

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Contrato de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - Solicitud de interpretación prejudicial / AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE INTERCONEXION - Comisión de Regulación de Comunicaciones

Mediante auto del 23 de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral ordenó oficiar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que efectuara la interpretación “prejudicial”, de conformidad con el inciso segundo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 123 y 124 de la de la Decisión 500 de la Comunidad Andina (...) Hecha la solicitud, ésta fue respondida mediante oficio 413-S-T-TJCA-2014, del 11 de julio de 2014, firmado por el Secretario General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante el cual remitió a este proceso copia certificada de la providencia del 11 de junio de 2014, proferida dentro del proceso 255-IP-2013, contentiva de la interpretación prejudicial de las normas indicadas en precedencia. En la citada providencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dijo, en síntesis, que las normas comunitarias cuya interpretación “prejudicial” se solicita están relacionadas con los siguientes aspectos: (i) la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión, en caso de desacuerdo entre las partes, (ii) la interpretación “prejudicial” facultativa y obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, (iii) los principios de preeminencia y complemento indispensable, (iv) qué se debe entender por comercio de servicios y conflictos de interconexión entre operadores locales, (v) sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones y (vi) el principio “pacta sunt servanda” y su excepción, el principio “rebus sic stantibus”. En relación con la autoridad competente para resolver los conflictos de interconexión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que, “... Al no existir disposición andina que de manera concreta delimita (sic) que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más (sic) no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá (sic) a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”. Para llegar a lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reiteró lo señalado en la interpretación “prejudicial” 181-IP-2013, en la cual se interpretaron los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En relación con la interpretación “prejudicial” ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sostuvo que ésta es facultativa cuando la sentencia del juez es susceptible de recursos dentro del ordenamiento jurídico interno y es obligatoria cuando la sentencia no es susceptible de recursos en el derecho interno; pero, en uno y otro caso, la interpretación “prejudicial”, una vez emitida, debe ser acatada para resolver el caso concreto. Lo anterior, con fundamento en los artículos 122 y 127 del Estatuto de Creación del TJCA.

PRINCIPIOS ANDINOS DE PREEMINENCIA Y COMPLEMENTO INDISPENSABLE - Prevalencia del ordenamiento jurídico andino respecto de las normas jurídicas de los países miembros

En relación con los principios andinos de preeminencia y complemento indispensable, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que el

ordenamiento jurídico andino goza de prevalencia respecto de las normas jurídicas de los países miembros; por ende, en caso de antinomia entre algunas de dichas normas prevalecen las del derecho comunitario andino. Por lo anterior, se "... debe aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas del derecho interno y sólo aplicar éstas en los casos en que la norma comunitaria no se refiera al tema y siempre y cuando dichas normas no contravengan el derecho comunitario" . Advirtió, además, que en virtud del principio de complemento indispensable las legislaciones internas de los países miembros deben complementar o fortalecer los acuerdos internacionales, pero no podrán establecer "... exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - Noción de comercio de servicios y modos de prestación

Respecto de lo que se debe entender por comercio de servicios, señaló el TJCA que éstos se encuentran referidos al suministro de un servicio de cualquier sector, a través de los siguientes modos de prestación: 1.- Desde el territorio de un país miembro al territorio de otro país miembro; 2.- En el territorio de un país miembro a un consumidor de otro país miembro; 3.- Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un país miembro en el territorio de otro país miembro; y 4.- Por personas naturales de un país miembro en el territorio de otro país miembro.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - Alcance de la aplicación de los principios pacta sunt servanda y reus sic stantibus en los contratos de interconexión

En torno al alcance de los principios pacta sunt servanda y rebus sic stantibus en los contratos de interconexión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sostuvo: "... este principio es general para todo tipo de contrato, no existe diferenciación por tratarse de un convenio de interconexión, más bien debe apreciarse en conjunto y verificar si (sic) en efecto (sic) el Tribunal Arbitral debe considerar las nuevas condiciones que se suscitaron a posteriori de la celebración del contrato y si es el caso la aplicación del principio Rebus sic stantibus por el cambio de normativa que se dio a (sic) consecuencia de la regulación de los valores a remunerar en el uso de las redes de TMC y PCS por tráfico de larga distancia internacional entrante, ya que a la firma del convenio no existía norma que lo regulaba (sic) y fueron las partes quienes fijaron precios, para luego emitirse la Resolución 463 de 2001, la cual a su vez fue derogada con posterioridad por la Resolución 469 de 2002. "El principio Pacta Sunt Servanda es el de aplicación general y por excepción el de Rebus sic stantibus, por lo cual el Tribunal, (sic) deberá necesariamente verificar que las partes no podían tener conocimiento de los cambios sobrevenidos, (sic) y verificar si en efecto cabe restaurar el equilibrio del contrato a las nuevas necesidades, (sic) o (sic) en su defecto, resolver el contrato desde una determinada fecha y bajo las condiciones por las partes pactadas

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia del Consejo de Estado / COMISION DE REGULACION DE LAS COMUNICACIONES - Función estatal

[L]a norma del Estatuto de Arbitraje no exige que una de las partes del contrato materia del litigio sea una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conozca del recurso extraordinario de anulación, basta con que alguna de las entidades a las que se refiere la norma o un particular en ejercicio de funciones administrativas quede vinculado por los efectos jurídicos del laudo arbitral, para que la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación recaiga en el Consejo de Estado. Lo anterior significa que si, por ejemplo, una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas fueron vinculados al proceso arbitral en calidad de litisconsortes necesarios o de llamados en garantía, etc., y en tal condición quedan vinculados por los efectos del laudo arbitral, la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación es del Consejo de Estado, al margen de si fueron parte o no del contrato que dio origen a la controversia objeto de arbitraje; por el contrario, si dichas entidades o personas no quedan vinculados por los efectos jurídicos del laudo arbitral, no es competencia de esta jurisdicción especializada conocer del recurso extraordinario de anulación de revisión del fallo arbitral. En este caso, una de las partes vinculada con los efectos jurídicos del laudo arbitral impugnado es la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB S.A. E.S.P, entidad de derecho público de naturaleza jurídica mixta, según lo establecido por el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, constituida como una sociedad por acciones, cuyo socio mayoritario es el Distrito Capital, de modo que la competencia para conocer del recurso de anulación es de esta Sección del Consejo de Estado. (...) A través de la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- (antes CRT), el Estado ejerce la función de intervención en el sector de las comunicaciones, regulando la materia en temas técnicos y económicos, por medio de mandatos imperativos que, en ciertos casos, limitan la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 17

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Régimen normativo. Regulación normativa / TRIBUNAL DE AREBITRAMENTO - Principio de temporalidad y voluntariedad / ARBITROS - Parámetros de administración de justicia

[E]l proceso arbitral y el trámite del recurso extraordinario de anulación se rigen por la Ley 1563 de 2012, pues es indudable que al laudo recurrido se llegó previo todo un trámite arbitral que comenzó con la presentación de una demanda promovida con posterioridad al 12 de octubre de ese año, fecha de entrada en vigencia de dicha normatividad, según lo dispuesto en su artículo 119. En efecto, luego de que fueran anulados el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y el auto aclaratorio del 15 de enero de 2007, Comcel S.A. presentó una nueva solicitud de convocatoria ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 2 de diciembre de 2012, es decir, cuando ya estaba vigente la Ley 1563 de 2012 y, a pesar de que el demandante sostuvo que su intención era reintegrar el Tribunal de Arbitramento, para que se agotara el trámite de la interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y se procediera a emitir un nuevo laudo arbitral que dirimiera la controversia, lo cierto es que tal posibilidad no era viable en vigencia del Decretoley 1818 de 1998. En efecto, el arbitramento está cimentado sobre los principios de temporalidad y voluntariedad. Particularmente, el principio de temporalidad o transitoriedad está entronizado como precepto en el artículo 116 de la Constitución Política (inciso cuarto), el cual dispone que “Los particulares pueden ser investidos

transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. No podría pensarse que la función arbitral pudiera ejercerse de manera permanente, pues en tal caso se trataría de un poder jurisdiccional paralelo al que ejerce el Estado, a través de los jueces y magistrados, con grave perjuicio para la estructura de aquél y para el orden público (Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2000), así como para la seguridad en el tráfico de las relaciones jurídicas. En el ordenamiento jurídico colombiano, la transitoriedad implica que los árbitros están investidos de la función de administrar justicia: (i) hasta que se produzca la ejecutoria del laudo o, en su caso, de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición, sin perjuicio de que las partes interpongan recurso de anulación, caso en el cual la función se extiende durante el trámite de sustentación y posición del recurso extraordinario, (ii) hasta que se venza el término convencional o legal previsto para adelantar el proceso arbitral, sin perjuicio de la adición, de las suspensiones y de las prórrogas que se produzcan, (iii) hasta que las partes acuerden voluntariamente terminar el proceso o (iv) hasta el momento en que deban cesar su función, bien porque no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios previstos en la ley o bien porque el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto arbitral no sea notificado o no adhiera oportunamente al pacto arbitral. Todo lo anterior permite deducir que la temporalidad es el factor que determina el espacio de tiempo por el cual los árbitros cumplen la función encomendada, de tal suerte que, ante el acaecimiento de alguno de los supuestos que consagra el orden jurídico para que los árbitros cesen su función, el arbitramento termina y no existe posibilidad de que el proceso continúe o reviva por circunstancia alguna (artículo 35, Ley 1563 de 2012).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 / LEY 1563 DE 2012 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 35 / DECRETO 1818 DE 1998

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Características. Procedencia. Regulación Normativa / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No constituye otra instancia procesal. No procede para controvertir aspectos de fondo de los laudos arbitrales

[E] recurso de anulación: (i) es de carácter excepcional, restrictivo, extraordinario y, por consiguiente, no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, (ii) en principio, se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo, (iii) permite atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo (errores in iudicando), puesto que el juez de anulación no es superior funcional del Tribunal de Arbitramento, (iv) excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, (v) está gobernado por el “principio dispositivo”, de modo que es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, de modo que al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario, (vi) procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme, excepción que es, “a la vez,

fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados” , vii) dado el carácter restrictivo que caracteriza este recurso, impone al juez de la anulación el deber de rechazar de plano el recurso cuando su interposición sea extemporánea, no se haya sustentado oportunamente o las causales invocadas no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (artículo 42, Ley 1563 de 2012). (...) Es incuestionable que a través del recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, es decir, por errores in judicando, es decir, aquellos en los que incurre el juez al efectuar los razonamientos jurídicos sobre el derecho debatido (vicios de juicio), por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea de la norma sustancial. Ello es así, porque el recurso extraordinario de anulación no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, en la cual se puedan corregir los yerros de tal raigambre o se puedan desestimar o rectificar los razonamientos del juez arbitral en relación con el fondo del asunto, como sí sucede en los recursos ordinarios. Eso significa que el juez de la anulación no es superior funcional del juez arbitral. Por el contrario, cuando el Tribunal de Arbitramento ha incurrido en errores in procedendo, es decir, aquellos que se configuran por la “... inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omittendo), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución in faciando), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe” (vicio de actividad), se abre paso el recurso extraordinario de anulación.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012

INTEGRACION NORMATIVA DE TRATADOS INTERNACIONALES - Derecho comunitario andino. Derecho interno / COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES - Alcance. Tratados. Órganos / NORMATIVIDAD ANDINA - Es aplicable en virtud de los tratados suscritos por el estado

[E] recurrente, al desarrollar el cargo, desconoce el principio de no contradicción, pues, por una parte, señala que la interpretación “prejudicial” no es aplicable al asunto debatido, por otra parte, señala que el Tribunal de Arbitramento debió valorar los argumentos expuestos en la citada interpretación, para decidir el asunto con fundamento en las normas que allí se analizaron y, luego, cuestiona el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina haya interpretado algunas normas del ordenamiento interno colombiano (...) no puede el órgano interno, so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina, desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los tratados internacionales de respeto a los derechos humanos de todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “cesión voluntaria” que los Estados miembros han acordado, por lo que, si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta “para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone” . Todo lo anterior significa que entre el derecho comunitario andino y el

derecho interno se produce una plena integración, como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros.

ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA - Integración normativa

El ordenamiento jurídico de la comunidad andina comprende: (i) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, (ii) el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios, (iii) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, (iv) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y (v) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina (artículo 1, Tratado de Creación del TJCA). (...) En la interpretación prejudicial (obligatoria y vinculante) emitida en el marco del proceso arbitral, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que la Decisión 439 y la 462 se refieren a la liberalización del comercio de servicios. La primera de ellas está referida, de manera general, a los modos de prestación de servicios y la segunda regula de manera específica las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones, en aras de consolidar un mercado común andino de telecomunicaciones, con el ánimo de (i) eliminar restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al cronograma previsto en la norma, (ii) propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del mercado común andino de telecomunicaciones, (iii) proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros de la CAN y (iv) propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los países miembros, de modo que, como lo que se persigue es la liberalización del sector de las telecomunicaciones dentro del marco del mercado común andino, las anotadas condiciones deben ser aplicadas en relación con todas las medidas que afecten al servicio de telecomunicaciones, "... independientemente de si los operadores son de un mismo país o no, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por lo tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado ...". Así, pues, al margen de que el conflicto no se presente entre empresas de distintos países miembros o por servicios prestados en territorio de distintos países, las normas andinas que regulan el tema son aplicables.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No procede contra decisiones de organismos jurisdiccionales de orden internacional / AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE INTERCONEXION - No corresponde al Consejo de Estado / AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE INTERCONEXION - Autoridad Nacional de Comunicaciones del país miembro del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

[C]ualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es de competencia de la autoridad nacional de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC. (...) el conflicto que se suscita entre las partes guarda relación directa con temas de interconexión, pues el valor de los cargos de acceso, que es en últimas lo que genera la disputa, forma parte esencial de aquélla. En conclusión, el Tribunal de Arbitramento, tal como era su obligación en los términos del artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, acogió en

su integridad la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con las normas que consideró aplicables al asunto sometido a su consideración y no puede pretender Comcel S.A. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA). No es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional y no puede pretender el recurrente que las autoridades nacionales, especialmente el Consejo de Estado, como máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, desconozcan tales decisiones. Una actuación en tal sentido vulneraría los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, como el de pacta sunt servanda, el de la buena fe y el de ex consensu advenit vinculum (del consentimiento deviene la obligación) del cual surge la obligación de hacer consagrada, por una parte, en el inciso primero del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consistente en que “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y, por otra parte, el artículo 128 de la Decisión 500 de 2001, según el cual “Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial”. Por lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar; pero, para evitar que el conflicto suscitado entre las partes quede sin resolver, se ordenará remitir la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, con sujeción a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, resuelva de fondo las solicitudes formuladas por Comcel S.A.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054)

Actor: COMUNICACION CELULAR S.A. - COMCEL S.A.-

**Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.
- ETB**

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto el 9 de diciembre de 2014¹ por Comunicación Celular Comcel S.A. (antes Ocel), contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, celebrado entre Ocel S.A. (ahora Comcel) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB-, laudo mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

“**PRIMERO:** Adoptar la Interpretación (sic) Prejudicial (sic) 225-IP-2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en consecuencia, declarar que este Tribunal Arbitral NO es competente para resolver las controversias surgidas entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP – ETB** en razón del Contrato (sic) de Interconexión (sic) suscrito el 13 de noviembre de 1998.

“**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

“**TERCERO:** Disponer la entrega de copia de este Laudo (sic) a cada una de las partes.

“**CUARTO:** Disponer la entrega de copia de este Laudo (sic) al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“**QUINTO:** Disponer el envío de una copia de este Laudo (sic) al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).

“**SEXTO:** Una vez en firme el presente laudo, entréguese para su archivo el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”².

I. ANTECEDENTES.-

1.1.- El pacto arbitral.-

En la cláusula vigésima cuarta del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, las partes convinieron lo siguiente³:

“**PROCEDIMIENTO PARA SOLUCION DE DIFERENCIAS:** En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no

¹ Folios 24 a 179, Cd. Principal 4.

² Folios 646 a 694, Cd. Consejo 1.

³ Folios 133 y 134, Cd. Principal 1.

sean de competencia del ente regulador y cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversia contractuales siguientes:

1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato;
2. Representantes Legales de las partes. Si a nivel de Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes (sic) Legales (sic) de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto;
- 3 Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1.989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Arbitros se hará por mutuo acuerdo, y a falta de acuerdo (sic) en un término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El arbitraje será adelantado por un centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las telecomunicaciones y a falta de este (sic) o de acuerdo en su designación por las partes (sic) será adelantado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los Arbitros será en derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de su oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la ley 446 de 1.998; en cualquier caso el fallo de los Arbitros tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Arbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral.

“PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio”.

1.2.- La demanda arbitral.-

Luego de la anulación del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2012⁴ Comunicación Celular Comcel S.A. (antes OCCEL S.A.) solicitó al Director Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá la reintegración del Tribunal de Arbitramento, para que resolviera las diferencias surgidas con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. con ocasión del precitado contrato de interconexión.

Para el efecto, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA (1ª)- Que la **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ETB S.A. ESP.**, (sic) está obligada a pagar a **Occidente y Caribe Celular S.A. OCCEL S.A.**, por concepto de ‘Cargo de Acceso’ (sic) los valores establecidos en la opción 1: ‘Cargos de Acceso Máximos por minuto’, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

“SEGUNDA (2ª)- Como consecuencia de la Declaración (sic) anterior, o de una semejante, condenar a la **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ETB S.A. ESP.** a pagar a **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.**, la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de dos mil dos (2002) y hasta la fecha en que se profiera el Laudo (sic) o la más próxima a éste. En subsidio, hasta la fecha de presentación de la corrección de la demanda.

“En la condena se incluirá (sic) tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses.

“El valor total de las sumas anteriores, (sic) será el que se establezca en el curso del proceso.

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

Los hechos que dieron origen a las pretensiones de la demanda se pueden resumir así:

1.- En 1998, cuando aún no se encontraban regulados los valores de cargos que los operadores de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional (TPBCLDI) debían pagar a los operadores de telefonía móvil celular (TMC), por el tráfico de larga distancia internacional entrante, la ETB S.A. ESP. y OCCEL SA. suscribieron un contrato de interconexión, por un período de 5 años prorrogables, y una forma de pago según la cual el operador de TPBCLDI, es

⁴ Folios 1 a 81, Cd. Principal 1.

decir, la ETB SA. ESP. daría al operador de TMC o PCS, OCCEL SA., un valor equivalente al cargo que pagaba a los operadores de larga distancia por el tráfico de larga distancia internacional entrante a las redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL).

2.- Dos (2) años después de celebrado el contrato de interconexión, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT- (hoy CRC) expidió la primera resolución fijando la remuneración de los operadores de redes móviles por las llamadas de larga distancia internacional entrantes, “... remuneración ésta que se fijó en una suma equivalente a la que pagaban los operadores de TPBCLDI por terminar tráfico en las redes de los operadores locales (TPBCL)”⁵.

3.- Posteriormente, la CRT expidió la Resolución 463 de 2001, mediante la cual fijó un esquema de cargos de acceso máximo que contemplaba dos opciones de pago: (i) pago “por minuto” o (ii) pago por “capacidad”. La norma previó para los interesados la facultad de mantener -en sus contratos- las condiciones y valores existentes o, acogerse en su totalidad y para todas sus interconexiones, a los valores definidos por la CRT en la mencionada resolución.

4.- En ejercicio de esta facultad, la ETB SA. ESP. manifestó a EDATEL y a TELECOM-CÓRDOBA que se acogía a lo dispuesto en la Resolución CRT 463 de 2001 y solicitó al organismo de regulación aplicar los valores previstos en la citada resolución a sus relaciones de interconexión con EMCALI, EMTELSA, ETG, TELEPALMIRA, UNITEL, TELESANTAMARTA, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, TELEARMENIA, TELESANTAROSA Y TELETULUÁ y otros más.

5.- No obstante lo anterior, respecto de OCCEL S.A., la ETB S.A. E.S.P. “continuó liquidando por minuto los cargos de acceso por el tráfico LDI entrante a OCCEL, pero aplicando un valor inferior al previsto para la opción de Cargos (sic) de Acceso (sic) Máximos (sic) por minuto, en la Resolución CRT 463 de 2001”⁶.

6.- OCCEL SA. le solicitó a la ETB S.A. ESP. que el tráfico internacional entrante desde enero de 2002 se pagara, en adelante, con sujeción a los valores previstos

⁵ Folio 15, Cd. Principal 1.

⁶ Folio 16, Cd. Principal 1.

en la Resolución 463; pero, ante el rechazo de tal solicitud, OCCEL acudió a la CRT, formulando una petición formal en ese sentido, para que dirimiera el conflicto.

7.- La Comisión se abstuvo de resolver la controversia, “... *con fundamento en que únicamente era competente si quien lo solicitaba era ETB, manifestando que en este caso debía acudir a las autoridades jurisdiccionales, como en efecto se cumple mediante la presente demanda*”⁷.

8.- La ETB se acogió en su totalidad al esquema de cargos de acceso previsto en la Resolución CRT 463 de 2001, razón por la cual no puede aplicar los valores de la citada resolución en las interconexiones que le conviene y dejarlas de aplicar en aquellas que no le conviene⁸.

1.3.- Integración del Tribunal.-

El 24 de enero de 2013, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. designó los árbitros, principales y suplentes, encargados de resolver el litigio, bajo la modalidad de sorteo público⁹.

Dos de los árbitros principales manifestaron impedimentos para aceptar la designación, por lo cual fueron habilitados, en su lugar, dos de los árbitros suplentes.

La instalación del Tribunal se cumplió el 30 de abril de 2013, según consta en el acta 1. En la misma audiencia se fijó el lugar de funcionamiento del Tribunal¹⁰, se reconoció personería a los apoderados de las partes¹¹, se designó al secretario y se inadmitió la demanda arbitral, para que fuera subsanada en los defectos formales anotados en la misma providencia¹².

⁷ *Ibíd.*

⁸ Folios 15 y 16, Cd. Principal. 1.

⁹ Folio 261, Cd. Principal 1.

¹⁰ Folios 563 a 565, Cd. Principal 1.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Folios 576 a 579, Cd. Principal 1.

La demanda fue subsanada mediante escrito del 29 de mayo de 2013¹³ y el 30 de los mismos mes y año fue admitida, se ordenó la notificación personal de la providencia a los apoderados de las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se corrió traslado de la demanda por el término previsto en el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, se fijó nueva dirección para el funcionamiento de la secretaría del Tribunal Arbitral y se requirió a las partes para que suministraran las direcciones de correo electrónico, para efectos de notificaciones y comunicaciones judiciales electrónicas¹⁴.

1.4.- La oposición.-

La convocada se opuso, de manera general, a la prosperidad de las pretensiones de la demanda arbitral y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó los demás y dijo que varios de los fundamentos esbozados por la convocante carecían de la connotación de hechos, pues se trataban de transcripciones de normas legales y reglamentarias.

Propuso como excepciones las que denominó: ***“LAS DISPOSICIONES SUSTENTO DE LAS PRETENSIONES DE COMCEL SON INEXISTENTES, TAL Y COMO LO HA RECONOCIDO EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL, CON EFECTOS ERGA OMNES”, “EL PERÍODO DE TIEMPO DE LA SUPUESTA CONDENA AL QUE ALUDEN LAS PRETENSIONES DE COMCEL ES INVÁLIDO Y SU APLICACIÓN ES UN (SIC) TODO IRREGULAR”, “LA INTERPRETACIÓN ATRIBUIDA POR COMCEL A LA (SIC) APLICACIÓN A LAS INTERCONEXIONES EN CURSO DE LA DEROGADA RESOLUCIÓN 463 DE 2001 NO ES CIERTA Y ES ILÍCITA SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO”, “COMCEL OTORGA UN ALCANCE ANTIJURÍDICO A LA FUNCIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES RELACIONADA CON LA FIJACIÓN DE LOS VALORES DE LOS CARGOS DE ACCESO”, “FALTA DE JURISDICCIÓN Y (SIC) COMPETENCIA, DERIVADA DE QUE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN EXPIDIÓ FRENTE A ESTA CONTROVERSIA ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITORIOS QUE NO PUEDEN SER AFECTADOS ARBITRALMENTE”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA PARA QUE COMCEL***

¹³ Folio 582, Cd. Principal 1.

¹⁴ Folios 593 y 594, Cd. Principal.

COMPAREZCA A ESTE PROCESO COMO DEMANDANTE” y “OCURRENCIA DE LA CADUCIDAD”.

La ETB solicitó la práctica de pruebas¹⁵.

1.5.- La intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).-

La Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado intervino en el proceso arbitral, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda interpuesta por Comunicación Celular Comcel S.A., por cuanto, en su opinión, éstas se fundamentan en una norma derogada (Resolución CRT 463 de 2001).

Advirtió que, si el asunto se llegaba a resolver con fundamento en la norma que perdió su vigencia, el laudo podía ser atacado a través de la acción de tutela.

Además, señaló que la aplicación de una norma inexistente es un hecho constitutivo de un error jurisdiccional, en los términos de los artículos 65 a 74 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, lo cual podría generar responsabilidad patrimonial para los árbitros.

Por otra parte, sostuvo que, en el asunto sometido a consideración del tribunal arbitral, se produjo la caducidad de la acción, por un hecho atribuible a la parte convocante.

Para lo anterior, sostuvo que el artículo 44 de la Ley 1563 de 2012 consagra que cuando se anula el laudo arbitral por las causales 3 a 7 del artículo 41 ibídem, se entiende interrumpida la prescripción y no opera la caducidad, siempre que la parte interesada presente la solicitud de convocatoria del tribunal arbitral dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

En este caso, la providencia de anulación cobró ejecutoria el 17 de septiembre de 2012 y ello significa que, para que no ocurriera la caducidad, debió presentar la nueva solicitud de convocatoria antes del 17 de diciembre del mismo año; pese a

¹⁵ Folios 636 a 674, Cd. Principal.

lo anterior, la convocatoria sólo fue presentada el 21 de diciembre del mismo año, cuando ya había ocurrido el fenómeno de la caducidad.

Advirtió de los efectos que trae pronunciar una decisión de fondo cuando ha ocurrido la caducidad de la acción¹⁶.

1.6.- La solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).-

Mediante auto del 23 de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral ordenó oficiar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que efectuara la interpretación "*prejudicial*", de conformidad con el inciso segundo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 123 y 124 de la de la Decisión 500 de la Comunidad Andina¹⁷.

Asimismo, corrió traslado a las partes, por 8 días, para que manifestaran lo que consideraran pertinente, en relación con la solicitud de interpretación¹⁸.

En la misma providencia, el Tribunal de Arbitramento decretó la suspensión del trámite arbitral, a partir de la radicación de la solicitud de interpretación "*prejudicial*" en la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y hasta que el Tribunal de Arbitramento recibiera respuesta sobre la misma¹⁹.

En el término de traslado, las partes solicitaron que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se pronunciara en relación con el entendimiento de algunas normas comunitarias²⁰.

Mediante oficio del 2 de diciembre de 2013, la Secretaría del Tribunal de Arbitramento solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial de los artículos 80 del Acuerdo de Cartagena, 33 del Tratado de Creación del citado Tribunal, 2 de la Decisión 439 de 1998, 2, 4, 28, 30 y 32 de la Decisión 462 de 1999, 3, 4, 6, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 32, 34 y 35 de

¹⁶ Folios 254 a 276, Cd. Principal 2

¹⁷ Folio 919, Cd. Principal 1.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Folios 56 a 72 y 74 a 94, Cd. Principal 2.

la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y 121 y 123 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina²¹.

Hecha la solicitud, ésta fue respondida mediante oficio 413-S-T-TJCA-2014, del 11 de julio de 2014, firmado por el Secretario General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante el cual remitió a este proceso copia certificada de la providencia del 11 de junio de 2014, proferida dentro del proceso 255-IP-2013, contentiva de la interpretación prejudicial de las normas indicadas en precedencia.

En la citada providencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dijo, en síntesis, que las normas comunitarias cuya interpretación “prejudicial” se solicita están relacionadas con los siguientes aspectos: (i) la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión, en caso de desacuerdo entre las partes, (ii) la interpretación “prejudicial” facultativa y obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, (iii) los principios de preeminencia y complemento indispensable, (iv) qué se debe entender por comercio de servicios y conflictos de interconexión entre operadores locales, (v) sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones y (vi) el principio “*pacta sunt servanda*” y su excepción, el principio “*rebus sic stantibus*”.

a.- En relación con la autoridad competente para resolver los conflictos de interconexión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que, “... *Al no existir disposición andina que de manera concreta delimita (sic) que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más (sic) no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá (sic) a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas*”²².

Para llegar a lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reiteró lo señalado en la interpretación “prejudicial” 181-IP-2013, en la cual se interpretaron

²¹ Folios 166 a 185, Cd. Principal 2.

²² Folio 354, Cd. Principal 2.

los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

b.- En relación con la interpretación “*prejudicial*” ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sostuvo que ésta es facultativa cuando la sentencia del juez es susceptible de recursos dentro del ordenamiento jurídico interno y es obligatoria cuando la sentencia no es susceptible de recursos en el derecho interno; pero, en uno y otro caso, la interpretación “*prejudicial*”, una vez emitida, debe ser acatada para resolver el caso concreto.

Lo anterior, con fundamento en los artículos 122 y 127 del Estatuto de Creación del TJCA.

c.- En relación con los principios andinos de preeminencia y complemento indispensable, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que el ordenamiento jurídico andino goza de prevalencia respecto de las normas jurídicas de los países miembros; por ende, en caso de antinomia entre algunas de dichas normas prevalecen las del derecho comunitario andino²³.

Por lo anterior, se “... *debe aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas del derecho interno y sólo aplicar éstas en los casos en que la norma comunitaria no se refiera al tema y siempre y cuando dichas normas no contravengan el derecho comunitario*”²⁴.

Advirtió, además, que en virtud del principio de complemento indispensable las legislaciones internas de los países miembros deben complementar o fortalecer los acuerdos internacionales, pero no podrán establecer “... *exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él*”²⁵.

d.- Respecto de lo que se debe entender por comercio de servicios, señaló el TJCA que éstos se encuentran referidos al suministro de un servicio de cualquier sector, a través de los siguientes modos de prestación:

²³ Folio 359, Cd. Principal 2.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Folio 360, Cd. Principal 2.

- 1.- Desde el territorio de un país miembro al territorio de otro país miembro;
- 2.- En el territorio de un país miembro a un consumidor de otro país miembro;
- 3.- Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un país miembro en el territorio de otro país miembro; y
- 4.- Por personas naturales de un país miembro en el territorio de otro país miembro.

Añadió:

“Un servicio como tal es todo aquello que no es susceptible de ser transportado o almacenado, y que no por ello deja de tener importancia y pueda ser objeto de comercio, así por ejemplo la electricidad, telecomunicaciones, internet (sic) etc., son servicios perfectamente factibles de ser prestados por un comerciante y adquiridos por un consumidor”²⁶.

e.- Respecto de la pregunta formulada por el Tribunal Arbitral referida a que “... se determine el contenido y alcance de los artículos 3 y 19 de la Resolución 432, (sic) (i) frente a la modificación del régimen de libertad para fijar tarifas de interconexión entre operadores a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 432 y (ii) frente a su aplicación a contratos que venían ejecutándose con anterioridad a dicha Resolución”, el TJCA respondió:

“... con la emisión de la Resolución 432 en su capítulo II se fijaron los aspectos económicos y lineamientos a seguir para poder fijar el aspecto de costos de interconexión, conforme se desprende de las normas antes citadas, todas las obligaciones de los **casos vigentes y por realizarse** relacionados con interconexión en los Países (sic) Miembros (sic), se ajustaron a lo dispuesto en las Decisiones 439, 462 y Resolución 432, y en lo referente a los cargos de interconexión fijarán los cargos a pagarse entre las partes siempre y cuando no sean fijados por la Autoridad de Telecomunicaciones competente, para nuestro caso en (sic) concreto a la fecha la CRT” (subrayas y negrilla del texto original)²⁷

²⁶ Folio 361, Cd. Principal 2.

²⁷ Folio 363, Cd. Principal 2.

f.- En torno al alcance de los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* en los contratos de interconexión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sostuvo:

“... este principio es general para todo tipo de contrato, no existe diferenciación por tratarse de un convenio de interconexión, más bien debe apreciarse en conjunto y verificar si (sic) en efecto (sic) el Tribunal Arbitral debe considerar las nuevas condiciones que se suscitaron a posteriori de la celebración del contrato y si es el caso la aplicación del principio Rebus (sic) Sic Stantibus por el cambio de normativa que se dio a (sic) consecuencia de la regulación de los valores a remunerar en el uso de las redes de TMC y PCS por tráfico de larga distancia internacional entrante, ya que a la firma del convenio no existía norma que lo regulaba (sic) y fueron las partes quienes fijaron precios, para luego emitirse la Resolución 463 de 2001, la cual a su vez fue derogada con posterioridad por la Resolución 469 de 2002.

“El principio Pacta Sunt Servanda es el de aplicación general y por excepción el de Rebus (sic) Sic Stantibus, por lo cual el Tribunal, (sic) deberá necesariamente verificar que las partes no podían tener conocimiento de los cambios sobrevenidos, (sic) y verificar si en efecto cabe restaurar el equilibrio del contrato a las nuevas necesidades, (sic) o (sic) en su defecto, resolver el contrato desde una determinada fecha y bajo las condiciones por las partes pactadas”²⁸.

1.7.- El laudo arbitral recurrido.-

Surtidos los trámites prearbitral y arbitral previstos en la ley, el 10 de octubre de 2014 se cumplió la audiencia de lectura de fallo, en la cual se profirió el laudo objeto del recurso extraordinario.

El laudo, luego de hacer una síntesis de los antecedentes de la controversia y del desarrollo del proceso arbitral, analizó los presupuestos procesales de demanda en forma y capacidad de las partes para comparecer al proceso, los cuales halló acreditados.

Enseguida, estudió la competencia del Tribunal Arbitral para decidir la controversia, para lo cual precisó la situación de Colombia en el sistema comunitario andino, la solución de controversias en el derecho comunitario, la regulación comunitaria en materia de comunicaciones, particularmente, en temas de interconexión y cargos de acceso, para señalar que, como Colombia hace parte de la Comunidad Andina, debe ceñirse a la normatividad comunitaria en

²⁸ Folio 370, Cd. Principal 2.

tales materias (interconexión y cargos de acceso), a lo cual agregó que dicha normatividad prevalece sobre el ordenamiento jurídico interno.

Precisó, además, que este proceso arbitral no era la continuación de un proceso arbitral anterior.

A este respecto, destacó:

“Para tratar el tema de la competencia, ha de reiterarse que este Tribunal NO es continuación del Tribunal anterior.

“Derivado de esto, ha de decirse que la primera pretensión contenida en la demanda que dio origen a este proceso, (sic) describe un procedimiento y no puede entenderse como tal en sí misma, por lo que se tienen por pretensiones solo aquellas mencionadas a partir del acápite dos de la demanda, que se refieren a las controvertidas y decididas en el trámite arbitral inicial, cuyo laudo fue declarado nulo; es decir, la primera pretensión, en estricto rigor legal y procesal no lo es y dicho procedimiento ya ha sido atendido mediante la integración, instalación y funcionamiento de este Tribunal de Arbitramento, por lo que el Tribunal no entrará a pronunciarse respecto del mismo. Por tanto este, (sic) Tribunal Arbitral tendrá como pretensión central y objeto de análisis de este caso, la pretensión referida a decidir a (sic) cuál cargo de acceso se aplica a la relación de interconexión ejecutada entre las partes a partir de 1º de enero de 2002 y por el término que así lo pide, en la medida en que las otras dos son consecuenciales de la declaratoria de la primera – condena al pago y condena en costas-, y su análisis está ligado a que la primera prospere.

“Con todo (sic) desde el inicio del proceso, la parte demandante ha insistido en argumentar que este Tribunal (sic) arbitral no es más que una continuación del Tribunal anterior, por lo que se reitera lo manifestado en sendos autos en el sentido de sostener que este trámite es autónomo e independiente del Tribunal de Arbitramento anterior, cuyo laudo fuera anulado en desarrollo de lo dispuesto en el proceso 03-AI-2010 del TJCA y en su auto aclaratorio de fecha 15 de noviembre de 2011 y la sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 9 de agosto de 2012, en la medida en que:

“(i) la justicia arbitral es *pro tempore*, no puede ser reinstalada ni existe procedimiento para el efecto,

“(ii) el trámite arbitral es reglado y la Ley 1563 de 2012 no establece trámites *ad hoc* o especiales para este tipo de casos,

“(iii) el desarrollo satisfactorio del presente trámite arbitral de acuerdo con la Ley aplicable, garantiza y ha garantizado el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de contradicción”²⁹.

²⁹ Folios 681 y 682, Cd. 1, Consejo de Estado.

Para continuar con el análisis respecto de la competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir la controversia, señaló que la interpretación prejudicial que sobre las normas comunitarias realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es obligatoria en algunos casos y vinculante en todos los eventos (sea obligatoria o facultativa); por ende, debe ser acatada por los jueces nacionales (incluyendo los árbitros).

En ese sentido, advirtió que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dijo, en la interpretación prejudicial solicitada por el Tribunal de Arbitramento para decidir la controversia, que el competente para dirimir los conflictos en temas relacionados con interconexión entre operadores de los países miembros de la comunidad andina de naciones es la autoridad nacional que el ordenamiento interno disponga y que, para el caso de Colombia, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC (antes CRT), organismo que goza de competencia exclusiva y excluyente para resolver tales conflictos.

Afirmó el Tribunal:

“El objeto de esta controversia consiste en decidir si se aplican, a la interconexión ejecutada entre las partes a partir de 2002 y por el período reclamado, los cargos de acceso pactados en el contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998 o los establecidos en la Resolución 463 de 27 de diciembre de 2001 de la CRT.

“En la medida en que el 2 de octubre de 2000 fue expedida la Resolución 432 de la SGCAN, la que adopta un régimen integral en materia de interconexión en telecomunicaciones, régimen que es prevalente y de aplicación inmediata a los países miembros de la Comunidad (sic) Andina (sic), la interconexión que se venía ejecutando entre las partes desde 1998 fue ‘ajustada’ a lo dispuesto por dicha Resolución (sic).

“Como quiera que conforme a lo establecido en la citada Resolución 432, los cargos de acceso son parte esencial e integral de la interconexión, se entiende por tanto, que toda controversia derivada de éstos queda enmarcada en la ejecución de dicha interconexión, razón por la cual, también le son aplicables las normas comunitarias en materia de solución de controversias.

“Conforme a lo ordenado por la Resolución 432 tantas veces mencionada, con apoyo en la 255-IP-2013, la competencia para conocer de las controversias que surjan en ejecución de una interconexión son de conocimiento exclusivo y excluyente de la Autoridad (sic) Nacional (sic) Competente (sic), CRC, y por consiguiente, este Tribunal decidirá no ser competente para conocer de la controversia aquí sometida a su decisión.

“Vista la legislación nacional, encontramos que la facultad para resolver la controversia en el caso concreto, en la actualidad recae en cabeza de la CRC en desarrollo de lo previsto en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, norma que, por demás (sic) ha sido declarada exequible conforme la (sic) Sentencia (sic) C-186-2011, facultad que antes de la expedición de dicha ley recaía en la antigua CRT en desarrollo de lo previsto en el (sic) artículo (sic) 73 numeral 8 y 74 numeral 3 literal b de la Ley 142 de 1994”³⁰.

Por lo anterior, concluyó que el Tribunal de Arbitramento no era competente para resolver las pretensiones de la demanda arbitral. Así quedó consignado en la parte resolutive del laudo, la cual fue transcrita al inicio de esta providencia³¹.

Dentro del término de ejecutoria, el apoderado de la parte convocante solicitó que se aclarara: (i) “... *la contradicción que existe entre la parte motiva y la resolutive* ...”³² del laudo arbitral, por cuanto en la parte motiva se citan decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que ordenan al Tribunal de Arbitramento resolver de fondo las pretensiones de la demanda y en la parte resolutive del laudo dice que se inhibe, (ii) porqué se dice en la parte motiva que el Tribunal Arbitral no es continuación del anterior, (iii) cuál es la norma específica y precisa, como lo exige el artículo 116 de la Constitución Política, que le atribuye a la CRC funciones jurisdiccionales para resolver conflictos contractuales, (iv) por qué señala el laudo que la facultad para resolver la controversia recae en la CRC, sin tener en cuenta que el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 establece que “... *es función de la CRC resolver las controversias ‘en el marco de sus competencias’, y que de acuerdo con lo señalado en el artículo 43 de la citada Ley (sic), la CRC dirime vía administrativa, y no jurisdiccional las controversias sometidas a su consideración*”³³, (v) cuál es la norma que autoriza “... *a un órgano supranacional para atribuir competencias jurisdiccionales a una entidad administrativa nacional de la rama ejecutiva del poder público en contra de la supremacía de la Constitución Política*”³⁴, (vi) cuál es el fundamento legal “... *en virtud del cual el Tribunal de Arbitramento subordina la Constitución Nacional de Colombia a las normas comunitarias*”³⁵, (vii) cuál es el “... *fundamento legal en el que se apoya el Tribunal de arbitramento (sic) para*

³⁰ Folios 689 y 690, Cd. 1 Consejo de Estado.

³¹ Cuadernos 1, Consejo de Estado.

³² Folio 3, Cd., Principal 4.

³³ Folio 7, Cd., Principal 4.

³⁴ *Ibídem.*

³⁵ *Ibídem.*

desacatar una orden del juez de tutela, Consejo de Estado, que indicó que el competente para resolver la controversia era el Tribunal de Arbitramento³⁶, (viii) “... por qué no se aplicó la jurisprudencia constitucional, con efectos erga omnes, que en materia de conflictos entre operadores de telecomunicaciones distingue entre las controversias derivadas de un contrato de las derivadas de aspectos estrictamente regulatorios³⁷ y (ix) el contenido del tercer párrafo de la página 31 del laudo, en cuanto allí se señaló que la interpretación prejudicial es obligatoria y que tal circunstancia fue “... reconocida y aceptada por las partes intervinientes en el trámite...”, pues Comcel S.A. no fue parte en la acción de incumplimiento que adelantó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra el Estado colombiano³⁸.

Mediante auto del 15 de julio de 2013, el Tribunal de Arbitramento negó la solicitud, por cuanto no es procedente que, a través de la aclaración, se pretenda “... volver sobre la decisión adoptada³⁹”.

1.8.- El recurso de anulación.-

Mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2014⁴⁰, Comunicación Celular Comcel S.A. (antes Occel), por conducto de apoderado, interpuso y sustentó el recurso de anulación que ahora se decide, al amparo de la causal contemplada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012⁴¹, que consagra lo siguiente:

“ARTICULO 41. Son causales del recurso de anulación:

...

“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento ...”.

Mediante auto del 21 de mayo de 2015, esta Corporación avocó el conocimiento del recurso⁴², de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Folios 3 a 8, Cd. Principal 4.

³⁹ Folios 12 a 16, Cd. Principal 4.

⁴⁰ Folios 24 a 179, Cd. Principal 4.

⁴¹ Causal que corresponde a las contempladas en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del derogado Decreto-ley 1818 de 1998.

⁴² Folio 705, Cd. 1 Consejo de Estado.

Los fundamentos que informan la acusación contra el laudo arbitral y la intervención de los sujetos procesales serán expuestos al momento de analizar la causal de anulación invocada.

II. CONSIDERACIONES.-

El recurso fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012⁴³, teniendo en cuenta que la notificación del auto que resolvió la solicitud de aclaración del laudo se produjo el 23 de octubre de 2014 y que el recurso de anulación fue interpuesto el 9 de diciembre del mismo año, es decir, dentro de los 30 días siguientes.

1.- Competencia de la Sala para conocer del recurso.-

El artículo 104 del CPACA dispone:

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

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

...

“7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”.

La norma en cita otorgaba a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los recursos de anulación que definieran controversias en conflictos relativos a contratos, en los que fuera parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones del Estado, de tal suerte que la competencia estaba dada por la naturaleza jurídica de quien fuera parte en el contrato que daba origen al litigio.

⁴³ “**ARTÍCULO 40. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN.** Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel (sic), dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.

No obstante, la disposición transcrita debe entenderse modificada por el inciso final del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, norma posterior al CPACA⁴⁴), el cual dice que, “...cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo (sic) arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

El anterior precepto se debe interpretar en armonía con lo previsto por el párrafo del artículo 104 del C.P.C.A., según el cual se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación, las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Obsérvese que la norma del Estatuto de Arbitraje no exige que una de las partes del contrato materia del litigio sea una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conozca del recurso extraordinario de anulación, basta con que alguna de las entidades a las que se refiere la norma o un particular en ejercicio de funciones administrativas quede vinculado por los efectos jurídicos del laudo arbitral, para que la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación recaiga en el Consejo de Estado.

Lo anterior significa que si, por ejemplo, una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas fueron vinculados al proceso arbitral en calidad de litisconsortes necesarios o de llamados en garantía, etc., y en tal condición quedan vinculados por los efectos del laudo arbitral, la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación es del Consejo de Estado, al margen de si fueron parte o no del contrato que dio origen a la controversia objeto de arbitraje; por el contrario, si dichas entidades o personas no quedan vinculados por los efectos jurídicos del laudo arbitral, no es competencia de esta jurisdicción

⁴⁴ La Ley 1563 de 2012 entró en vigencia el 12 de octubre de 2012, es decir, después de que entró a regir el CPACA.

especializada conocer del recurso extraordinario de anulación de revisión del fallo arbitral.

En este caso, una de las partes vinculada con los efectos jurídicos del laudo arbitral impugnado es la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB S.A. E.S.P, entidad de derecho público de naturaleza jurídica mixta, según lo establecido por el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, constituida como una sociedad por acciones, cuyo socio mayoritario es el Distrito Capital, de modo que la competencia para conocer del recurso de anulación es de esta Sección del Consejo de Estado.

2.- La causal invocada.-

“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (numeral 9, artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

2.1.- El cargo formulado.-

Señaló el recurrente que el Tribunal de Arbitramento no decidió las cuestiones sometidas a su consideración, por cuanto, por una parte, (i) bajo la adopción de la interpretación prejudicial 255-IP-2013, proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, declaró que no era competente para resolver las controversias surgidas entre Comcel S.A. y ETB S.A. E.S.P., con ocasión del contrato de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998 y, por otro lado, (ii) se abstuvo de resolver las pretensiones consignadas en la demanda arbitral.

Para sustentar la impugnación, el recurrente sostuvo que el artículo 334 de la Constitución Política otorga al Estado la dirección general de la economía y, por ende, lo autoriza a intervenir en ella, por mandato de la ley.

A través de la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- (antes CRT), el Estado ejerce la función de intervención en el sector de las comunicaciones, regulando la materia en temas técnicos y económicos, por medio de mandatos imperativos que, en ciertos casos, limitan la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios.

A continuación, emprendió el análisis acerca de la competencia del Tribunal de Arbitramento, para lo cual realizó un recuento de las distintas actuaciones que se surtieron, tales como: i) la convocatoria y desarrollo del primer Tribunal de Arbitramento, que culminó con laudo favorable a los intereses de Comcel S.A., (ii) el recurso extraordinario de anulación que se surtió frente a aquél, el cual finalizó desestimando la impugnación y, por consiguiente, dejando incólume la decisión arbitral, (iii) las acciones tutela que fueron interpuestas contra la providencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación, (iv) la acción de incumplimiento que adelantó la ETB S.A. E.S.P. contra el Estado colombiano, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la cual se ordenó que se constituyera un nuevo Tribunal Arbitral y que éste solicitara la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, (v) los pronunciamientos de agosto y septiembre de 2012, hechos por el Consejo de Estado, mediante los cuales se dio cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cuanto a que se declarara la nulidad de los laudos arbitrales proferidos sin la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, referidas a los temas de interconexión, (vi) la acción de tutela que promovió la ETB S.A. E.S.P. en contra del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la decisión que resolvió la impugnación contra dicha tutela y (vii) la acción de tutela que promovió Comcel S.A. contra la providencia del Consejo de Estado que acató lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la acción de incumplimiento, para concluir que el Tribunal de Arbitramento convocado sólo estaba habilitado para proferir nuevamente el laudo arbitral, previa solicitud al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de la interpretación prejudicial de las normas comunitarias y que, por lo mismo, no estaba facultado para adelantar nuevamente todo el proceso arbitral, porque lo único anulado fue el laudo y no la actuación precedente.

Por otra parte, sostuvo que la interpretación prejudicial realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre la competencia de la CRC, fue distorsionada por el Tribunal de Arbitramento, en la medida en que en el laudo recurrido se quiere hacer ver que, según dicho Tribunal, la CRC tiene competencia exclusiva y excluyente para dirimir conflictos de interconexión, lo cual no es así, porque la jurisprudencia que citó el TJCA para hacer tal afirmación se refiere a “...

la aplicación del sistema *Keeps All*, que nada tiene que ver con éste (sic) caso que nos ocupa⁴⁵.

Añadió el impugnante:

“... el TJCA en la misma interpretación repite que la competencia la tiene la CRC, pero agrega inmediatamente y a continuación: **‘por lo que el ente consultante** (este Tribunal) **es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en esta ponencia soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas**”⁴⁶.

Asimismo, sostuvo que el TJCA no puede interpretar la ley nacional y menos aún salirse del marco de sus limitaciones en la labor de interpretación, pues tal mecanismo (interpretación prejudicial) sirve para la integración y cooperación entre el ordenamiento comunitario y el nacional y no como instrumento para subordinar el derecho nacional al derecho comunitario; por tal razón, los artículos 32, 33 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señalan que dicho organismo carece de la facultad de interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico interno y de la potestad para calificar los hechos sometidos a consideración del juez nacional.

Agregó el recurrente que en el asunto sometido a la decisión de los árbitros no se aplicaban normas jurídicas de la comunidad andina, porque: (i) se refiere a hechos constitutivos de incumplimiento contractual, (ii) respecto de un contrato celebrado en Colombia, (iii) entre empresas colombianas, (iv) por servicios que se prestan en Colombia, (v) que se rigen por las normas jurídicas colombianas y (vi) por hechos ocurridos en el territorio colombiano.

A lo anterior, añadió:

“Por lo tanto el TJCA actuaría *ultra vires* si interpretara una norma nacional diciendo que ésta otorga competencias y define la existencia de facultades jurisdiccionales en cabeza de la CRC, que es un organismo de carácter administrativo”⁴⁷.

⁴⁵ Folio 40, Cd. Principal 4.

⁴⁶ *Ibídem*.

⁴⁷ Folio 45, Cd. Principal 4.

Precisó que las normas andinas no pueden ser contrarias a la Constitución Política de Colombia, pues aquéllas disposiciones no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Las normas andinas son supranacionales, pues “... *los Estados miembros han transferido algunas funciones legislativas sobre áreas específicas de integración económica ...*”⁴⁸ (artículos 150, numeral 16 y 227 de la Constitución Política de Colombia) a la comunidad andina, pero ello no significa que tales disposiciones sean supraconstitucionales o que formen parte del denominado bloque de constitucionalidad.

En suma, en opinión del recurrente: (i) la solución del conflicto correspondía al Tribunal de Arbitramento, (ii) el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 no le otorga facultades jurisdiccionales a la CRC ni prohíbe pactar el arbitramento, (iii) la CRT (hoy CRC) produjo con anterioridad una decisión inhibitoria en relación con el tema sometido al arbitraje, porque consideró que no era competente para resolver conflictos de estirpe contractual y (iv) la CRC no resuelve conflictos de carácter económico entre las partes.

Por lo anterior, solicitó el impugnante que el Consejo de Estado corrija el laudo y lo complemente, para resolver “*las cuestiones sujetas al arbitramento*”⁴⁹ que el Tribunal de Arbitramento no resolvió, en la medida en que éste simplemente decidió sobre aspectos que no se hallaban a sometidos al arbitraje⁵⁰.

2.2.- El pronunciamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) respecto del recurso de anulación.-

La ANDJE sostuvo que el recurso extraordinario fue formulado con evidente falta de técnica, “... *toda vez que se pretende dar a este medio de impugnación una segunda instancia (sic), trayendo a colación, de manera (sic) además (sic) incompleta, los aspectos objeto del debate de fondo...*”⁵¹, como si se tratara de un recurso de apelación.

⁴⁸ Folio 45, Cd. Principal 4.

⁴⁹ Folio 102, Cd. Principal 4.

⁵⁰ Folios 3 a 179, Cd. Principal 4.

⁵¹ Folio 475 vto, Cd. Principal 4.

Sin perjuicio de lo anterior, se opuso a la argumentación vertida por el recurrente, para lo cual señaló que Comcel S.A. pretende convencer a los jueces de que las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no son obligatorias y, que, por lo mismo, los árbitros podían separarse de las consideraciones emitidas por dicho organismo. Tal posición, en sentir de la Agencia, desafía el precedente comunitario supranacional y la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, las cuales se han pronunciado en distintas ocasiones sobre la fuerza vinculante de dichos pronunciamientos.

Defendió la legalidad del laudo arbitral, por cuanto los árbitros, como era su obligación, acataron la interpretación "*prejudicial*" realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto de las normas comunitarias aplicables al caso debatido, interpretación en la cual se determinó que el Tribunal de Arbitramento no era competente para resolver el conflicto de interconexión, pues, en el caso colombiano, la competencia exclusiva y excluyente recaía en la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-⁵².

2.3.- La intervención de la parte no recurrente.-

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. se opuso a la prosperidad del recurso de anulación, por cuanto, en su opinión, se halla confeccionado de manera antitécnica, en la medida en que el impugnante pretende cuestionar aspectos de orden sustancial que no se pueden plantear en sede del recurso extraordinario de anulación.

No obstante, sostuvo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declaró en la interpretación "*prejudicial*", con carácter forzoso, que: (i) el Tribunal de Arbitramento carece de competencia para dirimir conflictos de telecomunicaciones, pues la autoridad competente es la CRC, (ii) la Resolución CRT 463 de 2001 fue derogada expresamente por la Resolución CRT 469 de 2002, (iii) la remuneración de la interconexión debe ajustarse a la noción de costos eficientes, lo que significa que los cargos de acceso no pueden ser excesivos y, por consiguiente, el operador de TMC debe recibir solo una utilidad razonable y no desbordada como lo quiere Comcel S.A.

⁵² Folios 474 a 485, Cd. Principal 4.

Añadió que por vía del recurso extraordinario de anulación no se pueden afectar las determinaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la obligatoriedad de la interpretación “*prejudicial*”, que es, precisamente, lo que implicaría la anulación del laudo arbitral⁵³.

2.4.- El Ministerio Público guardó silencio.-

3.- Advertencia previa.-

Antes de resolver el recurso, resulta preciso anotar que Comcel S.A. advirtió que la norma aplicable al presente asunto era la vigente antes de que entrara a regir la Ley 1563 de 2012, pues el laudo que ahora es objeto de impugnación se produjo, en su opinión, como resultado de la continuación del proceso arbitral que inició el 7 de diciembre de 2004, cuyo laudo arbitral, proferido el 15 de diciembre de 2006, fue declarado nulo, por orden del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y no como resultado de un nuevo proceso arbitral.

Para corroborar su afirmación, señaló que “... *la sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en un proceso ‘ESPECIAL’ dispuso el 9 de agosto de 2012: (i) dejar sin efectos la decisión del 21 de mayo de 2008, (ii) declarar la nulidad del Laudo (sic) Arbitral (sic) de (sic) 15 de diciembre de 2006 y su auto aclaratorio de (sic) 15 de enero de 2007...*”⁵⁴, lo que significa que “... *la nulidad fue solo del laudo y no de toda la actuación anterior, que fue legalmente practicada y tiene plena validez como lo reconoció el presente panel arbitral ...*”⁵⁵.

La Sala considera pertinente anotar que, inicialmente, fue promovido un proceso arbitral por Comunicación Celular Comcel S.A (antes Ocel S.A) contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB-, el cual culminó con el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, aclarado mediante auto del 15 de enero de 2007.

El citado laudo arbitral y el auto aclaratorio fueron impugnados ante esta Corporación, a través del recurso extraordinario de anulación, el cual se declaró

⁵³ Folios 486 a 509, Cd. Principal 4.

⁵⁴ Folio 29, Cd. Principal 4.

⁵⁵ Folio 30, Cd. Principal 4.

infundado mediante sentencia del 21 de mayo de 2008 (radicación 11001-03-26-000-2007-00008-00, expediente 33.643), proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

No obstante, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. promovió acción de incumplimiento contra la República de Colombia, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, mediante sentencia del 26 de agosto de 2001, este último dispuso:

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

Así, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 9 de agosto de 2012, decidió:

“...**DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 21 de mayo de 2008, dentro del proceso con Radicación:11001-03-26-000-2007-0000800; Expediente: 33.643, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación impetrado contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, y su aclaratorio de 15 de enero de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de octubre de 1998.

“... **DECLARAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL** fechado en diciembre 15 de 2006 y su auto aclaratorio del 15 de enero de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de octubre de 1998.

“... Como consecuencia de la anterior declaración, **ORDENAR** a **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** devolver a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** debidamente indexadas, en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir

de la fecha en que esta providencia cobre ejecutoria, las sumas de dinero que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** hubiere pagado a **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, en cumplimiento de lo ordenado en el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de octubre de 1998.

“Las indexaciones a que hubiere lugar se harán aplicando la fórmula $R_a = R_h (if/ii)$, donde (R_a) es cada de las sumas a pagar, (R_h) es cada una de las sumas históricas que deberán actualizarse, (if) es el índice de precios al consumidor del mes anterior a esta providencia e (ii) es el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** efectuó el pago de las sumas mencionadas a **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**”.

Posteriormente, Comunicación Celular Comcel S.A. (antes Ocel S.A.) solicitó al Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la designación de tres (3) árbitros para que resolvieran el proceso arbitral promovido contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., “... *previo el cumplimiento de los trámites indicados tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por la Sección Tercera del Consejo de Estado*”⁵⁶.

El trámite culminó con el laudo arbitral objeto del recurso extraordinario de anulación que se decide a través de esta sentencia.

Para esta Sala, a pesar de lo dicho en sentido contrario por el recurrente, el proceso arbitral y el trámite del recurso extraordinario de anulación se rigen por la Ley 1563 de 2012, pues es indudable que al laudo recurrido se llegó previo todo un trámite arbitral que comenzó con la presentación de una demanda promovida con posterioridad al 12 de octubre de ese año, fecha de entrada en vigencia de dicha normatividad, según lo dispuesto en su artículo 119.

En efecto, luego de que fueran anulados el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y el auto aclaratorio del 15 de enero de 2007, Comcel S.A. presentó una nueva solicitud de convocatoria ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 2 de diciembre de 2012, es decir, cuando ya estaba vigente la Ley 1563 de 2012 y, a pesar de que el demandante sostuvo que

⁵⁶ Folio 7, Cd. Principal 1.

su intención era reintegrar el Tribunal de Arbitramento, para que se agotara el trámite de la interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y se procediera a emitir un nuevo laudo arbitral que dirimiera la controversia, lo cierto es que tal posibilidad no era viable en vigencia del Decreto-ley 1818 de 1998.

En efecto, el arbitramento⁵⁷ está cimentado sobre los principios de temporalidad y voluntariedad⁵⁸.

Particularmente, el principio de temporalidad o transitoriedad está entronizado como precepto en el artículo 116 de la Constitución Política (inciso cuarto), el cual dispone que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

No podría pensarse que la función arbitral pudiera ejercerse de manera permanente, pues en tal caso se trataría de un poder jurisdiccional paralelo al que ejerce el Estado, a través de los jueces y magistrados, con grave perjuicio para la estructura de aquél y para el orden público (Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2000), así como para la seguridad en el tráfico de las relaciones jurídicas.

⁵⁷ El arbitraje ha sido definido como un mecanismo de heterocomposición para la solución de conflictos, a través del cual un tercero, particular, unipersonal o colegiado, es revestido transitoriamente de la función pública de administrar justicia, previo acuerdo de voluntades de las personas que discuten un derecho, siendo habilitado por éstas para tal efecto; por lo mismo, las partes en disputa aceptan de manera previa y voluntaria someterse a la decisión que allí se adopte, la cual se denomina laudo arbitral y reviste la misma fuerza vinculante y los efectos de una sentencia judicial (Corte Constitucional, sentencias: C-426 de 1994, C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-330 de 2000 y C-060 de 2001, entre otras).

⁵⁸ El principio de voluntariedad implica que nadie puede ser constreñido a someterse a la justicia arbitral. La decisión de someterse al arbitramento debe estar libre de apremio.

En efecto, el pilar fundamental del arbitramento es la voluntad de las partes (Corte Constitucional, SU-174 de 2007), quienes, a través del acto jurídico - técnico, denominado genéricamente pacto arbitral –cláusula compromisoria o compromiso-, deciden de manera libre y consciente sustraer la controversia del conocimiento de la jurisdicción estatal y habilitan transitoriamente, por autorización de la Constitución Política, a los particulares para dirimir las controversias que se hallan delimitadas por el mismo acto jurídico, en derecho o en equidad; además, fijan el marco dentro del cual debe actuar el Tribunal Arbitral – límite material- y el plazo del proceso –límite temporal-; pero, una vez otorgado el consentimiento, las partes aceptan cumplir la decisión que se adopte, al margen, desde luego, de que la compartan o no.

La voluntariedad implica que los árbitros deben someterse al querer de las partes que les han otorgado la facultad de dirimir sus controversias. No podrían los árbitros tomar decisiones para las cuales no están habilitados como disponer del término del arbitramento, bien sea fijando el plazo máximo para el trámite arbitral o extenderlo más allá del previsto convencional o legalmente, suspender el proceso sin el consentimiento de las partes o sin que medie causa legal que así lo determine, o prorrogarlo sin que exista autorización de las partes o del ordenamiento jurídico que rige el procedimiento arbitral en cada caso específico.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la transitoriedad implica que los árbitros están investidos de la función de administrar justicia: (i) hasta que se produzca la ejecutoria del laudo o, en su caso, de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición, sin perjuicio de que las partes interpongan recurso de anulación, caso en el cual la función se extiende durante el trámite de sustentación y posición del recurso extraordinario, (ii) hasta que se venza el término convencional o legal previsto para adelantar el proceso arbitral, sin perjuicio de la adición, de las suspensiones y de las prórrogas que se produzcan, (iii) hasta que las partes acuerden voluntariamente terminar el proceso o (iv) hasta el momento en que deban cesar su función, bien porque no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios previstos en la ley o bien porque el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto arbitral no sea notificado o no adhiera oportunamente al pacto arbitral.

Todo lo anterior permite deducir que la temporalidad es el factor que determina el espacio de tiempo por el cual los árbitros cumplen la función encomendada, de tal suerte que, ante el acaecimiento de alguno de los supuestos que consagra el orden jurídico para que los árbitros cesen su función, el arbitramento termina y no existe posibilidad de que el proceso continúe o reviva por circunstancia alguna (artículo 35, Ley 1563 de 2012).

Así, pues, el Tribunal Arbitral que fue constituido por la convocatoria hecha el 7 de diciembre de 2004 cesó en su función el 15 de enero de 2007 (en vigencia del Decreto-ley 1818 de 1998), fecha en la cual fue notificado el auto aclaratorio del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y, por consiguiente, no puede afirmarse que el Tribunal de Arbitramento instalado posteriormente, con fundamento en la solicitud presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 2 de diciembre de 2012, fuera la continuación del Tribunal de Arbitramento anterior o que se tratara de la continuación del proceso arbitral que había concluido previamente. Afirmar que se trataba del mismo proceso equivaldría a señalar que el Tribunal de Arbitramento continuó ejerciendo sus funciones (de forma permanente) o que el proceso arbitral continuó después de la anulación del laudo que, precisamente, le puso fin, aquello en abierto desconocimiento de las normas procesales de orden público que contemplan que la duración del proceso arbitral no puede exceder el término fijado en la ley, sin

perjuicio de las suspensiones y de las prórrogas autorizadas por el ordenamiento jurídico.

Significa lo anterior que el planteamiento que al respecto hace el apoderado de Comcel S.A. no es de recibo para la Sala, pues admitir que el Tribunal de Arbitramento constituido en virtud de la solicitud formulada el 12 de diciembre de 2012 sólo debía producir un nuevo laudo arbitral implicaría afirmar que la anulación declarada mediante el auto del 9 de agosto de 2012 tuvo como efecto retrotraer la actuación hasta antes de proferir la decisión arbitral, ante lo cual debe agregarse que si ello fuera así, el Tribunal de Arbitramento que produjo el laudo del 15 de diciembre de 2006 ya no tendría competencia temporal para producir un nuevo laudo dentro del mismo proceso, pues el término que dicho Tribunal decidiera estaría vencido de sobra.

Por lo anterior, la Sala considera que el nuevo Tribunal de Arbitramento convocado por Comcel el 12 de diciembre de 2012 debía surtir toda la actuación procesal, dentro del término convencional o legal, como en efecto lo hizo, hasta proferir el laudo que ahora es objeto de impugnación.

4.- Análisis de la causal de anulación.-

La causal prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*, recogió, en una sola, las causales de anulación contempladas en los numerales 8 y 9 del derogado artículo 163 del Decreto-ley 1818 de 1998.

La citada causal de anulación tiene fundamento en el principio de congruencia, contemplado en los artículos 280 y 281 del C.G. del P. (antes artículos 304 y 305 del C. de P. C.), normas según las cuales la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones que hubieren sido alegadas, al paso que la parte resolutive de la sentencia debe *“contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios ... y demás asuntos que corresponda decidir”* (artículo 280 del C.G. del P), de conformidad con la ley.

La incongruencia, vista de manera general, abarca tres supuestos perfectamente definidos: (i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (ultra petita), (ii) cuando el fallo concede algo distinto de lo pedido (extra petita) y (iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita).

Las normas en cita imponen al juez la concordancia del fallo con las pretensiones y los hechos aducidos en la demanda y con las excepciones propuestas en la contestación de la misma; pero, el principio de congruencia se torna aún más estricto en tratándose de laudos arbitrales, por cuanto las facultades de los árbitros devienen de la voluntad de las partes (principio de voluntariedad) materializada en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) y, por consiguiente, dichas facultades quedan totalmente restringidas a lo convenido por ellas (principio de habilitación).

Así, pues, la causal prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se configura cuando el laudo arbitral decide ultra, extra o citra petita⁵⁹, es decir, cuando el laudo: (i) recae sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento (ii) decide asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), desconociendo así que el ámbito de su competencia está delimitado y restringido estrictamente a las precisas materias definidas por las partes, (iii) excede la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación y la demanda de reconvencción y su oposición, es decir, cuando el mismo contiene pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas por las partes, de manera que el fallo no guarda consonancia con los extremos de la litis, y (iv) *“en aquellos eventos en que ... deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos”*⁶⁰.

En sentir del recurrente, el Tribunal de Arbitramento, por una parte, no resolvió sobre cuestiones sometidas a su consideración y, por otra parte, decidió sobre

⁵⁹ En el mismo sentido se citan las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 21 de mayo de 2008, exp. 33643, del 27 de marzo de 2008, exp. 33645, del 4 de abril de 2002, exp. 20356, del 23 de agosto de 2001, exp. 19090.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencias del 20 de mayo de 2004 (exp. 25.759), del 4 de abril de 2002 (exp. 20.356) y del 2 de marzo de 2006 (exp. 29.703).

aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, supuestos destacados en los puntos (ii) y (iv), antes enunciados.

Para resolver de manera integral la acusación formulada por Comcel S.A., resulta pertinente señalar, *ab initio*, que la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁶¹ ha precisado que el recurso de anulación: (i) es de carácter excepcional, restrictivo, extraordinario y, por consiguiente, no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, (ii) en principio, se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores in procedendo**, (iii) permite atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo (*errores in iudicando*), puesto que el juez de anulación no es superior funcional del Tribunal de Arbitramento, (iv) excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, (v) está gobernado por el "*principio dispositivo*", de modo que es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, de modo que al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario, (vi) procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme, excepción que es, "*a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*"⁶², (vii) dado el carácter restrictivo que caracteriza este recurso, impone al juez de la anulación el deber de rechazar de plano el recurso cuando su interposición sea extemporánea, no se haya sustentado oportunamente o las causales invocadas no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (artículo 42, Ley 1563 de 2012).

⁶¹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 15 de mayo de 1992 (exp. 5.326), del 12 de noviembre de 1993 (exp. 7.809), del 24 de octubre de 1996 (exp. 11.632), del 16 de junio de 1994 (exp. 6.751), del 18 de mayo de 2000 (exp. 17.797), del 23 de agosto de 2001 (exp. 19.090), del 28 de abril de 2005 (exp. 25.811), del 4 de julio de 2002 (exp. 21.217), del 20 de junio de 2002 (exp. 19.488), del 4 de julio de 2002 (exp. 22.012), del 1º de agosto de 2002 (exp. 21.041), del 25 de noviembre de 2004 (exp. 25.560), del 8 de junio de 2006 (exp. 32.398), del 4 de diciembre de 2006 (exp. 32.871).

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5.326.

Resulta importante destacar las anteriores características, porque, en principio, podría decirse que, tal como lo precisaron la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la ETB S.A. ESP. al pronunciarse sobre la impugnación que ahora se decide, el escrito de sustentación pretende refutar la argumentación expuesta por el Tribunal de Arbitramento en relación con la competencia funcional del Tribunal de Arbitramento para resolver el asunto, para, en su lugar, hacer ver que la decisión de adoptar la interpretación prejudicial 255-IP-2013 y la declaración de falta de competencia para resolver de mérito la controversia surgida entre las partes, con ocasión del contrato de interconexión suscrito entre ellas, fue equivocada, enfoque que, podría decirse, no responde, *stricto sensu*, a la finalidad de este medio de impugnación, porque, como se dijo, el recurso extraordinario no constituye una instancia adicional al proceso arbitral en la cual se permita desestimar, rectificar o acoger los juicios de orden jurídico expuestos por el Tribunal de Arbitramento, para arribar a unas conclusiones en relación con el fondo del litigio.

Pero, resulta que, en este caso, la censura del recurrente no radica en torno a los razonamientos de orden jurídico emitidos por el Tribunal de Arbitramento, para decidir la controversia (*errores in iudicando*), sencillamente porque dichos razonamientos de orden sustancial no existieron, en la medida en que el Tribunal se abstuvo de resolver de mérito el asunto, por la falta de competencia funcional o, más exactamente, por la falta de jurisdicción que declaró.

Es incuestionable que a través del recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, es decir, por errores *in iudicando*, es decir, aquellos en los que incurre el juez al efectuar los razonamientos jurídicos sobre el derecho debatido (vicios de juicio), por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea de la norma sustancial.

Ello es así, porque el recurso extraordinario de anulación no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, en la cual se puedan corregir los yerros de tal raigambre o se puedan desestimar o rectificar los razonamientos del juez arbitral en relación con el fondo del asunto, como sí sucede en los recursos ordinarios. Eso significa que el juez de la anulación no es superior funcional del juez arbitral.

Por el contrario, cuando el Tribunal de Arbitramento ha incurrido en errores *in procedendo*, es decir, aquellos que se configuran por la “... *inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución **in omittendo**), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución **in faciendo**), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe*” (vicio de actividad)⁶³, se abre paso el recurso extraordinario de anulación.

La censura, en este caso, está dirigida a cuestionar un vicio en el procedimiento que, sin duda, tuvo incidencia en lo sustancial, pues el recurrente considera que, al abstenerse el Tribunal de Arbitramento de resolver de fondo el asunto, se presenta un quebranto de las normas procesales que imponen al juez la obligación de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito (artículos 280 y 281 del C.G. del P.), situaciones que, en el contexto de las causales de anulación previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, se encauzan por la contemplada en el numeral 9, pues el fallo inhibitorio implica que el Tribunal de Arbitramento deje de decidir “... *sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

Así, pues, desde el punto vista técnico, la única forma de cuestionar el vicio en el que, eventualmente, pudo incurrir el laudo al declarar la falta de competencia es a través de la censura de las razones aducidas para inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo y de la exposición de las razones que permiten deducir que sí lo era, bajo la aducción de la causal 9 del artículo 41 de la citada Ley 1563, tal como lo hizo Comcel S.A. en este caso; por el contrario, cuando el vicio es la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir el asunto sometido a su consideración, la causal que se debe invocar es la prevista en el numeral 2 *ibídem*.

Comcel S.A. plantea que la interpretación “*prejudicial*” sobre la competencia de la CRC no es aplicable.

En opinión de la Sala, el recurrente, al desarrollar el cargo, desconoce el principio de no contradicción, pues, por una parte, señala que la interpretación “*prejudicial*” no es aplicable al asunto debatido, por otra parte, señala que el Tribunal de

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-998 de 2004.

Arbitramento debió valorar los argumentos expuestos en la citada interpretación, para decidir el asunto con fundamento en las normas que allí se analizaron y, luego, cuestiona el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina haya interpretado algunas normas del ordenamiento interno colombiano; no obstante, la Sala analizará cada uno de tales aspectos.

a.- Tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sección Tercera⁶⁴, los principios del derecho internacional obligan a los Estados a respetar los tratados que los vinculan y, especialmente, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales con el propósito de evitar que se comprometa su responsabilidad internacional.

La Corte Constitucional ha señalado que el artículo 93 de la Constitución establece la prevalencia de los tratados internacionales, específicamente de los que consagran la protección de los derechos humanos; sin embargo, la misma Corporación considera que el derecho comunitario no tiene prevalencia sobre la Carta Política, sino primacía o prioridad dentro de su función integradora.

En cuanto a la sujeción al derecho comunitario, en la sentencia C-256 de 1998 la Corte Constitucional destacó cómo el artículo 93 de la Carta Política consagra expresamente la prevalencia de los tratados internacionales por sobre el ordenamiento interno; al respecto, dicha Corte se pronunció en los siguientes términos:

“Es indispensable advertir que (sic) en materia de prevalencia de tratados internacionales en el orden interno, el artículo 93 de la Constitución establece la de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; (sic) sin que sea dable sostener que esa prevalencia tiene el alcance de la supraconstitucionalidad, porque, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, la Constitución es ‘norma de normas’, y al armonizar ese mandato con lo preceptuado por el artículo 93 superior resulta que ‘el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley”.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sala Plena), autos del 9 de agosto de 2012, exps. 43.281, 43.195, 43.045.

Pero, debe advertirse que ese no es el caso del derecho comunitario andino, el cual no tiene prevalencia sobre la Constitución Política, lo cual implica que las normas y decisiones de dicho ordenamiento deben sujetarse a las garantías y reglas mínimas, tal como lo explicó la Corte Constitucional en su referida sentencia C-256 de 1998:

“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”⁶⁵.

Lo anterior indica que no puede el órgano interno, so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina, desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los tratados internacionales de respeto a los derechos humanos de todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “*cesión voluntaria*” que los Estados miembros han acordado, por lo que, si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta “*para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone*”⁶⁶. Todo lo anterior significa que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración, como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros.

⁶⁵ “De donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, al tenor de lo previsto en el artículo 93 de la Carta, carece de fundamento. Sin embargo, de manera excepcional ha admitido la Corte que algunas normas comunitarias puedan integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de normas de esta naturaleza que de manera explícita y directa reconozcan y desarrollen derechos humanos” (Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2006).

⁶⁶ SOBRINO HEREDIA, José Manuel: “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en Impulso, No. 31, ps.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>.

Hechas las anteriores precisiones, resulta importante anotar que, en el marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) y con fundamento en las modificaciones introducidas por el Protocolo Modificador del mencionado acuerdo, aprobado en Trujillo (Perú), el 10 de marzo de 1996, se creó la “Comunidad Andina”, integrada por los Estados soberanos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

Uno de los órganos que conforman el Sistema Andino de Integración es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (órgano de carácter jurisdiccional), el cual se rige por el Tratado de Creación (aprobado por Colombia mediante Ley 457 de 1998 y declarado exequible mediante sentencia C-227 de 1999), por los Protocolos modificatorios y por el Acuerdo de Integración Subregional (artículo 6, Protocolo Modificador de Trujillo).

El ordenamiento jurídico de la comunidad andina comprende: (i) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, (ii) el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios, (iii) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, (iv) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y (v) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina (artículo 1, Tratado de Creación del TJCA).

Una de las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es interpretar por vía “*prejudicial*” las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros (artículo 32, Tratado de Creación del TJCA).

El mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado, en múltiples ocasiones, en relación con la interpretación “*prejudicial*” prevista en los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA⁶⁷ y en los artículos 122⁶⁸ y 123⁶⁹ de

⁶⁷ “**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, (sic) podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible

la Decisión 500 del 22 de julio de 2001 (Estatuto del TJCA), en el sentido de que se trata de un mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario “... en el que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno”⁷⁰; además, ha diferenciado entre la interpretación prejudicial facultativa y obligatoria, precisando que la primera es procedente cuando la decisión del juez nacional, en el orden interno, no es de única o de última instancia ordinaria, y la segunda lo es, cuando contra la sentencia pronunciada por el juez nacional no es “... susceptible de recurso alguno”.

La interpretación prejudicial de las normas comunitarias es vinculante para el juez nacional, tanto en los casos en que es obligatoria como en aquellos en que es facultativa⁷¹.

Ahora bien, también ha precisado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, cuando la interpretación prejudicial es obligatoria, el juez nacional no puede proferir sentencia sin que dicho Tribunal se haya pronunciado a través de ese mecanismo, pues si se omite solicitar la interpretación prejudicial (en los casos en que es obligatoria) o se profiere decisión sin que se haya emitido, se estructura una violación al debido proceso. Ha dicho el TJCA que tal requisito “... debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma de carácter imperativo y (sic) cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso”⁷².

de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”.

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

68 “Artículo 122.- Consulta facultativa

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

69 “Artículo 123.- Consulta obligatoria

“De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

⁷⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 24 de febrero de 1994.

⁷¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial 255-IP-2013.

⁷² Ibídem.

Con base en las anteriores premisas, la Sala considera que, contrario a lo que adujo Comcel S.A. en el recurso extraordinario de anulación, la interpretación prejudicial que realizó el TJCA en el proceso arbitral que culminó con el laudo recurrido era procedente, obligatoria y vinculante (imperativa).

De hecho, la razón por la cual fueron anulados el laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006 y el auto aclaratorio del 15 de enero de 2007, a través del auto del 9 de abril de 2012 proferido por la Sección Tercera de esta Corporación, fue la **inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la interpretación prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso**, de modo que el Tribunal de Arbitramento no podía obviar la solicitud de interpretación prejudicial de las normas de ordenamiento comunitario pertinentes, para definir la contienda.

Previamente a la anulación del citado laudo y de su auto aclaratorio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante providencias del 26 de agosto de 2011 y del 15 de noviembre del mismo año, producidas en el proceso 03-AI-2010, determinó que el conflicto suscitado entre Comcel S.A. y la ETB S.A. E.S.P. involucraba normas que hacen parte del ordenamiento jurídico comunitario andino (normas comunes sobre interconexión), “... como la Decisión 462 (Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina)”; por tal razón, resulta desatinado el planteamiento del recurrente referido a que “... En éste (sic) proceso NO hay que aplicar ninguna norma andina”⁷³. Una afirmación de este talante no es cosa distinta que desconocer de manera palmaria los pronunciamientos hechos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en torno a la materia.

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

⁷³ Folio 44, Cd. Principal 4.

En la interpretación prejudicial (obligatoria y vinculante) emitida en el marco del proceso arbitral, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que la Decisión 439 y la 462 se refieren a la liberalización del comercio de servicios. La primera de ellas está referida, de manera general, a los modos de prestación de servicios y la segunda regula de manera específica las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones, en aras de consolidar un mercado común andino de telecomunicaciones, con el ánimo de (i) eliminar restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al cronograma previsto en la norma, (ii) propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del mercado común andino de telecomunicaciones, (iii) proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros de la CAN y (iv) propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los países miembros, de modo que, como lo que se persigue es la liberalización del sector de las telecomunicaciones dentro del marco del mercado común andino, las anotadas condiciones deben ser aplicadas en relación con todas las medidas que afecten al servicio de telecomunicaciones, *“... independientemente de si los operadores son de un mismo país o no, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por lo tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado ...”*⁷⁴.

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

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

Comcel S.A., en el recurso de anulación, transcribe sólo algunos de los apartes de este acápite de la interpretación prejudicial y, por tal razón, llega a una conclusión distinta a la que se plasma en el laudo recurrido; pero, para la Sala no existe duda de que el Tribunal de Arbitramento simplemente acogió el planteamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como era su obligación, en el

⁷⁴ Folio 362, Cd. Principal 2.

sentido de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la autoridad nacional de comunicaciones del país, que en el caso de Colombia es la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-.

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

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

“La decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, (sic) enuncia que (sic) en el evento de que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, **deberá recurrir a la Autoridad (sic) Nacional (sic) Competente (sic) para que resuelva de acuerdo a (sic) la norma nacional.**

“Existe (sic) por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para (sic) resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna.

“Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; (sic) la voluntad del legislador comunitario es clara (sic) la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada ‘Comisión de regulación de Comunicaciones (CRC) (sic).

“Profundizando el estudio del mencionado artículo 32, se prevé que (sic) en caso de controversia durante la ejecución de la interconexión, se seguirán los siguientes pasos:

- “Arreglo directo entre las partes. La norma propone en primer término un acercamiento de los involucrados para solucionar el conflicto.
- “Si no se llegare a una solución negociada, a petición de parte se someterá la controversia a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones pertinente, para que tome una decisión en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.

“En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la ‘CRC’. Pese a que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el artículo 17 literal f) de la misma

Resolución, (sic) prevé que (sic) en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

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

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

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

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

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

“Al existir disposición andina que de manera concreta delimita (sic) la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es (sic) la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más (sic) no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”⁷⁵.

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

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

...

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

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

Dijo la Corte a este respecto:

“Precisamente, con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 73.8⁷⁶, 73.9⁷⁷ y 74 de la Ley 142 de 1994, el último de los cuales

⁷⁵ Folios 352 a 354, Cd. Principal 2.

⁷⁶ “Cuyo tenor es el siguiente:

“ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no

atribuía de manera específica a la extinta Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de *'resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio'*, esta Corporación concluyó que se trataba de una función de regulación en la prestación de un servicio público a su vez que correspondía a una función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 constitucional.

(...)

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

(...)

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

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

“Ahora bien, aunque no fue demandado es preciso hacer alusión al primer enunciado del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 (sic) para una adecuada comprensión de tal facultad de resolución de conflictos. Este precepto le atribuye a la CRC la función de *'resolver las*

impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

(...)

“73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

⁷⁷ “El cual señala:

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

(...)

“73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio”.

controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, se tiene entonces que la facultad de resolución de controversias a la cual hace alusión el precepto demandado es ejercida dentro del marco de las competencias que el citado cuerpo normativo encomienda al órgano regulador, las cuales persiguen fines constitucionalmente legítimos a los que ya se ha hecho alusión.

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

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

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

Para la Sala, el argumento de Comcel S.A. no es de recibo, pues la competencia de la autoridad nacional de comunicaciones para resolver los conflictos entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones está dada por la materia “*conflictos de interconexión*” y no por alguna de las distintas modalidades de interconexión o el tipo de acuerdo entre los proveedores (*sender keeps all, peering, tránsito*⁷⁸, *calling party pays, receiving party pays, calling party network pays, etc.*) que es a lo que se refiere el recurrente; al respecto, vale la pena

⁷⁸ Consulta hecha en el portal <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2007/bruno.pdf>

recordar el aforismo según el cual, donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete entrar a distinguir y menos establecer restricciones.

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

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

e.- En conclusión, el Tribunal de Arbitramento, tal como era su obligación en los términos del artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁷⁹, acogió en su integridad la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con las normas que consideró aplicables al asunto sometido a su consideración y no puede pretender Comcel S.A. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA).

No es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional y no puede pretender el recurrente que las autoridades nacionales, especialmente el Consejo de Estado, como máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, desconozcan tales decisiones.

Una actuación en tal sentido vulneraría los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, como el de pacta sunt servanda, el de la

⁷⁹ “**ARTÍCULO 35.**El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

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

Por lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar; pero, para evitar que el conflicto suscitado entre las partes quede sin resolver, se ordenará remitir la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, con sujeción a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, resuelva de fondo las solicitudes formuladas por Comcel S.A.

5.- Condena en costas.-

Como el recurso extraordinario no prosperó se condenará en costas al recurrente (artículo 43, Ley 1563 de 2012).

En la liquidación en costas se incluirá, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, teniendo en cuenta las reglas previstas por el artículo 366 del C.G del P. y las tarifas establecidas por el numeral 1.12.2.3 del Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

F A L L A:

Primero.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por Comunicación Celular Comcel S.A., contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, celebrado entre Ocel S.A. (ahora Comcel S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P -ETB-.

Segundo.- CONDÉNASE en costas a Comunicación Celular Comcel S.A.

Liquidense por Secretaría de la Sección e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

Tercero.- Por Secretaría de la Sección, **REMÍTASE** la totalidad el expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre los operadores Comunicación Celular Comcel S.A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P -ETB-, con ocasión de los cargos de acceso relacionados con el contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998.

Cuarto.- Comuníquese esta decisión al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

Quinto.- Envíese copia de esta sentencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (inciso final del artículo 128 de la Decisión 500 de 2001).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO

BARRERA