

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Improcedente por falta de agotamiento de los mecanismos de defensa judicial / ACCION DE TUTELA - Improcedente porque para cuestionar la providencia judicial que decide el recurso de anulación procede recurso extraordinario de revisión

En esas condiciones, para la Sala, fluye con claridad que los argumentos que propuso COMCEL encajarían en la causal de revisión denominada “*nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación*”. La supuesta falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el hecho de que presuntamente se reabriera un proceso legalmente terminado, conforme con los numerales 2 y 3 del artículo 140 C.P.C., son cuestiones que podrían invocarse como causales de nulidad originadas en la sentencia. Siendo así, la tutela deviene improcedente porque la actora puede acudir al recurso extraordinario de revisión para cuestionar las providencias del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y, de este modo, lograr la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Finalidad y naturaleza

Dicho recurso, sin embargo, no es una instancia judicial adicional que permita variar la causa de la demanda, ni la defensa del demandado, ni remediar la deficiencia probatoria. Tampoco es un medio para cuestionar los fundamentos jurídicos de las providencias. Es decir, el recurso extraordinario de revisión, a diferencia de lo que ocurre con el recurso extraordinario de súplica, no está previsto para cuestionar la actividad interpretativa del juez, sino para discutir y ventilar ciertos hechos procesales externos a la labor funcional del juez, que afectan el principio de justicia. Justamente, las causales del recurso extraordinario de revisión tienen que ver con vicios de naturaleza procesal, que no sustancial, y, por ende, no están previstas para corregir errores que puedan derivarse de la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma sustancial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01785-00(AC)

Actor: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL

Demandado: CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la sociedad Comunicación Celular S.A. (en adelante COMCEL) contra la Sección Tercera del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La representante legal de COMCEL presentó acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sección Tercera porque consideró vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Por lo tanto, formuló las siguientes pretensiones:

- “1. Que se declare sin efecto la providencia del 9 de agosto de 2012, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, radicación No. 1001032600020120001300 (43.045);*
- 2. Que se declare sin efecto la providencia del 9 de agosto de 2012, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación No. 11001032600020120001800 (43.195);*
- 3. Que se declare sin efecto la providencia del 9 de agosto de 2012, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación No. 11001032600020120002000 (43.281).*
- 4. En consecuencia, se ordene al Consejo de Estado o bien (i) abstenerse de tomar una decisión dirigida a cumplir las órdenes emitidas por el TJCA en este asunto, por carecer de competencia para ello. O (ii) en caso de que, como juez Constitucional, se considere que el Consejo de Estado debe cumplir la decisión de TJCA, se le ordene rehacer su decisión sin afectar los derechos fundamentales al debido proceso, la buena fe y la cosa juzgada constitucional de COMCEL S.A. con base en las consideraciones expuestas en esta demanda. Específicamente, se ordene la reconstrucción de los mismos Tribunales de Arbitramento para que cumplan la exigencia de la interpretación prejudicial ordenada por el TJCA y que como el pago ya está hecho, sean los propios Tribunales quienes decidan si hay lugar a devolución alguna, al resolver de fondo la controversia”.*

2. Hechos

De acuerdo con la información del expediente, son relevantes los siguientes hechos:

Que, en el año 1998, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (en adelante ETB) suscribió contratos independientes (en los que se pactó cláusula compromisoria) con las sociedades COMCEL¹, Occidente y Caribe Celular S.A. (en adelante OCCEL) y Caribe Celular S.A. (en adelante CELCARIBE) para el acceso, uso e interconexión de la red móvil celular y la red de telefonía pública fija.

Que COMCEL, OCCEL y CELCARIBE promovieron sendos procesos arbitrales para que se declarara que ETB estaba obligada a pagar los cargos de acceso máximo por minuto, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

Que, el 15 de diciembre de 2006, los tribunales de arbitramento conformados para decidir los conflictos accedieron a las pretensiones de las sociedades convocantes y declararon que ETB estaba obligada a pagar el cargo de acceso máximo por minuto. Que, en consecuencia, condenaron a ETB a pagar \$32.021.416.748 a COMCEL, \$38.033.759.715 a OCCEL y \$17.108.441.548 a CELCARIBE.

Que ETB promovió recurso extraordinario de anulación contra los laudos arbitrales.

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante dos providencias del 27 de marzo de 2008 y otra del 21 de mayo del mismo año, declaró infundados los recursos extraordinarios de anulación, por cuanto no encontró acreditadas las causales de anulación invocadas por ETB.

Que ETB promovió ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo TJCA) acción de incumplimiento² contra la República de Colombia, toda vez que la Sección Tercera del Consejo de Estado negó la solicitud de interpretación prejudicial del TJCA, respecto de la Decisión 462³ (artículos 3, inciso final, y 32) y de la Resolución 432⁴ (artículos 1, 3, 13, 32 y 35) de la Comunidad Andina de Naciones. Que, según ETB, los tribunales de arbitramento no eran competentes para conocer de los conflictos por interconexión, pues, de conformidad con las normas mencionadas, era la "Autoridad de

¹ Según se explicó en la demanda, COMCEL es "sucesora procesal" de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. porque las absorbió.

² La acción de incumplimiento fue instituida por el tratado de creación del TJCA, aprobado mediante la Ley 453 de 1997.

³ Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina, proferida por la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones.

⁴ Normas Comunes sobre Interconexión, proferida por la Secretaría de la Comunidad Andina de Naciones.

Telecomunicaciones” la que debía resolverlos, mediante procedimiento administrativo⁵.

Que, en concreto, ETB formuló la siguiente pretensión ante el TJCA:

*“La presente demanda tiene por objeto que el H. Tribunal Comunitario constate y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127, y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como, la no repetición de este tipo de omisiones.”*⁶

Que el TJCA, mediante providencia del 26 de agosto de 2011, decidió:

*“Declarar a lugar (sic) la demanda interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ETB S.A., contra la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haber solicitado oportunamente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres (03) laudos arbitrales, de acuerdo a lo sentado por este Tribunal en la parte considerativa de la presente sentencia. Debe en consecuencia, la República de Colombia proceder conforme lo establece el artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina a dar cumplimiento a esta sentencia”*⁷.

Que la República de Colombia, mediante el Ministerio de Comercio Exterior, solicitó la enmienda y en subsidio la aclaración de la providencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA, concretamente, para que se explicara la forma en que debía darse cumplimiento a lo dispuesto en dicha sentencia.

Que el TJCA, mediante decisión aclaratoria del 15 de noviembre de 2011, indicó:

“debe el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, realizar las siguientes acciones:

- *De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano, dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación.*
- *De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia de 26 de agosto de 2011, el Consejo de Estado debería solicitar la interpretación prejudicial*

⁵ La interpretación prejudicial es un mecanismo para que el juez nacional solicite al TJCA la interpretación en abstracto de las normas comunitarias. Es el medio para verificar el cumplimiento de las normas de la Comunidad Andina de Naciones.

⁶ Folio 180 del cuaderno principal.

⁷ Folio 213 del cuaderno principal.

al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consultando si los Tribunales Arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal Considera que la presente sentencia ya contiene las pautas rectoras que la permitirá (sic) al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales.

- *Es decir, en este momento la obligación que tiene el Consejo de Estado es dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, tomando dichas determinaciones como la interpretación prejudicial en los mencionados procesos, debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente*⁸.

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante autos del 9 de febrero de 2012, dispuso una serie de medidas tendientes a cumplir la orden impartida por el TJCA. Que, entre otras cosas, ordenó “*crear un encuadernamiento e incorporar en él esa decisión primigenia que adoptó la Sala el 9 de febrero de 2012, los documentos remitidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al Consejo de Estado relacionados con las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso No. 03-AI-2010, así como aquellos escritos y oficios que con ocasión de dichas decisiones se allegaron al Consejo de Estado por parte de distintas personas interesadas en el asunto.*” Que, asimismo, la Sección Tercera de esta Corporación mandó que se notificara a los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Justicia y del Derecho, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y de Comercio, Industria, y Turismo, a ETB, a COMCEL y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que, si lo estimaban pertinente, expusieran sus puntos de vista y aportaran información que pudieran considerar relevante para cumplir la sentencia del TJCA.

Que el TJCA, mediante decisión del 18 de julio del 2012, formuló contra la República de Colombia el cargo de incumplimiento de la sentencia del 26 de agosto de 2011, por cuanto habían transcurrido más de diez meses sin que se adelantaran las gestiones pertinentes para acatarla. Que, en esa oportunidad, el TJCA concluyó:

“Que para dar cabal cumplimiento a la sentencia del 26 de agosto de 2011, la República de Colombia a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debe realizar las siguientes acciones:

⁸ Folio 221 del cuaderno principal.

1. *Proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que surgió la obligación para el Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial, es decir, antes de la emisión de las providencias que resolvieron los recursos de anulación.*
2. *Continuar el proceso tomando la Sentencia del 26 de agosto de 2011, expedida en el marco del proceso de incumplimiento 03-AI-2010, como la interpretación prejudicial que debió solicitar el Consejo de Estado. Esta providencia, por economía procesal, se debe fijar como la interpretación prejudicial que fija el sentido y alcance de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto.*
3. *Anular los laudos arbitrales y, como efecto, devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que, de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo, acogiendo para tal fin, la providencia expedida en su momento (por) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁹.*

Que, en cumplimiento de la sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA, y luego de una serie de trámites tendientes a recopilar información y permitir la intervención de los interesados, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en tres providencias del 9 de agosto de 2012, dejó sin efectos las dos sentencias del 27 de marzo de 2008 y la del 21 de mayo de 2008, que declararon infundados los recursos extraordinarios de anulación formulados por ETB contra los laudos arbitrales proferidos el 15 de diciembre de 2006. Que, en su lugar, anuló dichos laudos arbitrales y ordenó a las sociedades COMCEL, OCCEL y CELCARIBE que devolvieran las sumas pagadas por ETB, con motivo de la condena impuesta por los tribunales de arbitramento.

Que, en resumen, la Sección Tercera de esta Corporación consideró:

- (i)** Que la decisión del TJCA era clara en ordenar la anulación de los laudos y que se dictara una decisión sustitutiva.
- (ii)** Que no era posible devolver las actuaciones al tribunal de arbitramento, pues esto desconocería el principio de transitoriedad de la justicia arbitral.
- (iii)** Que, de hecho, el TJCA dispuso que los pronunciamientos del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 debían tomarse como la propia interpretación prejudicial y que, por economía procesal y de conformidad con la doctrina del propio TJCA, la Sección Tercera podía declarar directamente la nulidad de los laudos y adoptar la decisión que en derecho correspondiera.

⁹ Folio 233 del cuaderno principal.

Que, frente a estos pronunciamientos, COMCEL formuló varias solicitudes de adición, aclaración, complementación y enmienda, en las que dijo: **(i)** que la sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA no la obligaba porque no fungió como parte en el proceso que la originó; **(ii)** que no es una autoridad colombiana y que, por lo tanto, no podía atribuírsele el desconocimiento de las normas de la Comunidad Andina de Naciones; **(iii)** que *“si hubo algún incumplimiento fue del Consejo de Estado o del Tribunal Arbitral, o de ambos, pero en todo caso ninguno de ellos endilgable a COMCEL”*, y **(iv)** que lo procedente era que la Sección Tercera del Consejo de Estado surtiera el trámite de interpretación prejudicial, toda vez que eso fue lo ordenado por el TJCA.

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencias del 6 de septiembre de 2012, negó las solicitudes del demandante, con base en los mismos argumentos expuestos en las providencias del 9 de agosto de 2012.

4. Razones que expone COMCEL para cuestionar, mediante acción de tutela, las providencias del 9 de agosto de 2012 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado

COMCEL alegó que las providencias del 9 de agosto de 2012 vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. La parte demandante de la tutela, antes de hacer referencia a los defectos en que habría incurrido la autoridad judicial demandada, justificó la procedencia de la acción de tutela de la siguiente forma:

4.1 De la procedencia de la tutela

A juicio de COMCEL, no hay un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para controvertir las sentencias del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Que si bien presentó un recurso de revisión contra las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 del TJCA, lo cierto es que ese no es un mecanismo legal idóneo, suficiente y eficaz para proteger el derecho al debido proceso, por cuanto el TJCA no tiene competencia ni jurisdicción para *“corregir violaciones de derechos fundamentales”*.

Que, además, “*la indeterminación de la naturaleza jurídica de las providencias*” objeto de tutela impide que COMCEL tenga certeza sobre cuáles son los medios legales para controvertirlas. Es decir, que la falta de certeza sobre si las providencias acusadas son autos o sentencias es lo que vulnera el derecho al debido proceso de COMCEL.

Que, por lo demás, **(i)** el asunto tiene relevancia constitucional, pues se trata del desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia; **(ii)** se cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto las providencias atacadas fueron comunicadas a COMCEL el 10 de septiembre de 2012; **(iii)** las irregularidades procesales tienen incidencia directa en el desconocimiento de los derechos invocados; **(iv)** se identificaron razonablemente los hechos que generan la violación, y **(v)** las providencias atacadas no son de tutela.

4.2 De la configuración de las causales específicas para conceder la tutela contra providencias judiciales

En cuanto a los supuestos defectos en que habría incurrido la Sección Tercera de esta Corporación, COMCEL, en concreto, expuso:

4.2.1 Del defecto orgánico por falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por el TJCA

Para sustentar el defecto en cuestión, la parte demandante dijo lo siguiente:

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado carecía de competencia para crear un proceso judicial especial denominado “*encuadernamiento*”, encaminado supuestamente a establecer cómo debían cumplirse las decisiones del TJCA.

Que, de conformidad con el numeral segundo del artículo 189-2 de la Constitución Política, el encargado de cumplir con la orden impartida por el TJCA era el Presidente de la República, que es el encargado de dirigir las relaciones exteriores. Que, por lo tanto, la Sección Tercera de esta Corporación se atribuyó una competencia que no le correspondía.

Que, en efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado no representa a la República de Colombia en el ámbito internacional y que, por consiguiente, al proferir las providencias objeto de tutela, actuó al margen de las competencias que le asignaron la constitución y la ley. Que, en este caso, el Presidente de la República, a través del Ministro de Comercio, Industria, y Turismo, era el llamado a acatar la orden del TJCA. Que, aunque la Sección Tercera del Consejo de Estado fuera la destinataria final de las órdenes del TJCA, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como representante de los intereses de Colombia ante el TJCA, debió actuar primero para establecer el procedimiento y la manera en que se debía dar cumplimiento a la sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA¹⁰.

Que, por otra parte, el TJCA ordenó cumplir la sentencia del 26 de agosto de 2011 de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y que, por ende, ante la inexistencia de norma procesal colombiana que regulara lo concerniente al acatamiento de las providencias del TJCA, el Gobierno Nacional estaba obligado a presentar al Congreso de la República un proyecto de ley para expedirla y que, de este modo, las actuaciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado tuvieran respaldo normativo. Que, en todo caso, la norma procesal que se creara tendría efectos hacia futuro y, por lo tanto, no sería pertinente para cumplir la decisión del TJCA del 26 de agosto de 2011.

A juicio de la parte demandante, también se incurrió en defecto orgánico, “por exceso” del Consejo de Estado en el cumplimiento de la orden del TJCA. Que, en efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado no podía extender los efectos de los pronunciamientos del TJCA a COMCEL, toda vez que dicha sociedad no fue parte en el proceso de incumplimiento promovido por ETB.

Que la autoridad judicial demandada, en las providencias cuestionadas, decidió indebidamente: *“(i) anular su propia decisión de anulación y de una vez aprovechar para (ii) anular los laudos arbitrales y (iii) como consecuencia lógica de ese razonamiento, se sigue —según la Sección Tercera del Consejo de Estado— que COMCEL S.A., devuelva las sumas de dinero que le fueron pagadas con base en los laudos arbitrales que le fueron fallados a su favor, para que no se configure un enriquecimiento sin causa a favor de ésta última”*.

¹⁰ Como se verá más adelante, con este mismo argumento COMCEL invoca el supuesto defecto procedimental absoluto en que incurrió la Sección Tercera de esta Corporación.

Que el argumento que utilizó el Consejo de Estado para tal fin “*parece persuasivo y limpiamente construido, pero analizado en detalle y bajo principios constitucionales resulta falaz e incompleto, y más grave: legitima una decisión violatoria del debido proceso. Existe una pregunta que no se hizo el Consejo de Estado al momento de adoptar su decisión del 9 de agosto contenida en las tres providencias cuestionadas: ¿puedo para cumplir con la decisión del TJCA afectar derechos consolidados y adquiridos con justo título y de buena fe por un tercero, en este caso COMCEL S.A.?*”. Es decir, la autoridad judicial demandada afectó derechos legítimamente consolidados y desconoció los principios de seguridad jurídica, buena fe y cosa juzgada.

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado bien pudo, por ejemplo, ordenar que se reconstituyeran los tribunales de arbitramento para que adelantaran el trámite de interpretación prejudicial y, luego, decidieran el conflicto jurídico que se suscitó. Que “*de esta manera, se satisface de un lado, la pretensión de cumplimiento de la orden del TJCA y de otro, no se hubieran afectado garantías iusfundamentales de mi representada; ya que si se materializa la devolución de dinero ordenada a COMCEL, se dejaría a esta última en una situación de indeterminación y de difícil recaudo de las sumas devueltas aún cuando, los mismos Tribunales de Arbitramento se pronuncien nuevamente a favor de COMCEL (sic)*”.

Que, además, las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 del TJCA no dispusieron la devolución de los dineros pagados por ETB a COMCEL y que, por lo tanto, no era procedente que la Sección Tercera del Consejo de Estado profiriera una orden en tal sentido, sin dejar de incurrir en defecto orgánico.

4.2.2 Del desconocimiento de la cosa juzgada

Que las providencias objeto de tutela desconocieron el principio de cosa juzgada constitucional, por cuanto las sentencias que declararon improcedente la tutela promovida, en su momento, por la ETB contra las providencias que denegaron el recurso de anulación no fueron seleccionadas por la Corte Constitucional y, por ende, quedaron ejecutoriadas e hicieron tránsito a cosa juzgada. Que, en efecto, ETB formuló acción de tutela contra las providencias que declararon infundado el recurso extraordinario de anulación promovido contra los laudos arbitrales y que,

en tanto se decidieron en las instancias correspondientes y no fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, lo allí resuelto es inmodificable y la Sección Tercera de esta Corporación no podría reabrir el caso y cambiar el sentido de la decisión.

Que, adicionalmente, la autoridad judicial demandada desestimó *“el carácter inmutable e inmodificable de sus decisiones en razón a la configuración del fenómeno de cosa juzgada constitucional como resultado de la no selección de las demandas de tutela de ETB contra las providencias que declararon infundados sus recursos de anulación contra los laudos”*.

Que las providencias objeto de tutela reabrieron *“el proceso entre COMCEL y ETB, anulando los efectos de la cosa juzgada y violando el derecho que consagra el Artículo 29 de la Constitución Política a ‘no ser juzgado dos veces por el mismo hecho’ y dejando sin efectos el ‘acceso a la justicia’ que buscó COMCEL al buscar decisiones ejecutoriadas que pusieran fin a sus controversias con ETB”*.

4.2.3 Del defecto procedimental por inexistencia de procedimiento judicial para acatar las providencias del TJCA

Que las providencias atacadas son producto de un defecto procedimental absoluto, por cuanto fueron proferidas con base en un procedimiento judicial inexistente. Que, en efecto, la Sección Tercera de esta Corporación judicial no basó sus actuaciones en un procedimiento preexistente y que, por el contrario, *“inventó”* la forma en que debía darse cumplimiento a la sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA.

Que, además, la autoridad judicial demandada no podía modificar las providencias que declararon infundados los recursos de anulación formulados por ETB contra los laudos arbitrales, por cuanto, en el derecho procesal colombiano, no hay oportunidades o recursos adicionales para controvertir las sentencias ejecutoriadas. Que, siendo así, la autoridad judicial demandada desconoció el numeral tercero del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que revivió un proceso legalmente concluido.

Que, por otra parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado también incurrió en defecto procedimental absoluto al crear, por vía jurisprudencial, una causal adicional de anulación de laudos arbitrales, consistente en la omisión de la interpretación prejudicial de las normas de la comunidad andina. Que, de esta forma, también desconoció las normas que regulan las causales de anulación de laudos arbitrales.

Que, por último, la autoridad judicial demandada *“se abstuvo, explícitamente, de cumplir la orden del TJCA relativa a la devolución de los asuntos a los tribunales de arbitramento que dirimieron las controversias entre COMCEL y ETB.”* Que, por lo tanto, *“adoptando una conducta arbitraria, decidió que algunas órdenes sí las cumplía (pese a que iban en contra de la institución de la cosa juzgada, pese a que violaban derechos adquiridos, y pese a que violaban el debido proceso); pero decidió que no cumpliría otras órdenes del TJCA”*.

5. Intervención de la autoridad judicial demandada — Consejo de Estado, Sección Tercera

El magistrado Mauricio Fajardo Gómez¹¹ se opuso a la demanda de tutela y solicitó que fuera denegada. Para tal fin, luego de hacer una descripción detallada del procedimiento que dio origen a las providencias atacadas, adujo, en resumen, lo siguiente:

Que en el proceso de acatamiento de las providencias del TJCA todos los interesados tuvieron la oportunidad de intervenir y de exponer los aspectos que consideraron relevantes. Que, de hecho, en la actuación previa a la expedición de las providencias del 9 de agosto de 2012 *“intervinieron los Ministerios de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Relaciones Exteriores; también lo hicieron la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio Público y, desde luego, las compañías directamente relacionadas con ese asunto, ETB y COMCEL S.A., esta última que en diversas oportunidades se pronunció en relación con el tema materia de decisión, por manera que sus argumentos fueron igualmente objeto de pronunciamiento por la Corporación tanto en las providencias de agosto 9 de 2012, como en sendas decisiones dictadas todas ellas el 6 de septiembre de 2012, a través de las cuales se resolvieron múltiples peticiones y señalamientos*

¹¹ Ponente de la providencia del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación No. 11001032600020120001300 (43.045).

formulados por COMCEL S.A., lo cual evidencia, sin ambages y una vez más, que dicha compañía SÍ intervino, SÍ se le escuchó de manera efectiva y no solo formal y SÍ se le tuvo en cuenta como un verdadero y real interviniente con interés directo en la actuación.”

Que las providencias atacadas fueron adoptadas con base en un “*riguroso y estricto apego al ordenamiento jurídico interno y comunitario vigente y con sujeción –como en cada una de las decisiones se indicó- a aquello que ordenó el TJCA*”. Que, por lo tanto, no se vulneraron los derechos invocados por COMCEL.

A su turno, el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera¹² pidió que se negaran las pretensiones de tutela. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

Que en las providencias del 26 de agosto de 2011 y 15 de noviembre del mismo año el TJCA dispuso que el Consejo de Estado debía “*adoptar las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia*” y que esto se efectuaría “*de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano*”. Que, por ende, en contra de lo afirmado por la demandante, el Consejo de Estado sí era la autoridad competente para acatar lo dispuesto en las mencionadas providencias.

Que, además, si bien se trataba de una situación especial y excepcional para el cumplimiento de las decisiones del TJCA, lo cierto es que se observaron y aplicaron los principios previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, de modo que no se vulneró el debido proceso. Es decir, que COMCEL tuvo la oportunidad de intervenir a lo largo del trámite judicial que culminó con las providencias atacadas.

Que, por igual, “*el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante oficio 389 SG-TJCA-2010, notificó a COMCEL S.A. E.S.P., de la demanda, como tercero interesado en el resultado del proceso, razón por la cual le corrió traslado de la misma y le puso en su conocimiento que disponía ‘de 40 días continuos para proceder a su contestación’, sin embargo, la citada empresa no hizo uso de ese derecho, de tal suerte que no es posible alegar ahora que se le violó el debido proceso, pues, como se vio, todas y cada una de las actuaciones encaminadas a*

¹² Ponente de la providencia del 9 de agosto de 2012, radicación No. 11001032600020120001800 (43.195).

dar cumplimiento a las órdenes impuestas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fueron puestas en su conocimiento”.

Que, por otra parte, no puede decirse que operó el fenómeno de la cosa juzgada material, toda vez que, de conformidad con los artículos 2, 3 y 15 de la Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, el derecho comunitario andino prima sobre el derecho interno y, por lo tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado estaba obligada a acatar lo dispuesto por el TJCA.

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado no incurrió en el defecto orgánico endilgado, toda vez que no se excedió en el cumplimiento de las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 del TJCA. Que, claramente, dicha autoridad comunitaria dispuso que la providencia del 26 de agosto de 2011 constituía la interpretación prejudicial omitida y que, por lo tanto, debían anularse los laudos arbitrales del 15 de diciembre de 2006 y dictarse la decisión que en derecho correspondiera.

Que tampoco hubo defecto procedimental absoluto, pues, *“además de las causales de anulación de laudos arbitrales previstas en el ordenamiento jurídico interno, 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 fue, precisamente, la que sirvió de fundamento para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, declarara la nulidad del mencionado laudo arbitral que se profirió en diciembre 15 de 2006”.*

El magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa¹³ solicitó, a su vez, que se denegaran las pretensiones de tutela. Para justificar dicha petición acogió varios de los planteamientos expuestos por los magistrados Mauricio Fajardo Gómez y Carlos Alberto Zambrano Barrera y agregó lo siguiente:

¹³ Ponente de la providencia del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación No. 11001032600020120002000 (43.281).

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado respetó el debido proceso constitucional y que, de hecho, permitió que intervinieran todas las personas de derecho público y privado que pudieran resultar afectadas con la decisión.

Al referirse a los defectos a que aludió COMCEL en la tutela, dijo:

- Del presunto defecto orgánico por falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para acatar la orden del TJCA

Que, de conformidad con el artículo 472 del Tratado de Creación del TJCA, el Consejo de Estado ostenta la calidad de juez comunitario y, por lo tanto, no es cierto que careciera de competencia para cumplir las órdenes dadas en las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011. Que, adicionalmente, el TJCA fue el que determinó *“el ámbito material de aplicación de las atribuciones y competencias del Consejo de Estado en el presente asunto”* y que, por ende, no es cierto que la Sección Tercera hubiese asumido arbitrariamente dichas competencias.

Que la Sección Tercera del Consejo de Estado no contravino el artículo 189 de la Constitución Política, pues no *“cuestionó o puso en duda las funciones del Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa y, mucho menos, sus atribuciones como supremo director de las relaciones internacionales.”*

Que, además, las previsiones del artículo 189 constitucional no guardan relación alguna con los argumentos sobre la carencia absoluta de competencia del Consejo de Estado para determinar cómo debían cumplirse las decisiones del TJCA y la necesidad de someterse a la orden u autorización del Presidente de la República, *“pues, en primer lugar, una orden proveniente del Primer Mandatario del Estado en esta materia no estaría enmarcada en el manejo de las relaciones internacionales; por el contrario, carecería de cualquier sustento jurídico y resultaría transgresora de los principios de separación de poderes (C.P., artículo 113), de autonomía e independencia judicial (C.P., artículo 228 y 230), de la aplicación directa del derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico (tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, artículo 3) y de la obligación de los Estados miembros de la Comunidad Andina de cumplir de manera inmediata sin necesidad de procedimiento especial alguno, las decisiones*

de los órganos de la mencionada comunidad (Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, capítulo iv)".

- Del presunto desconocimiento del principio de cosa juzgada

Que el argumento referido a la ejecutoria de la sentencia que denegó la tutela formulada por ETB contra las providencias que declararon infundado el recurso de anulación no es de recibo, toda vez que *"la parte actora, de manera errada, pretende extender los efectos de una sentencia dictada dentro de la jurisdicción constitucional a la acción de incumplimiento que se tramita ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se trata de dos mecanismos judiciales con naturaleza y finalidades completamente distintas y los asuntos que se sometieron a decisión por ambas autoridades judiciales, esto es, el juez de tutela y el TJCA, son completamente diferentes"*.

En cuanto al supuesto defecto orgánico por "exceso" de la Sección Tercera en el cumplimiento de la orden impartida por el TJCA, manifestó que la Sección Tercera del Consejo de Estado no fue más allá de lo dispuesto en las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, pues la declaratoria de nulidad de los laudos daba lugar a que se ordenara la devolución de los dineros pagados por ETB, so pena de generar un enriquecimiento injustificado a favor de COMCEL S.A. Que, incluso, la representante legal de COMCEL reconoció que el argumento es *"persuasivo y limpiamente construido"*, pero *"sostiene falazmente que el mismo vulnera principios constitucionales"*.

Que la sociedad demandante olvida que el estado colombiano, al incorporar la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores al ordenamiento jurídico interno, se comprometió a acatar los compromisos y disposiciones del TJCA. Que, a su vez, de conformidad con el artículo 111 del Estatuto del TJCA, los jueces nacionales están obligados a cumplir las órdenes que profiera el TJCA y que, por lo tanto, el Consejo de Estado no podía oponerse al cumplimiento.

Y, por último, en cuanto al presunto defecto procedimental por la supuesta invención de procedimiento para acatar la orden el TJCA y la supuesta creación de una causal adicional de anulación de laudos arbitrales, adujo que la autoridad judicial demandada no creó una nueva causal de nulidad de los

aludos arbitrales, toda vez que se limitó a reconocer una derivada del derecho de la Comunidad Andina de Naciones. Que, además, no hay aplicación retroactiva de la causal establecida en el ordenamiento comunitario, pues dichas disposiciones fueron reconocidas en la Ley 453 de 1997.

Que si bien no existe un procedimiento para dar cumplimiento a las órdenes del TJCA, lo cierto es que el Consejo de Estado: **(i)** garantizó el debido proceso de todos los que pudieran resultar afectados; **(ii)** reconoció el mandato de aplicación inmediata de las decisiones del aludido tribunal; **(iii)** sustentó el trámite procesal en normas preexistentes, como lo son los artículos 11 de la Decisión 500 y 4 del tratado fundacional de la Comunidad Andina, y **(iv)** se limitó a acatar lo dispuesto por el órgano jurisdiccional comunitario.

- De la negativa de la Sección Tercera de reconstituir los tribunales de arbitramento

Que la negativa del Consejo de Estado de reconstituir los tribunales de arbitramento obedeció a que, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, dichos tribunales *“pierden definitivamente sus atribuciones jurisdiccionales cuando expira el término previsto por la ley para proferir el respectivo laudo, y no existe mecanismo alguno para reconstituirlo”*.

La magistrada Stella Conto Díaz del Castillo¹⁴ también se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes razonamientos:

Que las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 del TJCA son claras en indicar que el Consejo de Estado es competente para el cumplimiento de tales providencias.

Que, por otra parte, no hay cosa juzgada constitucional, como lo pretende hacer ver la sociedad demandante, toda vez que *“es apenas obvio que la acción de tutela competencia de la jurisdicción constitucional, el recurso de anulación del que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la acción de incumplimiento que se tramita ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, son mecanismos judiciales de naturaleza y finalidad diferentes y que los asuntos a tratar en cada uno de ellos también lo son”*. Que, en consecuencia, las

¹⁴ Presidente de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

decisiones tomadas frente a la tutela promovida por ETB contra las providencias que declararon infundado el recurso de anulación no impedían que la Sección Tercera cumpliera con lo dispuesto por el TJCA.

Que las decisiones del TJCA y de la Sección Tercera del Consejo de Estado no vulneraron el derecho al debido proceso, pues COMCEL conoció de la existencia de los procesos judiciales que dieron lugar a las providencias atacadas y, por lo tanto, pudo ejercer las garantías de contradicción y defensa.

6. Intervención de terceros con interés

6.1 ETB

El apoderado judicial de ETB pidió que se desestimaran las pretensiones formuladas por la demandante. Para tal fin, adujo, en resumen, lo siguiente:

- De los requisitos generales para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

Que la cuestión planteada por COMCEL no tiene una evidente relevancia constitucional, por cuanto las pretensiones son eminentemente económicas y están dirigidas a que no se le obligue a devolver las sumas de dinero pagadas por ETB. Que, de hecho, las pretensiones de COMCEL buscan que el estado colombiano quede en situación de incumplimiento del fallo 3-AI-2010 y que *“le dé validez a su intención de enriquecerse con el dinero que ETB le pagó en ejecución de unos laudos arbitrales que fueron declarados nulos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cumplimiento de una orden del TJCA”*.

Que, por otra parte, COMCEL no agotó los medios judiciales de defensa que tenía a su alcance, toda vez que no intervino oportunamente en los procesos que dieron origen a las providencias atacadas, pese a que el TJCA y la Sección Tercera del Consejo de Estado lo vincularon formalmente.

Que la sociedad demandante también cuenta con el recurso extraordinario de revisión para cuestionar las providencias judiciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Que, de hecho, los argumentos que expuso en la tutela

podrían encuadrarse en las causales 6ª y 8ª del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, que aluden a la nulidad originada en la sentencia y al desconocimiento de la cosa juzgada.

Que, además, si COMCEL considera que la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en error judicial, podría formular la respectiva demanda de reparación directa y, de este modo, lograr la declaratoria de responsabilidad del estado colombiano y el resarcimiento de los perjuicios que supuestamente le causaron.

Que, en el mismo sentido, COMCEL puede promover demanda de revisión contra la providencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA. Que, es más, de acuerdo con lo señalado por COMCEL en el escrito de tutela, el recurso de revisión está en trámite ante el TJCA.

Que, adicionalmente, COMCEL pudo solicitar que el TJCA aclarara o adicionara las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, pero no lo hizo y no puede subsanar esta omisión mediante el ejercicio de la acción de tutela.

Que COMCEL, en el trámite judicial que dio origen a las decisiones controvertidas, contó con todas las garantías que componen el debido proceso. Que la autoridad judicial demandada fue extremadamente cuidadosa con las garantías de contradicción y defensa, al punto que no acató de plano la orden del TJCA, sino que previamente convocó a todas las personas que pudieran resultar afectadas para que intervinieran en el trámite dispuesto para cumplir la sentencia que decidió la acción de incumplimiento.

Que, además, tanto el TJCA como la Sección Tercera del Consejo de Estado le informaron a COMCEL de la existencia de los procesos de incumplimiento y acatamiento, respectivamente, pero se abstuvo de intervenir y no puede ahora subsanar esa omisión mediante la acción de tutela. Que, de hecho, la tutela se dirige realmente contra las órdenes dictadas por el TJCA, a pesar de que COMCEL tuvo las oportunidades para intervenir ante la jurisdicción de la comunidad andina, pero no lo hizo.

- Del cumplimiento de los requisitos específicos para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales

El apoderado judicial de ETB se refirió detalladamente a los supuestos defectos a que aludió COMCEL. Los argumentos que expuso se resumen así:

En cuanto al presunto defecto orgánico por falta de competencia, manifestó que la Sección Tercera del Consejo de Estado era la competente para proferir las sentencias atacadas, dado que así lo señaló expresa y claramente el TJCA en las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011.

Que es desacertado sostener que correspondía al Ministerio de Comercio indicarle a la Sección Tercera del Consejo de Estado cómo debía cumplirse la sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA, por cuanto dicha autoridad administrativa no tiene la función de insinuar a los jueces cómo proceder.

Que el hecho de que Ministerio de Comercio, Industria y Turismo funja como órgano de enlace con los organismos internacionales responsables de temas de integración no significa que sea la única autoridad colombiana encargada de cumplir las órdenes del TJCA. Que, de hecho, la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado de acatar las órdenes del TJCA no tiene nada que ver con el manejo de las relaciones internacionales, pues *“el derecho andino y las sentencias del TJCA se consideran como nacionales”*, es decir, que se trata de una función eminentemente jurisdiccional.

Que la autoridad judicial demandada se limitó a aplicar los principios de prevalencia, autonomía, efecto directo, cooperación judicial y aplicación inmediata, propios del ordenamiento comunitario. Que no es cierto, entonces, que de esas actuaciones pueda derivarse la violación de derechos fundamentales.

Que, de conformidad con el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, el Consejo de Estado conoce privativamente de los recursos de anulación contra los laudos arbitrales proferidos en controversias originadas en contratos estatales y, por lo tanto, es el único que puede juzgar la legalidad de tales pronunciamientos. Que ni siquiera el Presidente de la República puede interferir en el cumplimiento de lo dispuesto por TJCA en las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, toda vez que la orden estaba dirigida expresamente a la Sección Tercera del Consejo de Estado. Que, según el artículo 127 de la Decisión 500, los jueces

nacionales, como lo es el Consejo de Estado, deben aplicar en sus providencias las interpretaciones del TJCA.

Que es desatinado el alegato de COMCEL sobre la necesidad de que exista una ley para cumplir la sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJCA, *“pues, incluso la Corte Constitucional en la misma Sentencia C-227 de 1999 reconoció que el artículo 41 del Tratado de Creación del TJCA no se opone a los dictados de la Constitución Política, por lo que no es necesario hacer maromas o trámites adicionales internos de incorporación de la sentencia, como lo propone COMCEL para hacer cumplir el fallo del TJCA, pues éste se debe cumplir y aplicar de manera directa, sin necesidad de homologación o exequátur.”*

En cuanto al desconocimiento del principio de cosa juzgada, el apoderado judicial de ETB manifestó que las providencias objeto de tutela no atentan contra la cosa juzgada constitucional, por cuanto *“la Corte Constitucional ha señalado que el hecho de que el juez de tutela haya encontrado que una providencia no vulnera los derechos fundamentales del accionante, no implica que instancias y decisiones posteriores no se pueda llegar a conclusiones diferentes a las contenidas en la providencia examinada por el juez de tutela. La cosa juzgada constitucional, cuando opera, hace inmutable la sentencia de tutela, no la providencia judicial examinada en tutela¹⁵”*.

Que, además, la cosa juzgada constitucional no ha operado porque la providencia del 16 de octubre de 2008, que negó el amparo de los derechos fundamentales de ETB, fue anterior a los pronunciamientos del 26 de agosto y del 15 de noviembre de 2011 del TJCA. Es decir, no hay identidad de hechos y, por ende, no puede haber cosa juzgada.

Que, asimismo, no puede haber cosa juzgada constitucional respecto de lo decidido por el TJCA, pues *“las acciones de tutela a las que se refiere COMCEL¹⁶ atañen a otras providencias y otras causales de anulación diferentes a las que se reconoció y declaró en el fallo del TJCA.”*

En cuanto al supuesto “exceso” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el cumplimiento de lo dispuesto por el TJCA, afirmó que no se

¹⁵ *“Cfr, Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.”*

¹⁶ Se refiere a la sentencia de tutela que negó el amparo de los derechos fundamentales de ETB. Providencia del 16 de octubre de 2008, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Filemón Ochoa Jiménez, expediente: 11001-03-15-000-2008-00791-01.

excedió lo ordenado por el TJCA, pues, claramente, dicha autoridad dispuso que debían dejarse sin efectos las providencias que declararon infundados los recursos de anulación y anularse los laudos arbitrales. Que, además, el TJCA dispuso que la Sección Tercera del Consejo de Estado era la encargada de cumplir dichas órdenes.

Que la decisión de dejar sin efectos las sentencias que desestimaron los recursos de anulación y de anular los laudos arbitrales *“no son un invento de la Sección Tercera, sino el cumplimiento de una sentencia del TJCA. Las tres providencias proferidas por la Sección Tercera el 9 de agosto de 2012 tuvieron como único objetivo cumplir con la sentencia de incumplimiento proferida por el Tribunal de Justicia el 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de 15 de noviembre del mismo año, en los cuales se ordenó de manera expresa e inequívoca a la Sección Tercera del Consejo de Estado dejar sin efectos las providencias que declararon infundados los recursos de anulación y anular los laudos arbitrales.”*

Que si los laudos que sustentaban el pago de ETB a COMCEL fueron anulados, lo legítimo era ordenar la devolución del dinero pagado, tal como lo hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado. Que, sin embargo, COMCEL ha sido renuente en devolver el dinero y, de este modo, ha desconocido las providencias del TJCA y de la propia Sección Tercera del Consejo de Estado.

Que, de otra parte, la causal de anulación por omisión de la interpretación prejudicial del TJCA está integrada al ordenamiento jurídico desde la misma creación del tribunal.

Por último, **en cuanto al defecto procedimental por ausencia de procedimiento para acatar lo dispuesto por el TJCA**, manifestó que el propósito del procedimiento de *“encuadernación”* fue legítimo, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado buscó garantizar el derecho fundamental al debido proceso y, de este modo, permitir la intervención de las partes y de los terceros que pudieran resultar afectados con el cumplimiento de lo ordenado por el TJCA.

En el escrito de oposición a la tutela, ETB cuestionó la actitud temeraria asumida por COMCEL, por cuanto:

- (i) Sometió a conocimiento de tribunales de arbitramento asuntos decididos por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones (CRT), situación que, según dijo, constituye un defecto orgánico.
- (ii) Fundó las pretensiones de pago de cargo máximo de interconexión en una norma derogada, circunstancia que, según explicó, constituye un defecto sustantivo.
- (iii) Debió demandar los actos administrativos de la CRT que previamente resolvieron el conflicto sometido ilegítimamente a consideración de los tribunales de arbitramento, circunstancia que, según ETB, constituye defecto orgánico.
- (iv) Hizo incurrir “a los árbitros y a los honorables Consejeros de la Sección Tercera en la consideración de regía (sic) una norma que se encontraba derogada años atrás”, que, según manifestó, es constitutivo de defecto procedimental.

6.2 Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁷

La Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho señaló que las providencias judiciales deben respetarse y acatarse, según lo dispone el ordenamiento jurídico colombiano.

6.3 Ministerio de Relaciones Exteriores

La Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores señaló que la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien intervino en los procesos que dieron origen a las providencias objeto de tutela, lo hizo para hacer algunas consideraciones jurídicas y no como parte directamente interesada. Indicó, además, que no había un nexo causal entre la actividad desplegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y las providencias controvertidas en la tutela de la referencia.

6.4 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El representante judicial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo remitió copias de las providencias proferidas por el TJCA en el proceso de incumplimiento

¹⁷ El magistrado sustanciador, mediante auto del 18 de enero de 2013, vinculó como terceros interesados en el resultado del proceso a los ministerios de Comercio, Industria y Turismo, de Relaciones Exteriores, de Justicia y del Derecho, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

03-AI-2010, promovido por ETB contra la República de Colombia, pero no hizo ningún pronunciamiento concreto frente a los hechos y pretensiones de la tutela.

6.5 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones

El apoderado judicial del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, luego de hacer un recuento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la tutela contra providencias judiciales, señaló que COMCEL contaba con el recurso extraordinario de revisión para controvertir las decisiones objeto de tutela. Que, por lo tanto, la sociedad actora no ha agotado todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios para la protección de los derechos invocados.

6.6 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Directora General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sostuvo que el estado colombiano está obligado a acatar las decisiones del TJCA, pues, de no hacerlo, como lo exige COMCEL en la tutela, acarrearía las consecuencias previstas en la Decisión 500 (Estatuto del TJCA).

Dijo que las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 del TJCA no requieren homologación y que, por lo tanto, deben ser acatadas en los términos y condiciones allí previstas.

Señaló, finalmente, que no hay vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, toda vez que COMCEL tuvo la oportunidad de intervenir en el proceso que dio origen a las providencias del 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 del TJCA.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de

cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales, en cuanto no fue creada para tal efecto. Que, además, no era el medio para discutir providencias judiciales porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que reguló la acción de tutela, y que la permitía, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992.

No obstante, en sentencia del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. Es decir, la Sala Plena admitió que la tutela procede de manera excepcional para controvertir providencias judiciales, siempre que exista violación flagrante de algún derecho fundamental¹⁸.

Empero, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, así:

¹⁸ Sin embargo, existe aún polémica en el seno de las secciones del Consejo de Estado sobre la tutela contra los llamados órganos de cierre.

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

(...)

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

(...)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

Esos son los requisitos procesales o de procedibilidad de la acción de tutela.

Además, una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto

orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.”

Y esos defectos son los que autorizarían la concesión del amparo o de la tutela.

Por último, conviene decir que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la

tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Es de esa manera que podría abordarse el estudio de una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la tutela.

2. Caso concreto

COMCEL S.A. pretende la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que estimó vulnerados por las providencias del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹, que cumplieron lo dispuesto por el TJCA el 26 de agosto y el 15 de noviembre de 2011.

En las providencias objeto de tutela, la Sección Tercera del Consejo de Estado dejó sin efectos dos sentencias del 27 de marzo de 2008 y otra del 21 de mayo del mismo año, que declararon infundados los recursos extraordinarios de anulación formulados por ETB contra los laudos arbitrales proferidos el 15 de diciembre de 2006²⁰. En consecuencia, la autoridad aquí demandada anuló los laudos y ordenó a COMCEL que devolviera las sumas pagadas por ETB, con ocasión de la condena impuesta en los laudos anulados.

En los términos planteados en la demanda de tutela, correspondería a esta Sala determinar si es procedente estudiar de fondo los cargos de vulneración de derechos fundamentales invocados por COMCEL. No obstante, previamente, se procederá a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, conforme con el test fijado por la Corte Constitucional.

2.1 Del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales

- **De la relevancia constitucional:** Es claro que la cuestión que aquí se discute tiene relevancia constitucional, toda vez que COMCEL alegó que la

¹⁹ Las providencias atacadas fueron proferidas en los procesos 11001032600020120001300 (43045), 11001032600020120001800 (43195) y 11001032600020120002000 (43281).

²⁰ Los laudos arbitrales los dictaron los tribunales de arbitramento instalados para dirimir las controversias surgidas entre COMCEL S.A., CELCARIBE y OCCEL contra ETB.

Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, dos derechos tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela.

- **De la inmediatez:** Asimismo, la tutela cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto las decisiones atacadas fueron proferidas el 9 de agosto del 2012 y la demanda de tutela fue presentada el 21 de septiembre del mismo año, cuando había transcurrido apenas un mes y 10 días. De hecho, con posterioridad a dichas providencias, la Sección Tercera del Consejo de Estado emitió otros pronunciamientos el 6 de septiembre de 2012, que resolvieron ciertas solicitudes que elevó COMCEL²¹.

- **Del agotamiento de los mecanismos de defensa judicial:** En el caso concreto, la Sala anticipa que la tutela no supera este requisito, por cuanto las inconformidades que aquí propone COMCEL podrían proponerse a través del recurso extraordinario de revisión que procede para cuestionar la providencia judicial que decide el recurso de anulación²². Veamos.

Tanto en vigencia del Decreto 01 de 1984 (artículo 185²³) como en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (artículo 248) el recurso de extraordinario de revisión está previsto como el mecanismo para cuestionar las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, por los tribunales y por los jueces administrativos.

Como lo ha precisado la Sala Plena del Consejo de Estado²⁴, el recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación excepcional de las sentencias ejecutoriadas, que permite el rompimiento del principio de cosa juzgada para restablecer tanto el imperio de la justicia como del ordenamiento

²¹ Según lo reseñado las providencias del 6 de septiembre de 2012, COMCEL "*solicitó (i) varias 'aclaraciones y complementaciones' respecto de la mencionada providencia del 9 de agosto de 2012, con fundamento en lo normado en los artículos 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil; igualmente formuló algunas peticiones de (ii) 'aclaración y enmienda conforme a normas andinas' del anotado pronunciamiento; interpuso el que denominó (iii) 'Recurso de reconsideración contra la providencia del 9 de agosto de 2012' y, finalmente, elevó (iv) 'solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina'*".

²² Conforme con el numeral 5° del artículo 128 del Decreto 01 de 1984 y el numeral 7° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, el recurso extraordinario de revisión procede contra la sentencia que decide el recurso de anulación contra los laudos arbitrales.

²³ Después de la sentencia C-520 de 2009 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable parcialmente el artículo 185 del Decreto 01 de 1984, el recurso extraordinario de revisión procedía en los mismos casos que describe hoy el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de abril de 2004. M.P. María Inés Ortiz Barbosa, expediente de N° 1999-0194.

jurídico que suelen resultar desconocidos por hechos externos al proceso judicial²⁵.

Dicho recurso, sin embargo, no es una instancia judicial adicional que permita variar la causa de la demanda, ni la defensa del demandado, ni remediar la deficiencia probatoria. Tampoco es un medio para cuestionar los fundamentos jurídicos de las providencias. Es decir, el recurso extraordinario de revisión, a diferencia de lo que ocurre con el recurso extraordinario de súplica, no está previsto para cuestionar la actividad interpretativa del juez, sino para discutir y ventilar ciertos hechos procesales externos a la labor funcional del juez, que afectan el principio de justicia.

Justamente, las causales del recurso extraordinario de revisión tienen que ver con vicios de naturaleza procesal, que no sustancial, y, por ende, no están previstas para corregir errores que puedan derivarse de la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma sustancial. Frente al tema, la doctrina judicial de esta Corporación ha sido pacífica en decir que:

“i Las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, enlistadas de manera taxativa en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, dan cuenta de la naturaleza eminentemente procedimental de los vicios o errores que, de conformidad con la ley procesal, son los únicos que permiten la revisión de la sentencia por la vía del recurso extraordinario que se analiza.

A excepción de la causal prevista en el numeral 5 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo referida a la violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia, ninguno de los otros hechos constitutivos de causal de recurso extraordinario de revisión aluden a la actividad analítica del juez o a la labor intelectual de juzgamiento, porque involucran bien sea una irregularidad de carácter procesal (numeral 6º: nulidad originada en la sentencia y numeral 8º: desconocimiento de la cosa juzgada) o bien, aspectos que aluden a la validez intrínseca de las pruebas o a la insuficiencia de los medios probatorios (numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 7º).

Por otra parte, no todas las causales tienen el mismo alcance temporal, pues mientras algunas cuestionan la validez o suficiencia de las pruebas, determinable al momento del pronunciamiento de la sentencia, otras causales se refieren a la validez o suficiencia sobreviniente de las pruebas, es decir, luego de ocurrido un hecho posterior al pronunciamiento del fallo.

²⁵ En cuanto a la naturaleza excepcional del recurso extraordinario de revisión, ver, entre otras, providencia del 30 de noviembre de 2011, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente N° 1999-0207, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Se advierte que la mayoría de las irregularidades constitutivas de causales de revisión aluden a situaciones que solo son aceptables y oponibles al aparato jurisdiccional cuando acontecen en forma posterior a la sentencia. Así ocurre con la invalidez o insuficiencia sobreviniente de los medios probatorios (numerales 2, 3, 4 segunda hipótesis y 7), el cohecho o violencia con que se pronunció la sentencia (numeral 5) y la nulidad procesal originada en el fallo (numeral 6).

El requerimiento entonces de que el hecho sea sobreviniente al fallo presupone que se recobre la prueba no aportada en su oportunidad (numeral 2), que aparezca la persona con mejor derecho a reclamar (numeral 3), que la persona beneficiada con la sentencia pierda la condición por la que le fue reconocido el derecho (numeral 4, segunda hipótesis), que penalmente se declare el cohecho o la violencia en que se incurrió al dictar la sentencia (numeral 5) y que se condene penalmente a los peritos que rindieron el dictamen que sirvió de base para la decisión (numeral 7).”²⁶

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha dicho²⁷:

“5.2. Como puede observarse, las causales consagradas en los numerales 1, 2 (parcial), 5, y 7 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo se fundan en la necesidad de obtener una sentencia conforme a derecho frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos: la detección de documentos falsos o adulterados o de peritazgos fraudulentos, que fueron decisivos en la adopción de la sentencia que se busca dejar sin efectos, la aparición de documentos que no pudieron ser conocidos porque la contraparte los ocultó, o el señalamiento penal de que la sentencia fue producto de cohecho o violencia.

Por su parte, las causales consagradas en los numerales 2 (parcial), 3, y 4, permiten corregir errores por circunstancias no conocidas al momento de proferir la sentencia cuestionada, que de haber sido conocidas, hubieran dado lugar a una sentencia distinta: la aparición de documentos esenciales que no pudieron ser conocidos por fuerza mayor o caso fortuito, la existencia de un tercero con mejor derecho que el beneficiado con la sentencia cuestionada, o la desaparición, al momento del reconocimiento, de las circunstancias que justificaban que se hubiera decretado una prestación periódica.

La causal del numeral 6, busca restablecer el debido proceso, al permitir corregir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso que no era susceptible del recurso de apelación. Finalmente, la causal del numeral 8, protege tanto el debido proceso como la intangibilidad de la cosa juzgada, desconocida con la sentencia que es objeto de revisión.

En todos los eventos previstos en el artículo 188 CCA, se garantiza al perjudicado con una sentencia que desconoce la justicia material, la posibilidad de acceder a la justicia y obtener la protección de sus derechos. Tal como lo ha señalado esta Corporación en distintas oportunidades, el recurso extraordinario de revisión constituye un desarrollo armónico del

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Susana Buitrago Valencia, 1° de diciembre de 2010. Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00480-00.

²⁷ Sentencia C-520 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

derecho a acceder a la administración de justicia. Así, ha sido puesto de presente por la Corte al señalar que “[e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.”²⁸

Ahora bien, los artículos 188 del Decreto 01 de 1984 y 250 de la Ley 1437 de 2011 establecen las causales de revisión de las sentencias que dicta la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esas causales, en general, tienen que ver con hechos como la falsedad, el fraude, el error o la aparición de documentos decisivos que hubieren modificado el sentido de la decisión.

En cualquiera de los escenarios, esto es, sin detenerse a examinar cuál es la norma procesal que regularía la presentación del recurso extraordinario de revisión, es evidente para la Sala que los argumentos que propuso COMCEL caben en la causal de revisión denominada “*nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación*”, que en el Decreto 01 de 1984 estaba prevista en el numeral 6° del artículo 188 y que hoy está regulada por el numeral 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Según lo ha entendido esta Corporación²⁹, los hechos que configuran la causal en cuestión son, en principio, los que están previstos como causales de nulidad en el artículo 140 C.P.C. No obstante, también se ha aceptado que la sentencia puede verse viciada por hechos que si bien no están previstos como causal de nulidad

²⁸ “Sentencia C-426 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil.”

²⁹ Ver, entre otras, las siguientes providencias:

- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. María Inés Ortiz Barbosa. Sentencia del 20 de abril de 2004, expediente número: 11001-03-15-000-1996-0132-01(REV), actor: Gabriel Ángel Acosta Torres, demandado: INCORA.
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. Jaime Moreno García. Sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente número: 11001-03-15-000-2000-00239-00(REV), actor: Sociedad Almacén Tío Sam, demandado DIAN.
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de febrero de 2006, expediente número: 11001-03-15-000-1997-00150-00 (REV), actor Jesús Alberto Ortiz Díaz y otros, demandado: Ministerio de Trabajo.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia del 2 de marzo de 2010, expediente número 185, actor: Edgar Iván González Bustamante, demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. (e) Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia del 9 de marzo de 2010, expediente número 1100103150002002-1024-01, interno 059, actor: José Jafeth Ibarguen Mosquera.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia del 31 de mayo de 2011, expediente número 1100103150002008-00294-00, actor: Luis Carlos Zambrano Roza, demandado: SENA.

procesal, sí pueden afectar la legalidad de la decisión: verbigracia: la sentencia en la que se condena a la parte que no fue vinculada al proceso; la sentencia que se dicta, a pesar de que el proceso estaba legalmente suspendido o interrumpido; la sentencia de las corporaciones judiciales que no tienen la mayoría necesaria para la aprobación; la sentencia que no tiene formal ni materialmente motivación, etcétera.

Se trata, pues, de irregularidades procesales que surgen, justamente, con la expedición de la sentencia y que, como no son pasibles del recurso de apelación, pueden cuestionarse mediante el recurso extraordinario de revisión, por tratarse de la nulidad originada en la sentencia. Esto es, la causal está prevista para proteger el debido proceso que fue desconocido al momento en que se dictó la sentencia, que es el momento en que se advierte la violación.

Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala concluir que, en principio, el recurso extraordinario de revisión es el mecanismo legal idóneo y eficaz para cuestionar los errores procesales que pudieron originarse en las providencias que, a su vez, decidieron el recurso de anulación contra el laudo arbitral.

Empero, excepcionalmente, la tutela puede convertirse en el instrumento para discutir las providencias que deciden el recurso de anulación cuando los cargos de vulneración no encajen en ninguna de las causales de revisión y se cumpla alguna de las causales específicas de prosperidad de la tutela contra providencias judicial. Por igual, la tutela también procederá como mecanismo transitorio, cuando, a pesar de que exista causal de revisión, se interponga para evitar un perjuicio irremediable y se demuestre que la providencia incurrió en algún defecto: sustantivo, orgánico, fáctico y/o procedimental.

Por la naturaleza especial del recurso extraordinario de revisión, la verificación de los requisitos específicos y generales para la procedencia de la tutela contra la providencia que decide el recurso de anulación debe ser más exigente, más rigurosa, pues, de lo contrario, el juez de tutela se convertiría en el revisor permanente no sólo de la actividad del tribunal arbitral, sino de la función que cumple la Sección Tercera del Consejo de Estado al desatar el recurso de anulación.

Como se ha dicho insistentemente, la tutela no se hace procedente ni prospera por el simple hecho de que se invoque alguno de los defectos (vías de hecho) que la Corte Constitucional ha identificado. Las causales específicas para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales no pueden abrir la puerta para que los jueces de tutela revisen de fondo las decisiones de los jueces ordinarios. La tutela sigue siendo un mecanismo subsidiario y excepcional. No puede convertirse en el único medio y el preferido de la parte que pierde el pleito.

En las condiciones expuestas, la Sala advierte que los argumentos que propuso COMCEL encajarían en la causal de revisión en cuestión, por cuanto, en últimas, los cuestionamientos de COMCEL están dirigidos a demostrar la falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el que se haya revivido un proceso legalmente terminado. Esto es, los cuestionamientos del actor cabrían en las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 140 C.P.C.³⁰, que, precisamente, aluden a la nulidad por falta de competencia y a que se revista un proceso legalmente concluido.

En efecto, COMCEL alegó insistentemente que las providencias del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneraron los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Según lo entiende la Sala, las inconformidades de la sociedad demandante se concretan así:

a. Falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que, según COMCEL, se configuraría por tres razones:

(i) De conformidad con el artículo 189-2 de la Constitución Política, el Presidente de la República (que dirige las relaciones internacionales), por intermedio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, era el responsable de acatar lo dispuesto por el TJCA. Es decir, que el Consejo de Estado, Sección Tercera, según COMCEL, no tenía competencia para cumplir las providencias del 26 de agosto y del 15 de noviembre de 2011. Frente al tema, en la tutela se dijo, en concreto, lo siguiente:

“34.- El Consejo de Estado carecía, absolutamente, de competencia para determinar, por sí y ante sí, cómo debían cumplirse las decisiones del TJCA.

³⁰ ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)

2. Cuando el juez carece de competencia.

3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

De un lado, porque metodológicamente, para cumplir con la decisión de un órgano internacional ha debido esperar a que el Presidente de la República como Jefe de Gobierno –directamente o a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo- sentara las pautas pertinentes para proceder al cumplimiento de la decisión del TJCA, con medidas tales como la identificación de las acciones, los recursos adecuados, o como la presentación de un proyecto de ley.³¹

35.- La Sección Tercera del Consejo de Estado no es la República de Colombia, ni representa en el ámbito internacional a la República de Colombia. Tampoco es ‘el órgano de enlace’ entre la República de Colombia y el TJCA. Por tal motivo, a la luz de la jurisprudencia constitucional, las providencias contra las que se dirige esta demanda adolecen de defecto orgánico, en la medida en que el Consejo de Estado actuó sin la orientación del Gobierno, antes de tiempo, esto es, por fuera de sus competencias lo cual en sí mismo constituye una violación al derecho al ‘debido proceso’ en Colombia (Art. 29 de la C.P.)”³².

(ii) El Consejo de Estado, Sección Tercera, creó el procedimiento para acatar las providencias del TJCA y desconoció que en el ordenamiento jurídico colombiano no existía norma que lo autorizara para tal efecto. COMCEL dijo:

“El Consejo de Estado carecía absolutamente de competencia para dar cumplimiento, directamente y sin instrucción previa del MCIT³³ a las decisiones TJCA; y, aún si el Consejo fuera el destinatario final de las órdenes del TJCA, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debió actuar primero para establecer el procedimiento y la manera en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado debía dar cumplimiento a las órdenes del TJCA”³⁴.

(iii) La Sección Tercera del Consejo de Estado se excedió en el cumplimiento de las órdenes, en cuanto, sin tener competencia, ordenó la devolución del dinero pagado por ETB a COMCEL. La parte actora manifestó:

“COMCEL, en virtud del extraño procedimiento inventado por el Consejo de Estado, ha sido condenado a pagar una cuantiosa suma (devolver a ETB lo que había recibido por concepto de condenas impuestas a esta última empresa, en virtud de laudos y mandamiento de pago ejecutoriados). Pero ninguna de las actuaciones del TJCA pide que se le ordene hacer reintegros o asumir cualquiera otra obligación. El TJCA no habría podido, pues la sentencia de incumplimiento es eminentemente declarativa y no está

³¹ *“En la sentencia 1-AI-96 del TJCA se declaró el incumplimiento de la República de Ecuador por otorgar numerosas patentes bajo ‘pipe line’, lo que estaba prohibido por la Decisión 344. Para cumplir la sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI- debió revocar varias patentes en sede administrativa cuando aún era procesalmente admisible; en otros casos debió acudir a la acción de lesividad y obtener sentencia interna declarándose la nulidad de los registros de patentes. Todo ello ocurrió con base en las normas procesales preexistentes de Ecuador. El TJCA no sancionó a dicho País Miembro pues dentro del procedimiento sumario por incumplimiento a la sentencia, las autoridades de ese país explicaron al TJCA que las medidas no podían adoptarse inmediatamente, sino que debían someterse a procedimiento administrativos y judiciales internos. En contraste, la Sección Tercera del Consejo de Estado se precipitó e inventó el procedimiento para cumplir apresuradamente con la sentencia 3-AI-2010 vulnerando el derecho fundamental al debido proceso de COMCEL.”*

³² Folio 21 cuaderno principal.

³³ Se refiere al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

³⁴ Folio 25 cuaderno principal.

permitido que, en tales sentencias, adopte determinaciones de condena (Artículos 25 a 30 del Tratado de Creación del TJCA)”³⁵.

Como se ve, los argumentos que propuso COMCEL aluden a la presunta falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, así se hayan presentado con el nombre de defectos orgánico y procedimental, sólo para justificar la procedencia de la acción de tutela.

b. La supuesta reapertura de un proceso que legalmente concluyó con las decisiones judiciales que, en principio, declararon infundado el recurso de anulación formulado por ETB y con las providencias que denegaron las acciones de tutela³⁶ formuladas por ETB contra tales decisiones. Al respecto, COMCEL señaló lo siguiente:

“51.- En el presente asunto, el Consejo de Estado al adoptar la decisión contenida en las providencias contra las que se dirige esta demanda, no consideró, precisamente, el carácter inmutable e inmodificable de sus decisiones en razón a la configuración del fenómeno de cosa juzgada constitucional como resultado de la no selección de las demandas de tutela de la ETB contra las providencias que declararon infundados sus recursos de anulación contra los laudos.

...

53.- Es claro que las providencias atacadas reabren el proceso entre COMCEL y ETB, anulando los efectos de la cosa juzgada y violando el derecho que consagra el Artículo 29 de la Constitución Política a ‘no ser juzgado dos veces por el mismo hecho’ y dejando sin efectos el ‘acceso a la justicia’ que buscó COMCEL al buscar decisiones ejecutoriadas que pusieran fin a sus controversias con ETB.

...

58.- Si el TJCA dispuso que se anulara la decisión del Consejo de Estado en la que decidió negativamente el recurso de anulación interpuesto por la ETB en contra de los laudos arbitrales que dieron origen a la presente controversia, porque ni el Tribunal de Arbitramento primero, ni luego el Consejo de Estado –en sede de anulación- solicitaron la interpretación prejudicial del TJCA, lo lógico era entonces, (i) anular su propia decisión de anulación y de una vez aprovechar para (ii) anular los laudos arbitrales y (iii) como consecuencia lógica de este razonamiento, se sigue –según la Sección Tercera del Consejo de Estado- que COMCEL S.A., devuelva las sumas de dinero que le fueron pagadas con base en los laudos que le fueron fallados a su favor, para que no se configure un enriquecimiento sin causa a favor de ésta última (sic).

59.- En principio, el argumento de la Sección Tercera parece persuasivo y limpiamente construido, pero analizado en detalle y bajo principios constitucionales resulta falaz e incompleto, y más grave: legitima una decisión violatoria del debido proceso. Existe una pregunta que no se hizo el

³⁵ Folios 33-34 cuaderno principal.

³⁶ Providencia del 16 de octubre de 2008, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Filemón Ochoa Jiménez, expediente: 11001-03-15-000-2008-00791-01.

Consejo de Estado al momento de adoptar su decisión del 9 de agosto contenida en las tres providencias cuestionadas: ¿puedo para cumplir con la decisión del TJCA afectar derechos consolidados y adquiridos con justo título y de buena fe por un tercero, en este caso COMCEL S.A.?

60.- Estas variables de análisis no fueron contempladas por la Sección Tercera de forma que para cumplir la decisión del TJCA la Sección Tercera del Consejo de Estado afectó derechos consolidados de un tercero que nunca hizo parte del proceso de incumplimiento andino ni del proceso o ' encuadernamiento ' que se creó para cumplir la decisión de TJCA, como se explicó en el capítulo anterior, derechos que además están fundados en un justo título (que en sí mismo no son los laudos ahora anulados, sino las liquidaciones que se hicieron por un juez de la República de Colombia sobre los valores y sumas que Comcel debía recibir) y fueron adquiridos de buena fe, esto es, con la firme creencia y la confianza legítima en que las decisiones de la administración de justicia a nivel interno tienen un grado de seguridad y consistencia blindadas de protección jurídica.

...

71.- ¿Acaso existía, en el derecho colombiano, una 'oportunidad adicional' frente a unos procedimientos y actuaciones concluidas, y frente a unos laudos y sentencias ejecutoriados que ya le habían reconocido a COMCEL unos derechos? ¿Qué alcance tiene, frente a esta petición, el numeral 3 del artículo 140 del CPC?"³⁷.

Lo mismo ocurre con los argumentos transcritos. COMCEL, amparado en el defecto procedimental y el desconocimiento del precedente judicial, alegó que, en últimas, las providencias objeto de tutela reabrieron un proceso legalmente concluido.

En esas condiciones, para la Sala, fluye con claridad que los argumentos que propuso COMCEL encajarían en la causal de revisión denominada " nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación ". La supuesta falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el hecho de que presuntamente se reabriera un proceso legalmente terminado, conforme con los numerales 2 y 3 del artículo 140 C.P.C.³⁸, son cuestiones que podrían invocarse como causales de nulidad originadas en la sentencia.

³⁷ Folios 26, 30 y 32 del cuaderno principal.

³⁸ Artículo 140. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando el juez carece de competencia.

3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

Siendo así, la tutela deviene improcedente porque la actora puede acudir al recurso extraordinario de revisión para cuestionar las providencias del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y, de este modo, lograr la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración.

La Sala debe insistir en que los interesados no pueden invocar las causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales para obligar al juez de tutela que revise las decisiones que estiman contrarias a los derechos fundamentales.

Detrás de las causales específicas de procedencia que ha fijado la Corte Constitucional existen fuertes razones para limitar el uso abusivo y desmesurado de la acción de tutela contra las providencias judiciales. Las providencias de los jueces son decisiones intangibles e inmodificables, que gozan de la presunción de acierto y legalidad. Las discusiones frente a las decisiones de los jueces, por ende, deben darse a través de los mecanismos que el legislador ha previsto para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Por último, COMCEL no puso de presente que las decisiones judiciales atacadas le causaran un perjuicio irremediable ni puede colegirse la existencia del mismo a partir de la revisión del expediente. No está probado que las providencias objeto de tutela pongan en riesgo grave e inminente los derechos de la sociedad demandante. Por lo tanto, también es improcedente un análisis de fondo para determinar la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio de protección.

Las razones anteriores son suficientes para denegar por improcedente la acción de tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Deniégase por improcedente la acción de tutela interpuesta por COMCEL contra el

Consejo de Estado, Sección Tercera.

Si no se impugna, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA