

INTERPRETACION PREJUDICIAL - Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las controversias contractuales que versen sobre servicios de radiodifusión sonora y televisión no requieren de interpretación prejudicial por exclusión expresa de las normas regionales / SERVICIOS DE RADIODIFUSION SONORA Y TELEVISION - Procesos no requieren de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN. Exclusión de las normas regionales Decisiones 942 y 432 de la CAN / RADIODIFUSION SONORA Y TELEVISION - Se rigen por las normas nacionales

La Decisión 462, por medio de la cual se establecieron las “normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, (...) en su artículo 3 prescribió: Artículo 3.- Alcance (...) La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión. (...) Como se observa, los servicios de radiodifusión sonora y televisión fueron excluidos expresamente de la aplicación de la norma en comento. Ahora, si bien esta Corporación, como se dijo en renglones precedentes, declaró la nulidad del trámite de un recurso de anulación por la falta del requisito que aquí se echa de menos, en esa ocasión se discutían temas relacionados con el acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia y la red de telefonía móvil celular. (...) [para el caso] se tiene que si bien se está frente a un tema de telecomunicaciones, el servicio que se discute en particular es de aquellos exceptuados por las normas que en otrora le sirvió al Tribunal Andino y a esta Corporación para exigir el pronunciamiento del primero. (...) Corolario de lo anterior, fuerza concluir que las razones expuestas en el recurso de súplica tienen fundamento y, en ese orden, se impone revocar la providencia recurrida.

FUENTE FORMAL: COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES - DECISION 462 ARTICULO 3 / COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES - DECISION 432 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128

NOTA DE RELATORIA: En materia de nulidad de lo actuado por pretermisión de la interpretación prejudicial de los asuntos sometidos a la normatividad de la CAN, esto es, acceso, uso e interconexión entre la red telefónica básica pública de larga distancia y la red telefónica móvil celular, ver la decisión de la Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de agosto de 2012, exp. 43045

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013).

Expediente número: 11001-03-26-000-2011-00025-00(41064)

Actor: CARACOL TELEVISION S.A.

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)

Resuelve la Sala el recurso ordinario de súplica interpuesto por Caracol Televisión S.A. contra el auto del 25 de abril de 2012, proferido por el despacho de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, por medio del cual se suspendió el trámite del recurso de anulación de la referencia y se solicitó, de oficio, la interpretación previa de que trata el artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina de Naciones.

ANTECEDENTES

1. El 22 de septiembre de 1997 se suscribió el contrato de concesión n.º 136 entre la Comisión Nacional de Televisión y Caracol Televisión S.A., el cual tenía como objeto el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del canal de televisión de cubrimiento nacional n.º 2.

1.1. En la cláusula n.º 40 de dicho convenio se estipuló:

Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia (...) (f. 16, c. pruebas n.º 1).

2. El 19 de diciembre de 2008, Caracol Televisión S.A. presentó solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que se le cancelará el mayor valor pagado por concepto de frecuencias de que trata la cláusula 9 del contrato de concesión 136 (f. 685-186, c. ppl.).

3. En consecuencia, el 5 de abril de 2011 el tribunal convocado profirió laudo arbitral mediante el cual condenó a la Comisión Nacional de Televisión a restituir a la convocante el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula novena del contrato de concesión n.º 136, suscrito entre las partes, equivalente a la suma de trece mil seiscientos

siete millones ochocientos veintitrés mil ciento veinte pesos (\$13 607 823 120).

3. Inconforme con la anterior decisión, el 25 de abril siguiente la Comisión Nacional de Televisión presentó, debidamente sustentado, recurso extraordinario de anulación (f. 816, c. ppl.). Posteriormente, mediante proveído del 19 de agosto de 2011, la señora Consejera de Estado, Stella Conto Díaz del Castillo, avocó el conocimiento del recurso interpuesto y dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (f. 820, c. ppl.).

4. En providencia del 25 de abril de 2012, la magistrada sustanciadora del proceso resolvió suspender el trámite del recurso de anulación y dispuso que, por Secretaría de la Sección, se solicitara al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitir concepto previo de interpretación en relación con las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, relacionadas con las telecomunicaciones. Como fundamento de lo anterior, sostuvo que de conformidad con el artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina de Naciones los procesos en los cuales deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y cuya sentencia no fuere susceptible de recurso en derecho interno, *“el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente, de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”* (f. 878-879, c. ppl.). En esa oportunidad se dijo:

En consecuencia, conforme al criterio de interpretación prejudicial acogido por el Honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en tanto el asunto eventualmente comporta normas comunes en materia de telecomunicaciones que pueden resultar enfrentadas con la reglamentación interna y su correspondiente interpretación en materia de asignación de frecuencias, utilización y tarifas para la operación y explotación de los canales privados de televisión en el territorio nacional, y como quiera que, la interpretación prejudicial se requiere al momento de decidir el recurso interpuesto, corresponde entonces suspender el proceso hasta tanto se surta el trámite de la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que resuelva sobre la interpretación judicial según lo previsto en el artículo 32 de la norma en cita (fl. 879 rev., c. ppl).

5. El 11 de mayo de 2012, Caracol Televisión S.A. interpuso y sustentó recurso de súplica contra el auto del 25 de abril de 2012. Para el efecto, sostuvo que en el caso bajo estudio no era procedente la suspensión del trámite del proceso, por cuanto la normatividad andina que regula la materia se encuentra contenida en la Decisión 462 a través de la cual se dictan las “*Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina*”, y, en dicha disposición, expresamente se excluyó el servicio de televisión de tal manera que sobre el particular son aplicables exclusivamente las normas de derecho interno de cada país miembro (f. 880-882, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en el caso *sub-exámine* es procedente o no la suspensión del trámite del recurso de anulación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina de Naciones. Para ello se hace necesario establecer si, como lo señaló el recurrente, efectivamente el servicio de televisión se encuentra expresamente excluido de la normatividad andina.

II. Análisis de la Sala

Mediante la Decisión 472 del 16 de septiembre de 1999 (fls. 883 a 895, c. ppl, C.E.), la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹. En el artículo 33 *ibídem* se estableció lo siguiente:

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

¹ Vista igualmente en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC472s.ASP>

hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

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

Según se desprende de la lectura de la norma citada, se tiene que es deber del juez solicitar de oficio, si no se presentare solicitud de parte al efecto, la interpretación previa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de dicha comunidad, siempre y cuando (i) estas deban ser aplicadas o se discutan en el caso concreto y (ii) la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno. Frente a esa exigencia, la Corporación ha tenido la oportunidad de declarar la nulidad de lo actuado cuando se ha constatado su pretermisión².

En ese orden, se tiene que el recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter extraordinario y de naturaleza especial, y su competencia se encuentra atribuida a esta Corporación en única instancia cuando la controversia se origine en contratos estatales³; por ello, en principio, la sentencia que se profiera con ocasión de su trámite no es susceptible de recursos, con excepción del recurso extraordinario de revisión, el cual tiene consagradas para su procedencia unas causales taxativas prescritas en el artículo 188 del C.C.A.⁴.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, providencia del 6 de agosto de 2012, exp. 43045, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Código Contencioso Administrativo. Artículo 128.- *“El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...) // 5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión (...)”.*

⁴ *“Son causales de revisión: 1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. // 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. // 3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. // 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de*

Ahora, es preciso establecer si en el litigio en cuestión se puso de presente alguna controversia en torno a las normas de la Comunidad Andina. De entrada es dable afirmar que dentro del trámite arbitral ni a instancias del recurso de anulación las partes invocaron normas comunitarias. Efectivamente, la cuestión planteada se concretó en el mayor valor pagado por concepto de la obligación contenida en la cláusula 9 del contrato de concesión 136 del 22 de diciembre de 1997, cuyo texto es el siguiente:

*VALOR DE LAS FRECUENCIAS Y FORMA DE PAGO: **La adjudicación y uso de las frecuencias asignadas al canal**, dará lugar al cobro de las tarifas mencionadas en la Resolución 0429 del 18 de septiembre de 1997 de la Comisión y será cancelada por el CONCESIONARIO anualmente en la forma allí establecida.*

Las frecuencias asignadas por LA COMISIÓN para el Canal Nacional de Operación Privada N2 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias (se destaca).

Caracol Televisión estimó que debía pagar sólo por la asignación y uso de las frecuencias, es decir, por un total de 41, mientras que la CNTV cobró sobre 1.073, con base en el número de municipios, sin constatar si dichas frecuencias estaban asignadas o, en su defecto, utilizadas por el concesionario (fls. 692 y 693, c. ppal).

De otra parte, frente a si en el *sub lite* deben aplicarse normas comunitarias, vale poner de presente que el recurrente afirma que expresamente el servicio público de televisión ha sido excluido de la normatividad andina. Efectivamente, la Decisión 462, por medio de la cual se establecieron las “normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, dispuso:

las causales legales para su pérdida. // 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. // 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. // 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. // 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

Artículo 1.- Objetivo

La presente Decisión tiene como objetivo fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la Subregión Andina.

Tendrá además los siguientes objetivos específicos:

a) Eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo al cronograma establecido en la presente Decisión;

b) Propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de telecomunicaciones;

c) Proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros;

d) Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros.

Y en su artículo 3 prescribió:

Artículo 3.- Alcance

La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

Como se observa, los servicios de radiodifusión sonora y televisión fueron excluidos expresamente de la aplicación de la norma en comento. Ahora, si bien esta Corporación, como se dijo en renglones precedentes, declaró la nulidad del trámite de un recurso de anulación por la falta del requisito que aquí se echa de menos, en esa ocasión se discutían temas relacionados con el acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia y la red de telefonía móvil celular. Efectivamente, en esa oportunidad la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá solicitó al Tribunal Andino:

La ETB solicitó al Consejo de Estado, Sección Tercera, que requiriera la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad

Andina, respecto de los artículos 3, 30 inciso final⁵ y 32 de la Decisión 462⁶ y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432⁷.

El Consejo de Estado emitió fallo, negando la solicitud de interpretación prejudicial y sin suspender el procedimiento para solicitar dicha interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁸ (...).

En los arbitrajes se buscó modificar una tarifa regulada de los enlaces, conflicto que debía ser resuelto por la Autoridad de Telecomunicaciones mediante un proceso administrativo, por ello, el tribunal arbitral no tenía competencia para seguir el proceso arbitral.

De lo anterior, se tiene que si bien se está frente a un tema de telecomunicaciones, el servicio que se discute en particular es de aquellos exceptuados por las normas que en otrora le sirvió al Tribunal Andino y a esta Corporación para exigir el pronunciamiento del primero. Efectivamente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su decisión del 26 de agosto de 2011 centró su argumentación en la trascendencia, para el caso concreto, del artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, a propósito de lo cual expuso lo siguiente:

⁵ “Condiciones para la Interconexión // Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada País Miembro. La interconexión debe proveerse: a) En términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas; b) Con cargos de interconexión que: 1. Sean transparentes y razonables; 2. Estén orientados a costos y tengan en cuenta su viabilidad económica; 3. Estén suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. c) En forma oportuna; d) A solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red, ofrecidos a la mayoría de los usuarios, sujeto a cargos que reflejen el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias. En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la Autoridad Nacional Competente la que determine su procedencia”.

⁶ “Condiciones entre proveedores // Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional”.

⁷ Regula las normas sobre interconexión. Su artículo 1 dispuso como objeto: “La presente resolución tiene como objeto definir los conceptos básicos y obligaciones sobre los cuales se debe desarrollar la interconexión”

⁸ En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, providencia del 6 de agosto de 2012, exp. 43045, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La demandante, la ETB ha alegado que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Normas Comunes sobre Interconexión) como "norma procesal andina" vulnerada, la misma que señala lo siguiente: "Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta".

Al respecto y, en efecto, el Tribunal señala, que de la revisión de los tres (03) laudos arbitrales y de los escritos de la demandante ETB, se desprende que eran aplicables normas andinas al fondo del asunto, como la Decisión 462 (Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina).

En este orden de ideas, este Tribunal debe señalar que en relación con estos temas de interconexión y del Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones, se encuentran reglados dentro del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina y constituyen normas supranacionales, de efecto directo y de aplicación inmediata que prevalecen sobre cualquier normativa nacional, razón por la cual dichas normas debieron aplicarse por el Tribunal Arbitral para la resolución de fondo del proceso interno, solicitando la interpretación prejudicial al Tribunal Comunitario, conforme se aclara y se explica en líneas seguidas.

Posteriormente, el proceso fue conocido por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia para resolver la solicitud de anulación de los tres laudos arbitrales ya mencionados. En el transcurso de estos procesos, las partes pidieron se solicitara las interpretaciones prejudiciales de normas que se han debido aplicar por los árbitros en dichos procesos; sin embargo, el Consejo de Estado no atendió esta solicitud y emitió su respectiva decisión de nulidad de los laudos arbitrales.

(...) en aplicación de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 123 de su Estatuto, esta Corporación considera que debe quedar claro que el Consejo de Estado de la República de Colombia, al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debió actuar como un verdadero juez comunitario, es decir, ha debido velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y solicitarle al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial, en relación con dos temas fundamentales:

1. Si el Tribunal de Arbitramento, al conocer la controversia y advertir de la existencia de normas comunitarias aplicables a los casos en cuestión (de oficio o a pedido de parte), debió solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para resolver los laudos arbitrales y así agotar el debido proceso.

2. Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral, generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso.

“(...) Al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el Consejo de Estado configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto.

“(...) Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio in procedendo de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral ...

“(...) En resumen, sobre la base de estas consideraciones el Tribunal estima que, la República de Colombia a través del Consejo de Estado, Sección Tercera, al resolver el recurso de anulación de los tres laudos arbitrales debió solicitar la interpretación a este Tribunal en el sentido arriba mencionado, al no haberlo hecho, se constituyó un incumplimiento de la norma comunitaria por parte de la República de Colombia”.

Corolario de lo anterior, fuerza concluir que las razones expuestas en el recurso de súplica tienen fundamento y, en ese orden, se impone revocar la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto objeto de súplica proferido el 25 de abril de 2012, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección, a lo aquí resuelto.

TERCERO: En firme esta decisión **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de la Consejera de Estado doctora Stella Conto Díaz del Castillo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente

RAMIRO PAZOS GUERERO

Magistrado