. Si se impone un valor de cargo de acceso mayor, sería ineficiente y le causaría un perjuicio irremediable a la empresa convocada.

14. El período de condena solicitado por la empresa convocante es inválido e irregular.

15. La demanda de Comcel S.A. es inviable por abierta desviación de la providencia del 9 de agosto de 2012 de la Sección del Consejo de Estado.

16. Excepción genérica.

**1.7** **La decisión arbitral recurrida.**

En sede arbitral, se dictó laudo el día 29 de mayo de 2015, cuya parte resolutiva quedó transcrita al inicio de esta sentencia.

**1.7.1** Para fundamentar su providencia, los árbitros comenzaron por desestimar las siguientes excepciones propuestas por la parte convocada:

***(i)*** *falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral*, por ser el asunto de conocimiento privativo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ─CRT─. A este respecto, se relata en el laudo que el Tribunal Arbitral solicitó la Interpretación Prejudicial respectiva al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ─TJCA─, por resultar aplicables al caso concreto las normas andinas en materia de interconexión. Sin embargo, se expresó en la providencia recurrida que *“no podemos acoger interpretaciones que se relacionen con una normativa nacional o con las competencias de órganos o instituciones nacionales”,* de suerte que se resuelve que el Tribunal sí es competente para decidir sobre la demanda que dio origen al proceso arbitral *sub examine*.

La Interpretación Prejudicial proferida por el TJCA dentro del presente proceso fue la distinguida con la referencia 146-IP-2014 y en ella el Tribunal supranacional en mención, reiterando lo que había concluido en los procesos 181-IP-2013 y 79-IP-2014, sostuvo que

*“[L]a 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.*

*(…)*

***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)****.*

*(…)*

***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.*

*(…)*

*Se desprende de lo dicho, que las partes pueden pactar formas de solución de controversias en relación con* ***conflictos que surjan antes de la ejecución del contrato****. Por ejemplo, si el contrato no se pudo ejecutar por incumplimiento de alguna de las partes, dicha situación puede ser dirimida mediante el mecanismo estipulado;* ***pero una vez en ejecución el contrato la competencia es exclusiva y excluyente de la Autoridad de Comunicaciones competente. El efecto de no respetar lo mencionado es la nulidad por vicio de incompetencia****.*

*(…)*

***El Tribunal arbitral deberá determinar si la controversia sometida a su consideración se presentó por asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión entre COMCEL S.A. y la ETB, para así determinar su competencia para conocer el caso, respetando el ordenamiento jurídico comunitario andino****”* (subrayas añadidas)*.*

El Tribunal de Arbitramento consideró, con base en la anterior Interpretación Prejudicial, que si bien es verdad que la norma comunitaria establece la competencia de la CRC para resolver conflictos de interconexión, la forma en la cual dicha controversia debe ser resuelta es materia de cuya regulación se ocupa la normatividad interna de cada país, pues la norma andina nada prevé respecto de las competencias que cada País Miembro decida atribuirle a la Autoridad Nacional competente en materia de telecomunicaciones, así como tampoco incluye una definición de lo que deba entenderse por fase de ejecución contractual en contratos de interconexión; según lo expresado en el laudo impugnado, no puede entonces el TJCA suplir las normas internas que se ocupan de estos temas, por vía interpretativa y ocurre que la normatividad interna colombiana no le atribuye funciones jurisdiccionales a la CRC, de manera que *“los conflictos entre operadores que tengan carácter contractual y patrimonial no son de su competencia y debe conocerlos y fallarlos la jurisdicción ordinaria, o la arbitral, en caso de que las partes así lo hayan dispuesto”,* pues las facultades de la CRC están dirigidas a aspectos *“netamente regulatorios y en ningún caso a la resolución o tratamiento de obligaciones contractuales pactadas en contratos de interconexión…”*

Además, subrayó el Tribunal que la controversia que originó el presente encuadernamiento fue efectivamente sometida a consideración de la CRC y ésta se pronunció mediante la Resolución No. 981 de 2004 señalando que el reclamante carecía de legitimación para obrar y que dicha Autoridad no era competente para obligar coactivamente a un operador a cumplir una norma jurídica. Agregó que la disputa en cuestión versa sobre cuestiones de contenido netamente patrimonial, transigibles, abiertas a la negociación y a la autonomía de la voluntad de las partes, sin que se refiera a examinar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter regulatorio y sin que la existencia del conflicto tenga la potencialidad de afectar la prestación del servicio de telecomunicaciones. De este modo, la cláusula compromisoria pactada entre las partes en el presente caso, resulta válida, pues dirimir el litigio *sub judice* no es competencia de la CRC, *“sin perjuicio de lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 146-IP-2014”.*

***(ii)*** *Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral, pues la CRC ya se pronunció y el Tribunal no puede juzgar la legalidad de actos administrativos.* Respecto de este medio exceptivo se expone en el laudo impugnado que a través de las Resoluciones 981 del 2 de abril de 2004 y 1036 del 9 de julio del mismo año, dicho organismo regulatorio apenas se pronunció sobre la falta de legitimación en la causa para plantear la controversia de quien la llevó a conocimiento de esa autoridad, pero no se estudió de fondo el asunto. Además, el Tribunal Arbitral en el laudo se expresó que el Tribunal no se pronunciaría sobre la legalidad de los actos administrativos en mención.

***(iii)*** *Falta de competencia del Tribunal comoquiera que Comcel no agotó la instancia de la negociación entre los representantes legales,* pues con apoyo en lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, establecer con carácter obligatorio el agotamiento de etapas previas a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, constituye una vulneración al derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia.

***(iv)*** *Caducidad de la acción contractual*, pues al encontrarse aún vigente el contrato de interconexión que originó la controversia decidida mediante el laudo impugnado, no puede haber operado el fenómeno de la caducidad alegado, como tampoco por el hecho de que se hubiera presentado una segunda solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral en el presente asunto, pues dicha petición igualmente fue formulada dentro de la oportunidad prevista en la Ley 1563 de 2012.

***(v)***Por no haber sido sustentadas, se declararon imprósperas las excepciones de *falta de competencia por agotamiento de las pretensiones de la demanda de 2005* y *falta de competencia por ilegalidad de las pretensiones.* Igualmente se desestimó la excepción denominada *falta de legitimación activa*, por ser la convocante parte en el contrato de interconexión de marras, además de la intitulada *demanda inviable por abierta desviación de la providencia de 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado,* por entender el Tribunal Arbitral que precisamente el Consejo de Estado, en el presente asunto, ordenó la constitución de un nuevo Tribunal de Arbitramento. Finalmente, en relación con la denominada *excepción genérica,* el laudo atacado indicó que no se advirtió excepción alguna que debiere ser declarada de oficio en el asunto *sub examine*. Los restantes medios exceptivos propuestos se entendió que hacían parte del fondo del litigio y, por tanto, que de su estudio se debía ocupar el Tribunal al desatarlo.

**1.7.2** A continuación, el Tribunal se ocupó de estudiar la normatividad aplicable a efectos de determinar los cargos de interconexión vigentes para el período comprendido entre enero de 2002 y julio de 2005, que es aquél al cual se refieren las reclamaciones elevadas por la parte convocante; ese examen llevó al Tribunal Arbitral a dos conclusiones: la primera, que el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463, *“derogado por la Resolución 469 e ilegalmente vuelto a incorporar en la compilación realizada mediante Resolución 489”,* el cual se constituye en el principal sustento de los pedimentos elevados por Comcel S.A. en el presente asunto, *“no se encuentra vigente y por tanto no podría ser fundamento de ninguna reclamación”*; y, la segunda, que las tarifas de interconexión de las cuales tratan las sucesivas resoluciones de la CRT no establecen precios fijos sino topes dentro de los cuales los operadores pueden negociar.

Así, según lo sostenido en el laudo impugnado, la normativa de la CRC en la cual Comcel funda sus pretensiones no sólo no está vigente sino que, además, carecía de la virtualidad de modificar o de afectar el contrato de interconexión celebrado entre las partes, motivo por el cual *“este Tribunal considera procedentes las excepciones 5.1, 5.10, 5.11, 5.15 formuladas por la parte convocada y no resulta menester el pronunciamiento sobre las restantes excepciones interpuestas por ETB frente a la demanda de COMCEL”*[[3]](#footnote-3).

**1.7.3** Uno de los árbitros formuló una aclaración y un salvamento de voto; la primera estuvo encaminada a justificar que, a su entender, efectivamente el Tribunal tenía competencia para pronunciarse de fondo en el presente asunto por tratarse de un litigio de contenido patrimonial y transigible; pero precisó que el Tribunal Arbitral solicitó la Interpretación Prejudicial al TJCA no por voluntad propia sino por decisión del Consejo de Estado, pues en realidad la controversia decidida en el laudo impugnado no precisaba de la interpretación de norma andina alguna por no entrañar *“las diferencias puestas a consideración un conflicto de interconexión sino un conflicto contractual donde se discute el cargo de acceso aplicable a un contrato de interconexión”.* Además, respecto del deber de acatar, por parte del Tribunal Arbitral, el sentido de la Interpretación Prejudicial del TJCA, señaló el árbitro disidente que dicho deber comprende sólo la interpretación que se haga respecto de normas andinas, pero no las demás declaraciones efectuadas por el mencionado Órgano supranacional, como aquéllas en las cuales pretende atribuir competencias a las autoridades nacionales como la CRC, particularmente si lo hace desconociendo que la citada Comisión carece de facultades jurisdiccionales.

El salvamento de voto, a su turno, se fundamentó en que, en el sentir del árbitro que lo suscribe, de acuerdo con lo pactado en el contrato de interconexión, las partes acordaron un cargo de acceso provisional por el uso de la red de Comcel y que si transcurrido un plazo de 90 días no lograban fijar de mutuo acuerdo un cargo definitivo, se aplicaría el establecido por el ente regulador ─CRT─, cosa que efectivamente ocurrió en el asunto *sub lite* ─la falta de acuerdo entre las partes─, de suerte que el cargo de acceso aplicable al contrato debía ser el fijado por el ente regulador mediante el artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, según las modificaciones introducidas inicialmente por la Resolución 463 de 2001 y posteriormente por la Resolución 489 de 2002[[4]](#footnote-4).

**1.9 La impugnación del laudo arbitral.**

La sociedad convocante interpuso de manera oportuna, el 15 de julio de 2015, recurso extraordinario de anulación para controvertir el laudo arbitral mediante la proposición de las siguientes causales de anulación:

**1.9.1** *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, porque son temas que ni pueden ser sometidos a arbitramento ni sobre los cuales los árbitros puedan resolver***.**

Se fundamentó esta causal en que, a juicio del impugnante, el laudo arbitral llevó a cabo un control de legalidad respecto de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, pues con el fin de analizar el “impacto real” que tuvieron en el contrato de interconexión, concluyó que en el segundo acto administrativo en mención se incurrió en una ilegalidad al intentar reproducir, en una resolución compilatoria, el contenido de una disposición que pretendidamente había sido derogada ─sin que realmente lo hubiera sido, según la recurrente─, lo que no constituyó óbice para que el Tribunal afirmara, respecto del alcance de ese precepto supuestamente derogado, que fijaba topes y no precios fijos. Al proceder de la manera descrita, considera el impugnante que el Tribunal Arbitral se habría arrogado competencias propias del Juez Contencioso Administrativo.

El contenido de esta causal se reproduce, en lo sustancial, en la tercera de las invocadas por el impugnante como fundamento de su recurso de anulación, intitulada *“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”*.

**1.9.2** *Haberse proferido el fallo en conciencia, al negarse el Tribunal Arbitral a aplicar la normatividad vigente*.

En criterio del libelista, el Tribunal de Arbitramento desconoció que en una providencia de la Sección Primera del Consejo de Estado proferida alrededor de tres meses antes de haberse dictado el laudo, se concluyó que la Resolución CRT 463 de 2001 está vigente y que la CRT sí puede modificar los contratos de interconexión; que en otra providencia de la Sección Tercera, Subsección A de la misma Corporación, ésta sostuvo que a falta de acuerdo entre las partes en punto de la fijación de los cargos a pagar por el uso de las redes, la tarifa definitiva sería la establecida en las normas regulatorias expedidas por la CRC. Todo ello evidencia, según el recurrente, que la decisión arbitral censurada desconoció tanto la normatividad vigente, como los precedentes judiciales derivados de varios pronunciamientos del Consejo de Estado relativos al tema de debate en el asunto *sub lite[[5]](#footnote-5)*.

**1.10 Oposición a la impugnación.**

**1.10.1** La parte convocada se opuso a la prosperidad de las causales de anulación planteadas por Comcel; inició su argumentación solicitando el rechazo de plano del recurso por considerar que, en general, lo que plantea la impugnación es una reapertura del debate que quedó zanjado con el proferimiento del laudo arbitral, al punto que ─en criterio del libelista─ las causales de nulidad se justifican acudiendo al uso de argumentos que resultan propios de un recurso de apelación, más que del de anulación del laudo.

Por cuanto respecta a la causal consistente en que el laudo habría decidido sobre asuntos no susceptibles de ser sometidos a la consideración de los árbitros, particularmente por haberse pronunciado respecto de la vigencia y la legalidad de actos administrativos proferidos por la CRC, en criterio de la ETB los argumentos esgrimidos por Comcel para sustentar esta causal lo que revelan es la inconformidad del recurrente para con las motivaciones del laudo, de modo que con ello ataca el fondo del mismo, proceder que resulta ajeno tanto al alcance de la causal invocada como al propósito del recurso extraordinario de anulación. Además, desconocen tales planteamientos que sin necesidad de pronunciarse sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico, el juez debe darse a la tarea de identificar cuáles son los materiales normativos vigentes que debe considerar como referentes o parámetros con base en los cuales decidirá el caso que ha sido sometido a su consideración.

Y en cuanto tiene que ver con la causal consistente en que el fallo se profirió en conciencia por haberse negado a aplicar la normatividad vigente, expresó la ETB que el laudo impugnado claramente se motivó en derecho, con fundamento tanto en el derecho positivo como en la jurisprudencia aplicable, aún cuando, eso sí, dándole a los presupuestos normativos invocados por Comcel como fundamento de sus pretensiones, una interpretación completamente diferente, que puso de presente lo errado de las tesis esgrimidas por la convocante[[6]](#footnote-6).

**1.11** Tanto el Ministerio Público como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se abstuvieron de pronunciarse dentro de este asunto.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

**2.1 Régimen legal aplicable al presente caso.**

Se precisa que la Ley 1563 de julio 12 de 2012[[7]](#footnote-7) es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que el proceso arbitral inició después antes de la expedición del referido Estatuto[[8]](#footnote-8), por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el aludido conjunto normativo.

Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su Jurisprudencia, a través de la cual señaló que sólo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resulta aplicable la mencionada Ley 1563[[9]](#footnote-9).

**2.2 Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.**

De conformidad con lo previsto por el numeral 7 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, Ley 1437 de 2011– y con lo normado en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

Pues bien, el laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala se dictó con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con el contrato de interconexión celebrado el 11 de noviembre de 2000 entre la E.T.B. S.A. E.S.P, y CELCARIBE E.S.P. ─posteriormente Comunicación Celular Comcel S.A.─

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes[[10]](#footnote-10).

En la misma dirección anotada, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 consagra:

***“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo,* ***en los que estén involucradas las entidades públicas****, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (Se destaca).*

A juicio de la Sala, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, comoquiera que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB S.A. ESP., en su calidad de empresa por acciones de naturaleza mixta es una entidad estatal prestadora de servicios públicos domiciliarios[[11]](#footnote-11), que como tal se ubica dentro de la gama de entidades estatales autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios,modalidad que a su turno se incluye en el género de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al cual también pertenecen las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -E.S.P.-**,** cuya naturaleza y definición legal se encuentra consagrada con toda precisión en el artículo 17[[12]](#footnote-12) de la misma Ley 142 –según el cual, aquellas siempre deben estar organizadas como sociedades por acciones y se distinguirán con la sigla “ESP”–, tal como lo prescribe el artículo 19[[13]](#footnote-13) de esa misma normatividad, de donde se tiene que éstas últimas apenas si constituyen una más de las diferentes especies que integran el citado género de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tal como se infiere del artículo 15 de la Ley 142[[14]](#footnote-14).

Acerca de este punto conviene precisar que la expresión *“empresas de servicios públicos”,* utilizada en el artículo 32 con el fin de señalar a los únicos sujetos destinatarios de sus disposiciones, incluye por igual a todas las modalidades que pueden adoptar esas sociedades, de conformidad con la clasificación que al respecto recoge el artículo 14[[15]](#footnote-15) de la misma Ley 142, esto es ESP oficiales, mixtas o privadas. Ello por cuanto, de una parte, la norma no hace distinción alguna al respecto y, de otra parte, más importante aun, porque el inciso segundo (2º) resulta en extremo claro al señalar que ese artículo 32 *“… se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social…”.*

Por manera que el régimen de derecho privado que consagra el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 para los actos de todas las empresas de servicios públicos, resulta plenamente aplicable en tratándose de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, puesto que la misma es una sociedad por acciones, de naturaleza mixta, que tiene por objeto la prestación de tales servicios.

Pues bien, dentro del marco legal que se deja expuesto, se encuentra que el contrato de interconexión es un contrato estatal que tiene por objeto el uso de la red para cursar tráfico de larga distancia internacional, dado que esta actividad hace parte del servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada, en los términos del artículo 14.26 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual se encuentra sometido al régimen del derecho privado –Leyes 142 y 143 de 1994 y, en su defecto, por remisión de éstas a las normas civiles y comerciales–.

En tales términos se cumplen los requisitos previstos por el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, para que esta Corporación, a través de su Sección Tercera, conozca, en única instancia, del recurso de anulación interpuesto.

De otro lado, conviene precisar que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2.012[[16]](#footnote-16), toda vez que el laudo arbitral impugnado se notificó el día 29 de mayo de 2.015, en tanto que la impugnación extraordinaria se interpuso el día 15 de julio del mismo año[[17]](#footnote-17).

**2.3** **El Recurso de anulación: su naturaleza y sus características[[18]](#footnote-18).**

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado, de manera reiterada, cuáles son la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

***i)***El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

***ii)*** El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo*, que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores *in iudicando*, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial –falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea–, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un *yerro* en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha

sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

***iii)***Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los Árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

***iv)***Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra[[19]](#footnote-19), en consecuencia, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación[[20]](#footnote-20).

***v)***El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*”[[21]](#footnote-21).

***vi)*** Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

**2.4 Características del Derecho Comunitario Andino y de su interrelación con el Derecho interno. El deber del Juez de hacer prevalecer aquél en los casos concretos, incluso adoptando decisiones de manera oficiosa.**

**2.4.1** Ha explicado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[22]](#footnote-22) que las principales características del Derecho Comunitario Andino son ***(i)***la supranacionalidad; ***(ii)***la integración con los sistemas jurídicos internos; ***(iii)***la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y ***(iv)***su intangibilidad y autonomía.

El rasgo de la ***(i) supranacionalidad*** constituye el núcleo del derecho comunitario andino y se manifiesta por medio de la integración de los ordenamientos jurídicos en un todo; en efecto, con la supranacionalidad lo que se pretende, en la práctica, es crear una organización que pueda impulsar un proceso de integración sin las trabas, los formalismos y las solemnidades propios del Derecho Internacional ordinario, a través de la utilización de mecanismos más amplios, directos y expeditos que los de las relaciones políticas o comerciales tradicionales: la conformación de una organización dotada por los Estados que la crean –mediante cesión que éstos le hacen al formarla– de competencias de ejercicio autónomo, tanto de naturaleza normativa, como administrativa y jurisdiccional, lo cual supone el reconocimiento, en favor de los órganos comunitarios, de la capacidad para producir regulaciones y para adoptar decisiones, administrativas o jurisdiccionales, que sustituyen las de los Estados en la respectiva materia y que tienen en todos los países integrados un valor uniforme, esto es idénticos efectos tanto frente a los Estados mismos como frente a sus habitantes.

Así entendido el concepto de supranacionalidad, como distinto de las nociones de internacional, interestatal o intergubernamental, entraña una manera de obrar independiente y conjunta, en ejercicio de los poderes cedidos por los Estados miembros a los órganos encargados de la integración e *“implica una superación del principio del do ut des, que entrañaba reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, para ser sustituido por la idea de comunidad, de unión cooperativa, de co-participación en un proceso, de pertenencia a un todo mayor en la realización de cuyos fines se realizan también los de las partes”*[[23]](#footnote-23), idea cuya materialización se sustenta en la utilización de los siguientes mecanismos:

*“1.- Una organización independiente de los Estados que se integran, con poderes suficientes para deducir autónomamente, dentro del marco de su tratado constitutivo, las normas y los actos de ejecución del proceso, sin necesidad de que cada paso deba ser formalizado en tratados públicos, sujetos a la aprobación legislativa, a la ratificación e incorporación expresa y formal a los derechos nacionales, procedimiento que anquilosaría cualquier programa de integración;*

*2.- Que, en consecuencia, las decisiones normativas y ejecutivas de la organización integracionista tengan obligatoriedad y vigencia para los países miembros del acuerdo de integración y para sus habitantes, en forma inmediata, directa y prioritaria, o sea, sin necesidad de actos especiales de incorporación, así como las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la comunidad, los que deberán cumplirse sin el requisito de la homologación o el exequator.*

*(…)*

*Viene, de esta manera, a ser la integración, desde el punto de vista jurídico, una verdadera redistribución de poderes entre los Estados intervinientes en el proceso y los órganos de la comunidad creada, pues quedan capacitados todos para generar un derecho derivado de su tratado constitutivo, común a toda el área y que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior al de la ley nacional, a la que desplaza o sustituye, en forma directa y automática, con la consecuencia adicional de que la organización que anima el nuevo ordenamiento se personaliza con calidad de sujeto de derecho internacional, al lado y a la par de sus organizadores”[[24]](#footnote-24).*

A este respecto cabe tener en cuenta también la argumentación que la jurisprudencia constitucional ha consolidado en relación con el derecho comunitario andino y su integración al ordenamiento jurídico colombiano; así, en la sentencia C-228 de 1995, la Corte Constitucional dejó planteadas dos cuestiones, a saber: **a.)** el alcance del derecho comunitario, en los siguientes términos:

*“El derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de  competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros y las subsecuentes regulaciones expedidas por las autoridades comunitarias apoyadas justamente en tales competencias y atribuciones, ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y con una capacidad de aplicación  directa y eficacia inmediata, porque  a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión”.*

Y **b.)** se señaló cómo opera el derecho comunitario en el ejercicio jurisdiccional de los órganos comunitarios judiciales e internos:

*“La solución del caso planteado implica, de una parte, la consideración de la normatividad comunitaria y de la interpretación que de ella haga el citado Tribunal y, de otra, el juicio de constitucionalidad que debe hacer la Corte con respecto a las normas demandadas. Es decir, nos hallamos en presencia de una particular colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, aun cuando ambos actúen en ámbitos jurisdiccionales diferentes, en la aplicación de normas que tienen distinto contenido de validez, pero que exigen una interpretación integral. No existe, por tanto superposición de una jurisdicción sobre otra, que pudiera dar lugar a la estructura de una jerarquía, sino mas bien actuaciones jurisdiccionales complementarias e interactuantes de los jueces comunitarios y nacionales que permiten la aplicación uniforme del derecho comunitario, e igualmente conciliada con el derecho nacional. Aparece delimitada la función del Tribunal Andino de Justicia y de este Corte, con respecto a la elucidación del asunto a que se contrae la demanda, así: corresponde al Tribunal hacer la interpretación prejudicial de las aludidas normas comunitarias, limitándose a precisar el contenido y alcance de las mismas, sin interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte. Dentro de los supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal”.*

En cuanto a la sujeción al derecho comunitario, en la sentencia C-256 de 1998 la Corte Constitucional destacó cómo el artículo 93 de la Carta Política señala expresamente la prevalencia de los Tratados Internacionales por sobre el ordenamiento interno; pero debe advertirse que ese no es el caso del derecho comunitario andino, el cual no tiene prevalencia sobre la Constitución Política, lo cual implica que las normas y decisiones de dicho ordenamiento deben sujetarse a las garantías y reglas mínimas, tal como lo explicó la Corte Constitucional en su sentencia C-256 de 1998:

*“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”.*

Esta integración entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno ha sido explicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la siguiente manera:

*“Lo que indica, sin duda, que no puede el órgano interno so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los Tratados Internacionales de respeto a los derechos humanos de todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “cesión voluntaria” que los Estados miembros han acordado, por lo que si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta “para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone”[[25]](#footnote-25). Todo lo anterior significa, sin duda que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros, esto es el ordenamiento jurídico andino, al que se da cabal cumplimiento por medio de esta decisión judicial”[[26]](#footnote-26).*

De la explicada supranacionalidad, realmente, derivan las demás características mencionadas del Derecho Comunitario, entre ellas ***(ii)***su ***carácter integrador o integración con el ordenamiento jurídico interno*** de los Estados Miembros, para los cuales las normas de derecho comunitario andino tienen fuerza vinculante, habida cuenta de que emanan de la decisión soberana de los Países Miembros de dar origen a la Comunidad Andina, a sus instituciones y a su sistema normativo; precisamente en virtud de esa decisión soberana se transfieren competencias propias de las autoridades nacionales a instancias de decisión comunitarias frente a cuyas determinaciones se adquieren derechos y se contraen obligaciones de hacer y de no hacer respecto de los demás socios comunitarios.

De lo expuesto se desprende que cuando quiera que exista contradicción entre una norma comunitaria y una del sistema interno de alguno de los Estados Miembros, aquélla debe hacerse aplicar con primacía respecto de éstas, lo cual si bien no necesariamente comporta la obligación de derogar la norma interna –cuyos alcances o contenido probablemente sirvan para dirimir otro tipo de casos, sin colisionar con el ordenamiento comunitario–, sí implica la exigencia de inaplicarla –total o parcialmente– o de condicionar su interpretación de modo que el sentido normativo que se le atribuya para el caso concreto resulte respetuoso de la normativa comunitaria. De no proceder así, el Estado Miembro del cual se trate puede ver comprometida su responsabilidad internacional, circunstancia que en primer término se traduce en que resulta pasible de que en su contra se instaure la acción de incumplimiento ante el TJCA.

Y es que la creación del ente comunitario con órganos que tienen competencia normativa propia ha dado origen a un orden jurídico nuevo que genera relaciones de coordinación, de supraordinación y de inordinación con respecto a los sistemas jurídicos nacionales, pues los órganos comunitarios profieren normas jurídicas en las materias que el tratado constitutivo les ha reservado para su regulación, mientras que las autoridades de los países miembros dictan normas encaminadas a regular las materias que las respectivas Constituciones Políticas reservan a la ley nacional; así pues, estas dos potestades normativas, que recaen sobre las mismas personas, requieren la coordinación de los productos normativos fruto de su ejercicio, pues tanto las fuentes del derecho andino como las del derecho nacional se encuentran acompañadas del rasgo de la autonomía, por manera que la ausencia de coordinación entre ellas puede crear no pocas interferencias y contradicciones.

De la autonomía del derecho andino y de la del derecho interno se deriva el principio según el cual ni el primero puede derogar el segundo, ni viceversa, por manera que ambos sistemas normativos están abocados a coexistir; dicha coexistencia impone, como acontece en todo ordenamiento jurídico, el necesario establecimiento de un orden jerarquizado de normas con el fin de posibilitar que el sistema opere de manera armónica. A tal efecto, entonces y según se ha expuesto, cuando el sistema jurídico andino entra en contradicción con el derecho interno de los Países Miembros

*“… hay que acudir al criterio axiológico para resolver este conflicto. Si el derecho comunitario andino es superior al derecho interno es porque el interés protegido, que es la integración económica para promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros y la elevación del nivel de vida de los habitantes de la subregión, está por encima de los intereses nacionales, los que, por tener un espacio económico más limitado, no son aptos para alcanzar esos objetivos.*

*(…)*

*En el sistema jurídico comunitario no es posible aceptar que un país miembro se pueda desentender de sus compromisos comunitarios alegando que su derecho constitucional o, en general, su derecho interno, le impide cumplir con esos compromisos. El derecho interno serviría entonces de burladero para escapar a las responsabilidades internacionales. Si el derecho interno opone algún obstáculo a la aplicación del derecho comunitario, el país miembro, para demostraciones de la buena fe con que cumple sus obligaciones internacionales, debe proceder “a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, como lo dispone el artículo 5 del tratado que creó el Tribunal de Justicia. Una de esas medidas debe ser la reforma de la Constitución o legislación para adaptarlas a los requerimientos del derecho comunitario.*

*(…)*

*Aceptada, pues, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluido el derecho constitucional, se pueden aplicar las siguientes reglas de interpretación. Una primera regla para resolver los conflictos entre una norma de rango superior y una norma de rango inferior es la de aplicar preferentemente la norma superior, sin que esta aplicación preferente conlleve la nulidad o la derogación de la norma inferior. Esta norma conserva su vigencia y puede ser aplicada en otro caso siempre que no esté en contradicción con una norma superior. Esta norma es perfectamente aplicable para resolver un conflicto entre una norma comunitaria andina y una norma interna. Si se acepta el principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, la autoridad nacional tendrá que aplicar preferentemente la norma comunitaria, sin que esta aplicación (…) implique la derogación de la norma nacional”[[27]](#footnote-27)* (subrayas añadidas)*.*

En estrecha conexión con las características del Derecho Comunitario hasta ahora enunciadas se encuentra la de ***(iii)***la ***aplicabilidad directa*** de los elementos que lo integran, a la cual suele ir anudada también la particularidad consistente en que tales disposiciones comunitarias producen ***efectos directos o inmediatos***; en virtud del principio de aplicación directa el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina; la referida incorporación en el derecho interno tiene lugar de manera automática, es decir que opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la disposición comunitaria respectiva.

Y, finalmente, debe hacerse alusión, en el elenco de características que distinguen al Derecho Comunitario, a ***(iv)******su******intangibilidad y autonomía;*** la autonomía explica que los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración cuentan con la independencia necesaria, frente a las autoridades de los Países Miembros, para cumplir cabalmente con sus funciones, en aplicación de reglas y de principios que en modo alguno se encuentran condicionados por lo establecido en las disposiciones del derecho interno de los Estados y que únicamente se hallan al servicio de los objetivos comunes que justifican la existencia del modelo integracionista.

Corolario de la mencionada autonomía la constituye la *intangibilidad* del Derecho Comunitario, por virtud de la cual las autoridades de los Países Miembros tienen vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema de Integración, pues de intentar hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado respectivo; así lo ha explicado el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

*“El Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, a su vez establece el Principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: 'La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia.' Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones”[[28]](#footnote-28).*

**2.4.2** Las anteriores características que distinguen al Derecho Comunitario y que fuerzan su aplicación preferente respecto de las normas de Derecho interno, según se viene de explicar, han dado lugar a que el Consejo de Estado haya sostenido que se encuentra en el deber de garantizar, incluso a través de la adopción de decisiones de oficio durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, la primacía del Derecho Comunitario Andino; en tal sentido, de manera oficiosa, declaró la nulidad de varios laudos arbitrales que se habían proferido con omisión, por parte de los Tribunales de Arbitramento respectivos, del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial, al TJCE, de las normatividad andina aplicable a los casos que tenían por resolver. Así razonó la Sección Tercera:

***7.3 Causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven****.*

*No obstante lo anterior, las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en agosto 26 y noviembre 15 de 2011 con ocasión del presente asunto, han puesto de presente que con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[[29]](#footnote-29) y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal[[30]](#footnote-30), las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante* ***ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, cuestión esta última excepcional (que se puede decretar de oficio) siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino****.*

*Por consiguiente, 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; dicha causal de anulación es, precisamente, la que servirá de fundamento, según se expondrá a continuación, para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus plurimencionadas decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, deba declarar la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006”[[31]](#footnote-31).*

Con base en lo expuesto, entiende la Sala que si la facultad de declarar de oficio la nulidad del laudo arbitral debe ejercerse con fundamento en la inobservancia de la exigencia de solicitar la Interpretación Prejudicial al TJCA cuando ello resulta procedente, con mayor razón debe hacerse uso de la aludida atribución tratándose de eventos en los cuales el juez o Tribunal Arbitral sí ha solicitado la Interpretación Prejudicial, pero no la acoge al resolver el caso concreto, en abierta y franca violación de lo establecido por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante. El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.*

**2.5 El caso concreto.**

**2.5.1** Tal y como se refirió en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, el Tribunal Arbitral formuló solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA– con el fin de que se interpretaran varias disposiciones de Derecho Comunitario que se consideraron aplicables al asunto *sub judice* y el TJCA profirió la Interpretación Prejudicial distinguida con la referencia 146-IP-2014, la cual incluso fue citada por dicho Tribunal Arbitral en el laudo objeto del recurso extraordinario de anulación que ahora se decide.

Empero, el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta, en la decisión recurrida, el contenido de lo expresado por el TJCA en el referido pronunciamiento, pues pese a que en éste se indicó que sólo la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones es competente para dirimir controversias en materia de interconexión, el varias veces mencionado Tribunal Arbitral sí se consideró facultado para pronunciarse de fondo en relación con las pretensiones que, dentro del litigio que aquí se examina, elevó Comcel, por considerar que tenían naturaleza contractual y que no guardaban relación con el ejercicio de sus facultades regulatorias por parte de la Autoridad de Telecomunicaciones.

Este proceder por parte del Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo censurado, supone un desconocimiento del carácter prevalente del Derecho Comunitario Andino respecto de las normas de carácter interno, lo cual da lugar a que deba declararse la nulidad de la decisión arbitral, de conformidad con cuanto hasta ahora se ha dejado expuesto, más aún si se tiene en cuenta que el criterio expuesto por el TJCA en la Interpretación Prejudicial rendida dentro del presente asunto, constituye una postura reiterada y uniforme de dicho órgano supranacional, como esta Sala lo ha puesto de presente con anterioridad:

***“2.5.2*** *Efectivamente, en la Interpretación Prejudicial distinguida con la radicación 261-IP-2013, realizada por el TJCA dentro del encuadernamiento instruido por el Tribunal Arbitral que profirió el laudo objeto del presente pronunciamiento, el citado Órgano Supranacional Andino de forma clara, inequívoca y explícita, con apoyo en pronunciamientos suyos anteriores encaminados en la misma dirección, concluyó que la autoridad competente para dirimir litigios en materia de interconexión en cada País Miembro es la Autoridad Nacional de Comunicaciones y, particularizando sus argumentos y sus conclusiones al presente caso, indicó que el Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para zanjar la controversia, habida cuenta de que la atribución para hacerlo está radicada en la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–:*

***“A. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER CONFLICTOS DE INTERCONEXIÓN EN CASO DE DESACUERDO ENTRE LAS PARTES****.*

*El órgano consultante dentro de la solicitud de Interpretación Prejudicial para mejor referencia sobre la competencia del Tribunal solicita que se analicen los artículos 17, 32 y 34 de la Resolución 432 de la Comisión de la Comunidad Andina.*

*Este Tribunal respecto al aspecto relacionado a la competencia en materia de telecomunicaciones se ha pronunciado en el siguiente sentido:*

*"La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su articulo 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 Secretaria 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 articulo 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.*

*En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la "CRC". Pese a que el articulo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el articulo 17 literal f) de la misma Resolución, prevé que en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.*

*El Tribunal entiende que en cuestiones de ejecución de la interconexión ciertamente estamos frente a una antinomia en el mismo cuerpo normativo. Esto se resuelve a la luz del principio de especialidad, el artículo 32 de la Resolución 432 se encuentra en el capítulo IV, denominado "Solución de Controversias'; mientras que el artículo 17 literal f) se encuentra en el capítulo I, denominado "Generales".* ***Como el artículo 32 es especial frente al 17 literal f), evidentemente el aplicable es el primero, esto quiere decir que todo lo relacionado con conflictos que surjan en la "ejecución de la interconexión", es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva****. Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten.*

*Ahora bien, lo anterior significa que en el caso concreto la "CRC" tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. En conclusión la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.*

*Ahora bien, refiriéndonos en concreto al a la primera frase del artículo 32 de la Resolución 432, el cual dice "Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino".* ***Se entiende que una vez decidido el asunto en la vía administrativa por la autoridad competente, se puede acudir al mecanismo de solución de controversias andino****; específicamente se puede acudir a la acción de incumplimiento si se considera que la autoridad competente vulneró el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto (artículos 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 49, 107 a 111 de su Estatuto).*

*De todas formas, el Tribunal advierte que también se puede acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial. Lo anterior, de conformidad con las previsiones del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, claramente delimitado en la Interpretación Prejudicial expedida en el marco del proceso 207-lP-2013.*

*Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido.* ***En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento no goza de competencia para resolver el asunto particular****”[[32]](#footnote-32). (Subrayado y en negritas fuera del texto)*

*26.* ***AI existir disposición andina que de manera concreta delimita que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más no el Tribunal de Arbitramiento****, por lo que el ente consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”[[33]](#footnote-33) (énfasis añadido)”[[34]](#footnote-34).*

**2.5.2** Atendiendo cabalmente a todas y cada una de las referidas características y postulados que distinguen al Derecho Comunitario Andino y a su interrelación con el Derecho interno colombiano, en reciente pronunciamiento esta Subsección concluyó –en precedente que resulta íntegramente aplicable al asunto *sub judice* comoquiera que el caso materia de la providencia en mención también se refería al recurso de anulación impetrado en contra de un laudo arbitral proferido con ocasión de una controversia originada en desacuerdos de naturaleza contractual en materia de interconexión, con la diferencia de que en aquélla oportunidad el Tribunal Arbitral, acogiendo la antecitada postura asumida por el TJCA en estos eventos, se había declarado incompetente para pronunciarse de fondo– que las autoridades judiciales colombianas están en el deber de acatar y de aplicar la tesis del TJCA en el sentido de que **todo litigio** en materia de interconexión debe ser resuelto por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, sin que tales pleitos, por más que tengan origen en desacuerdos y/o en pretensiones de estirpe contractual, puedan ser sometidos a la decisión por parte de Tribunales de Arbitramento.

En la providencia que extensamente se citará a continuación comoquiera que los argumentos en ella esgrimidos son trasladables, *mutatis mutandi*, al presente caso concreto para resolverlo, esta Subsección se pronunció respecto de varios de los problemas jurídicos planteados por las partes en el presente encuadernamiento:

***“b.-*** *Ahora bien, el recurrente afirma que en este caso no son aplicables las normas jurídicas del ordenamiento comunitario andino, pues el conflicto se refiere a un incumplimiento de un contrato celebrado en Colombia, entre empresas colombianas, por servicios que se prestan en Colombia, que se rigen por las normas colombianas y por unos hechos ocurridos en territorio colombiano.*

*En la interpretación prejudicial (obligatoria y vinculante) emitida en el marco del proceso arbitral, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que la Decisión 439 y la 462 se refieren a la liberalización del comercio de servicios. La primera de ellas está referida, de manera general, a los modos de prestación de servicios y la segunda regula de manera específica las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones, en aras de consolidar un mercado común andino de telecomunicaciones, con el ánimo de (i) eliminar restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al cronograma previsto en la norma, (ii) propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del mercado común andino de telecomunicaciones, (iii) proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros de la CAN y (iv) propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los países miembros, de modo que, como lo que se persigue es la liberalización del sector de las telecomunicaciones dentro del marco del mercado común andino, las anotadas condiciones deben ser aplicadas en relación con todas las medidas que afecten al servicio de telecomunicaciones, “… independientemente de si los operadores son de un mismo país o no, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por lo tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado …”*[[35]](#footnote-35)*.*

*Así, pues, al margen de que el conflicto no se presente entre empresas de distintos países miembros o por servicios prestados en territorio de distintos países, las normas andinas que regulan el tema son aplicables.*

***c.-*** *Por otra parte, no es cierto que el Tribunal de Arbitramento hubiera dado una lectura equivocada a la interpretación prejudicial, en el sentido de que en dicho documento no se dijera que la competencia para resolver el conflicto suscitado entre las partes era de la CRC.*

*Comcel S.A., en el recurso de anulación, transcribe sólo algunos de los apartes de este acápite de la interpretación prejudicial y, por tal razón, llega a una conclusión distinta a la que se plasma en el laudo recurrido; pero, para la Sala no existe duda de que el Tribunal de Arbitramento simplemente acogió el planteamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como era su obligación, en el sentido de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la autoridad nacional de comunicaciones del país, que en el caso de Colombia es la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-.*

*La interpretación prejudicial 255-IP-2013, emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para el proceso arbitral que culminó con el laudo recurrido, dice, citando su propia jurisprudencia:*

*“Dentro de este acápite el Tribunal va a señalar cuál es la autoridad nacional competente para resolver el conflicto entre las partes dentro del proceso arbitral iniciado, por lo que citamos la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013, la cual enuncia que:*

*“‘La decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, (sic) enuncia que (sic) 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*** *(sic)* ***Nacional*** *(sic)* ***Competente*** *(sic)* ***para que resuelva de acuerdo a (sic) la norma nacional.***

*“Existe (sic) por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia parea (sic) 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; (sic) la voluntad del legislador comunitario es clara (sic) 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) (sic).*

*“Profundizando el estudio del mencionado artículo 32, se prevé que (sic) 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.*

*“En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la ‘CRC’. Pese a que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el artículo 17 literal f) de la misma Resolución, (sic) prevé que (sic) en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.*

*“El Tribunal entiende que en cuestiones de ejecución de interconexión, ciertamente estamos frente a una antinomia en el mismo cuerpo normativo. Esto se resuelve a la luz del principio de especialidad, (sic) el artículo 32 de la Resolución 432 se encuentra en el capítulo IV, denominado ‘Solución de Controversias’, mientras que el artículo 17 literal f) se encuentra en el capítulo I , denominado ‘Generales’. Como el artículo 32 es especial frente al 17 literal f), evidentemente el aplicable es el primero, esto quiere decir que todo lo relacionado con conflictos que surjan en la ‘ejecución de la interconexión’, es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva. Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten.*

*“Ahora bien, lo anterior significa que en el caso concreto la ‘CRC’ tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. En conclusión la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.*

*“Ahora bien, refiriéndonos en concreto al (sic) a la primera frase del artículo 32 de la Resolución 432, el cual dice ‘Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino’ (sic) se entiende que (sic) una vez decidido el asunto en la vía administrativa por la autoridad competente, se puede acudir al mecanismo de solución de controversias andino, específicamente se puede acudir a la acción de incumplimiento si se considera que la autoridad competente vulneró el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto (artículos 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 49, 107 a 111 de su Estatuto).*

*“De todas formas, el Tribunal advierte que también se puede acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial. Lo anterior, de conformidad con las previsiones del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, claramente delimitado en la Interpretación Prejudicial expedida en el marco del proceso 207-IP-2013.*

*“Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido.* ***En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular”*** *(subrayado y negritas fuera del texto)’”.*

*“Al existir disposición andina que de manera concreta delimita (sic) la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es (sic) la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más (sic) no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”[[36]](#footnote-36).*

*El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es claro: los conflictos surgidos entre operadores por temas atinentes a la interconexión deben ser resueltos por la autoridad nacional competente del país donde se realiza la interconexión, que en Colombia es la CRC, en los términos del artículo 22 (numeral 9) de la Ley 1341 de 2009, el cual dispone:*

***“Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.*** *Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:*

*…*

*“9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia”.*

*La norma en cita fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-186 de 2011, por cuanto, desde el punto de vista constitucional es válido que el legislador restrinja la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acudir al arbitraje, en ciertos casos, para entregarle la función de resolver ciertos conflictos a un organismo administrativo, pues tal posibilidad constituye una de las formas de intervención del Estado, en los términos del artículo 334 de la Constitución Política.*

*Dijo la Corte a este respecto:*

*“Precisamente, con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 73.8[[37]](#footnote-37), 73.9[[38]](#footnote-38) y 74 de la Ley 142 de 1994, el último de los cuales atribuía de manera específica a la extinta Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de**‘resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio’, esta Corporación concluyó que se trataba de una función de regulación en la prestación de un servicio público a su vez que correspondía a una función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 constitucional.*

*(…)*

*“Igualmente en la misma providencia precisó que las decisiones proferidas en ejercicio de esta facultad tienen el carácter de actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.*

*(…)*

*“Ahora bien, como antes se precisó (sic) la ley también puede establecer límites a la autonomía de la voluntad privada para acceder a mecanismos de solución de conflictos tales como el arbitramento, y en este caso concreto lo que habría que indagar es si la limitación establecida en el precepto acusado se ajusta a la Constitución.*

*“Cabe recordar que en la sentencia C-1120 de 2005 se indicó que la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención en la economía, que supone la expedición de actos administrativos pues no tiene naturaleza jurisdiccional.*

*“Ahora bien, aunque no fue demandado es preciso hacer alusión al primer enunciado del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 (sic) para una adecuada comprensión de tal facultad de resolución de conflictos. Este precepto le atribuye a la CRC la función de ‘resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones’, se tiene entonces que la facultad de resolución de controversias a la cual hace alusión el precepto demandado es ejercida dentro del marco de las competencias que el citado cuerpo normativo encomienda al órgano regulador, las cuales persiguen fines constitucionalmente legítimos a los que ya se ha hecho alusión.*

*“De lo anterior se concluye que la restricción de la autonomía de la voluntad privada respecto de acuerdos suscritos entre particulares (proveedores de redes y servicios) para acudir a la justicia arbitral es constitucionalmente legítima porque persigue salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador (sic) asigna a la CRC, pues de otro modo los particulares podrían obstaculizar el cumplimiento de las competencias y por ende la consecución de los propósitos de intervención que la ley le asigna al órgano regulador, de manera que esta restricción resulta también necesaria para el cumplimiento de las competencias atribuidas a la CRC, y no vacía de contenido la autonomía de la voluntad, porque no se impide que los proveedores de redes y servicios celebren pactos compromisorios respecto de asuntos en las cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo”.*

*Lo anterior, dicho sea de paso, sirve para desvirtuar el planteamiento expuesto por Comcel S.A., en cuanto afirma que la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desconoció la Constitución Política, porque, en su opinión, le atribuyó funciones jurisdiccionales a la CRC, en abierta contradicción con el artículo 116 aquélla.*

***d.-*** *Comcel S.A. afirma en su recurso que la providencia sobre la cual se cimentó la interpretación prejudicial emitida por el TJCA en el marco del proceso arbitral se refiere a la aplicación del sistema “Sender Keeps All”, que nada tiene que ver con el asunto sometido al arbitraje; por ende, en su opinión, tal jurisprudencia no es aplicable al presente caso.*

*Para la Sala, el argumento de Comcel S.A. no es de recibo, pues la competencia de la autoridad nacional de comunicaciones para resolver los conflictos entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones está dada por la materia “conflictos de interconexión” y no por alguna de las distintas modalidades de interconexión o el tipo de acuerdo entre los proveedores (sender keeps all, peering, tránsito*[[39]](#footnote-39)*, calling party pays, receiving party pays, calling party network pays, etc.) que es a lo que se refiere el recurrente; al respecto, vale la pena recordar el aforismo según el cual, donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete entrar a distinguir y menos establecer restricciones.*

***En este sentido, debe entenderse, a la luz de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el marco del proceso arbitral que terminó con el laudo objeto del recurso, que cualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es de competencia de la autoridad nacional de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC****.*

*En este caso, tal como lo precisó el Tribunal de Arbitramento, el conflicto que se suscita entre las partes guarda relación directa con temas de interconexión, pues el valor de los cargos de acceso, que es en últimas lo que genera la disputa, forma parte esencial de aquélla.*

***e.-*** *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[[40]](#footnote-40), 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 Comcel S.A. 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 (del consentimiento deviene la obligación) del cual surge la obligación de hacer consagrada, por una parte, en el inciso primero del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consistente en que “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y, por otra parte, el artículo 128 de la Decisión 500 de 2001, según el cual “Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial”.*

*Por lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar; pero, para evitar que el conflicto suscitado entre las partes quede sin resolver, se ordenará remitir la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, con sujeción a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, resuelva de fondo las solicitudes formuladas por Comcel S.A.”*[[41]](#footnote-41)(subrayas y negrillas añadidas)*.*

Lo hasta ahora expuesto conduce ineluctablemente a declarar, de oficio, la nulidad del laudo arbitral impugnado, comoquiera que al haber emitido dicha providencia, el Tribunal de Arbitramento desconoció la primacía del Derecho Comunitario Andino en materias como las debatidas en el asunto *sub examine* y desatendió a los aquí explicados parámetros que en relación con la resolución de litigios en materia de interconexión han fijado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y esta misma Subsección, por virtud de los cuales sólo la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, para el caso colombiano la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que no un Tribunal de Arbitramento, cuenta con la competencia para dirimir tal suerte de controversias.

Para garantizar que el litigio *sub lite* sea resuelto de fondo, tal y como lo dispuso en la ocasión precedente a la cual se viene de hacer alusión, la Sala ordenará, como igualmente en ocasión anterior lo dispuso[[42]](#footnote-42), que el presente expediente sea remitido a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para lo de su cargo.

Los anteriores razonamientos hacen innecesario que la Sala se ocupe de estudiar las causales de anulación planteadas en el escrito de impugnación presentado por la sociedad convocante.

**2.6 Costas y agencias en Derecho**.

Toda vez que el recurso de anulación cuenta con vocación de prosperidad, se condenará en costas a la parte convocada, E.T.B. S.A. E.S.P., de conformidad con lo normado en los artículos 42 y 109 de la Ley 1563 de 2012.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011[[43]](#footnote-43), se procederá dentro de esta decisión a determinar si hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente:

Los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta ***i)*** la naturaleza, ***ii)*** la calidad y ***iii)*** la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes[[44]](#footnote-44).

Por tanto, en los términos de lo previsto en el Acuerdo No. 1887 de 2003[[45]](#footnote-45) y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la entidad pública convocante, la E.T.B. S.A. E.S.P., pagará a favor de Comunicación celular Comcel S.A., la suma de quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE :**

**PRIMERO.- DECLÁRASE FUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Comunicación Celular Comcel S.A., contra el laudo que se profirió el 29 de mayo de 2015 dentro del proceso arbitral que se adelantó entre Comunicación Celular Comcel S.A.., como convocante y la E.T.B. S.A. E.S.P., como convocada. En consecuencia, **DECLÁRASE LA NULIDAD** del mencionado laudo arbitral, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO.-** Por Secretaría de la Sección, **REMÍTASE** la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.-, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre los operadores Comunicación Celular Comcel S.A.., y la E.T.B. S.A. E.S.P, al cual se refería el laudo que se profirió el 29 de mayo de 2015, cuya nulidad se declara mediante el presente pronunciamiento.

**TERCERO.-** **COMUNÍQUESE** esta decisión al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

**CUARTO.-** **ENVÍESE** copia de esta sentencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –inciso final del artículo 128 de la Decisión 500 de 2001–.

**QUINTO.- CONDÉNASE** en costas a la E.T.B. S.A. E.S.P.; por Secretaría de la Sección, tásense. Inclúyase en la liquidación la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la E.T.B. S.A. E.S.P., y en favor de Comunicación celular Comcel S.A.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 122-123 C. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 141-142 C. Principal No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 5-124, c. ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 125-156, c. ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 183-207, c. ppal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 209-226, c. ppal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: “**A*rtículo 119.*** Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”. [↑](#footnote-ref-7)
8. La demanda arbitral se presentó el día 21 de diciembre de 2012. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Sala Plena–, providencia de 6 de junio de 2013, exp. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45.922); Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838; Consejera ponente: Guerrero de Escobar, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras decisiones. [↑](#footnote-ref-10)
11. Respecto de la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas se acoge el criterio que ha fijado la Sala a partir de la sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 32.302, reiterado en auto del 8 de febrero de 2007, expediente 30.903, así como la sentencia C-736 de 2007 proferida por la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-11)
12. Así reza el texto del artículo 17 de la Ley 142 de 1994:

    *“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.*

    *“PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado”.*  [↑](#footnote-ref-12)
13. A continuación se transcribe el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, que a la letra dice:

    *“ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

    *“19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P.".*

    *“19.2. La duración podrá ser indefinida.*

    *“19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.[…]”*  [↑](#footnote-ref-13)
14. *“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:*

    *“15.1. Las empresas de servicios públicos.*

    *“15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.*

    *“15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.*

    *“15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.*

    *“15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.*

    *“15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al clasificar los diferentes tipos de Empresas de Servicios Públicos, dispuso:

    *“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

    *“14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*

    *“14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

    *“14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.*

    [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo en mención preceptúa: *“Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fls. 183-206, c. ppal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P. [↑](#footnote-ref-22)
23. SACHICA, Luis Carlos, Introducción al Derecho Comunitario Andino, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, p. 15. [↑](#footnote-ref-23)
24. *Idem*, pp. 14-15. [↑](#footnote-ref-24)
25. Nota original de la providencia citada: SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf]. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P. [↑](#footnote-ref-26)
27. ANDUEZA, José Guillermo, “La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, INTAL-BID, Montevideo, 1985, pp., 39-43. [↑](#footnote-ref-27)
28. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 5-IP-95. [↑](#footnote-ref-28)
29. Nota original de la providencia citada: “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”. [↑](#footnote-ref-29)
30. # Nota original de la providencia citada: *“Artículo 121.- Objeto y finalidad*

    # *Corresponde al Tribunal interpretar 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 122.- 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.*

    # *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.*

    # *Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno*

    # *En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.*

    # *Artículo 125.- Condiciones y requisitos para la formulación de la consulta*

    # *La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al Tribunal deberá contener:*

    # *a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante;*

    # *b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere;*

    # *c) La identificación de la causa que origine la solicitud;*

    # *d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y,*

    # *e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.*

    # *Artículo 126.- Trámite*

    # *Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal.*

    # *Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia.*

    # *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, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.*

    # *Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante*

    # *El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.*

    # *Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial*

    # *Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.*

    # *Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.*

    # *En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial”*.

    [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P. [↑](#footnote-ref-31)
32. Nota original del pronunciamiento citado: Interpretación Proceso 181-IP-2013. [↑](#footnote-ref-32)
33. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 261-IP-2013. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón; Radicación: 110010326000201500030-00 (53.182). [↑](#footnote-ref-34)
35. Nota original de la sentencia citada: Folio 362, Cd. Principal 2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Nota original de la sentencia citada: Folios 352 a 354, Cd. Principal 2. [↑](#footnote-ref-36)
37. Nota original de la sentencia citada: “Cuyo tenor es el siguiente:

    “ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

    (…)

    “73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. [↑](#footnote-ref-37)
38. “El cual señala:

    “ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

    (…)

    “73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio”. [↑](#footnote-ref-38)
39. Nota original de la sentencia citada: Consulta hecha en el portal http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2007/bruno.pdf [↑](#footnote-ref-39)
40. Nota original de la sentencia citada: “**ARTÍCULO 35.** El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”. [↑](#footnote-ref-40)
41. En la parte resolutiva de la providencia en cuestión se decidió, entre otros cosas, lo siguiente: *“****Tercero.-*** *Por Secretaría de la Sección,* ***REMÍTASE*** *la totalidad el expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre los operadores Comunicación Celular Comcel S.A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P -ETB-, con ocasión de los cargos de acceso relacionados con el contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998”*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 23 de septiembre de 2015; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; Radicación: 110010326000201500018 00; Expediente: 53.054. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón; Radicación: 110010326000201500030-00 (53.182). [↑](#footnote-ref-42)
43. Artículo 188. *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. [↑](#footnote-ref-43)
44. Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, numeral 1.12.2.3. [↑](#footnote-ref-44)
45. El artículo segundo define las agencias en derecho: *“Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento”.* [↑](#footnote-ref-45)