

**CONVOCATORIA A TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO POR COMCEL -
Improcedencia de la acción de tutela para cuestionarla ante existencia de
otro mecanismo de defensa**

Estima la Sala que las cuestiones arriba descritas, relacionadas directamente con el principal motivo de inconformidad de la ETB, deben resolverse en primer término por el Tribunal de Arbitramento que se está conformando ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues de conformidad con la Ley 1563 de 2012, ..., dicho Tribunal después de instalado, es el encargado de decidir sobre su propia competencia, y por consiguiente, si puede o no pronunciarse sobre el conflicto existente entre COMCEL y la ETB, que según ésta ya está concluido; si el pacto arbitral en virtud del cual es convocado se encuentra o no vigente; si la demanda cumple todos los requisitos de ley; en suma, puede pronunciarse sobre todas las cuestiones existentes alrededor del principal motivo de inconformidad de la parte accionante... Por la tanto, para la Sala es claro que través de la acción tutela, dada su naturaleza expedita, informal, subsidiaria y residual, no deben abordarse y resolverse todos los interrogantes existentes alrededor de la convocatoria al Tribunal de Arbitramento que presentó COMCEL, sino que dicho Tribunal es quien en primer término está llamado a pronunciarse sobre el particular.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00199-01(AC)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Demandado: CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE
COMERCIO DE BOGOTÁ

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 6 de febrero de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, negó la acción de tutela presentada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante ETB), mediante apoderado, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos al debido proceso e igualdad, presuntamente vulnerados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Solicita en amparo de los derechos invocados que se le ordene a la parte demandada dejar sin efectos la citación en su contra para la conformación de un Tribunal de Arbitramento, con ocasión a la petición que en tal sentido realizó COMCEL S.A (hoy CLARO S.A.), así como de abstenerse de integrar aquél.

Asimismo pretende, que en el evento de que ya se hubieren designado árbitros, se le ordene a la parte accionada dejar sin efectos tal decisión y suspender el proceso arbitral iniciado por COMCEL.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-11): Indica que COMCEL, CELCARIBE y OCCEL, de manera independiente le solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que convocara en su contra sendos Tribunales de Arbitramento.

Relata que el 15 de diciembre de 2006, los tres Tribunales de Arbitramento que se convocaron, le ordenaron cancelar la suma de \$138.283.653.403 a COMCEL, que en efecto entregó.

Señala que contra las respectivas decisiones presentó los recursos de anulación ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, que mediante sentencias del 27 de marzo de 2008 (frente a los casos relacionados con COMCEL y CELCARIBE) y 21 de mayo de 2008 (frente al caso relacionado con OCCEL), declaró infundados los mencionados medios de impugnación.

Narra que el 12 de mayo de 2010, presentó contra la Republica de Colombia "*acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*", "*por la violación al derecho andino en la que incurrió la Sección Tercera del Consejo de Estado al no solicitar, en el trámite de los tres recursos de anulación,*

que dicho Tribunal de Justicia realizara la interpretación prejudicial de las normas comunitarias aplicables a la controversia, siendo que al tenor de lo dispuesto por la normatividad andina en tales casos el trámite de interpretación prejudicial debe ser obligatoriamente surtido antes de que se adopte decisión por un juez nacional’.

Manifiesta que el 26 de agosto de 2011 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina accedió a las pretensiones de la demanda, al corroborar que el Consejo de Estado Colombiano debió consultarle sobre la obligación de los árbitros que resolvieron los conflictos con COMCEL, CELCARIBE y OCCEL, de solicitar la interpretación prejudicial de las normas andinas aplicables.

Afirma que el mencionado Tribunal de Justicia el 15 de noviembre de 2011 aclaró su sentencia, y le ordenó al Consejo de Estado Colombiano que dejara sin efectos las providencias a través de las cuales declaró infundados los referidos recursos de anulación, y además precisó que en dichos casos ya no había lugar a la interpretación judicial y que lo procedente era anular los procesos.

Señala que el 9 de agosto de 2012 el Consejo de Estado dando cumplimiento a las anteriores órdenes, mediante tres providencias, frente a los casos de las empresas COMCEL, CELCARIBE y OCCEL, dejó sin efectos los pronunciamientos que declararon infundados los recursos de anulación, declaró nulos los laudos arbitrales proferidos el 15 de diciembre de 2006, y le ordenó a COMCEL devolverle la suma pagada en ejecución de éstos, la cual indica no ha sido reintegrada.

Sostiene que a pesar de la anterior decisión, COMCEL le solicitó a la Sección Tercera del Consejo de Estado que devolviera a los Tribunales de Arbitramento los respectivos expedientes, para que se surtiera respecto de cada uno de ellos la interpretación prejudicial, petición a la cual no accedió el Consejo de Estado porque en virtud de las decisiones proferidas con anterioridad dichos asuntos dejaron de existir para el mundo jurídico. Añade que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo al negar la referida petición (mediante auto del 11 de octubre de 2012), dispuso que COMCEL debía atenerse a lo resuelto el día 9 de agosto de 2012.

Afirma que en desconocimiento de lo decidido por el Consejo de Estado, el 21 de diciembre de 2012 COMCEL le solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la designación de árbitros para integrar nuevamente tres Tribunales de Arbitramento, para resolver los conflictos presentados con COMCEL, CELCARIBE y OCCEL, previo cumplimiento de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de las normas andinas aplicables.

Considera que la solicitud de COMCEL desconoce las decisiones judiciales que se han emitido sobre el particular, en especial la orden de devolver el dinero que le fue entregado por concepto de los laudos arbitrales posteriormente anulados por el Consejo de Estado.

Indica que la entidad accionada lo citó para el 21 de enero de 2013 a las 11:30 a.m., con el fin de determinar el procedimiento arbitral a seguir, pero que antes de llevar a cabo la misma, COMCEL le solicitó al Centro de Arbitraje que el motivo de dicha reunión fuera la designación de los árbitros, a lo cual accedió éste, que mediante correo electrónico el 18 de enero de 2013 le informó sobre el cambio de propósito de la mencionada citación.

Narra que el 16 de enero 2013 le solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que expidiera copia informal de la demanda de convocatoria al trámite arbitral presentada por COMCEL, y que aplazara para después del 31 de enero de 2013 la reunión a la que fue citada, debido a algunos compromisos que debía atender con anterioridad, a lo cual no accedió la parte demandada, estableciendo como fecha de reunión el 28 de enero de 2013.

Agrega que con posterioridad COMCEL le solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que la reunión que se había establecido no tuviera como propósito fijar el procedimiento a seguir o designar los árbitros de común acuerdo, sino realizar de manera inmediata el sorteo de éstos.

Reprocha que la parte accionada le haya dado trámite a la petición de convocar Tribunales de Arbitramento realizada por COMCEL, cuando éste no cumple con los requisitos para tal efecto, particularmente presentar una demanda de convocatoria en la forma establecida por la ley, y cuando dicha empresa lo que pretende es que se profiera laudos arbitrales pretermitiendo las etapas

correspondientes, impidiéndole ejercer su derecho a la defensa, y desconocer la obligación que le impuso el Consejo de Estado de devolver una suma de dinero por concepto de los laudos anulados.

Sostiene que se vulnera su derecho a la igualdad, porque la entidad accionada ha accedido a todas las solicitudes que le ha realizado COMCEL relativas a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, pero no atendió su petición de aplazar para después del 31 de enero de 2013 la reunión a la que fueron citados.

Considera que la parte demandada no la puede citar a una reunión para establecer el procedimiento arbitral a seguir, cuando el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 expresamente descarta la posibilidad de pactar las reglas de procedimiento cuando una de las entidades involucradas es de naturaleza pública.

Añade que el referido Centro de Conciliación no puede afirmar que existe un trámite arbitral en su contra, cuando ni siquiera existe una demandada convocatoria frente a la cual pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa.

Argumenta que la parte accionada vulnera los derechos fundamentales invocados al darle curso a las solicitudes realizadas por COMCEL, aunque frente a las controversias planteadas por dicha empresa ya existen tres procesos terminados.

Finalmente se destaca que la ETB en el encabezado del escrito de tutela, hace referencia al proceso arbitral N° 2847 propuesto en su contra por COMCEL (antes CELCARIBE), al parecer con el fin de diferenciarlo de otros trámites arbitrales que la empresa antes señalada ha promovido.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 6 de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, negó la acción de tutela instaurada por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 986-1020):

En primer lugar destaca que la parte accionada propuso la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, argumentando de un lado que en el presente caso no cumplen las condiciones legalmente establecidas para la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares, esto es, que éstos se encarguen de la

prestación de un servicio público o que exista subordinación entre las partes involucradas, y de otro, que debe considerarse que los Centros de Arbitraje simplemente prestan funciones de apoyo y trámite.

Estima el Tribunal que la mencionada excepción no está llamada a prosperar, porque si bien la Corte Constitucional en la sentencia C-1038 de 2002, precisó que los Centro de Arbitraje no pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de un proceso arbitral, teniendo en cuenta que éstas están conferidas únicamente a los árbitros, también lo es que la misma Corte ha indicado que los Centro de Arbitraje desarrollan función pública, y que en la etapa prearbitral deben garantizar los derechos al debido proceso y defensa, que eventualmente pueden resultar afectados, como en el caso de autos lo estima la ETB.

Destaca que en el año 2004 COMCEL S.A., OCCEL y CELCARIBE convocaron a Tribunales de Arbitramento para resolver las controversias existentes con ETB, con ocasión a 3 contratos de uso e interconexión suscritos el 11 de noviembre de 1998. Destaca que los procesos arbitrales con posterioridad fueron impulsados únicamente por COMCEL, en tanto éste absorbió las otras dos empresas.

Relata que los Tribunales de Arbitramento condenaron a la ETB a pagarle una suma de dinero a COMCEL, por lo que aquélla contra los laudos respectivos interpuso recursos de anulación, que fueron negados en el año 2008 por la Sección Tercera Consejo de Estado.

Narra que la ETB presentó acción de cumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, porque el Consejo de Estado no consultó al Tribunal antes señalado *“sobre la obligación de los árbitros que conocieron de los conflictos entre ETB S.A., y COMCEL S.A, de solicitar la interpretación prejudicial”*.

Destaca que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ordenó a la República de Colombia a través del Consejo de Estado, dejar sin efectos las sentencias que declararon infundados los recursos de anulación, y anular los laudos arbitrales.

Añade que el Consejo de Estado, mediante 3 fallos del 9 de agosto de 2012, en cumplimiento de la anterior orden dejó sin efectos sus providencias que negaron el recurso de anulación, declaró la nulidad de los laudos arbitrales, y le ordenó a

COMCEL devolver de manera indexada, los dineros entregados por ETB por concepto de ejecución de dichos laudos.

Resalta que en los fallos del 9 de agosto de 2012 del Consejo de Estado, se indicó que después de anulados los referidos laudos, podría convocarse a un Tribunal de Arbitramento para resolver la controversia existente, aunque solicitando la interpretación prejudicial que impone el ordenamiento andino.

Teniendo en cuenta lo anterior el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, afirmó que COMCEL o la ETB, tienen la capacidad de convocar un Tribunal de Arbitramento respecto de las controversias que existen entre los mismos, cumpliendo con el referido requisito de la interpretación prejudicial, razón por la cual estima que COMCEL contrario a lo indicado por la entidad demandante, con fundamento en los contratos de interconexión suscritos el 11 de noviembre de 1998, y en la cláusula compromisoria respectiva, se encuentra legitimado para convocar un nuevo Tribunal de Arbitramento.

Aclara que del escrito aportado por COMCEL al presente trámite, se infiere que éste pretende que se continúe el proceso arbitral que en su momento inició CELCARIBE contra la ETB.

Añade que el hecho de que se haya impuesto a COMCEL devolverle a ETB una suma de dinero, en manera alguna impide que estas empresas convoquen a un nuevo Tribunal de Arbitramento.

Luego de relacionar algunas de las actuaciones que se han llevado a cabo ante el Centro de Arbitraje, entre las cuales destaca la citación realizada a ETB y a COMCEL para designar a los árbitros, afirma que no advierte vulneración alguna con el hecho de que la reunión respectiva se haya fijado para el 28 de enero de 2013, teniendo en cuenta que tal constituye una fecha intermedia entre las propuestas por las partes, esto es, 21 de enero de 2013 por la empresa convocante y 31 de enero por la convocada.

En cuanto al cambio de propósito de la reunión antes señalada, inicialmente prevista para establecer el procedimiento a seguir ante la convocatoria del Tribunal de Arbitramento realizada por COMCEL, y con posterioridad con el fin de designar a los árbitros, subraya que dicha modificación obedeció a que la empresa

antes señalada mediante oficio del 16 de enero de 2013 *“allegó al Centro de Arbitraje copia del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes, en donde se verificaba la existencia del pacto arbitral o cláusula compromisoria; y allí, se establecía el procedimiento a seguir en caso de controversia, luego no resulta violatorio del derecho al debido proceso, que el Centro hubiese fijado reunión para estos fines”*.

Destaca que la ETB no acudió a la reunión para la designación de los árbitros, por lo que COMCEL solicitó la expedición de copias auténticas de la lista oficial de árbitros, con el fin de acudir a un juez civil del circuito para que nombrara a los árbitros que conformarían el Tribunal, de conformidad con los artículos 14 y 53 de la Ley 1563 de 2012.

Por la anterior circunstancia considera, que *“tanto la citación como el acta de reunión para la designación de los árbitros, reúne los requisitos procedimentales que la norma establece, luego en esta primera etapa de la fase prearbitral, no es posible colegir que el Centro haya violado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante”*.

Argumenta que como el Centro de Arbitraje y Conciliación desarrolla funciones administrativas y no judiciales, no puede inhibirse de tramitar una solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, y que si la ETB considera que la demanda presentada en su contra carece de los requisitos legalmente establecidos y/o que el procedimiento hasta ahora adelantado se encuentra viciado, debe exponer ante los árbitros designados tales motivos de inconformidad, por ser éstos quienes tienen la competencia para decidir sobre tales asuntos.

Agrega que si se presenta alguna violación al procedimiento o a las normas sustanciales en la fase arbitral propiamente dicha, se deben agotar los recursos correspondientes, por ejemplo, el recurso de anulación previsto en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, e inclusive, el recurso de reposición frente al auto mediante el cual los árbitros asumen competencia para resolver la controversia.

Por las anteriores razones no advierte del actuar del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, actuación contraria a los derechos invocados por la ETB.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito del 11 de febrero de 2013, la ETB impugnó la sentencia antes descrita con fundamento en las siguientes razones (Fls. 1027-1031):

Afirma que el hecho de que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá no ejerza funciones jurisdiccionales, no implica que con sus acciones y omisiones no haya comprometido la garantía de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que sí pudo negar la solicitud realizada por COMCEL consistente en la conformación de un Tribunal de Arbitramento, en atención a que la controversia planteada fue decidida mediante un laudo, y a la inexistencia actual de un pacto arbitral.

Reprocha que el *A quo* haya concluido de un párrafo de la providencia del 9 de agosto de 2012 del Consejo de Estado, que COMCEL aún después de declarada la nulidad de los laudos que resolvieron el conflicto existente, podía convocar por el mismo asunto a nuevo Tribunal de Arbitramento, en tanto el mencionado párrafo es una mera *obiter dicta* de la decisión proferida.

Añade que el referido conflicto finalizó con un laudo, sin importar que el mismo haya sido anulado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, y que de aceptarse lo contrario equivaldría a predicar "*que toda anulación de una providencia arbitral obligaría a que el panel arbitral se constituyera nuevamente, lo cual no está contemplado en ninguna norma vigente al momento de expedirse los laudos anulados por la Sección Tercera del Consejo de Estado*".

Agrega que el razonamiento que desarrolló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desconoce que el objeto del referido pacto arbitral se agotó, porque en virtud del mismo se profirió un laudo, por lo que la resolución de la controversia planteada no puede continuar como indicó el juez de tutela, so pena de desconocer que de conformidad con el artículo 167 del Decreto 1818 de 1998, entre otras circunstancias el Tribunal de Arbitramento cesa en sus funciones por la interposición del recurso de anulación y por la expiración del término fijado para el proceso, lo cual ocurrió en su caso.

Estima que la supuesta radicación del pacto arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación, corresponde a un recurso de revisión que presentó la ETB contra el laudo arbitral que fue anulado por el Consejo de Estado. Agrega que COMCEL no podía presentar nuevamente el referido pacto arbitral ante la entidad accionada, pues éste para ese momento aún se encontraba en el proceso 2010-00651.

Argumenta *“que es indudable que el Consejo de Estado nunca decidió que COMCEL podía continuar con arbitraje que ya se había extinguido, sino que, expresamente concluyó que el laudo proferido y la sentencia que decidió el recurso de anulación debían ser anuladas, con sus correspondientes consecuencias, tanto así que ordenó la devolución de los dineros pagados a COMCEL, con lo cual se deduce claramente la imposibilidad de continuar un proceso arbitral concluido y de convocar uno nuevo para seguir con un trámite que fue anulado en su totalidad, pues el pacto arbitral agotó su objeto. Por el contrario, el mismo Consejo de Estado en providencia posterior del 11 de octubre de 2012 (Expediente 2012 00013 00 (43.045), reiteró por tercera vez, la imposibilidad de que se reanudara el proceso arbitral cuyo laudo fue anulado, que es lo que pretende COMCEL, con la inexplicable ayuda del CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ”*. En tal sentido transcribe algunas consideraciones de la providencia antes señalada.

Con fundamento en lo anterior sostiene que contrario a lo dicho por el juez de tutela de primera instancia, el Consejo de Estado dejó claro que no había lugar a convocar o reanudar un nuevo Tribunal de Arbitramento.

Afirma que cuando no hay pacto arbitral, como considera ocurre en el caso de autos, el Centro de Arbitraje no se presta para el nombramiento de árbitros, sin que tal decisión implique el ejercicio de una facultad jurisdiccional.

Destaca que la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento por COMCEL, está relacionada con la conducta de dicha empresa en negarse a reintegrar la suma de dinero que le entregó, teniendo en cuenta sobre el particular la decisión que profirió el Consejo de Estado.

En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, respecto a la fecha que fijó la parte accionada para la designación de los árbitros (antes del 31 de

enero 2013), insiste en que tal se estableció teniendo en cuenta únicamente los intereses de COMCEL.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De los hechos y consideraciones hasta aquí expuestos, se observa que el motivo principal de inconformidad de la ETB con el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá consiste, en que le ha dado trámite a una solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento presentada por COMCEL, respecto de un asunto que estima ya fue objeto de decisión en distintas instancias, primero ante Tribunales de Arbitramento, después ante el Consejo de Estado en virtud de los recursos de anulación que presentó, luego ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y finalmente ante el Consejo de Estado en cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal antes señalado.

Argumenta la ETB, que no hay lugar a continuar discutiendo sobre el conflicto que fue objeto de análisis por las autoridades judiciales antes mencionadas, motivo por el cual estima que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá debe abstenerse de convocar por el mismo asunto a un Tribunal de Arbitramento, sobre todo cuando COMCEL a través la solicitud que presentó para tal efecto, que estima no cumple con todos los requisitos, lo que pretende es dilatar el cumplimiento de la orden emitida por el Consejo de Estado, consistente en devolver una suma de dinero.

En concreto, en esta oportunidad la ETB se opone a que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá, dé trámite a la solicitud de conformación de Tribunal de Arbitramento presentada por COMCEL (antes CELCARIBE S.A.), que fue radicada con el número 2847.

Aunque con anterioridad de forma suscita se ha hecho referencia a los hechos con fundamento en los cuales la ETB sostiene que no puede convocarse a un Tribunal de Arbitramento, por un asunto que ya fue objeto de pronunciamiento por varias autoridades judiciales, se estima pertinente tener en cuenta las siguientes circunstancias, a fin de lograr una mayor comprensión de los motivos de inconformidad de la parte accionante:

1. En el año 1998, COMCEL, CELCARIBE S.A. y OCCEL S.A., suscribieron de manera separada contratos de interconexión con la ETB, respecto de los cuales establecieron que las controversias surgidas con ocasión de dichos contratos podrían resolverse mediante un Tribunal de Arbitramento.

2. Por presentarse diferencias contractuales entre las empresas antes señaladas y la ETB, se convocaron 3 Tribunales de Arbitramento a saber: 1) "COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Vs. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP ETB"; 2) "COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. – CELCARIBE Vs. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP ETB"; y 3) "OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A Vs. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP ETB" (Fls. 82-257).

3. El 15 de diciembre de 2006, cada uno de los Tribunales de Arbitramento antes señalados, mediante laudos de la misma fecha (Fls. 82-257), condenaron a la ETB a pagar significativas sumas de dinero a las empresas con las cuales suscribió los referidos contratos de interconexión.

4. De conformidad con los laudos proferidos dentro de los conflictos de CELCARIBE contra la ETB, y OCCEL contra la ETB, se destaca que COMCEL absorbió a CELCARIBE y a OCCEL (Fl. 116,187).

5. Contra cada uno de los laudos proferidos en su contra, la ETB presentó recursos de anulación, que fueron declarados infundados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante dos providencias del 27 de marzo de 2008 (frente a los conflictos de COMCEL vs. ETB y COMCEL - CELCARIBE Vs. ETB)¹, y una del 21 de mayo del mismo año (respecto al conflicto COMCEL - OCCEL Vs. ETB)² (Fls. 258-475).

6. La ETB acudió al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la acción de incumplimiento, argumentado que el Consejo de Estado ni los referidos Tribunales de Arbitramento, elevaron ante el Tribunal Supranacional, consulta de interpretación prejudicial de la normatividad andina aplicable a los asuntos planteados.

¹ Proceso 2007-00010-00 (33.645), C.P. Ruth Stella Correa Palacio, y 2007-00009-00 (33.644), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Proceso 2007-00008-00 (33.643), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Mediante providencia del 26 de agosto de 2011, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, le dio la razón a la ETB, al considerar que el Consejo de Estado y los mencionados Tribunales de Arbitramento, incumplieron la obligación de solicitar la interpretación prejudicial que exige el ordenamiento andino.

En consecuencia, se le ordenó al Consejo de Estado, *“proceder conforme lo establece el artículo 11 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina, a dar cumplimiento a esta sentencia”* (Fls. 476-511).

7. La anterior decisión fue aclarada en cuanto a su alcance, mediante providencia del 15 de noviembre de 2011 (Fls. 512-519), en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina indicó que el Consejo de Estado debía adelantar las siguientes actuaciones (517-519):

“Que, tratándose de una acción de incumplimiento en un Sistema de Integración Supranacional, la conducta objeto de la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario puede darse por la acción u omisión de cualquiera de los órganos o de las instituciones que hacen parte de los poderes públicos del Estado; en este caso, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la forma como ya se determinó, fue quien incumplió tal como quedó establecido en la sentencia de 26 de agosto de 2011; en consecuencia, 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 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 normatividad comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal considera que la presente sentencia ya contiene las pautas rectoras que le permitirán al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver la anulación de los tres laudos arbitrales.

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

Que, ahora bien, la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normatividad comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

8. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, emitió 3 providencias el 9 de agosto de 2012³, mediante las cuales dejó sin efectos las 3 sentencias que negaron los referidos recursos de anulación, declaró la nulidad de los 3 laudos a los que se ha hecho referencia, y le ordenó a COMCEL devolverle a la ETB, las sumas de dinero que ésta le entregó en cumplimiento de los mencionados laudos (Fls. 520-862).

En las providencias del 9 de agosto de 2012, para el caso de autos llama la atención que se realiza un análisis sobre algunas afirmaciones que realizó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre la posibilidad de que un Tribunal Arbitramento revise nuevamente el conflicto existente entre la ETB y COMCEL, en tanto, a partir de dicho análisis estas empresas argumentan que frente a los conflictos generados con los mencionados contratos de interconexión, es o no posible que se convoque un Tribunal de Arbitramento. Para mayor ilustración se transcriben algunas consideraciones de la providencia del 9 de agosto de 2012, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, a propósito del conflicto entre COMCEL – CELCARIBE contra ETB:

“8.3.- Ahora bien, después de cumplir la decisión de declarar la nulidad del correspondiente laudo arbitral de diciembre 15 de 2006, cabe preguntar si la Sección Tercera del Consejo de Estado deberá adoptar alguna decisión adicional

³ Emitidos dentro de los procesos 2012-00013-00 (43.045), C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 2012-00018-00 (43.195), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; y 2012-00020-00 (43.281), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

para dar total y adecuado cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del presente asunto, cuestión que resulta de la mayor importancia tanto por razón del marco normativo y jurisprudencial que se ha expuesto, del cual se derivan en forma evidente los efectos vinculantes de las decisiones del TJCA, como por razón del propósito decidido que anima a la Sección Tercera del Consejo de Estado para cumplir a cabalidad con dichas decisiones.

En el anotado sentido de dilucidar el último interrogante que se deja planteado, la Sala encuentra dos pronunciamientos, en este mismo asunto, que provienen del mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que resultan antagónicos o al menos disímiles entre sí, a propósito de un mismo punto.

En efecto, de un lado se tiene que en el auto de noviembre 15 de 2011, aclaratorio de la sentencia de agosto 26 de ese mismo año, el TJCA hizo expresa referencia al hecho de que la Interpretación Prejudicial que deba solicitarse en relación con las normas andinas que deban aplicarse directamente a los aspectos sustanciales de la litis que fue sometida a conocimiento del correspondiente Tribunal de Arbitramento, será cuestión que deberá cumplirse en su debida oportunidad “... **una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas ...**”, según los siguientes términos:

“- 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.

Que, ahora bien, la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (subrayas añadidas).

De otro lado, sin embargo, tal como se indicó en el apartado de antecedentes de esta providencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió una nueva decisión el pasado 18 de julio de 2012, por medio de la cual se refirió a los alcances de lo que dispuso ese mismo Tribunal el 26 de agosto de 2011 dentro de

este asunto para señalar, en esta nueva oportunidad, que después de anular los correspondientes laudos arbitrales, el Consejo de Estado debería “... *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 ...*”, ello en los siguientes términos:

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

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.

Continuar el proceso tomando la Sentencia de 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 tomar 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.

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 que expida en su momento el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

Ante la situación que se deja expuesta y siempre con el ánimo de cumplir de la mejor y más adecuada manera con las decisiones proferidas en este caso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Sección Tercera del Consejo de Estado estima que es su deber efectuar una interpretación razonable de las decisiones comentadas, consultando básicamente el ordenamiento constitucional colombiano como los principios que lo informan, el cual –según se explicó ampliamente– en modo alguno resulta desplazado o modificado por el

ordenamiento andino que, bueno es precisarlo, no contiene regulación positiva alguna acerca del régimen arbitral aplicable en la subregión.

Pues bien, en ese sentido resulta fundamental destacar que si bien la Constitución Política de Colombia, en su artículo 116, contempla y autoriza a los particulares para que en su condición de árbitros debidamente habilitados por las partes, puedan ser investidos de la función de administrar justicia, lo hace sobre la base de concebir dichas facultades de manera esencialmente **transitoria**, razón por la cual, según el régimen arbitral vigente en el país, la jurisdicción y competencia que asisten a cada Tribunal de Arbitramento desaparecen —al igual que acontece con el Tribunal mismo, comoquiera que se desintegra—, entre otras razones, en cuanto cobra firmeza el laudo expedido, independientemente de que con posterioridad pueda ser anulado por el juez del recurso extraordinario.

A este diseño constitucional se aviene perfectamente, en criterio de la Sala, la postura que asumió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de su auto de noviembre 15 de 2011, aclaratorio de su sentencia de agosto 26 de ese mismo año, en cuanto nada ordenó de manera específica y adicional a la decisión de anulación de los laudos correspondientes, sobre la base, según se dejó explicado, de considerar que “... *la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria*”.

Por el contrario, la decisión adoptada por el TJCA el 18 de julio de 2012 para efecto de señalar que una vez anulado el laudo el Consejo de Estado debería “*devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial*”, esto es al Tribunal que profirió el laudo cuya nulidad será declarada mediante este pronunciamiento, resultaría abiertamente contraria a tales postulados constitucionales como al régimen legal colombiano que se ha encargado de su desarrollo.

Ciertamente, según la normativa colombiana en materia de arbitramento, la competencia del Tribunal Arbitral, originada en la habilitación que las partes le otorgan con arreglo a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, es una atribución competencial que desaparece cuando el Tribunal cesa en sus funciones —y, por consiguiente, se disuelve o desintegra, como antes se indicó— lo cual

acontece —en lo que al presente asunto interesa— “por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente”⁴, de lo cual se desprende que la exigencia que aparentemente contendría el aludido auto de julio 18 de 2012, del TJCA, determinaría una obligación de imposible cumplimiento toda vez que, en estricto rigor, el Tribunal de Arbitramento que expidió el laudo que aquí se anulará ya dejó de existir para el mundo jurídico y aun en el supuesto hipotético de que volvieran a reunirse quienes en su momento integraron dicho Tribunal de Arbitramento, lo cierto es que no podrían obrar en ejercicio de la competencia que les fue conferida por las partes para emitir un nuevo laudo en reemplazo de aquel cuya nulidad será declarada mediante esta decisión, comoquiera que esa competencia desapareció con la cesación, por parte del Tribunal Arbitral de marras, en el ejercicio de sus funciones.

Asumir que el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo que ha de anularse pueda continuar sesionando y funcionando en cualquier tiempo, a pesar de haber cesado en sus funciones y a pesar de haberse disuelto como tal, sólo significaría entender la existencia de dicho Tribunal de Arbitramento como una institución con vocación de permanencia, cuestión que —bueno es reiterarlo— refiría abiertamente con el postulado constitucional que concibe, tutela y autoriza la existencia de la denominada justicia arbitral pero sobre la base de su transitoriedad.

Acerca del carácter eminentemente transitorio de las funciones judiciales que están llamados a cumplir los árbitros, la Corte Constitucional puntualizó:

“En relación con este tema es pertinente recordar que, de conformidad con lo establecido en el inciso 4° del artículo 116 superior, la habilitación para que particulares administren justicia en calidad de árbitros es eminentemente temporal, “en los términos que determine la ley”. Así, es forzoso entender que los árbitros designados por las partes sólo tienen la calidad de tales dentro de los límites temporales que hayan sido previstos, por fuera de los cuales conservan su habitual calidad de personas particulares⁵”.

⁴ El artículo 167 del Decreto 1818 de 1998, a este respecto, establece lo siguiente: “El Tribunal cesará en sus funciones:

1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en el presente decreto.
2. Por voluntad de las partes.
3. Por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente.
4. Por la interposición del recurso de anulación.
5. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga”.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1031 del 3 de diciembre de 2007.

Así las cosas y, se insiste, con el fin de alcanzar la mejor, la más razonable y la más coherente interpretación posible a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el presente caso, para efectos de asegurar su efectivo y adecuado cumplimiento, la Sala entiende que, como bien lo expresó el auto aclaratorio del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en noviembre 15 de 2011, después de anulado el laudo sólo procedería –cuestión que consulta perfectamente el ordenamiento constitucional y legal colombiano– la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento, convocatoria que debería efectuarse con sujeción a las normas que regulan la materia, nuevo Tribunal de Arbitramento que tendría, por tanto, el deber de satisfacer la exigencia impuesta por el ordenamiento andino en el sentido de solicitar la Interpretación Prejudicial que resulta imperativa en el caso sub examine para que, posteriormente, con apoyo en dicha Interpretación Prejudicial y de haber lugar a ello, se profiera el correspondiente laudo arbitral.”

9. Finalmente se resalta de las providencias del 9 agosto de 2012, que en las mismas también se hace referencia a que la ETB presentó recursos extraordinarios de revisión contra las sentencias del Consejo de Estado que declararon infundados los referidos recursos de anulación.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias se comprende con mayor claridad las razones por las cuales la ETB mediante la presente acción de tutela se opone a que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, trámite la solicitud de convocar un Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto que existe con COMCEL (antes CELCARIBE), razones que en síntesis pueden relacionarse de la siguiente manera:

1. Para la resolución del proceso arbitral existente alrededor del contrato de interconexión suscrito con CELCARIBE (después COMCEL), se profirió un laudo que le puso fin a dicho proceso.

2. El hecho de que el mencionado laudo se haya anulado, no implica que deba constituirse un Tribunal de Arbitramento, en tanto de aceptarse lo contrario equivaldría a predicar *“que toda anulación de una providencia arbitral obligaría a que el panel arbitral se constituyera nuevamente, lo cual no está contemplado en ninguna norma vigente al momento de expedirse los laudos anulados por la Sección Tercera del Consejo de Estado”*.

3. Como lo señaló el Consejo de Estado al dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto de la referida controversia no puede continuar conociendo del asunto el Tribunal de Arbitramento que profirió un laudo sobre la misma, so pena de desconocer que éste ejerció funciones jurisdiccionales de manera transitoria, y que no las ejerce de manera permanente.

4. La solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento presentada por COMCEL, adolece de los requisitos legalmente establecidos, toda vez que para el momento de radicarse, el pacto arbitral correspondiente se encontraba en el proceso 2010-00651 ante el Consejo de Estado, que según el software de gestión judicial, corresponde a un recurso extraordinario de revisión que presentó la ETB contra una providencia de esta Corporación, que declaró infundado alguno de los recursos de anulación que presentó dicha entidad.

5. Con la referida convocatoria lo que pretende COMCEL es que se continúe discutiendo en un Tribunal de Arbitramento, un asunto respecto del cual el Tribunal que en su momento se conformó ya se pronunció, y por ende se extinguió como lo ha aclarado el Consejo de Estado.

6. COMCEL con la referida convocatoria, está dilatando el cumplimiento de la orden que le dio el Consejo de Estado, consistente en devolver el dinero que la ETB le entregó en cumplimiento de los laudos que fueron anulados.

En suma, los motivos de inconformidad expuestos por la ETB podrían resumirse, en que estima que COMCEL con la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para discutir un asunto ya concluido, está haciendo uso indebido de un mecanismo judicial, con el fin de oponerse a una serie de decisiones judiciales en su contra, proferidas principalmente por el Consejo de Estado en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 26 de agosto de 2011.

Por su parte, COMCEL, como se desprende de la solicitud de convocatoria radicada ante la Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá⁶, a partir de algunas de las afirmaciones que realizó el Consejo de Estado en las providencias que dieron cumplimiento al fallo del Tribunal de Justicia de la

⁶ Folios 1 a 68 de la copia del cuaderno principal del trámite arbitral con radicado 2847.

Comunidad Andina, sostiene que puede convocar a un **nuevo** Tribunal de Arbitramento, que esta vez cumpla con la obligación de la consulta de interpretación prejudicial de las normas andinas, y que precisamente eso es lo que pretende hacer con la solicitud a la que se opone mediante la presente acción la ETB.

La anterior posición, como se indicó al exponer los principales argumentos de la sentencia de tutela de primera instancia, es compartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al afirmar que *“es absolutamente claro para la Sala de decisión que, en efecto, Comcel S.A., o incluso la propia ETB S.A., tienen la capacidad y el derecho a convocar un nuevo Tribunal de Arbitramento, ello, con sujeción a las normas que regulan la materia en aras de cumplir el requisito faltante que dio lugar a la anulación de laudos arbitrales expedidos en su momento, esto es, la “Interpretación Prejudicial” y se profieran los correspondientes laudos arbitrales”* (Fl. 1012).

Una vez aclarados los principales motivos de inconformidad de la ETB, e incluso descritos de manera sucinta las razones por las cuales COMCEL y el *A quo*, estiman que sí puede convocarse a un nuevo Tribunal de Arbitramento, sería del caso entrar a pronunciarse sobre si es o no viable que la entidad demandada en el presente actuación, esto es, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, le dé trámite a la solicitud de convocatoria presentada por COMCEL, y por consiguiente, si al haber tramitado dicha solicitud adelantado las gestiones pertinentes para que se designen árbitros, obró en contra del ordenamiento jurídico como argumenta la ETB.

Sin embargo, en criterio Sala la resolución del anterior interrogante, está estrechamente relacionado con otros, frente a los cuales vale la pena preguntarse, ¿deben resolverse mediante la acción de tutela?

En efecto, alrededor del reproche que se le hace a la parte accionada en esta oportunidad, de tramitar una solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, se están discutiendo entre otros asuntos, si la cláusula compromisoria, en virtud de la cual CELCARIBE (después COMCEL) y ETB decidieron resolver sus diferencias frente al contrato de interconexión que suscribieron, se agotó con el laudo que en el año 2006 profirió el Tribunal de Arbitramento que se conformó para ese entonces, o si la misma permanece

vigente porque en todo caso dicho laudo fue anulado; si la convocatoria a un Tribunal de Arbitramento que realizó COMCEL en el año 2012, en realidad busca la constitución de un nuevo Tribunal, o simplemente revivir una controversia que ya había concluido; si la referida solicitud de convocatoria cumple o no con todos los requisitos legalmente establecidos; si la misma se presentó oportunamente; y/o si frente al conflicto planteado existe cosa juzgada.

Como puede apreciarse, la resolución de tales interrogantes, que se reitera están directamente relacionados con el principal motivo de inconformidad de la ETB, esto es, que se está convocando a un Tribunal de Arbitramento que en su criterio no es viable, y que pretende ser utilizado por COMCEL para dilatar o cuestionar las decisiones y órdenes que emitió el Consejo de Estado, requieren de un análisis detenido y especializado, frente al cual en esta oportunidad es necesario determinar si debe realizarse en virtud de la acción de tutela, que constituye un mecanismo expedito, informal, subsidiario y residual de protección de derechos fundamentales, o si existen otros mecanismos especializados a través de los cuales deban resolverse dichos asuntos.

La importancia de determinar la procedibilidad de la acción de tutela para resolver la controversia hasta aquí descrita, obedece a la necesidad de preservar la naturaleza especial de la acción constitucional, y evitar que la misma sea empleada como medio principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Planteado en los anteriores términos el problema jurídico principal en el caso de autos, estima la Sala que las cuestiones arriba descritas, relacionadas directamente con el principal motivo de inconformidad de la ETB, deben resolverse en primer término por el Tribunal de Arbitramento que se está conformando ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues de conformidad con la Ley 1563 de 2012, “por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, dicho Tribunal después de instalado, es el encargado de decidir sobre su propia competencia, y por consiguiente, si puede o no pronunciarse sobre el conflicto existente entre COMCEL y la ETB, que según ésta ya está concluido; si el pacto arbitral en virtud del cual es convocado se encuentra o no vigente; si la demanda cumple todos los

requisitos de ley; en suma, puede pronunciarse sobre todas las cuestiones existentes alrededor del principal motivo de informalidad de la parte accionante.

Asimismo, durante el trámite arbitral, la ETB tiene la posibilidad de exponer en las etapas legalmente establecidas, como la contestación de la demandada, en la primera audiencia de trámite, entre otras, sus motivos de inconformidad, los relativos a la imposibilidad de que un Tribunal de Arbitramento se pronuncie nuevamente sobre el referido conflicto, en otras palabras, sobre la presunta falta de competencia del Tribunal que se solicitó conformar ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Para mayor ilustración, se transcriben a continuación algunos artículos de la Ley 1563 de 2012, de cuya lectura se advierte que es el proceso arbitral el escenario idóneo y especializado para resolver la presente controversia.

“ARTÍCULO 20. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL. Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el tribunal arbitral procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora.

Si alguno de los árbitros no concurriere, podrá presentar excusa justificada de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes. Si no presentare dicha excusa o, si presentada, no concurriere en la nueva fecha, se procederá a su reemplazo en la forma prevista en la presente ley.

En la audiencia de instalación el centro de arbitraje entregará a los árbitros el expediente.

El tribunal elegirá un Presidente y designará un Secretario, quien deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes, y será posesionado una vez agotado el trámite de información o de reemplazo.

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3o. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente

para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.

El poder para representar a una cualquiera de las partes en la audiencia de instalación incluye además de las facultades legales que se le otorgan, la facultad para notificarse de todas las determinaciones que adopte el tribunal en la misma, sin que se pueda pactar lo contrario.

ARTÍCULO 21. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.

Es procedente la demanda de reconvención pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.

PARÁGRAFO. La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

“ARTÍCULO 29. PROCESOS SOMETIDOS A LA JUSTICIA ORDINARIA O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia.

Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez.

ARTÍCULO 30. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, **en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.** Si decidiere

que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente.

En caso de que el tribunal se declare competente por mayoría de votos, el árbitro que haya salvado voto, cesará inmediatamente en sus funciones y será reemplazado en la forma prevista en esta ley. Nombrado el reemplazo, se reanudará y terminará la primera audiencia de trámite.

Por último, el tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

Concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso.”
(Destacado fuera de texto).

Como puede apreciarse, la ETB en el referido proceso arbitral cuenta con varias herramientas para exponer las razones por las cuales estima que el Tribunal de Arbitramento que solicita conformar COMCEL no tiene competencia y/o no puede pronunciarse sobre el asunto planteado, que el pacto arbitral se agotó, y/o que la demanda presentada no cumple con los requisitos necesarios, por lo que debe rechazarse o negarse.

Por la tanto, para la Sala es claro que través de la acción tutela, dada su naturaleza expedita, informal, subsidiaria y residual, no deben abordarse y resolverse todos los interrogantes existentes alrededor de la convocatoria al Tribunal de Arbitramento que presentó COMCEL, sino que dicho Tribunal es quien en primer término está llamado a pronunciarse sobre el particular.

Ahora bien, la parte demandante en el escrito de impugnación, ante la posibilidad que plantea el *A quo*, de que algunos de sus motivos de inconformidad sean resueltos por la justicia arbitral, estima que el Centro de Arbitraje y Conciliación puede pronunciarse sobre la existencia del pacto arbitral y su vigencia, lo que en manera alguna implica que con la decisión que tome esté ejerciendo facultades jurisdiccionales. Lo anterior, porque la ETB estima que la decisión de no dar trámite a la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento sí está en su

manos, y no debe trasladar la misma a otras autoridades, por ejemplo a los árbitros designados.

Sobre la mencionada argumentación, la Sala considera que la resolución de los interrogantes planteados alrededor del principal motivo de inconformidad de la ETB, sí implica la adopción de decisiones que son propias de las autoridades judiciales, tales como si la demanda presentada reúne todos los requisitos legales; si el pacto arbitral en virtud del cual es convocado el Tribunal de arbitramento está vigente, o se agotó con el laudo que se profirió en el año 2006; si respecto del conflicto planteado existen decisiones definitivas que impiden que el mismo se aborde nuevamente; entre asuntos, que comúnmente se ventilan ante las autoridades judiciales, porque son las mismas y no otras quienes tienen la competencia para pronunciarse.

Por la anterior situación, como lo hizo el *A quo* en el fallo controvertido, es necesario reiterar que los Centros de Arbitraje y Conciliación no ejercen funciones jurisdiccionales, como claramente lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1038 de 2002⁷, al resolver una demanda de inconstitucional que entre asuntos, planteó que el Decreto 2651 de 1991 le estaba asignando funciones judiciales a los centros de arbitraje y conciliación. En tal sentido en la sentencia antes señalada se indicó:

“20- El artículo 116 establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Esta norma señala entonces que los árbitros, cuando son habilitados por las partes, pueden ejercer la función judicial, **pero no indica expresamente que los centros de arbitraje puedan desarrollar esas atribuciones. Por consiguiente, el actor acierta en que los particulares sólo pueden habilitar a los árbitros mismos, pero no a los centros de arbitraje; y por ello no puede la ley conferir atribuciones judiciales al centro de arbitraje, o a su director.**

21- Con todo, podría argumentarse que la anterior interpretación deja de lado que el arbitraje se ejerce “*en los términos que determine la ley*” (CP art.

⁷ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

116) y por ello esta Corte había reconocido que el principio de habilitación no excluye una amplia libertad de configuración en esta materia. Ha dicho al respecto esta Corporación:

“La Corte Constitucional comparte plenamente el argumento expuesto por el actor, según el cual la justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse “en los términos que determine la ley” (C.P. art. 116).

En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución.⁸”

En esas circunstancias, podría considerarse que la previsión de una fase prearbitral de naturaleza judicial y adelantada por los centros de arbitraje no es en sí misma inconstitucional, pues no desconoce el principio de voluntariedad del arbitraje, ni su carácter temporal y excepcional. En efecto, esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisoria, o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase prearbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad. Finalmente, es obvio que esta fase prearbitral sólo puede operar para aquellos eventos en que el arbitraje es normativamente posible, con lo cual se respeta también el carácter excepcional de esta institución.

⁸ Sentencia C-163 de 1999, Fundamento 8.

Podría entonces objetarse que la regulación es constitucional, en razón a que esta fase prearbitral es una forma como la ley quiso que se ejerciera la justicia arbitral, sin que ello desconozca el principio de habilitación, pues éste se hace en los términos establecidos por la ley. Según esta objeción, cuando dos partes en un negocio jurídico deciden acudir a la justicia arbitral, aceptan que la ley ha establecido esa fase prearbitral, sin que la realización de dicho trámite desconozca el carácter voluntario del arbitramento. En efecto, se entendería que las partes libremente renunciaron a la justicia estatal para solucionar su litigio por medio del proceso arbitral, conociendo la existencia de esa fase prearbitral.

22- La Corte considera que el anterior reparo, fundado en la libertad del legislador para regular el proceso arbitral, no es de recibo, pues deja de lado los principios constitucionales que gobiernan el arbitraje, y la naturaleza excepcional del ejercicio de funciones judiciales por los particulares.

Así, las funciones judiciales que se atribuyen a particulares deben ser conferidas de manera expresa, pues su carácter excepcional así lo exige. Tal conclusión se complementa perfectamente con el elemento de la voluntad de las partes, que deciden no sólo acudir a la justicia arbitral, sino quiénes serán los árbitros. En ese sentido, la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. **Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo el espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva.**

Admitir una interpretación contraria desconocería el tenor **del artículo 116 de la Carta, según el cual los particulares sólo habilitan a los árbitros, no al centro de arbitraje ni a otros funcionarios para el ejercicio de una función tan delicada como la de administrar justicia.** En ese orden de ideas, mal podría la ley hacer obligatoria la intervención de personas o entidades no autorizadas por las partes para intervenir en el procedimiento.

Es menester entonces reconocer el peso del principio de habilitación al momento de conferir facultades judiciales a los particulares, sin que ello implique negar la importancia de las labores de apoyo y trámite, que pueden ejercer los centros de arbitraje. Sólo así puede ser evitada una participación extraña en el desarrollo de un procedimiento de carácter excepcional que opera basado en la habilitación dada por la voluntad de las partes que acuden al mecanismo. **Con base en los fundamentos anteriores, esta Corte encuentra que el cargo del actor es acertado, pues los centros de arbitramento no pueden ser habilitados por la ley para tomar decisiones judiciales indisolublemente ligadas a la suerte del proceso arbitral. Dichas decisiones sólo pueden ser tomadas por los árbitros habilitados por las partes (CP art. 116), sin perjuicio de que la ley pueda conferir a dichos centros labores de apoyo al proceso arbitral, o el desarrollo de ciertas funciones en materia de conciliación.**" (El destacado es nuestro).

Por lo tanto, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, no es llamado a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la ETB, por lo que se reitera, es el Tribunal de Arbitramento que se está conformando por solicitud de COMCEL, el que en primera medida debe pronunciarse sobre el particular.

Por supuesto no se desconoce que para la ETB el hecho que se plantee nuevamente la posibilidad de que se reabra un conflicto frente al cual tiene la convicción que ya se ha decidido, implica para dicha empresa emprender ciertas actuaciones que en su criterio podrían calificarse como desgastantes, o que se convalida la actitud contraria a derecho o de abuso del mismo que estima ha mantenido por COMCEL, empero, en criterio de la Sala dicha situación tampoco puede catalogarse como constitutiva de un perjuicio irremediable, como para predicar que deben analizarse los referidos motivos de inconformidad en el presente trámite.

Asimismo se observa que una de las preocupaciones de la ETB, es que con la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, COMCEL continúe dilatando la devolución del dinero que le ordenó entregar el Consejo de Estado, frente a lo cual estima la Sala que la empresa demandante puede adelantar las gestiones judiciales pertinentes para perseguir la devolución de dicho dinero, a pesar de que

deba ejercer su derecho a la defensa en el referido proceso arbitral, por lo que tampoco se advierte que dicha situación constituya un perjuicio irremediable que haga procedente transitoriamente el amparo solicitado, ante la existencia de otro medio de protección.

De otro lado, la ETB indica que en el trámite prearbitral la entidad accionada ha vulnerado su derecho a la igualdad, pues ha adelantado el mismo para favorecer los intereses de COMCEL.

Con el fin de establecer si durante el trámite prearbitral el Centro de Arbitraje y Conciliación ha vulnerado el derecho a la igualdad de la ETB, se resumen a continuación las principales actuaciones que se ha desarrollado dentro del mismo, con fundamento en los documentos que componen la copia cuaderno principal del trámite 2847:

1. La solicitud de convocatoria presentada por COMCEL fue radicada el 21 de diciembre de 2012 (FIs. 1-68).

2. La entidad accionada mediante escrito del 11 de enero de 2013, dirigido a COMCEL, acusó recibo de la solicitud de convocatoria, y afirma que el pacto arbitral que sustenta la misma se encuentra dentro del expediente 2010-00651-00 ante el Consejo de Estado (Fl. 104), que como antes se indicó, corresponde al recurso extraordinario de revisión que presentó la ETB contra uno de los fallos que declaró infundado uno de los recursos de anulación que presentó.

Asimismo, a través del referido escrito se cita a COMCEL a una reunión para el 21 de enero de 2013, a las 12:30 pm., con el fin de establecer el trámite a seguir previa la designación de los árbitros.

3. A folios 105 y 106 del referido cuaderno se observa, que el 14 de enero de 2013 la ETB recibió por parte de la entidad accionada, un oficio mediante el cual se le cita a la reunión antes señalada, con ocasión a la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento que realizó COMCEL. En dicho oficio también se aclara que el pacto arbitral se encuentra en el Consejo de Estado.

4. COMCEL mediante escrito del 16 de enero de 2013, aportó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación, copia del contrato de interconexión que contiene la

cláusula compromisoria, con el fin de que en la reunión prevista para el 21 de enero de 2013 se proceda a la designación de los árbitros (Fls. 108-142).

5. La ETB a través de escrito del 16 de enero de 2013, le solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación, copia de la demanda de convocatoria, y que la reunión de designación de árbitros programada para el 21 de enero de 2013, se reprogramara para después del 31 de enero, “teniendo en cuenta que para la fecha y hora convocada no es posible asistir por compromisos judiciales previamente programados para ese día” (Fl. 143).

6. La entidad accionada mediante oficios del 17 de enero de 2013, recibidos el 21 de enero del mismo año por COMCEL y la ETB, puso a disposición de dichas entidades los documentos que ha sido aportados por la partes, e invitó a las mismas a que asistieran a una reunión para el 28 de enero de 2013, a las 9:30 a.m., con el fin de designar a los árbitros (Fls. 220-221). Se destaca que de la referida citación se informó a todos los interesados mediante correos electrónicos del 17 y 18 de enero de 2013 (201-219).

7. El Centro de Arbitraje y Conciliación, a través de oficio del 18 de enero de 2013, le solicitó al Consejo de Estado que remitiera copia auténtica de 3 expedientes, con el fin de dar trámite a las demandas arbitrales que presentó la ETB contra COMCEL (Fl. 223).

8. En escrito del 23 de enero de 2013, la ETB le solicitó a la parte accionada “*no llevar a cabo la reunión de designación de árbitros del 28 de enero de 2013, abstenerse de adelantar cualquier gestión en relación con el asunto de la referencia, y en consecuencia devolver la inusual petición a COMCEL*”. Para tal efecto, expuso los argumentos que invocó en el presente trámite, relativos a la existencia de pronunciamientos judiciales que resolvieron en su favor la controversia existente alrededor del contrato de interconexión, a fin de argumentar que lo pretende COMCEL es revivir un proceso arbitral. Adicionalmente reprochó que la demanda presentada no cumple con los requisitos previstos en las normas procesales (Fls. 225-227).

9. Finalmente, a folio 229 del mencionado cuaderno, se observa un acta de la reunión llevada a cabo el 28 de enero 2013, prevista para designar a los árbitros dentro del proceso arbitral, a la cual no acudió la ETB, por lo que no fue posible la

designación de éstos de común acuerdo, y se dispuso la expedición de copias auténticas de la lista oficial de árbitros, “con el fin de acudir al Juez Civil del Circuito para el nombramiento de los árbitros que integrarán el Tribunal. Lo anterior en los términos del numeral 4 del artículo 14 de la Ley 1563 de 2012” (Fl. 229).

No se advierte dentro del referido cuaderno, que la ETB haya indicado las circunstancias por las cuales no acudió a la reunión a la que fue citada.

Teniendo en cuenta las actuaciones antes descritas, se observa que se le ha informado a la ETB del trámite prearbitral adelantado, y no se advierte que con las decisiones adoptadas, que por ahora simplemente consisten en la citación a una reunión para designar a los árbitros de común acuerdo, y ante la imposibilidad de dicha alternativa, de optar por la designación de aquéllos de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1563 de 2012⁹, se haya incurrido en un trato discriminatorio.

Asimismo, para la Sala no puede considerarse como un hecho constitutivo de una clara y flagrante violación del derecho a la igualdad de la ETB que justifique acceder al amparo solicitado, que no se haya resuelto de manera favorable su petición de realizar la designación de árbitros después del 31 de enero de 2013.

En ese orden de ideas, no hay lugar a conceder el amparo solicitado, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

⁹ “ARTÍCULO 14. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. Para la integración del tribunal se procederá así:

1. Si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje los citará por el medio que considere más expedito y eficaz, para que se pronuncien en el término de cinco (5) días. El silencio se entenderá como declinación.

Este mismo término y el efecto concedido al silencio, se aplicará para todos los eventos en que haya designación de árbitro y este deba manifestar su aceptación.

2. Si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo, o delegaron la designación, el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco (5) días hagan la designación.

3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.

4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.

5. De la misma forma se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo.

6. Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal.” (El destacado es nuestro).

Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 6 de febrero de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, negó la acción de tutela presentada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ