



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992)

ACTOR: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB

ASUNTO: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – SENTENCIA

Descriptor: Se anula laudo arbitral por falta de competencia de acuerdo a la normativa de la Comunidad Andina de Naciones al no haber adoptado la interpretación prejudicial 14-IP-2014 obtenida dentro del proceso arbitral y que determinaba que la competencia en controversias de interconexión entre operadores es de conocimiento de la autoridad de telecomunicaciones, en el caso colombiano la Comisión de Regulación de Comunicaciones. **Restrictor:** Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales; El Derecho Comunitario Andino. Propósitos, características y elementos integrantes. Obligatoriedad de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para las autoridades de los Estados Miembros de la misma; La anulación del laudo por falta de competencia; La anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; La anulación del laudo por 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; Caso Concreto.

Procede la Sala a resolver los recursos de anulación interpuestos por la convocada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. ETB y por el Ministerio Público contra el laudo arbitral dictado el 21 de octubre de 2014 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre aquella y la convocante Comunicación Celular S.A. COMCEL con ocasión del contrato de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998.

ANTECEDENTES

1.- El día 13 de noviembre de 1998 se suscribió entre Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.¹ y Empresa de Telecomunicación de Bogotá S.A. E.S.P. ETB², un contrato de Interconexión, que tuvo por objeto establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del contrato y las condiciones técnicas, financieras, comerciales operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la Red de TPBCLD de ETB, con la Red de TMC de Comcel S.A (fls 104-138, c4)

¹ En adelante referida como “El Convocante”, “COMCEL”, “COMCEL S.A.” o “Comunicación Celular S.A”

² En adelante referida como “La Convocada” o “ETB”, “ETB S.A. ESP”



2.- A través de la cláusula vigésima cuarta del contrato las partes convinieron que cualquier controversia que involucre la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato sería resuelta, en los asuntos que no fueren de competencia del ente regulador, en primer lugar por el Comité Mixto de Interconexión; en segunda instancia -de no lograrse resolución por el Comité Mixto- a través de los representantes legales de cada una de las partes. Así mismo se pactó que las partes podrían acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos en materia de interconexión, poniendo fin al conflicto el pronunciamiento de esa autoridad; finalmente se pactó que agotadas esas etapas o por decisión de común acuerdo el conflicto se sometería a un Tribunal de Arbitramento.

El 7 de diciembre de 2004 Comunicación Celular S.A – Comcel S.A presentó demanda arbitral en contra de la Empresa de Teléfonos de Bogotá S-A – ETB S.A., solicitando se declarara que esta última está obligada a pagar a la primera por concepto de “cargos de acceso” los valores previstos en las Resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones³ (hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones⁴) CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002 y consecuentemente se le condene a pagar la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto entre enero de 2002 y la fecha de esa demanda.

En corrección de 11 de octubre de 2005 se precisó que la Convocada estaba obligada a pagar por concepto de “cargos de acceso” los valores establecidos bajo la opción 1 “Cargos de acceso máximos por minuto”, previstos en aquellas resoluciones y, consecuentemente se ordenara el pago de la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de 2002 hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a este.

3.- El Tribunal, una vez surtidos los trámites propios del procedimiento arbitral, profirió el 15 de diciembre de 2006 el correspondiente laudo en el que se declaró que no prosperaban las excepciones propuestas por ETB S.A, declaró que estaba obligada a pagar a Comcel S.A por concepto de “cargos de acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1 “Cargos de Acceso por Minuto” previstos en las Resoluciones antecitadas y la condenó al pago de treinta y dos mil veintinueve millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$32.021.416.748) y por concepto de costas un

³ En adelante como “CRT”

⁴ En adelante como “CRC”



monto de cuarenta y cinco millones quinientos cuarenta y ocho mil novecientos ochenta y dos pesos (\$45.548.982), sumas estas a favor de Comcel S.A.

4.- En providencia de 15 de enero de 2007 se aclaró el laudo dictado precisando que la condena correspondía a los cargos de acceso causados entre enero de 2002 y enero de 2006, inclusive los dos meses y que dicha suma involucra actualización hasta el 20 de noviembre de 2006.

5.- Contra dicho laudo la convocada ETB S.A., interpuso el recurso de anulación en escrito del 22 de diciembre de 2006 invocando las causales previstas en los numerales 1°, 6°, 7° y 8° del Decreto 1818 de 1998.

6.- Mediante sentencia de 27 de marzo de 2008 la Sección Tercera de esta Corporación bajo el radicado número 11001-03-26-000-2007-00010-00 (33645) declaró infundado el recurso de anulación, condenó a la recurrente en costas y negó la suspensión del laudo arbitral.

7.- Previa acción de incumplimiento promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP contra la República de Colombia, donde se solicitó se declarara que a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado la República de Colombia incumplió sus obligaciones contenida en el ordenamiento jurídico andino relacionada con la obligación de envío a interpretación prejudicial contenida en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones dictó la sentencia de 26 de agosto de 2011 dentro del Proceso 03-AI-2010 donde declaró a lugar la demanda y, consecuentemente, ordenó a Colombia proceder conforme al artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina.

8.- El 15 de noviembre de 2011 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones negó la solicitud de enmienda del fallo dictado pero sí lo aclaró en cuanto hace a las acciones que debe emprender el Consejo de Estado. En la parte considerativa de esa providencia se dijo que la obligación del Consejo de Estado consiste en dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la sentencia de 26 de agosto de 2011 del TJCA y, por otro lado, que

(...) la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la



Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.”

9.- En providencias de 16 de febrero y 19 de abril de 2012 la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado dictó determinaciones enderezadas a dar cumplimiento a los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones y, luego de ello, dictó dentro del expediente 11001-03-26-000-2012-00020-00 (43281), actuando en su condición de Juez Comunitario, sentencia el 9 de agosto de 2012 mediante la cual resolvió:

“PRIMERO: ACEPTAR el impedimento que manifestó la señora Consejera de Estado Olga Mélida Valle de De La Hoz y, en consecuencia, separarla del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: ACEPTAR el impedimento que manifestó el señor Consejero de Estado Danilo Rojas Betancourth y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del presente asunto.

TERCERO: RECONOCER personería a la doctora Hilda María Pardo, portadora de la tarjeta profesional de Abogado No. 28.613 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la compañía COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 27 de marzo de 2008, dentro del proceso con Radicación:1100103260002007-00010-00; Expediente: 33.645, 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 noviembre de 1998.

QUINTO: 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 noviembre de 1998.

SEXTO: 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 noviembre 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.

SÉPTIMO: ORDENAR que por Secretaría se remita una copia íntegra y autenticada de la presente decisión con destino al expediente del recurso extraordinario de revisión que en la actualidad cursa en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, bajo la conducción del señora Magistrada Martha Teresa Briceño, promovido contra la sentencia que dictó la Sección Tercera de la Corporación el 27 de marzo de 2008, al resolver el recurso extraordinario de anulación promovido contra el laudo arbitral fechado en diciembre 15 de 2006, mediante el cual se dirimieron 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 noviembre de 1998.

OCTAVO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas e íntegras de la presente providencia con destino tanto a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., como a la compañía COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.

NOVENO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas e íntegras de la presente providencia con destino a cada uno de los titulares o representantes legales de los Ministerios de Justicia y del Derecho, de Relaciones Exteriores, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de Comercio Industria y Turismo y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

DÉCIMO: ORDENAR que por Secretaría se remita copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.”.

10.- En auto de 6 de septiembre de 2012 la Sala Plena de Sección Tercera negó las solicitudes de aclaración, complementación y enmienda, declaró improcedente el “recurso de reconsideración” y la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la comunidad Andina, proposiciones todas ellas planteadas por Comcel S.A.

11.- El 21 de diciembre de 2012 Comunicación Celular S.A presentó ante el Centro de Arbitraje de la cámara de Comercio de Bogotá escrito en el que manifestó la existencia de un proceso arbitral iniciado entre esa Sociedad y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ESP, memoró los pormenores de esa actuación para afirmar que era preciso “reconstituir el tribunal de Arbitramento” para que ese panel arbitral procediera conforme lo indicado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Sección Tercera del consejo de Estado.



Por consiguiente pretendió que se designaran tres árbitros para que resolvieran el proceso arbitral promovido, previo cumplimiento a lo dispuesto por las antecitadas Cortes, y reiteró las pretensiones de la demanda inicialmente presentada.

12.- Instalado el Tribunal de Arbitramento, corregida, admitida y notificada la demanda, en escrito del 9 de agosto de 2013 la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP le dio contestación en donde se pronunció sobre los hechos planteados y propuso las excepciones de ‘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 periodo de tiempo de la supuesta condena al que aluden las pretensiones de Comcel es inválido y su aplicación es en todo irregular’, ‘la interpretación atribuida por Comcel a la 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’, ‘Comcel no está legitimada para solicitar el cobro de lo no debido y retrotraer su actuación tratando de incumplir lo pactado, en contravía de la teoría de los actos propios y el principio de la buena fe contractual’, ‘demanda inviable por abierta desviación de las sentencias de anulación del Consejo de Estado concernientes a los anteriores tribunales arbitrales y demanda infundada por abrupto desconocimiento del derecho positivo’, ‘Falta de jurisdicción y competencia, derivada de que la Comisión de Regulación expidió frente a esta controversia actos administrativos definitorios que no pueden ser afectados arbitrariamente’, ‘Falta de legitimación por activa para que Comcel comparezca a este proceso como demandante’, ‘ocurrencia de la caducidad’ y ‘formulación de la excepción denominada genérica’.

13.- En auto dictado el 23 de septiembre de 2013 se ordenó solicitar interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Consecuencia de ello el 13 de mayo de 2014 el Tribunal de Justicia dictó sentencia dentro del proceso 14-IP-2014 que se pronunció sobre la *“Interpretación prejudicial del artículo 80 del Acuerdo de Cartagena, artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 2 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina, artículos 2,4, 30, 32 y 34 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y artículos 3, 4, 6, 13, 17 literal f), 18, 19, 20, 23, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, artículo 121, 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*.



14.- El Tribunal, una vez surtidos los trámites propios del procedimiento arbitral, profirió el 21 de octubre de 2014 el correspondiente laudo en el que luego de desestimar las excepciones propuestas por ETB declaró que esa sociedad, por su incumplimiento del Contrato de Interconexión en cuanto al pago del precio convenido, está obligada a pagar la diferencia entre los valores pagados que se liquidaron con base en la tarifa señalada por la Resolución 253 de 2000 actualizada mes a mes con el IAT con el monto de las tarifas fijadas por las Resoluciones CRT 463 de 2001, CRT 489 de 2002 y CRT 087 de 1997. Consecuentemente la condenó a pagar la suma de treinta y un mil millones de pesos (\$31.000.000.000), veinte mil cuatrocientos setenta y dos millones novecientos setenta y dos mil trescientos ochenta pesos (\$20.472.972.380) y mil novecientos sesenta y cuatro millones seiscientos cuarenta mil pesos (\$1.974.640.000) por concepto de valores dejados de pagar por la diferencia de la liquidación de los cargos de acceso acordados entre las partes y los efectivamente pagados, intereses y costas y agencias en derecho, respectivamente; sumas todas ellas a favor de Comunicación Celular S.A Comcel S.A.

15.- En memorial de 27 de octubre de 2014 el Ministerio Público solicitó complementación, aclaración y corrección del laudo proferido. En cuanto a lo primero en el sentido de adoptar la Interpretación Prejudicial dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en lo referente a la falta de competencia del Tribunal Arbitral para dirimir la controversia; corregirlo en cuanto a determinar que la normativa aplicable en cuanto a costas es la contenciosa administrativa que dispone que si no hay temeridad de las partes no hay lugar a dicha condena y declarar la excepción de pago; complementar el laudo debido a que en materia contencioso administrativa es deber del juez pronunciarse de oficio de todas las excepciones así como de aquellas que fueron propuestas por el Ministerio Público, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y la ETB. Explicar la razón por la cual no se mostró el texto definitivo del laudo a uno de los árbitros y aclarar la razón por la cual se condenó a la ETB por incumplimiento contractual cuando eso no fue pedido en la demanda.

16.- En escrito del 28 de octubre del mismo año la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó solicitud de aclaración, corrección o complementación del laudo a los fines de que se sirva pronunciar el Tribunal sobre los puntos de derecho expuestos por esa Agencia a lo largo del proceso arbitral.

17.- En memorial del 28 de octubre ETB solicitó se declarara la nulidad del laudo por



carencia de competencia y por haber procedido contra providencia ejecutoriada del superior habida cuenta que el TJCA determinó que la controversia no era susceptible de definición arbitral, correspondiéndole ello a la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Por consiguiente, solicitó al Tribunal anulara su fallo y declarara la falta de competencia. De manera subsidiaria solicitó se aclarara el laudo en el sentido de pronunciarse sobre las excepciones propuestas, adoptar la Interpretación Prejudicial y declarar la falta de competencia, adicionar el laudo en cuanto a reconocer el efecto inter partes de la sentencia T-058 de 2009 y los autos 104, 105 y 106 de 2009 y la sentencia SU-225 de 2013 de la Corte Constitucional y declarar la excepción de pago.

18.- Las anteriores solicitudes fueron desestimadas por el Tribunal en auto de 30 de octubre de 2016.

19.- ETB y el Procurador Sexto Judicial II Administrativo, en escritos de 15 de diciembre de 2014, formularon sendos recursos de anulación contra el laudo arbitral. Por Secretaría del Tribunal se corrió traslado de ellos por el término de quince (15) días, fijándose en lista el 18 de diciembre de 2014, sin pronunciamiento de la parte convocante.

20.- Enviadas las actuaciones a la Sección Tercera del Consejo de Estado, previa aceptación del impedimento expuesto por el Consejero Dr. Guillermo Sánchez Luque en auto de 4 de agosto de 2016, en providencia de 13 de septiembre del presente año se avocó conocimiento del asunto disponiendo notificar a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

LOS RECURSOS DE ANULACIÓN

1.- La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP pide se anule el laudo arbitral proferido el 21 de octubre de 2014 con fundamento en las siguientes causales y razones:

1.1) Causal 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”*.

Memoró el recurrente que tal causal se encontraba reconocida en el numeral segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y que la misma se configura cuando el laudo toca materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, esto es, fuera de lo



acordado voluntariamente por las partes o cuando el laudo atiende aspectos no susceptibles de arbitraje, bien por la naturaleza de la causa en disputa o por que existe normativa que atribuye a otro organismo la resolución de un determinado asunto. También recordó que el Estado Colombiano hace parte de la Comunidad Andina de Naciones y que el derecho comunitario disfruta de los principios de aplicación directa e inmediata, prevalencia y preeminencia, al tiempo que las interpretaciones prejudiciales dictadas por el órgano jurisdiccional de esa Comunidad tienen como características la aplicación al litigio concreto y la obligación de adoptarla.

Concretando ese cargo consideró que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dictó dentro del proceso 14-IP-2013 la sentencia de 13 de mayo de 2014 donde resolvió la interpretación prejudicial solicitada por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver la controversia entre Comcel S.A y ETB S.A. Sobre la autoridad competente para resolver conflictos relativos a la interconexión entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en caso de desacuerdo, el Tribunal consideró, reiterando lo expuesto en el proceso 181-IP-2013, que los conflictos derivados de la ejecución de la interconexión son de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectivas, lo que para el caso concreto puesto a su consideración es la “CRC” quien tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar esos conflictos y no el Tribunal de Arbitramento. De otra parte, señaló que también el Tribunal precisó que tanto las decisiones 439 y 462 refieren a la liberalización del comercio de servicios siendo la 462 la que de manera específica regula la liberalización del servicio de telecomunicaciones desprendiéndose de ella que todas las medidas que afecten ese servicio deben ser aplicadas independientemente de si los operadores son de un mismo país o no.

En consecuencia, mediante esa interpretación prejudicial el Tribunal Andino concluyó la ausencia de competencia arbitral derivada de la normativa supranacional, pues el conocimiento de este asunto estaba encomendado de manera reservada a la Autoridad de Telecomunicaciones Nacional (Comisión de Regulación de Comunicaciones).

Sin embargo, recuerda, el Tribunal Arbitral no acogió esa interpretación para lo cual argumentó que en el caso concreto la interpretación prejudicial correspondía a una imposición del Consejo de Estado y no respondía a un análisis de si en el caso sub judice se debía o no aplicar las normas comunitarias; que la interpretación prejudicial trata sobre la interconexión y la controversia no se refiere a ello sino a la cláusula sexta



del Anexo 2 del contrato de interconexión relativo a la remuneración, es decir, un punto totalmente ajeno a la interconexión en sí mismo considerado.

En consecuencia, concluyó que en el asunto se configuraba la causal de falta de competencia del Tribunal y, por ende, el laudo dictado se encontraba incurso en esa irregularidad por desconocimiento de la interpretación prejudicial con arreglo a la cual se advertía que el pleito debía ser resuelto por la Autoridad de Telecomunicaciones Nacional de manera exclusiva y excluyente.

1.2) Causal 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*.

En este punto el recurrente recordó que la causal establecida en el inciso 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se configura en el caso toda vez que lo pedido por la parte convocante consistía en la aplicación de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002 las que en criterio del recurrente no existen por derogatoria expresa. Explicó que la Resolución 469 de 2002 derogó expresamente la No. 463 de 2001 y posteriormente el regulador pretendió de manera incorrecta compilar en la Resolución No. 489 de 2001 la ya derogada Resolución 463 de 2001, cuestiones estas que fueron declaradas por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro de la sentencia de 21 de agosto de 2008 dictada dentro del expediente No. 2003-00047 donde resolvió una demanda de nulidad promovida contra la Resolución 489 de 2002.

Sin embargo, el Tribunal de Arbitramento desconoció los efectos de la sentencia dictada por el Consejo de Estado al señalar que ese fallo aludía solo a la declaratoria de nulidad de la Resolución CRT 489 de 2002 (que compiló normas derogadas como la Resolución No. 463 de 2001), afirmando el Tribunal en su laudo que no conocía antecedentes de demandas de nulidad ni sentencias de nulidad contra la Resolución No. 463 de 2001. Además, señaló que los efectos de la nulidad dictada en la sentencia de 21 de agosto de 2008 se produjeron desde su ejecutoria sin que pueda afectar situaciones consolidadas durante su vigencia, razonamiento éste fustigado por el censor por cuanto, a su juicio, desconoció el Tribunal que el hecho que originó la inexistencia de las normas de la Resolución CRT 463 de 2001 no viene del fallo del Consejo de Estado sino de la derogatoria expresa de esa norma, luego, esas normas no tenía fuerza vinculante para el momento de dictarse el fallo.



Finalmente, el recurrente también señaló que la Resolución CRT 489 de 2002 tampoco existe por la nulidad declarada por la sentencia citada del Consejo de Estado e, inclusive, esa Resolución había sido objeto de suspensión provisional desde el comienzo del proceso, de ahí que la misma es inexistente e inoponible para el caso concreto. Trajo a cuento, en apoyo de este aserto, diversos apartes de la Sentencia T-058 de 2009 y los autos No. 104, 105 y 106 de 2009 y 020 de 2011 dictados por la Corte Constitucional.

Concluyó, entonces, que la situación descrita recorre la descripción de la causal establecida en la ley pues, de una parte, se tiene que el laudo fue en conciencia debiendo ser en derecho y esa circunstancia aparece manifiesta en el laudo.

2.- El Agente del Ministerio Público, Procurador Sexto Judicial II Administrativa, propuso recurso de anulación contra el laudo arbitral al amparo de las causales que pasan a exponerse:

2.1) Causal 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”*.

Expuso la Vista Fiscal que en asuntos de interconexión la CRC Comisión de Regulaciones de Comunicaciones tiene competencia exclusiva y excluyente para resolver los conflictos entre los distintos operadores. Consideró que el asunto de conocimiento del Tribunal de Arbitramento corresponde a uno de interconexión como ha sido determinado en varias ocasiones por la CRC y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina previniendo que las interpretaciones de este último son obligatorias con independencia si los operadores son de un mismo país. Por consiguiente, sostuvo, el panel arbitral carecía de competencia para resolver el asunto planteado por la convocante.

Recordó que en el iter arbitral se surtió la consulta prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina órgano que dictó sentencia en la cual reiteró la interpretación que previamente había dejado sentada en el proceso IP-81-2013, sobre la competencia del a CRC en estos asuntos; trajo a colación, también, la sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional donde se dejó sin efectos un laudo arbitral en asunto similar al presente por cuanto el pleito ya había sido decidido por la CRC mediante actos administrativos particulares y, finalmente, memoró que ya en la justicia



arbitral se habían dictados sendos laudos el 10 y 14 de octubre de 2014, en asuntos similares, donde se acogió la interpretación prejudicial del TJCA y se declaró la falta de competencia para conocer del asunto.

2.2) Causal 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“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”*

Con apoyo de esta causal el recurrente expuso que en este caso el laudo dictado incurrió en un vicio de extralimitación padeciendo de incongruencia al haberse pronunciado sobre un asunto que no fue el puesto a consideración del Tribunal Arbitral pues se declaró el incumplimiento de ETB por concepto de los cargos de acceso siendo que no existe tal pretensión en el libelo que originó la causal, por el contrario Comcel demandó la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar ETB por cargos de acceso.

De otra parte, argumentó que no parece congruente la declaratoria de incumplimiento pues el esquema de remuneración de cargos de acceso que se pretende en la demanda es jurídicamente inexistente habida cuenta de la derogatoria de la Resolución No. 463 de 2001, lo que se confirma con el fallo dictado por la Sección Primera del Consejo de Estado el 21 de agosto de 2008 que declaró nulos algunos apartes de la Resolución CRT 489 de 2002 por considerar que previamente habían sido derogados por la Resolución 469 de 2002. Por consiguiente, alega, el pedimento del convocante carece de base normativa y de sustento jurídico.

Anotó que aun en el periodo de corta vigencia de la Resolución No. 463 de 2001 (del 1° al 4 de enero de 2002) tampoco es posible utilizar la capacidad como criterio de remuneración de los cargos de acceso por cuanto la misma CRT, hoy CRC, no era el operador de telefonía móvil a quien le correspondía elegir de las opciones consagradas en la Resolución CRT 463 de 2001 sino que ello era un derecho de titularidad del operador de larga distancia, para el caso la ETB.

Concluyó exponiendo que a su juicio el laudo dictado está viciado de un error inexcusable al vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y el principio de legalidad. Al hilo de ello señaló que habida cuenta que habiendo desaparecido del ordenamiento la Resolución No. 463 de 2001 y la ausencia de regulación sobre la



materia hasta el año 2007 con la Resolución 1763 había de concluirse que durante ese lapso los cargos de acceso entre ETB y Comcel debían ser remunerados conforme al contrato suscrito por las partes y, en adelante debía aplicarse el régimen regulatorio de la Resolución 1763.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar el recurso de anulación interpuesto previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el recurrente, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales, (2) El Derecho Comunitario Andino. Propósitos, características y elementos integrantes. Obligatoriedad de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para las autoridades de los Estados Miembros de la misma; (3) la anulación del laudo por falta de competencia, (4) la anulación del laudo por haber fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho; (5) la anulación del laudo por su incongruencia; (6) caso concreto, (7) condena en costas.

1.- Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales.

1.1.- Ya en anteriores oportunidades⁵ se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o *in procedendo*, más no de juzgamiento o *in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley.

⁵ Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente 25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).



1.2.- Así, se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el Juez contencioso Administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión.

1.3.- Ahora bien, según lo establecía el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral eran las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modificaran, derogaran o sustituyeran.

1.4.- A su vez, el Decreto 1818 de 1998 compiló las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la cual finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales vinieron a ser las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

1.5.- Ahora, con la expedición de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 *“Por medio de la cual se Expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”* los recursos de anulación de laudo arbitral cuyo proceso se hubiere iniciado con posterioridad a su vigencia se regirán por dicho estatuto, razón por la cual las causales de anulación de laudo ahora se encuentran incorporadas en su artículo 41.

1.6.- Teniendo en cuenta que por medio del artículo 119 del Estatuto al que se alude se precisó que éste empezaría a regir 3 meses después de su promulgación, esto es, desde el 12 de octubre de 2012 y que el proceso que dio lugar al presente litigio se inició el 20 de diciembre de 2013⁶, es evidente que al presente asunto le son aplicables las normas previstas en dicho Estatuto.

1.7.- Tal como se manifestó en líneas anteriores el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral conduce a una limitación en la competencia del juez del recurso, de forma tal que en sede de anulación éste no puede suponer lo manifestado por el recurrente para tratar de establecer la causal que invoca⁷

1.8.- Así las cosas, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, pero además que se sustente clara y

⁶ Folios 199 a 224 de la Carpeta No. 1.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,



suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre compelido a realizar un esfuerzo adicional para tratar de deducir la causal que se aduce.

1.9.- De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que alega.

1.10.- Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé.

1.11.- Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

2. El Derecho Comunitario Andino. Propósitos, características y elementos integrantes. Obligatoriedad de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para las autoridades de los Estados Miembros de la misma⁸.

2.1.- Los procesos de integración entre Estados, por regla general, dan lugar a la estructuración de un sistema de relaciones entre los sujetos que intervienen en ellos que escapa a los rasgos distintivos tradicionales del Derecho Internacional, circunstancia que ha conducido a la construcción de una nueva disciplina jurídica a la cual ha dado en denominarse Derecho Comunitario o Derecho de la Integración, precisamente con el propósito de destacar que se trata de procesos de armonización o unificación que, con origen en el ámbito puramente económico, en veces apuntan a alcanzar también otros órdenes como el jurídico y el político, de suerte que tiene lugar la configuración de un nuevo campo de interrelación entre países, distinto de las antiguas y generalizadas prácticas de comercio exterior, que demanda de la confección de un ordenamiento jurídico especializado, provisto de unas reglas y de unos principios propios y diferentes de los consustanciales al Derecho Internacional clásico fundado en la reciprocidad igualitaria, en la negociación y asentimiento previo a cada paso de la

⁸ Este punto recoge, en lo pertinente, lo resuelto en el fallo de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de agosto de 2012, Exp. 43281 y en la sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp. 54315 dictada, esta última, por la Sala de Subsección C de la Sección Tercera que reiteró esta misma materia.



interacción, en los conceptos de soberanía nacional, de libre determinación de los Estados y de predominio de los intereses nacionales.

2.2.- El Derecho Comunitario Andino, como ordenamiento jurídico al que está sujeto todo Estado miembro, entre ellos Colombia, es producto del sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática⁹, que extiende sus raíces a ámbitos de regulación normativa en los que los principios de supranacionalidad¹⁰, subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa¹¹

⁹ “La ampliación de la democracia en los procesos de internacionalización económica, responde a la exigencia común de encontrar patrones similares que permitan comprometer la voluntad de los Estados, en el desenvolvimiento de reglas claras y previsibles acordes con la ideología política de la organización Estatal. En efecto, el ideario de la democracia internacional, supone la existencia de dos obligaciones. Una de contenido tácito o implícito, que se encuentra en el pacto mutuo de no agresión, y otra de contenido positivo, la cual se resume en la voluntad de los contrayentes de las obligaciones internacionales de establecer reglas de solución pacífica a los conflictos venideros. Esos compromisos resultan acordes a una ideología con marcada preponderancia de la democracia, en cuanto entienden que la prohibición de la fuerza, permite la protección de las libertades y derechos inalienables de los individuos y, a su vez, facilita las prácticas para el desarrollo del comercio exterior, a contrario sensu, de lo que sucede con las ideologías de los gobiernos autocráticos o aquellos cuya presunta legitimidad resulta del uso de la coacción. En la actualidad, existe la tendencia a consolidar dichos procesos de integración sobre la base común de la existencia formal y material de un régimen político conexo, principalmente a través del ideario universal de la democracia internacional. Pero la exigibilidad de la democracia como presupuesto esencial para avanzar hacia la intensificación de los procesos de integración económica, no puede conducir a la imposición de un modelo de régimen político que contradiga la voluntad soberana del pueblo manifestada en una Constitución y, en especial, los derechos a la libre autodeterminación e independencia política del poder soberano. Por ello, es trascendente que los tratados internacionales que se dirijan a la obtención del citado fin, delimiten con suma atención y precisión las materias atinentes a la integración económica y a las sanciones derivadas por su incumplimiento, sin incluir disposiciones que conduzcan o se orienten a exigir una transformación política del Estado soberano, no asumida directamente por el poder constituyente originario”. Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2004.

¹⁰ “Como es sabido, el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena- implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como preemption- a la norma nacional”. Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996. Puede verse: Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de septiembre de 1979.

¹¹ “La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995.

Acerca de la misma temática puede verse también la sentencia C-231 de 1997, de la Corte constitucional, en la cual se precisó: “El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”. Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997.



constituyen el fundamento tanto para los operadores jurídicos, como también el sustento para la interacción entre los órdenes jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales, sin que en caso alguno representen la renuncia a la soberanía, a la Constitución de cada país o a las mínimas garantías de todos los ciudadanos (Convención Americana de Derechos Humanos).

2.3.- Así mismo, cabe reconocer que el derecho comunitario andino, como se afirma del derecho comunitario europeo, tiene los siguientes rasgos: **a.)** se trata de un derecho internacional regional¹², o propio a una sub-región como la andina; **b.)** es un derecho cuya producción normativa deriva del seno de una organización internacional (Comunidad Andina); **c.)** la razón de ser de las normas comunitarias andinas se encuentran en los Tratados constitutivos y en los procedimientos de elaboración normativa; y, **d.)** el derecho comunitario andino es una rama, o sub-materia del derecho internacional público¹³.

2.4.- En el anotado sentido afirmó el profesor Luis Carlos SÁCHICA, primer Magistrado colombiano que en su momento integró el actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“[E]n un proceso de integración, que no es otra cosa que un programa de unificación, de tendencia a crear comunidades, uniones de países en lo económico, se desdibujan aquellos perfiles políticos de las relaciones internacionales, buscando compatibilidades y generando síntesis superadoras de los antagonismos nacionalistas. El multilateralismo, la confluencia, la convergencia, es el espíritu que dinamiza el derecho de la integración, en busca de la identidad comunitaria que inclina a los países para integrarse en su obrar conjunto”¹⁴.

2.5.- El orden jurídico requerido por esta nueva forma de gestión de las relaciones entre Estados habrá de caracterizarse, entonces, por que **(i)** los Tratados constitutivos de los acuerdos de integración dan lugar a la existencia de un sistema y a unos cuerpos normativos propios que se incorporan en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigencia de aquéllos Tratados y que resultan obligatorios para sus respectivas jurisdicciones internas; **(ii)** el orden jurídico comunitario, además de contener normas aplicables por sí mismas, dota a las instituciones comunitarias de

¹² Puede verse: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Madrid, Tecnos, 2003, p.81.

¹³ ACOSTA ESTEVEZ, José. “El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea”, en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].

¹⁴ SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 2, Ediciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p. 11.



competencias y de instrumentos jurídicos encaminados a proseguir el proceso integracionista y **(iii)** comoquiera que la organización comunitaria no constituye un Estado —aunque sí se trata de un sujeto de Derecho Internacional—, carece de fuerzas militares o de policía, de aparatos coercitivos, de suerte que sus mecanismos de aplicación eficaz no pueden ser otros que la obligatoriedad y la superioridad de su Derecho respecto de los ordenamientos nacionales, características debidamente aseguradas por la conjunción de precisos cauces o canales de control de la legalidad de sus decisiones y de garantía de cabal cumplimiento de las mismas¹⁵.

2.6.- De las mutaciones a las cuales ha dado lugar el Derecho Comunitario en aspectos como el papel que desempeña en las relaciones internacionales por el concepto de soberanía nacional, ha tomado atenta nota la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, la cual ha expresado lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico comunitario, como es sabido, se configura como un conjunto de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los estados miembros y sus ciudadanos, dotado de órganos propios con poderes soberanos en ciertas materias específicas y en donde sus miembros han cedido parcialmente la soberanía nacional en ámbitos que se han reservado a la autoridad comunitaria. Sin embargo, los países miembros conservan competencias residuales o complementarias de naturaleza legislativa que deben ejercer conforme a la política legislativa común. Es por lo anterior que se ha señalado que las partes que conforman la comunidad sólo pueden actuar, en adelante, como gestores del interés común, dejando de lado el criterio tradicional de soberanía excluyente para reemplazarlo por el de soberanía compartida en cada materia, lo que se ajusta más al concepto actual de derecho comunitario”¹⁶.

2.7.- Cabe tener en cuenta también la argumentación que la jurisprudencia constitucional ha consolidado en relación con el derecho comunitario andino y su integración al ordenamiento jurídico colombiano.

2.8.- Así, en la sentencia C-228 de 1995, la Corte Constitucional dejó planteadas dos cuestiones, a saber: **a.)** el alcance del derecho comunitario, en los siguientes términos:

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

¹⁵ SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., p. 12.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de enero de 2000, Radicación: 4630.



su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión”.

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

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

2.9.- Ahora bien, en la sentencia C-231 de 1997, la misma Corte Constitucional sostuvo que los órganos de los Estados miembros de un sistema comunitario, tal como ocurre con el andino, ven reducir o condicionar sus competencias, como se señala con los siguientes argumentos:

“El derecho comunitario derivado del Acuerdo, puede repercutir en la reducción o condicionamiento de las competencias de entes o instituciones nacionales que en el ordenamiento gozan de un margen de relativa autonomía e independencia. Si se asume la legitimidad del traslado de competencias soberanas a la comunidad, dentro de su radio de acción, ello normalmente acarrea la consecuencia que acaba de enunciarse. No obstante, en el plano interno el deber de colaboración y lealtad entre los órganos del Estado, obliga al Jefe del Estado como supremo director de las relaciones internacionales a informar a las autoridades concernidas sobre las materias que para ellas revistan interés y, en lo posible, buscar y estimular su participación en el proceso de articulación de la voluntad nacional que se transmite a la comunidad a la hora de crear y aplicar el derecho que de ella emana”.

2.10.- Es bien sabido que 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. Acerca de este aspecto, la Corte Constitucional ha argumentado que el artículo 93 de la Constitución establece la prevalencia de los Tratados Internacionales, específicamente los que consagran la



protección de los derechos humanos. Sin embargo, la misma Corporación en su jurisprudencia considera que el derecho comunitario no tiene prevalencia sobre la Carta Política, sino primacía o prioridad dentro de su función integradora.

2.11.- En cuanto a la sujeción al derecho comunitario, en la sentencia C-256 de 1998 la Corte Constitucional destacó cómo el artículo 93 de la Carta Política señala expresamente la prevalencia de los Tratados Internacionales por sobre el ordenamiento interno, en los siguientes términos:

“Es indispensable advertir que 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; 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"

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

“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”¹⁷.

2.13.- Lo que indica, sin duda, que no puede el órgano interno so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los Tratados Internacionales de respeto a los derechos humanos de todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “*cesión voluntaria*” que los Estados miembros han acordado, por lo que, si bien dichas normas no tienen

¹⁷ “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.



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”*¹⁸. Todo lo anterior significa, sin duda, que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros, esto es el ordenamiento jurídico andino, al que se da cabal cumplimiento por medio de esta decisión judicial.

2.14.- Acerca del Derecho Internacional Público, cabe decir que el mismo no se ocupa de regular directamente la manera en que las normas contenidas en los tratados han de integrarse con los ordenamientos jurídicos de los Estados y defiere tan importante materia a lo que cada sistema jurídico nacional prevea soberanamente, en función de la concepción de las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno que en cada país se prohíje, de entre las dos grandes opciones que se presentan respecto de dicho propósito: *dualismo o monismo*¹⁹.

2.15.- La concepción *dualista*, durante mucho tiempo prevalente, considera que el orden jurídico internacional y los ordenamientos nacionales constituyen sistemas

¹⁸ SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

¹⁹ “En atención a las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos sobre la recepción de las normas convencionales internacionales, cabe dividirlos en ordenamientos jurídicos dualistas y monistas. En los sistemas dualistas no cabe la posibilidad de que los órganos internos apliquen los tratados internacionales mientras que no hayan sido transformados mediante un acto normativo interno, ya que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos jurídicos internos. Esta postura tiene su razón de ser en el hecho de que el Derecho internacional y los Derechos internos son concebidos como ordenamientos jurídicos separados e independientes. Desde esta perspectiva, “una norma internacional incorporada a un ordenamiento interno lo será en virtud de algún mandato legal establecido en el ordenamiento interno, pero al incorporarse pierde su naturaleza internacional para convertirse en norma interna. En realidad la norma será internacional por su origen, pero plenamente interna en cuanto a su naturaleza y aplicabilidad” (RODRÍGUEZ CARRIÓN, A: Lecciones de Derecho internacional público, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 26). El sistema monista, al contrario que el dualista, proclama la unidad de todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que expresiones diferenciadas del fenómeno jurídico, y, por tanto, los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno una vez obligatorios en el ámbito internacional pues, como señala MANGAS MARTÍN, no puede existir “una disociación entre la validez internacional de la norma y la validez interna” (MANGAS MARTÍN, A: La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos, en “Instituciones de Derecho internacional público”, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 221). ACOSTA ESTEVEZ, José. “El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea”, en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].



independientes y separados que coexisten de forma paralela, de suerte que un tratado perfeccionado, es decir regularmente ratificado, sólo producirá efectos en el ordenamiento internacional, pues para que resulte imperativamente aplicable en el sistema jurídico de un Estado parte resultará necesario que éste recoja las disposiciones del tratado en una norma nacional —usualmente la ley— o las incorpore por medio de alguna fórmula jurídica que opere la correspondiente recepción. Así opera una auténtica *nacionalización* del tratado que lo hace aplicable por las autoridades nacionales en su calidad de norma de derecho interno y no como precepto de derecho internacional.

2.16.- La concepción *monista*, en cambio, se sustenta en la unidad del ordenamiento jurídico, circunstancia que excluye la posibilidad de que exista solución alguna de continuidad entre los órdenes jurídicos internacional y nacionales de los Estados, de forma que dentro de esta concepción la norma internacional se aplica en dichos Estados de manera inmediata, en su condición de tal, esto es sin necesidad de recepción o de transformación en el sistema de cada uno de los Estados parte en el Tratado; entonces, el instrumento internacionalmente perfecto se integra de pleno derecho en el sistema normativo que deben aplicar los operadores jurídicos nacionales y sus disposiciones resultan de imperativa observancia en su condición originaria de preceptos internacionales.

2.17.- Pues bien, contrario a lo que de ordinario acontece en el Derecho Internacional, el Derecho Comunitario se decanta por la descrita concepción monista y la impone a los Estados miembros de la Comunidad o Sistema de Integración respectivo, es lo que ocurre en el caso de la Unión Europea —referente indiscutible del modelo de Andino de integración—, como lo ha subrayado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE—, al indicar que el sistema comunitario, especialmente en la medida en que implica conferir atribuciones de naturaleza normativa a las instituciones que lo integran, sólo puede concordar con el monismo, única concepción compatible con un sistema de integración como el europeo, habida cuenta de que

“... al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de atribuciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica ... y, con más precisión, de poderes reales surgidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado de esta manera un cuerpo de derecho aplicable a sus nacionales y a ellos mismos” (TJCE, 15.7.1964, caso Costa, as. 6/64, Rec. 1141). La afirmación es particularmente clara: “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado de la Comunidad Económica Europea ha creado un ordenamiento



jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”.

De esto hay que deducir que si los Estados miembros son libres de conservar su concepción dualista respecto del derecho internacional, el dualismo, por el contrario, es rechazado de las relaciones Comunidades/Estados miembros y que el derecho comunitario, original o derivado, es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o, según una fórmula mejor del Tribunal, forma “parte integrante ... del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros” (TJCE, 9.3.1978, caso Simmenthal, as. 106/77, Rec. 609), lo que implica tres consecuencias:

- el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción;
- las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario;
- los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario²⁰ (subrayas fuera del texto original).

2.18.- La incuestionable elección del sistema de integración europeo por una concepción monista, para explicar las relaciones entre el Derecho Comunitario y los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión, constituye una conclusión que resulta trasladable, *mutatis mutandi*, al contexto de la Comunidad Andina de Naciones, especialmente si se repara en el constante recurso argumentativo, por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —TJCA—, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia europeas para sustentar la formulación de las principales características del ordenamiento jurídico comunitario andino —según pasa a verse a continuación— y, adicionalmente, si se repara en los orígenes del propio TJCA, confeccionado a imagen y semejanza de su homólogo en el viejo continente, de lo cual se ha dado cuenta al relatar que:

“[E]l Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, tanto en lo relativo a su naturaleza como en lo referente a sus competencias y organización, está inspirado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Esta fuente de inspiración no fue negada por quienes proyectaron su instrumento constitutivo. La Junta del Acuerdo, en efecto, al presentar las bases del Tratado del Tribunal sostuvo que “las características y organización” propuestas se basaban en “la experiencia acumulada en esta materia por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas”. Indicó, asimismo que, como parte de las actividades desarrolladas para dar cumplimiento al cometido que le había dado la Comisión, estudió en Bruselas y Luxemburgo “los procedimientos y forma de funcionamiento del sistema jurisdiccional establecido en dichas Comunidades para la solución de conflictos y para el control de la legalidad del derecho comunitario” —Junta del Acuerdo de Cartagena, Informe de la Junta sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena. (Doc. COM/VI-E), en “Derecho de la Integración”, No. 23, Buenos Aires, INTAL, 1973, pags. 135-150—.

²⁰ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 190-191.



Admitiendo estas influencias, no se puede negar que, al mismo tiempo, existen visibles diferencias entre las dos instituciones. Esta diversidad proviene, sin duda, de la índole de los respectivos procesos de integración económica, así como de la naturaleza de sus órdenes normativos e institucionales.

(...)

Resulta de interés, por consiguiente, examinar comparativamente los principales rasgos de estos dos sistemas jurisdiccionales, especialmente en cuanto a su naturaleza y competencias.

(...)

Salta a la vista que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal europeo es similar a la del Tribunal andino. Se trata de dos instituciones de carácter permanente y provistas de suficiente independencia, cuya misión consiste en aplicar, por la vía jurisdiccional, los ordenamientos jurídicos comunes de dos procesos de integración económica. Para esto están dotados de competencias para controlar la legalidad de los actos de los órganos comunes que tienen facultades normativas y ejecutivas, para dirimir las controversias que se presenten como consecuencia de la conducta de los Estados miembros y de los órganos de ambos sistemas de integración y, finalmente, para interpretar de manera uniforme el derecho común”²¹.

2.19.- En línea con cuanto se viene de exponer, las que generalizadamente se ha entendido que constituyen principales características del Derecho Comunitario Andino son **(i)** la supranacionalidad; **(ii)** integración con los sistemas jurídicos internos; **(iii)** la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y **(iv)** su intangibilidad y autonomía.

2.20.- Por cuanto respecta a **(i)** la **supranacionalidad** como rasgo identificativo del Derecho Comunitario, se refiere a una acepción del término que se aleja de su significado etimológico, el cual podría reducirse a lo que está encima o sobre la Nación, pues se trata de una característica que comporta la transferencia de parte de las competencias estatales reguladoras respecto de determinadas materias, hacia órganos comunitarios autónomos cuyas decisiones y fallos serán aceptados por los países miembros. Así, pues, el rasgo de la supranacionalidad equivale a la técnica de distribución de competencias dentro de un sistema de integración por virtud de la cual,

²¹ ZELADA CASTEDO, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Montevideo, 1985, pp. 144-145; en idéntico sentido, véase URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, pp. 123-124. El citado autor, a este mismo respecto, sostiene lo siguiente:

“Pero no se trató de una copia servil, ni mucho menos, pues si bien los dos Tribunales tienen la misma naturaleza jurídica y la misma significación institucional dentro del nuevo derecho comunitario —como que ambos se apartan diametralmente de los mecanismos tradicionales del derecho internacional clásico— difieren entre sí por varios aspectos. Si se atiende a lo que tienen en común, ambos Tribunales comparten por igual características de Corte Constitucional, o sea el control de la legalidad, de Consejo de Estado o Corte Administrativa por cuanto pueden anular reglamentos y actos administrativos, y de Corte de Casación, ya que mediante su acción se procura uniformar la interpretación de la ley.

El Tribunal europeo y el andino tienen las mismas competencias básicas, o sea las acciones de nulidad y de incumplimiento y el mecanismo de interpretación prejudicial, que resultan indispensables en todo ordenamiento jurídico comunitario, digno de ese nombre”.



si bien es verdad que los Estados miembros continúan siendo los titulares del poder político, también lo es que parte de dicho poder lo ceden parcialmente para determinado propósito a los órganos comunitarios, los cuales, con el fin de ejercer las correspondientes atribuciones, se incorporan en un entramado provisto de personalidad jurídica.

2.21.- La supranacionalidad, pues, no implica la renuncia a la soberanía, sino la limitación a la misma a partir del “voluntario sometimiento expresado en tratados internacionales”, como fue advertido en la “sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 5 de febrero de 1963 en el caso ‘Vand Gend y Loos’ (...) la Comunidad (Europea) constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos”. Lo anterior significa “que los Estados pueden pactar mediante tratados cuantas limitaciones a su soberanía se estimen oportunas, sin que ello signifique, de ningún modo, transferencia de soberanía, especialmente cuandos estos tratados establecen procedimientos u órganos supranacionales por cuyo medio y en cuyo ámbito han entendido encauzar mejor los asuntos de su recíproco interés”²².

2.22.- Esa personalidad jurídica, de todos modos, no es plena —como la de los Estados—, sino que se encuentra limitada al propósito de procurar los objetivos y de ejercer las funciones que le fueron confiadas a la organización comunitaria desde sus actos y normas fundacionales, por manera que se le brinda autonomía al nuevo ente, pero afectada por el principio de atribución²³. Se trata, en últimas, del voluntario sometimiento, por parte de los Estados miembros de la Comunidad Andina, a un orden jurídico integrado²⁴, lo que constituye el objetivo y el límite a las competencias de los

²² VASQUEZ, Adolfo Roberto. “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuesación en los países del Mercosur”, en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr16.pdf>].

²³ “En efecto, para conseguir los objetivos mencionados y para desarrollar mediante unas normas jurídicas propias y autónomas el mercado interior único y las políticas que lo complementan, la Unión Europea tiene atribuidas una serie de funciones y de competencias. En este sentido, cabe destacar a título preliminar, como la Unión Europea y las Comunidades europeas sobre las que se sustenta, no gozan de competencias ilimitadas y ello a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vasto alcance, puesto que, a diferencia de los Estados y a semejanza de las demás Organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una simple competencia de atribución”. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

²⁴ “Esta idea es la que inspira a la doctrina jurisprudencial comunitaria en la materia desde la ya lejana Sentencia Costa c. ENEL de 1964, cuando el TJCE afirmaba que: “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que se impone a sus jurisdicciones”. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].



órganos que integran a esta última, por manera que aquéllos —los Estados— están dispuestos a subordinar sus intereses nacionales y su jerarquía nacional de valores a los referidos intereses y finalidades que dieron origen al ente comunitario²⁵.

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

2.24.- Así entendido el concepto de supranacionalidad, como distinto de las nociones de internacional, interestatal o intergubernamental, entraña una manera de obrar independiente y conjunta, en ejercicio de los poderes cedidos por los Estados miembros a los órganos encargados de la integración e *“implica una superación del principio del *do ut des*, que entrañaba reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, para ser sustituido por la idea de comunidad, de unión cooperativa, de co-participación en un proceso, de pertenencia a un todo mayor en la realización de cuyos fines se realizan también los de las partes”*²⁶, idea cuya materialización se sustenta en la utilización de los siguientes mecanismos:

“1.- Una organización independiente de los Estados que se integran, con poderes suficientes para deducir autónomamente, dentro del marco de su tratado constitutivo, las normas y los actos de ejecución del proceso, sin necesidad de que cada paso deba ser formalizado en tratados públicos, sujetos a la aprobación legislativa, a la ratificación

²⁵ TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric, “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, en *Revista Oasis, Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 328-329.

²⁶ SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., p. 15.



e incorporación expresa y formal a los derechos nacionales, procedimiento que anquilosaría cualquier programa de integración;

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

(...)

Viene, de esta manera, a ser la integración, desde el punto de vista jurídico, una verdadera redistribución de poderes entre los Estados intervinientes en el proceso y los órganos de la comunidad creada, pues quedan capacitados todos para generar un derecho derivado de su tratado constitutivo, común a toda el área y que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior al de la ley nacional, a la que desplaza o sustituye, en forma directa y automática, con la consecuencia adicional de que la organización que anima el nuevo ordenamiento se personaliza con calidad de sujeto de derecho internacional, al lado y a la par de sus organizadores”²⁷.

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

2.26.- En relación con las aludidas *obligaciones de hacer*, el inciso primero del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —TJCA— dispone que “[L]os 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 en lo atinente a las obligaciones de no hacer, el inciso segundo del mismo precepto establece que los Estados Miembros de la Comunidad “[S]e comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

2.27.- Acerca de las aludidas obligaciones de hacer y de no hacer que se imponen a las autoridades de los Países incorporados en el Sistema de Integración Andino, el TJCA ha expresado lo siguiente:

²⁷ *Idem*, pp. 14-15.



“Estos principios o características del derecho comunitario se materializan en el artículo 4° del tratado Fundacional cuando su texto impone a los países que integran la Comunidad Andina las dos obligaciones básicas de 'hacer' y de 'no hacer' a que él se refiere.

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas —sean de tipo legislativo, **judicial**, **ejecutivo**, **administrativo** o de cualquier otro orden— que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, **decisiones**, **sentencias** o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del Estado y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros”²⁸ (énfasis añadido).

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

2.29.- Y es que la creación del ente comunitario con órganos que tienen competencia normativa propia ha dado origen a un orden jurídico nuevo que genera relaciones de coordinación, de supraordinación y de inordinación con respecto a los sistemas jurídicos nacionales, pues los órganos comunitarios profieren normas jurídicas en las materias que el tratado constitutivo les ha reservado para su regulación, mientras que las autoridades de los países miembros dictan normas encaminadas a regular las materias

²⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.



que las respectivas Constituciones Políticas reservan a la ley nacional; así pues, estas dos potestades normativas, que recaen sobre las mismas personas, requieren la coordinación de los productos normativos fruto de su ejercicio, pues tanto las fuentes del derecho andino como las del derecho nacional se encuentran acompañadas del rasgo de la autonomía, por manera que la ausencia de coordinación entre ellas puede crear no pocas interferencias y contradicciones.

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

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

(...)

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

(...)

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



esta aplicación (...) implique la derogación de la norma nacional²⁹ (subrayas añadidas).

2.31.- El principio de primacía del Derecho Comunitario Andino en comento se halla directamente vinculado con el también principio de aplicabilidad directa de dicho ordenamiento —al cual se hará referencia enseguida—, comoquiera que, una vez adoptada una decisión o proferida una resolución andina y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, automáticamente entra a formar parte de los sistemas jurídicos boliviano, colombiano, ecuatoriano y peruano, con lo cual resultan de obligatoria aplicación tanto para las autoridades públicas cuanto para los particulares en los mencionados países, sin que se requiera de la adopción de instrumento adicional alguno para su incorporación en cada orden interno, a menos que expresamente se disponga cosa distinta en la norma comunitaria correspondiente, el anterior aserto se sustenta tanto en los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del TJCA, como en el artículo 15 de la Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, disposiciones a cuyo tenor:

“Artículo 2. Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

“Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

“Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

.....

“Artículo 15 de la Decisión 425. Las Resoluciones de la Secretaría General entrarán en vigencia y producirán sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia Resolución señale una fecha distinta”.

2.32.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha referido a las obligaciones que a los Países Miembros imponen los aludidos principios de prevalencia o de preeminencia y de aplicación directa del Derecho Comunitario, al realizar la siguiente exposición con apoyo, según antes se indicó, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comunitaria europea:

“Preeminencia de la Norma Comunitaria.- Algunos autores hacen derivar la preeminencia o prevalencia del efecto directo (Muñoz Machado, Santiago, 'Principios

²⁹ ANDUEZA, José Guillermo, “La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, cit., pp., 39-43.



de Articulación de las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Constitucionales para su aplicación Efectiva', en 'Tratado de Derecho Comunitario Europeo', obra citada, págs. 503 y ss) y definen a aquella como la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar sobre una norma de derecho interno que se le oponga, cualquiera sea el rango de esta última.

La base jurisprudencial de la doctrina está dada por la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1964 en el caso Costa/Enel, según el cual '... al derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad'.

Este Tribunal Comunitario ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, entre ellas la sentencia de 3 de diciembre de 1987 en la cual precisó que: '... el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su vigésimo noveno período de sesiones ordinarias (Lima, 29 de mayo - 5 de junio de 1980). Dicho principio ha sido ratificado en sentencias posteriores (Procesos 2-IP-90, 6-IP-93 y 10-IP-94) a propósito de la interpretación del artículo 27 del Tratado del Tribunal, al considerar que para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; la misma sentencia define el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario. Describe el fenómeno como aquel en que la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Comunitario vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo'.

El Tribunal Andino en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: 'tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias'³⁰.

2.33.- En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, la integración comunitaria que comportan el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, en especial las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios con la consiguiente supremacía de los productos normativos de ellos emanados, encuentran directo y expreso sustento en una pluralidad de disposiciones de la Constitución Política —C.P.—, si se tiene en cuenta que

(a) desde el Preámbulo de la Carta, el Constituyente consignó como uno de los presupuestos axiológicos en los cuales se apoya el orden constitucional, *“la integración latinoamericana”*; asimismo, al regular las relaciones internacionales se determina

³⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.



(b) que la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe —artículo 8, inciso 2° C.P.—;

(c) que en el Congreso de la República recae la competencia para aprobar o improbar los Tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional, Tratados que pueden contener disposiciones que impliquen, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, la transferencia parcial de determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados —artículo 150-16 superior—;

(d) que constituye función del Presidente de la República la de *“celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional, tratados y convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”* y a la revisión de la Corte Constitucional —artículo 189-2 C.P.—, los cuales tienen fuerza legal tras su aprobación por el Congreso, salvo la facultad del Presidente de la República para dar aplicación provisional a los convenios de naturaleza económica si así lo disponen —artículo 224 constitucional—;

(e) que el Estado debe promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional —artículo 226 *ídem*—; y, finalmente,

(f) que el Estado está llamado a promover la *“integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe, mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones”*, integración política que comprende incluso la constitución del Parlamento Andino y Latinoamericano —artículo 227 *ibídem*—.

2.34.- Con apoyo en las referidas bases constitucionales, la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, ha reconocido el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional, en lo que atañe a las materias para cuya regulación el Estado colombiano ha transferido competencias normativas a la Comunidad Andina, en el entendido de que la integración comunitaria responde a una concepción moderna de la noción de soberanía que la relativiza y no la reconoce ya como un atributo supremo e ilimitado en cabeza del Estado, sino como un concepto limitado y restringido por la interacción de los demás



Estados dentro de la comunidad internacional que implica la resignación de específicas competencias de los Estados en favor de los organismos comunitarios, con el fin de viabilizar los procesos de integración; a este respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“El artículo 3º ibidem [del Tratado de Creación del TJCA] dispone que las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina serán directamente aplicables en los países miembros, a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

Asimismo, el artículo 4º idem prevé 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. También se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la Interpretación Prejudicial 115-2005 (fl. 244) rendida en este proceso, sostuvo que en virtud de los principios del ordenamiento jurídico comunitario, tales como la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía de la norma, **las Resoluciones proferidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina prevalecen sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella**. De no ser así, resultaría imposible cumplir con uno de los fines del derecho comunitario, el cual está relacionado con la obtención de un régimen uniforme para todos los países de la comunidad y el cumplimiento de los objetivos del proceso de integración andina. Sostuvo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

«Los principios del ordenamiento jurídico comunitario son: la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía de la norma. Al respecto el Tribunal ha hecho las siguientes precisiones: “... el ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas, cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos y semejantes a las de aquellas. ... Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los tributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía. (Proceso 34-AI-2001 de 21 de agosto de 2002)»

(...)

Cabe precisar como lo hizo el Tribunal Andino en la Interpretación Prejudicial rendida en el caso presente, que la Resolución 503 no fue objeto de acción de nulidad prevista en la normativa jurídica comunitaria, por lo tanto quedó en firme la decisión adoptada por la Secretaría General respecto a la negativa del diferimiento del Arancel Externo Común solicitado por Colombia. Por lo tanto, la Resolución 503 era de obligatorio cumplimiento ya que ésta forma parte del ordenamiento jurídico comunitario como lo establece el artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal.

(...)

En efecto, el Gobierno Nacional procedió unilateralmente y redujo el Arancel Externo Común desconociendo lo establecido en la Resolución 503 de 16 de abril de 2001 proferida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, la cual prevalece sobre toda regulación que tenga Colombia al respecto.



Fuerza es, entonces, declarar la nulidad del Decreto 635 de 16 de abril de 2001, por las razones expuestas³¹.

2.35.- Por su parte, la Corte Constitucional a este respecto expresó:

“19. La evolución del Derecho Internacional ha dado lugar a la aparición del llamado Derecho Comunitario, fruto del traslado de competencias normativas específicas de los países suscriptores de un convenio o acuerdo, a los órganos supranacionales creados en el mismo. Este traslado de competencias, al ser ejercidas, da lugar a un conjunto de regulaciones que constituyen propiamente la materia del derecho comunitario, respecto de las cuales se predica la preeminencia y la aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro.

En virtud de lo anterior, no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria. Podrá desarrollarla, pero esta facultad es excepcional y sólo es posible ejercerla cuando sea necesario para lograr la aplicación de aquella³².

2.36.- Como se viene de indicar, en estrecha conexión con los principios o características del Derecho Comunitario hasta ahora desarrollados se encuentra el de **(iii) la aplicabilidad directa** de los elementos que lo integran, al cual suele ir anudada también la particularidad consistente en que tales disposiciones comunitarias producen

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de abril de 2010; Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso; Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00163-01; Actor: Dorian Rocha Ávila. En otra ocasión, la Sección Primera de esta Corporación, sobre el mismo punto en cuestión, sostuvo lo siguiente:

“En cuanto al artículo 5° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se comenzará su estudio con la cita del texto mismo:

“Los países miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

“Se compromete, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación.”.

Dice el actor que lo anterior no es otra cosa que la reiteración del principio de la preeminencia del derecho comunitario y que sin esa preeminencia no se lograrían sus fines y propósitos. En la interpretación prejudicial solicitada por esta Sección al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, al referirse al artículo 5 en mención, dice que “el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros”. “Asimismo ha de recordarse que, según jurisprudencia de este Tribunal, son características inherentes al ordenamiento del Pacto Andino su identidad y autonomía propias, que constituye un derecho común, forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que puedan oponerse a él medida (sic) o actos unilaterales de los Países Miembros”.

Se colige, de lo transcrito, que la interpretación del alto Tribunal Internacional concuerda con lo afirmado por el demandante en cuanto a la preeminencia del derecho comunitario y, de ahí, que se afirme igualmente que el Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria, implicando tal afirmación que una norma nacional que aparentemente lo contradiga queda supeditada a él. No es otro el espíritu de la interpretación teleológica como método funcional en la valoración de las normas comunitarias que busca, con las realizaciones conjuntas, el logro de objetivos comunes. Dicho por otra parte, la interpretación prejudicial, que dentro de las prácticas del derecho internacional “deberán tenerse en cuenta los principios de libre consentimiento y de la buena fé y la norma pacta sum servanda, universalmente reconocidos, y apoyando su afirmación en la misma convención cuando señala que “Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fé” (artículo 26) y establece que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de un tratado” (artículo 27). Ello, en verdad, significa y traduce el postulado jurídico de lo que se conoce como derecho comunitario, como expresión que es, a su vez de una especie de autolimitación estatal. Empero, ese contenido preceptual, en el caso sub-lite no ha sido desconocido, ni por su forma ni por su objeto, como que la disposición reglamentaria, como se deduce de la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia de Cartagena, enmarca su previsión y efectos, sin implicar desmedro a la supradicha disposición, ni se advierte cómo por el señalado objeto, de la reserva establecida para actividades de inversionistas nacionales, pueda generar quebranto o entrar en contradicción con la misma”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de mayo de 1990; Consejero ponente: Rodrigo Vieira Puerta; Radicación número: 1068; Actor: Manuel Pachón Muñoz.

³² Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998; Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.



efectos directos o inmediatos. Por lo que tiene que ver con la aplicabilidad directa, resulta menester recordar que la gran mayoría de los tratados internacionales no se encuentran acompañados de ese elemento identificador, pues para que el mencionado efecto tenga lugar respecto de un concreto instrumento internacional, el criterio decisivo es la intención de las partes contratantes y ésta no debe presumirse comoquiera que se trata de una excepción a la regla del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto primordial es la regulación de las relaciones entre Estados, de suerte que resulta, entonces, de interpretación estricta y restrictiva esa posibilidad de que las normas de Derecho Internacional Público penetren el ámbito de las relaciones jurídicas internas de los países.

2.37.- Por lo anterior, suele afirmarse que el Derecho de la Integración supera al Derecho Internacional Clásico, toda vez que aquél crea un orden jurídico al cual se encuentran sujetos tanto los Estados Miembros en su condición de tales, como además, directamente, resultan destinatarias de sus normas todas las personas naturales y jurídicas de la comunidad nacional, razón que conduce a distinguir *“entre un orden “super-estatal”, que se refiere únicamente a los Estados, y un orden “supra-nacional”, estatuido por organismos comunitarios y directamente aplicable a todos los habitantes de la subregión”*³³. De otro modo no existiría y menos operaría de forma eficaz el derecho común como instrumento *sine qua non* del proceso integracionista; en el Derecho Comunitario *“se cumple así el llamado más propiamente proceso de “articulación”, llamado también de “incardinación”, cuyo objetivo es implantar el derecho común en las distintas jurisdicciones nacionales, en condiciones de igualdad”*³⁴, lo cual, en el caso de la integración andina, supone que la misma *“concierna a los individuos de la subregión, y el Acuerdo y las normas derivadas del mismo no pueden entenderse como un compromiso que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Países Miembros contratantes, sino que constituye un nuevo orden jurídico, cuyos sujetos son tanto los Estados como sus justiciables”*³⁵.

2.38.- De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de aplicación directa el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo en el evento en que así se disponga

³³ URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, cit., p. 53.

³⁴ *Idem*, p. 81.

³⁵ PACHON MUÑOZ, Manuel, *Propiedad industrial y Derecho Comunitario Andino*, Ediciones Legales, Bogotá, 1990, pp. 43-45.



expresamente en determinada norma andina; la referida incorporación en el derecho interno tiene lugar de manera automática, es decir que opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la disposición comunitaria respectiva; así lo ha explicado, de manera detallada y nuevamente en referencia con el Derecho Comunitario Europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Aplicabilidad Directa. La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta [actualmente denominada Secretaría General], tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria 'como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno'.

Para el derecho europeo, dice Muñoz Machado, una regla o norma 'goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio'.

El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer define el principio manifestando que 'La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria tiene efectos en el orden interno, sin requerirse su incorporación al derecho nacional por acto interno y genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla'.

El mismo tratadista, al referirse al principio de la aplicación directa del derecho comunitario, ha dicho: 'El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía'.

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocida a partir de la sentencia Van Gend & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal, 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa '... significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario ...'

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar 'la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión'. (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991).

En la Comunidad Andina la aplicación directa del derecho comunitario se deriva tanto de la norma positiva como de la jurisprudencia (...).



En la sentencia de 10 de junio de 1987, este Tribunal expresó que 'ha de tenerse en cuenta además, que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino'. (Gaceta Oficial N° 21, de 15 de julio de 1987, Proceso 2-N-86)³⁶.

2.39.- La jurisprudencia colombiana igualmente ha hecho eco del significado y de los alcances del anotado elemento característico del Derecho Comunitario Andino. En cuanto al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la Sección Primera de esta Corporación se pronunció en los términos que se transcriben a continuación:

“Es bien conocido que la República de Colombia es signataria del Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, mediante el cual se constituyó la Comunidad Andina de Naciones. En tal virtud, son aplicables en nuestro medio las disposiciones del mencionado Acuerdo, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado Constitutivo y sus protocolos modificatorios; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional.

Uno de los principios rectores del régimen comunitario andino postula precisamente la aplicación directa e inmediata en los países miembros de las disposiciones antes mencionadas, lo cual significa que no es necesaria la expedición de actos adicionales o posteriores a nivel de cada país para que las normas andinas produzcan efectos vinculantes en sus respectivos territorios. Tal principio deriva de las disposiciones del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que se transcriben a continuación:

“**Artículo 2.-** Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina. (negrilla y subrayado fuera de texto)

“**Artículo 3.-** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. (negrilla y subrayado fuera de texto)

“Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

“**Artículo 4.-** 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. (negrilla y subrayado fuera de texto)

³⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.



Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”³⁷ (destacado en el texto original).

2.40.- Por su parte, la Corte Constitucional, con apoyo en lo tempranamente expuesto por la Corte Suprema de Justicia en relación con este extremo, ha expresado lo siguiente, por lo que respecta a la aplicabilidad directa —estrechamente conectada con el antes citado rasgo de la supremacía— del Derecho Comunitario en el sistema jurídico colombiano:

“3. El derecho comunitario y el derecho nacional.

El pacto Andino surgió como una necesidad de los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela) de instaurar un sistema de integración de sus intereses económicos, destinado a lograr el desarrollo equilibrado y armónico de la subregión y a acelerar su crecimiento, mediante la armonización de sus políticas económicas y la coordinación de los planes de desarrollo.³⁸

La realización del proyecto de integración reclamó la estructuración y puesta en funcionamiento de una organización administrativa y técnica y determinó la creación de autoridades comunitarias, con específicas competencias, y del mismo modo, la formulación de un sistema normativo con el vigor y la eficacia requeridos para que aquéllas pudieran regular directamente las cuestiones atinentes a la materia de integración y la conducta de los países comprometidos y de sus habitantes, sin tener que recurrir a los procedimientos ordinarios del derecho interno de cada país.

Sobre el alcance vinculante de las decisiones de los órganos comunitarios, tuvo ocasión la Corte Suprema de Justicia de pronunciarse en sentencia del 27 de Febrero de 1975, así:³⁹

"Es así como providencias de los órganos del acuerdo, son eficaces respecto de las naciones a cuyo cumplimiento se destinan. Desde este punto de vista las disposiciones regionales, en el seno de los Estados que han de aplicarlas, se confunden a menudo, por sus results, con las prescripciones del derecho interno, del cual se diferencia por su origen: mientras las primeras derivan de un ente supranacional las últimas proceden de las autoridades internas".

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

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de mayo de 2009; Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00464-01; Actor: Ramiro Rodríguez López.

³⁸ Nota original de la sentencia citada: 1. Acuerdo de Cartagena firmado el 26 de Mayo de 1969 y aprobado por la ley 8a. de Abril 14 de 1973.

³⁹ Nota original de la sentencia citada: M.P. José Gabriel de la Vega.



(...)

En la sentencia referida la Corte Suprema de Justicia señaló criterios que guardan absoluta validez y que se acogen por la presente sentencia. En esa oportunidad manifestó:

"Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales".⁴⁰

2.41.- Y en relación con los mencionados **efectos directos o inmediatos** como propiedad inherente al Derecho Comunitario, ella consiste en que una vez adoptada y publicada una norma comunitaria, la misma se constituye en fuente de derechos y de obligaciones tanto para las autoridades públicas como para los habitantes del territorio de los Países Miembros; esto es, que el Derecho Comunitario se inserta automáticamente en el ordenamiento interno de los Estados Miembros y además cuenta con la virtualidad de pasar a formar parte, también de manera inmediata, del patrimonio jurídico de los particulares, por manera que se constituye para ellos en fuente de derechos y/o de obligaciones tanto en sus relaciones con otros particulares, como en su interacción con las autoridades públicas internas; así las cosas, el efecto directo de las normas comunitarias comporta *"el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende"*⁴¹ (negrillas añadidas).

2.42.- Sobre los alcances de esta característica del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado lo siguiente:

"Efecto Directo.- Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos 'generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales', permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

Dámaso Ruiz-Jarabo, al tratar este punto dice que: 'Con la denominación de eficacia directa del derecho comunitario se hace referencia a su aptitud para originar, por sí mismo, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares'.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995; Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁴¹ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario general*, cit., p. 194.



R. Lecourt, Ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió este principio, diciendo que 'es el derecho de cualquier persona de pedir al Juez la aplicación de los Tratados, los Reglamentos, las Directivas o las Decisiones comunitarias, es la obligación del Juez de hacer uso de esa norma cualquiera que sea la legislación del País al que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en las relaciones entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos'. (Dámaso Ruiz-Jarabo, Obra "El Juez Nacional como Juez Comunitario", pág. 53)

Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales⁴².

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

"De la aplicación de este principio de autonomía resulta, en primer lugar, la necesaria multilateralidad para el manejo de los instrumentos que conforman el acuerdo de integración, así como la primacía de lo acordado comunitariamente con respecto y sobre otros compromisos y otras posibilidades que se tengan por cualquier País Miembro en razón de estar inscrito, bilateral o multilateralmente, en otros regímenes jurídicos internacionales.

El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompañe con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquéllas.

Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía⁴³.

2.44.- Corolario de la mencionada autonomía es la *intangibilidad* del Derecho Comunitario, por virtud de la cual las autoridades de los Países Miembros tienen

⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.

⁴³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 89-AI-2000.



vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema de Integración, pues, de intentar hacerlo, comprometen la responsabilidad internacional del Estado respectivo. Así lo ha explicado el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“El Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, a su vez establece el Principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: 'La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia.' Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones”⁴⁴.

2.45.- En cuanto a los distintos niveles normativos que pueden identificarse en el Derecho Comunitario Andino, debe hacerse referencia a los siguientes cuatro⁴⁵:

(i) Sus normas fundamentales o constitutivas —el llamado *derecho primario u originario*— contenidas en los Tratados públicos suscritos por los Países Miembros del proceso de integración, así como en sus protocolos adicionales y modificatorios, los cuales constituyen tradicionales actos de Derecho Internacional y, en ese orden de ideas, están sujetos en su formalización y efectos a las reglas del Derecho de los Tratados; se les cataloga como Tratados-marco o “Constitución comunitaria”, comoquiera que crean los órganos del Sistema de Integración, les transfieren las competencias que ejercen, les fijan los objetivos por los cuales deben propender y diseñan tanto el sistema de producción de normas como los procedimientos de ejecución de las mismas;

(ii) Las regulaciones proferidas en desarrollo de las atribuciones conferidas a los órganos comunitarios por las mencionadas normas fundamentales —el denominado *derecho secundario o derivado*—, cuya validez o legalidad dependen de su conformidad tanto formal como sustancial con las previsiones del o de los Tratados-marco que encuadran el proceso integrador y que deben ser aplicadas por las autoridades de los Estados Miembros de preferencia respecto de la ley nacional, según antes se anotó; normas de formulación autónoma e incondicional, obligatorias para los Países Miembros y para sus habitantes sin que al efecto requieran de incorporación expresa o de algún otro de los requisitos de habitual usanza en el Derecho Internacional; esta

⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 5-IP-95.

⁴⁵ SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., pp. 16-18.



normativa secundaria, dado su carácter derivado, está sometida a un control jurisdiccional de legalidad por parte del Órgano Jurisdiccional Comunitario —TJCA—;

(iii) Los actos y decisiones de los órganos comunitarios mediante los cuales aplican, interpretan u orientan en la ejecución del ordenamiento andino, sean de carácter administrativo o jurisdiccional y, finalmente,

(iv) Toda vez que el cumplimiento de los preceptos que integran el Derecho Comunitario requiere de actos y de decisiones de apoyo y/o de ejecución por parte de las autoridades de los Estados Miembros, ora de carácter normativo ora de naturaleza administrativa o jurisdiccional, que son de derecho interno pero sin los cuales el ordenamiento comunitario carecería de eficacia, puede hablarse de un derecho interno complementario de las disposiciones emanadas de los órganos del Sistema de Integración.

En relación con el sistema de fuentes del Derecho Comunitario Andino, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado lo siguiente:

“De esta enumeración, y aunque la norma no lo diga en forma explícita, puede deducirse que dicho ordenamiento está integrado por normas 'primarias', 'institucionales', 'constitucionales', 'básicas' u 'originarias', que se encuentran plasmadas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con sus respectivos protocolos modificatorios.

Las otras normas, que emergen de los órganos comunitarios -Comisión, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y antigua Junta, hoy Secretaría General- constituyen el denominado 'derecho derivado' o 'secundario', en virtud de la propia competencia de regulación que les ha sido conferida por el Tratado marco del Acuerdo de Cartagena.

Tanto las unas como las otras, tienen como características comunes que prevalecen sobre el derecho interno de cada uno de los Países Miembros (principio de preeminencia) y son de aplicación directa en los mismos, según se desprende de la doctrina jurisprudencial de este Organismo y del artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal.

Así el propio ordenamiento no estableciera una jerarquización entre las diversas normas, ésta se hace indispensable para la solución de los conflictos que pudieren presentarse entre las distintas categorías del ordenamiento jurídico comunitario.

Tal principio de jerarquización según el comentarista Felipe Paolillo se desprende del propio artículo primero del Tratado de Creación de este Tribunal, del cual es fácil deducir una relación de subordinación entre 'el derecho originario' constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, frente al 'derecho derivado' contenido en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta [actualmente denominada Secretaría General] (citado por



Zelada Gástelo Alberto, en 'El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena', pág. 152)⁴⁶.

2.46.- Asimismo, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones— recoge la jerarquización imperante en el sistema de fuentes propio del ordenamiento jurídico comunitario de la siguiente manera:

“Artículo 2. Naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino”.

2.47.- De todo lo anterior, la Sala concluye que el derecho comunitario andino se sustenta en los siguientes principios: **a.)** el derecho comunitario andino se integra automáticamente al ordenamiento jurídico interno y su aplicación es directa e inmediata; **b.)** el derecho comunitario andino “es susceptible de crear, por él mismo, derechos y obligaciones” que pueden invocarse por los tribunales (como para el caso en concreto mediante la sentencia de agosto de 2011, es posible extraer por el Consejo de Estado una causal tendiente a dejar sin efectos decisiones judiciales y la nulidad de laudos arbitrales, diferentes a las ordinarias, que se integra al sistema normativo colombiano); **c.)** el derecho comunitario andino hace parte del orden jerárquico del ordenamiento jurídico interno con rango de primacía.

2.48.- Como se acaba de exponer, dentro del sistema de fuentes del Derecho Comunitario Andino, de imperativa observancia y aplicación por parte de las autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales internas de los Estados Miembros, se encuentran las decisiones proferidas por el Órgano Judicial Comunitario que es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2.49.- El Acuerdo de Cartagena de 1969 y sus respectivos protocolos modificatorios, establecen el marco legal e institucional del proceso de integración andino, dentro del cual se atribuye la función jurisdiccional al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y se encarga a la Secretaría General de la Comunidad el adelantamiento de las

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 1-AN-97.



investigaciones administrativa o fase pre-contenciosa de los procesos dentro de los cuales se busca establecer la responsabilidad de los Estados Parte por incumplimiento de la normatividad o de las decisiones de los órganos comunitarios. El propio Tratado de Creación del originariamente denominado Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1969 delimitó las competencias del Tribunal Andino sobre tres acciones: la de nulidad, la de incumplimiento y la de interpretación prejudicial.

2.50.- La atribución de las mencionadas competencias al TJCA tuvo por cometido, según se expresa en el Preámbulo del Tratado de creación del Tribunal, procurar que *“la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se deriven deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”*; igualmente importantes en este sentido resultan las expresiones contenidas en el artículo 2° del Estatuto del Tribunal —Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina—, de conformidad con el cual el TJCA constituye un *“órgano jurisdiccional instituido para asegurar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico”* del Acuerdo de Cartagena.

2.51.- También en relación con los propósitos que animaron la creación del TJCA se ha indicado lo siguiente:

“Las razones enunciadas en la parte motiva de aquel Tratado para justificar la creación del Tribunal, se concretaron en éstas: 1o. la necesidad de “garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena”; declaración que fija la materia de sus competencias; 2o. la “complejidad de su ordenamiento jurídico”, alusión a los niveles, el primario, el secundario, y a su difícil relación con los ordenamientos nacionales, y 3o. la salvaguardia del ordenamiento por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, “con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”, a fin de que la integración económica alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de aquellos Países”⁴⁷.

2.52.- En consideración a lo anterior, se ha sostenido⁴⁸ que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal en comento puede caracterizarse a través de los siguientes rasgos: **(i)** se trata de un órgano principal del sistema institucional del programa de integración de la Comunidad Andina; **(ii)** tiene la función básica de asegurar el respeto

⁴⁷ SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario andino*, cit., p. 133.

⁴⁸ ZELADA CASTEDO, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en VV.AA., *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, INTAL-BID, Montevideo, 1985, p. 147.



del derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena; **(iii)** ejerce las competencias de declarar el Derecho Comunitario, de dirimir las controversias que se susciten a propósito de su aplicación y de interpretar el ordenamiento jurídico subregional asegurando que dicha interpretación sea uniforme y, **(iv)** en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, debe actuar con autonomía e independencia respecto de las autoridades nacionales de los Estados Miembros y respecto de los otros órganos del Acuerdo.

2.53.- Debe destacarse en este lugar que el artículo 32 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena contiene una norma de aplicación directa e inmediata, por cuya virtud: *“[P]ara su cumplimiento, las sentencias del Tribunal no requerirán homologación o exequátur en ninguno de los países miembros”*. Este mandato impone a los países miembros una doble obligación: de un lado, la consistente en que aquellos Estados que en su legislación interna exigieren el exequátur como presupuesto para ejecutar una sentencia proferida por el TJCA eliminan dicho requisito de su normatividad y, de otra parte, la obligación para las autoridades judiciales o administrativas encargadas de dar cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de acatarla en virtud del efecto obligatorio del Tratado que creó ese Tribunal, aún cuando a tal fin resulte menester abstenerse de aplicar el derecho interno.

2.54.- Asimismo debe subrayarse que, de acuerdo con lo normado por el artículo 35 del citado Estatuto del Tribunal, los procesos judiciales que éste adelanta *“tienen por objeto asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes y la garantía del debido proceso”*. La naturaleza jurisdiccional, obligatoria y con efectos de cosa juzgada de los pronunciamientos del TJCA que dirimen procesos como aquéllos que se inician en ejercicio de la acción de incumplimiento ha sido puesta de presente por el mismo Tribunal Andino en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario **corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial** la existencia de un incumplimiento de las



obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino⁴⁹ (se deja destacado).

2.55.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado lo siguiente respecto de la naturaleza jurídica, de la importancia para el sistema Comunitario Andino y de los efectos de la sentencia que resuelve un proceso judicial de incumplimiento:

“Se sostiene que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal. Este recurso es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados. Es una acción autónoma, propia, independiente y sui-géneris derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas. El Abogado General Mayrás del Tribunal Europeo, estima que el incumplimiento se produce también como consecuencia de que “... un Estado Miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el Derecho Comunitario Derivado”. (As. 39/72, Comisión contra Italia, Rec. 1973, pág. 11)”⁵⁰.

2.56.- Incluso, el artículo 30 del Tratado de creación del Tribunal señala expresamente que “[L]a sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”; más allá de lo anterior, lo cierto es que en caso de que el TJCA declare el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino por parte de uno de los Estados Miembros, el país demandado queda “obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación” —artículo 27-1 del Tratado de creación del TJCA—.

2.57.- Si el fallo del Tribunal no se cumple una vez expira el plazo de noventa días que otorga la norma en cita, dicho órgano se encuentra habilitado para abrir un procedimiento sumario como consecuencia del incumplimiento de lo ordenado en la sentencia, procedimiento que tiene por objeto determinar qué sanciones puede autorizarse aplicar en contra del país incumplido, a los demás Estados Miembros, mientras se prolongue el desacato de la sentencia, por manera que, una vez el país condenado en el pronunciamiento que declara el incumplimiento cumpla el fallo, la autorización para la aplicación de sanciones se levanta, según se desprende del inciso segundo del artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal:

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.

⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.



“Si dicho País Miembro no cumple la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso”.

2.58.- De explicar lo expuesto se ocupó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el pronunciamiento mediante el cual puso fin al sumario por incumplimiento de sentencia adelantado con ocasión del proceso 13-AI-2002, según se deja consignado a continuación:

“Que el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su artículo 107 determina con toda claridad el objeto y finalidad de la acción de incumplimiento al disponer: “La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina”; de manera que su objetivo es, en efecto, que el País Miembro cumpla las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de tal;

(...)

Que la sentencia proferida dentro de una Acción de Incumplimiento tiene dos efectos fundamentales:

El País Miembro cuya conducta ha sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico, está obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución dentro de un plazo de 90 días siguientes a su notificación, es decir, cumplir con las obligaciones de hacer o no hacer impuestas por la sentencia (Artículos 27 del Tratado de Creación del Tribunal y 111 de su Estatuto).

La sentencia de incumplimiento constituye título legal y suficiente para que las partes puedan solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios, cuando la acción fue promovida por un particular (Artículos 30 del Tratado de Creación del Tribunal y 110 de su Estatuto).

(...)

Que en los casos en que una sentencia fuere de incumplimiento, y siempre que el País Miembro cuya conducta fue objeto de tal sentencia no haya adoptado las medidas necesarias para su cumplimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal, la forma de hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia es mediante un procedimiento sumario por desacato, el cual se encuentra regulado en el Estatuto del Tribunal mediante los artículos 112 a 120, de donde se deduce claramente que el sujeto activo de dicho procedimiento sumario es necesariamente un País Miembro, por lo que no cabría mantener tal procedimiento contra un País que ha devenido en tercero, en relación con la Comunidad Andina; ...”.

2.59.- Respecto de la trascendencia del deber de acatar las decisiones adoptadas por el TJCA en los fallos que declaran el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de los Estados Miembros de la Comunidad Andina y de los propósitos que se persiguen con la instrucción de los procedimientos sumarios que se siguen con ocasión de la inobservancia de lo resuelto en dichas sentencias, resulta de interés referir aquello que



expuso el TJCA en el pronunciamiento que a este respecto profirió en el proceso 01-AI-97:

“Que el desacato a un fallo de tal naturaleza [declarativo de incumplimiento] constituye la más grave ofensa de cuantas puedan inferirse al Ordenamiento Comunitario pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el de respeto a los fallos que dirimen una controversia en última y definitiva instancia.

Que cuando se desacata una sentencia no se causa un daño particular o concreto que pueda ser reparado con una medida compensatoria en favor de quien sufre el daño, como podría suceder en los casos de restricciones unilaterales al comercio de ciertos productos, sino que se agrava de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario al desconocer o ignorar la fuerza vinculante de las sentencias, razón por la cual las sanciones que se impongan en estos casos no tienen por qué estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano judicial comunitario es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los países miembros y a todos los órganos y entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en que la subregión viene empeñada desde hace más de 30 años”.

2.60.- Han tenido lugar casos en los cuales el Tribunal ha resuelto imponer sanciones para lograr el cumplimiento coercitivo de la sentencias de incumplimiento que profiere, el actual sistema de sanciones ha abierto paso a la imposición de dos tipos de correctivos: **(i)** la autorización a los Países Miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco productos del país incumplidor o **(ii)** la orden de introducir limitaciones respecto de las normas de origen o suspensión de la emisión de certificados de origen, por manera que el Estado sancionado pierde la ventaja que se deriva del Programa de Liberación y debe pagar el arancel que se exige a terceros países⁵¹. Por vía de ejemplo, se cita a continuación la parte resolutive del pronunciamiento mediante el cual se decidió el procedimiento sumario por desacato adelantado dentro del proceso No. 72-AI-2000:

“Primero: Ordenar la imposición de aranceles ad valorem de hasta un cinco por ciento (5%) sobre las importaciones de hasta cinco (5) productos que sean originarios de la República Bolivariana de Venezuela, hasta tanto ésta demuestre fehacientemente ante el Tribunal que ha adoptado las medidas necesarias para dar ejecución plena a la sentencia de incumplimiento dictada en su contra el 22 de agosto de 2001.

Segundo: Autorizar a los Gobiernos de los demás Países Miembros para hacer efectiva la sanción impuesta en este auto, a partir de su notificación. Los Gobiernos en

⁵¹ SASAKI OTANI, María Ángela, “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 301-337.



referencia deberán informar al Tribunal, la lista de los productos objeto del referido gravamen adicional, una vez que la hayan adoptado”.

3.- La falta de jurisdicción o de competencia

3.1.- La palabra jurisdicción proviene del latín *“iuris dictio que etimológicamente significa imponer el derecho”* o declararlo⁵².

3.2.- En términos generales la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, es decir, aplicar el derecho y resolver los conflictos o situaciones que se presenten conforme a los estrictos principios, procedimientos y reglas previstas en el ordenamiento jurídico para ello⁵³.

3.3.- Ahora, si bien se ha considerado que la jurisdicción es una sola, esta se distribuye teniendo en cuenta los diferentes campos de conocimiento y especialidades mediante la asignación de competencias entre las diferentes ramas, órganos del poder público o particulares para resolver determinados asuntos⁵⁴.

3.4.- Así las cosas, se entiende que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos implica el ejercicio de una función jurisdiccional, pero en éste caso no es la ley la que le otorga la competencia a los árbitros sino las mismas partes mediante el pacto arbitral.

3.5.- Por su parte, la competencia es la facultad que la misma ley le otorga a determinados órganos del poder público o a los particulares para que ejerzan la función de administrar justicia sobre ciertos asuntos determinados.

3.6.- Con otras palabras, la competencia es la atribución que la ley le otorga a un determinado sujeto ya sea éste un órgano público o particular para que ejerza determinadas funciones, adopte ciertas decisiones o profiera determinados actos, bajo las condiciones, reglas y procedimientos previamente fijados por ésta.

3.7.- Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto al señalar que:

⁵² H.F. LÓPEZ BLANCO, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”*, Tomo I Capítulo IV, Jurisdicción y Competencia, Ed. Temis 1974, Pág 93.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de agosto de 2006, Exp. 34.299.

⁵⁴ H.F. LÓPEZ BLANCO, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”*, Tomo I Capítulo IV, Jurisdicción y Competencia, Ed. Temis 1974, Págs. 96 y 97.



“El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia. De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así, el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad, en lo que hace referencia al específico escenario judicial, y en general se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada, una consecuencia que se deriva del carácter su generis de las normas de competencia⁵⁵.

(...)

Sobre este punto se encuentra lo expresado por Hans Kelsen al decir que “Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es “capaz” de realizar dicho acto; o sea que sólo él es “competente” para realizarlo (usado el término en un sentido más amplio).”⁵⁶ De manera que las consecuencias de contar o no con esta atribución repercutirán en el ejercicio de la actuación desplegada por el órgano, pues “Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas.”⁵⁷; mientras que H.L.A. Hart señala que la infracción a tales normas no se puede asimilar como “un castigo establecido por una regla para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe (...) [sino que] simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico.”⁵⁸, pues bueno es señalar que las de competencia no participan de la categoría de las reglas de permisión o de mandato. En esta misma línea, esta Corporación ha dicho que la incompetencia es “la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional”⁵⁹⁶⁰.

3.8.- En éste orden de ideas, se entiende que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, esto es, aplicar la ley a un determinado conflicto y la competencia es la facultad que se le otorga a determinados órganos públicos o particulares para

⁵⁵ Atienza y Ruiz Manero, califican a las reglas de competencia o aquellas que confieren poderes como de carácter constitutivo que no participan de la categoría de normas deónticas: “el “poder” de una regla que confiere poder es el de alcanzar determinados resultados normativos por el hecho de que, dadas ciertas circunstancias, efectuamos una acción que, por otro lado, puede estar permitida, ser obligatoria o estar prohibida; lo opuesto a poder, en este segundo caso, es ser incompetente, es decir, no tener capacidad para producir un determinado resultado normativo; y, finalmente, las reglas que confieren poder no pueden tampoco incumplirse, pero no por la razón por la que no pueden incumplirse las permisiones, sino porque ellas no son normas deónticas: lo único que cabe con las reglas que confieren poder es usarlas con éxito o no.” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 2ª edición, 2004. Barcelona, Ariel. Pág. 99 (la cita es del texto citado).

⁵⁶ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 2º edición, 1958. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 106 (la cita es del texto citado).

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Ibíd.* pag. 106 (la cita es del texto citado).

⁵⁸ HART, H.L.A. El concepto de derecho. 3ª edición, 2ª reimpresión, 2012. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Pág. 43 (la cita es del texto citado).

⁵⁹ “Si en estricto sentido la competencia se refiere solo a la aptitud para tomar decisiones, o sea emitir actos jurídicos, se tiene que la incompetencia es la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional.” Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P.: Auto de 31 de julio de 1980 (la cita es del texto citado).

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 17 de octubre de 2013, Exp. 45.679.



ejercer dicha función sobre ciertos asuntos o negocios determinados, es decir, ésta última es una parte de la jurisdicción⁶¹.

3.9.- Al hablar de competencia en materia de arbitraje es necesario hacer referencia al principio de habilitación o voluntariedad, principio conforme al cual son las partes las que en ejercicio de la autonomía dispositiva le otorgan la competencia a un juez arbitral para resolver las controversias existentes o que surjan entre ellos, fijando mediante el pacto arbitral las reglas a seguir en cuanto al tipo de controversias que se someterán a la justicia arbitral, el procedimiento y la forma de designar los árbitros.

3.10.- De ésta forma, el Tribunal de arbitramento carece de jurisdicción cuando el pacto arbitral no existe o cuando el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que autoriza la ley que sean resueltos en sede de arbitraje.

3.11.- Por su parte y en desarrollo del principio de habilitación que rige en materia de arbitramento, el Tribunal carece de competencia cuando se pronuncia sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.

3.12.- Requisito de procedencia de la causal.

3.12.1.- Pero para que ésta causal sea procedente en sede de anulación, se requiere que la parte interesada haya alegado ya sea la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o la falta de competencia en el curso del trámite arbitral, es decir que haya puesto de presente esas circunstancias instaurando el recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia.

3.13.- Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que por ejemplo las partes han pactado una cláusula compromisoria conforme a la cual deciden someter a la justicia arbitral las controversias que se originen con ocasión del contrato que han celebrado, sustrayendo de la competencia arbitral ciertos asuntos, no alegan la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre éstos de forma oportuna y tampoco instauran el recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia, lógico es de concluir que aceptan la competencia del Tribunal sobre todos los asuntos.

⁶¹ L.B Hernán Fabio, “*Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*”, Tomo I parte general, Temis año 1974. Págs. 160 a 164.



3.14.- Así, se entiende que si ninguna de las partes alegó la caducidad de la acción o la falta de jurisdicción o competencia en el curso del trámite arbitral, así como tampoco instauraron el recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia, no pueden ahora venir en sede de anulación de laudos arbitrales a alegar esas mismas circunstancias con fundamento en otras causales tales como la prevista en el numeral 9º de la Ley 1563 de 2012, pues las causales son taxativas y no se configuran por el nombre o denominación que se les dé, sino con base en las razones o argumentos que se dan para constituir las.

3.15.- En conclusión, en vigencia de la ley 1563 de 2012 la falta de competencia o de jurisdicción del Tribunal de arbitramento ya no pueden alegarse con fundamento en la causal 9ª, donde la anulación del laudo proferido se constituye por decisiones *extra petita*, *ultra petita* o *citra petita*, pues ya existe una causal taxativa que regula específicamente esas circunstancias.

3.16.- Adicional a lo anterior, se entiende que si no se impugnó el auto de asunción de competencia, las partes se encuentran conformes con la competencia del Tribunal de arbitramento constituido para que dirima todas las controversias que le fueron presentadas, razón por la cual no pueden ahora venir a alegar en sede de anulación esa misma circunstancia bajo la denominación de una causal diferente.

4.- La anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Causal séptima de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

4.1.- Esta causal se encontraba prevista en términos similares en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 pero hacía referencia únicamente a “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho*”, sin precisar que se hacía referencia únicamente a los fallos en equidad y no a aquellos fallos que se profieren sin motivación alguna por los jurados de conciencia.

4.2.- Ya en anteriores oportunidades ésta Sala de Sección había analizado ésta causal y su alcance para señalar que:

“En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento⁶² para referirse a una de las

⁶² Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96 (Cita original del texto citado)



modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”⁶³

Hoy la ley⁶⁴ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

4.2. Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad⁶⁵ pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.⁶⁶

Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.⁶⁷

La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.⁶⁸

Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inícuo o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.⁶⁹

Uno de tales postulados ha sido recogido y expuesto hoy por la Corte Constitucional⁷⁰ en los siguientes términos:

“Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.

Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso

⁶³ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º (Cita original del texto citado)

⁶⁴ Ley 446 de 1998, artículo 111. (Cita original del texto citado)

⁶⁵ P. G. CARON. *“Aequitas” Romana, “Misericordia” Patristica Ed “Epicheia” Aristotelica Nella Dottrina Dell’ “Aequitas” Canonica*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2. (Cita original del texto citado)

⁶⁶ Ibidem. (Cita original del texto citado)

⁶⁷ ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86. (Cita original del texto citado)

⁶⁸ P. G. CARON. *“Aequitas”*. Opus. Cit., p. 6. (Cita original del texto citado)

⁶⁹ Ibidem, p. 98-104. (Cita original del texto citado)

⁷⁰ Sentencia T-518 de 1998. (Cita original del texto citado)



concreto.”

4.3. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.⁷¹

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio⁷² o de las normas jurídicas,⁷³ por la ausencia de razonamientos jurídicos⁷⁴ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.⁷⁵

En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde(sic) de toda consideración jurídica o probatoria.

El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cubre cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”⁷⁶

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan⁷⁷ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.⁷⁸

Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: **a)** El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inícuo o que conduce a una iniquidad; **b)**

⁷¹ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320). (Cita original del texto citado)

⁷² Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468). (Cita original del texto citado)

⁷³ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543). (Cita original del texto citado)

⁷⁴ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543). (Cita original del texto citado)

⁷⁵ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411). (Cita original del texto citado)

⁷⁶ Artículo 116 de la Constitución Política. (Cita original del texto citado)

⁷⁷ Artículo 116 de la Constitución Política. (Cita original del texto citado)

⁷⁸ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C. (Cita original del texto citado)



El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

4.4. Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando:

a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; **b)** Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.

Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal⁷⁹.

5.- La anulación del laudo por 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 arbitramento⁸⁰. Causal novena de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

5.1.- Esta causal se encontraba antes prevista en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

5.2.- En efecto, el numeral 8º del decreto 1818 de 1998 preveía como causal de anulación “*Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”.

5.3.- Pues bien, en vigencia de dicho Estatuto se estimaba que por medio de ésta causal se procuraba garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, principio éste que conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 38.621.

⁸⁰ Se retoma en este punto lo pertinente del fallo de 13 de abril de 2015, Exp. 52556 de esta Subsección.



los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado⁸¹.

5.4.- También se estimó en su oportunidad que la causal referida tenía 2 modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos *extra petita* que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda y los fallos *ultra petita*, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda.

5.5.- Así las cosas, se consideraba que bajo ésta causal el laudo arbitral podía anularse por un fallo *extra petita* o *ultra petita* cuando el juez arbitral se pronunciaba sobre asuntos no sometidos a su decisión en el pacto arbitral, sobre asuntos no susceptibles de ser resueltos por ésta vía o cuando concedía más de lo pretendido en la demanda.

5.6.- De ésta forma, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debía realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre lo previsto en el respectivo pacto arbitral por las partes, los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa *petendi*, o lo uno y lo otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio *in procedendo* se configurara ante las discrepancias que se presentaran entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

5.7.- Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que por medio del numeral 2º del artículo 41 de dicho Estatuto arbitral se incorporó una nueva causal de anulación que de forma especial y específica regula las circunstancias de falta de jurisdicción o de competencia del juez arbitral, forzoso es de concluir que por vía de ésta causal, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no se pueda alegar la nulidad del laudo cuando el juez arbitral profiere un laudo pronunciándose sobre puntos no sujetos a su decisión o que no eran susceptibles de disposición por mandato legal, pues se repite en vigencia del nuevo estatuto arbitral ya existe una causal que específicamente regula esas hipótesis.

5.8.- Así las cosas, se entiende que bajo la primera parte de ésta causal, esto es, “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber*

⁸¹ Ibídem.



concedido más de lo pedido”, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no podrán alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción o competencia por haberse pronunciado el juez arbitral sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o sobre aquellos que por ley no eran susceptibles de ser resueltos por ésta vía, pues con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 ya es claro que dichas hipótesis deben ser alegadas con fundamento en la causal del numeral 2º previsto en su artículo 41 que las regula de forma específica.

5.9.- En conclusión ésta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral sólo podrá configurarse por un fallo *extra petita* cuando el juez arbitral se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo *ultra petita*, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

5.10.- Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que una entidad estatal no alega la falta de competencia del Tribunal arbitral por estimar que éste se pronunció sobre aspectos que no se encontraban sujetos a su decisión y no interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia poniendo de presente dicha circunstancia, no puede ahora venir a alegar la anulación del laudo arbitral con fundamento en la causal a la que se alude, pues es claro que debió hacerlo con base en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 y agotar el requisito de impugnación aludido.

5.11.- Por su parte el numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, preveía como causal de anulación, “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

5.12.- Sobre éste aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo *citra petita*⁸² consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las

⁸² La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.



excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.

5.13.- También respecto de ésta última hipótesis se había señalado que el árbitro en su calidad de juez transitorio tenía y tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso.

5.14.- Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del código General del Proceso, preveía y ahora prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes.

5.15.- Así las cosas, se entendió y ahora se entiende que para efectos de establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral.

5.16.- Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo *extra petita*, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo *ultra petita*, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo *citra petita*, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

6.- Caso concreto.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la anulación se tiene que los recurrentes invocaron como causales de anulación del laudo de 12 de octubre de 2014 las previstas en los numerales 2º, 7º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.



6.1.- Primer cargo de anulación formulado conjuntamente por ETB y el Ministerio Público. La falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir el asunto.

6.1.1.- En virtud del primero de estos cargos alegaron, de modo similar, los censores que el Tribunal de arbitramento debió declarar la falta de competencia para resolver el pleito habida consideración de la interpretación prejudicial dictada por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en virtud de la cual se advirtió la que la competente para resolver las diferencias surgidas entre operadores en materia de interconexión recae sobre la autoridad nacional de telecomunicaciones, lo que para el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

6.1.2.- Por consiguiente, a los fines de resolver lo pertinente la Sala procederá, *ab initio*, a puntualizará algunas características del derecho comunitario andino y la interpretación prejudicial, examinará lo pretendido por la parte convocante en este juicio arbitral, determinará si en el *sub judice* debía satisfacerse el trámite de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, describirá lo expuesto en la Sentencia de 13 de mayo de 2014 dentro del proceso 14-IP-2014 y los fallos dictados dentro de otros procesos de naturaleza similar, revisará las razones expuestas en el laudo arbitral de 12 de octubre de 2014 sobre la competencia de ese panel para conocer del pleito trabado entre Comcel S.A y ETB S.A. y, sobre ese trasfondo, dictaminará si la causal invocada cuenta con vocación de prosperar.

6.2.- Derecho Comunitario Andino e Interpretación Prejudicial.

6.2.1.- Sabidas son las características de efecto directo⁸³, aplicación inmediata⁸⁴ o directa⁸⁵, autonomía⁸⁶ y preeminencia⁸⁷ del Derecho Comunitario Andino, como también

⁸³ “(...) el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.” Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 24 de marzo de 1997. Proceso 03-AI-96.

“En virtud de este principio, las personas naturales o jurídicas pueden solicitar al juez nacional la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico andino al caso sometido a su conocimiento, y **el juez nacional está obligado a aplicarlas cuando han sido invocadas por los particulares y aún en el caso de que no lo hayan sido, desde que éstas han generado derechos y obligaciones en sus destinatarios.**” (Resaltado propio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 22 de junio de 2012. Proceso No. 02-AI-2010.

⁸⁴ “La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigido”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de marzo de 1997. Proceso 08-IP-96.

⁸⁵ “Para este Tribunal el efecto que tiene el principio, intrínseco al Derecho Comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos judiciales o administrativos el derecho comunitario involucrado en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma



que éste llama, en virtud de su carácter normativo, a su obligada observancia por las autoridades estatales sin distinción alguna, esto es, vincula a los Estados parte concebidos como un todo, generando, entre otras, el desplazamiento –que no derogatoria– de la regla jurídica interna en beneficio de la norma de derecho comunitario⁸⁸⁻⁸⁹. Luego, no hay lugar a reconocer válidamente escenarios bajo los cuales los poderes estatales puedan sustraerse a la observancia de sus preceptivas⁹⁰. Afirmar lo contrario sería tanto como socavar los cimientos sobre los cuales se edifica la normativa integracionista, descreer el carácter jurídico del ordenamiento comunitario y perder de vista la teleología perseguida por los Estados parte a la hora de constituir la Comunidad.

nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que nace por sí misma y sin requerimiento o declaración de ninguna especie.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 16 de junio de 1999. Proceso No. 30-IP-98.

⁸⁶ “Principio de Autonomía. Este principio es un efecto y un complemento claro del Principio de Primacía. Consagra al ordenamiento jurídico comunitario andino como un “sistema jurídico”, es decir, como un todo coherente dotado de unidad, basado en un conjunto de principios y reglas estructurales que se derivan de él mismo, sin soportarlas en ningún otro ordenamiento jurídico. En otras palabras, **la validez del ordenamiento jurídico comunitario andino no depende de ningún otro ordenamiento local, nacional o internacional.**” (Resaltado propio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 29 de abril de 2010. Proceso 114-IP-2009.

⁸⁷ “se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la “validez plena” de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de diciembre de 1987. Proceso 1-IP-87.

⁸⁸ “En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. (...)”

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario (“**preemption**”).” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 25 de mayo de 1988. Proceso No. 02-IP-88.

⁸⁹ “Se debe aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas de 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.” [Punto resolutivo tercero de la sentencia]. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Proceso 14-IP-2014.

⁹⁰ “Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, son aplicables en los Países Miembros no sólo a sus gobiernos centrales, sino a todos los entes estatales, incluyendo a sus autoridades descentralizadas, y a las autoridades locales o regionales.” Dictamen No. 01-97 de la Junta del Acuerdo de Cartagena. Aparte transcrito y reiterado en la Sentencia de 7 de diciembre de 1998 del Proceso No. 03-AI-97 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.



6.2.2.- Tales notas distintivas, entonces, imponen a los Estados parte los deberes de asegurar el cumplimiento de la normativa Comunitaria en su respectiva jurisdicción territorial y de no contrariar u obstaculizar la misma⁹¹; precisos mandatos de acción y abstención en torno a un mismo ideal: el primado del derecho comunitario⁹².

6.2.3.- Es en este contexto en el que se inscribe la institución de la interpretación prejudicial, disciplinada en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 122 y 123 de la Decisión 500 de 2001, pensada como un instrumento garante de la atribución de sentido uniforme⁹³ de las disposiciones de derecho comunitario en todas las jurisdicciones donde deban ser aplicadas. Los predicamentos de uniformidad y coherencia del sistema jurídico comunitario sólo son posibles observando la interpretación autorizada que del ordenamiento jurídico primario y derivado de la Comunidad hace el Tribunal de Justicia y ello se logra a través de las consultas facultativa y obligatoria⁹⁴.

⁹¹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina de Naciones. Artículo 4.- 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. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

⁹² “Ahora bien, en aplicación y como corolario de los principios y características anteriormente descritos, (...) se le imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo: una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y, otra, de no hacer, conducente a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 12 de noviembre de 1999. Proceso No. 07-AI-99.

“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...). En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 20 de septiembre de 1990. Proceso No. 2-IP-90. Reiterado, entre otras, en Sentencia de 27 de junio de 2002. Proceso 01-AI-2001; Sentencia de 25 de abril de 2013. Proceso 129-IP-2012.

⁹³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Artículo 32. Corresponderá al Tribunal 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.

⁹⁴ “Se trata de un mecanismo de cooperación judicial, en virtud del cual, tanto el órgano jurisdiccional como el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, están llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una correcta decisión.

Tanto los Tratados de las Comunidades Europeas como el nuestro, ubican este mecanismo como el procedimiento técnico para asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario y, más exactamente, para garantizar a ese Derecho en toda circunstancia, el mismo efecto en los Estados miembros (Art. 28 del Tratado de creación del Tribunal).” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 19 de septiembre de 1995. Proceso 9-IP-1992.

“La norma comunitaria andina, tal y como sucede con las demás normas jurídicas, es susceptible de interpretación por parte del operador jurídico. Si dicha labor fuera libre y sin condicionantes, podría haber tantas interpretaciones como operadores jurídicos existieran en el territorio Comunitario Andino. Para evitar este quiebre del sistema normativo, y con el fin de garantizar la validez del ordenamiento jurídico comunitario y la aplicación uniforme del mismo, se creó e instituyó la figura de la Interpretación Prejudicial.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 8 de abril de 2011. Proceso 119-IP-2010.



6.2.4.- En cuanto hace a la interpretación prejudicial obligatoria, se tiene que es deber de la autoridad judicial interna solicitarla, bien sea de oficio o a pedido de parte, siempre que el juicio que se tramita sea de única o última instancia, la sentencia no sea susceptible de recursos en derecho interno y en él se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Es del caso precisar que hay lugar a la solicitud de interpretación prejudicial, inclusive, respecto de disposiciones comunitarias de las que ya el Tribunal de Justicia ha emitido su interpretación, pues la jurisprudencia no ha dado cabida a la doctrina del *acto aclarado* y por el contrario ha reafirmado el deber de interpretar cada asunto no en vano los precedentes interpretativos que puedan existir apoyado, entre otras, en razones de seguridad jurídica⁹⁵.

6.2.5.- Así, el instrumento de interpretación prejudicial presenta una configuración bifronte, reconducido objetivamente a proteger y garantizar la vigencia del orden jurídico comunitario y como derecho subjetivo de los justiciados, que integra una de las posiciones amparadas por el derecho convencional y constitucional del debido proceso, a que se aplique la disposición comunitaria en los precisos y exactos términos fijados por su intérprete autorizado.

6.2.6.- De otra parte, la jurisprudencia comunitaria ha extendido, atendiendo al criterio funcional, material u objetivo⁹⁶, este deber a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales⁹⁷ y los tribunales de arbitramento que dictan fallos en única o

⁹⁵ “debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos. Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de diciembre de 1987. Proceso 1-IP-87.

“Conviene observar que el pronunciamiento del Tribunal cuando atiende una solicitud de interpretación prejudicial, tiene la finalidad de asegurar la aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, por lo que la jurisprudencia del Tribunal, como cuerpo de doctrina armónica y estable que debe servir al proceso de integración andina, es de aplicación general en los Países Miembros. Sin embargo los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que, por su propia naturaleza, se refieren al asunto sub-judice en cada caso. De allí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al Juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación. Asimismo, bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 24 de noviembre de 1989. Proceso 7-IP-89. En el mismo sentido véase los Dictámenes No. 03-2013 de 13 de mayo de 2013 y No. 02-2014 de 16 de abril de 2014 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.

⁹⁶ “Cuando se toma en cuenta el criterio funcional, material u objetivo y no únicamente el criterio orgánico, formal o subjetivo, se debe ampliar necesariamente la noción de juez nacional, puesto que los Estados tienen la potestad de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial y revestirlos de competencias para aplicar normas jurídicas con la finalidad de resolver controversias y emitir decisiones firmes.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Proceso 121-IP-2014.

⁹⁷ Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencias de 21 de marzo de 2007 (Proceso 14-IP-2007) y Sentencias de 17 de octubre de 2007 (Proceso 130-IP-2007). En el primero de estos fallos se dijo:



última instancia y en derecho⁹⁸, inclusive. De ahí que la noción de '*juez nacional*' se determine con arreglo a los fines del derecho comunitario⁹⁹.

6.2.7.- Se ha dicho, en cuanto hace a las vicisitudes de la interpretación prejudicial obligatoria dentro del proceso judicial, que ésta no tiene la naturaleza de una petición probatoria¹⁰⁰ (de ahí que ninguno de los trámites, cargas u oportunidades probatorias sean de recibo para este instrumento), por el contrario, se le ha asimilado a un incidente procesal¹⁰¹ que suspende la actuación hasta tanto se obtenga la interpretación del Tribunal de Justicia, siendo un presupuesto inexcusable e indispensable para la validez del fallo del juez nacional, pues no puede sentenciar el pleito hasta no obtener la interpretación de la norma comunitaria¹⁰². Ha dicho el Tribunal de Justicia que el fallo que se dicte con violación a este requerimiento implica la sanción de nulidad de esa

“Por lo anterior, resulta menester interpretar el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 122, 123, 127 y 128 del Estatuto, cuando se refieren a los Jueces Nacionales, de manera amplia, en aras de identificar el sujeto legitimado para solicitar la interpretación prejudicial y que dentro de un País Miembro es aquel que ostenta la función judicial.

Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma.

Como conclusión, el término ‘Juez Nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino.”

⁹⁸ Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de agosto de 2011. (Proceso 3-AI-2010) y Sentencia de 11 de julio de 2012 (57-IP-2012). En el primero de estos fallos sostuvo:

“Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.

Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso.”

⁹⁹ “El concepto de “juez nacional” (...) constituye un concepto autónomo, propio del Derecho Comunitario Andino que debe ser definido por el Tribunal de acuerdo con criterios propios y tomando en cuenta el objeto del instituto de la interpretación prejudicial.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Proceso 121-IP-2014.

¹⁰⁰ “Queda en consecuencia claro, que la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 17 de marzo de 1995. Proceso 10-IP.1994. En el mismo sentido véase, entre otras, sentencia de 15 de febrero de 1988. Proceso 1-IP-87.

¹⁰¹ Cfr., entre otras, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencias de 29 de agosto de 1997 (Proceso 11-IP-1996), Sentencia de 11 de julio de 2013 (57-IP-2012), Sentencia de 25 de abril de 2013 (69-IP-2013); Sentencia de 25 de junio de 2013 (17-IP-2013); Sentencia de 11 de julio de 2014 (76-IP-2014);

¹⁰² “En ese sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él “no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias”. Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso¹⁰².” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 21 de abril de 2009. Proceso 106-IP-2009.



providencia¹⁰³. De otra parte, el procedimiento de interpretación puede surtir en cualquier etapa del proceso judicial siempre que sea anterior al momento de emitir fallo; en este sentido hay lugar a entender el término “*prejudicial*” no como anterior al inicio de la actuación judicial sino precedente al momento en que se dicte providencia que resuelva el litigio.

6.2.8.- Precisamente esta última nota distintiva abre paso a otra de las cuestiones relevantes de este asunto y que dice relación con el deber que tiene el juez nacional a la hora de emitir sentencia dentro de una actuación donde se ha surtido y obtenido la interpretación prejudicial. Honrando la primacía del derecho comunitario y la teleología del mecanismo de interpretación prejudicial se tiene que la disposición comunitaria así interpretada pasa a integrar, de manera prevalente y excluyente, una de las premisas normativas llamada a gobernar el razonamiento del fallo a adoptar, de modo que es deber del Juez concretar el contenido normativo interpretado de acuerdo a las particularidades fácticas y jurídicas del pleito (que no cercenar o anular su efecto jurídico) pues entiende esta judicatura que la interpretación del Tribunal de Justicia no se asimila a simples conceptos o consejos prudenciales sino a auténticas directivas interpretativas de orden imperativo que no otorgan espacio al Juez nacional para su discusión o aplicación discrecional en el caso concreto.

6.2.9.- Con otras palabras, averiguado está que el Juez Nacional satisface su compromiso con el derecho comunitario andino dando curso a la interpretación prejudicial obligatoria y aplicando integralmente el resultado hermenéutico desarrollado por el Tribunal de Justicia en el litigio pertinente. Así lo fija el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal¹⁰⁴, reiterado por la jurisprudencia comunitaria: “*El Juez Nacional deberá aplicar adecuadamente la interpretación prejudicial. (...) Por lo tanto, no sólo debe remitirse a la interpretación prejudicial en su sentencia, sino que debe acatarla de manera integral y de conformidad con el sentido de la misma*”¹⁰⁵ e, inclusive, lo ha

¹⁰³ “La sentencia dictada adolecería de nulidad. Tal como se mencionó anteriormente, el requisito de la solicitud de interpretación prejudicial, teniendo en cuenta la aplicación inmediata y el efecto directo de la normativa comunitaria andina, entra a formar parte de la normativa procesal nacional de manera inmediata y automática. Su incumplimiento acarrearía la nulidad de la sentencia y entraría a ser parte integrante de las causales de nulidad previstas en la normativa interna. Es importante recordar que la violación de las normas procesales es la base para alegar una violación al “derecho al debido proceso”. De conformidad con las figuras procesales internas, cualquiera de las partes de un litigio en donde el juez de única o última instancia no hubiera solicitado la interpretación prejudicial, podrá alegar la nulidad o invalidez de la sentencia de conformidad con las vías procesales internas: recursos extraordinarios de revisión, casación, etc.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 10 de mayo de 2012. Proceso 149-IP-2011.

¹⁰⁴ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

¹⁰⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 15 de febrero de 2012 (Proceso 111-IP-2011), sentencia de 18 de abril de 2012 (Proceso 156-IP-2011), Sentencia de 10 de mayo de 2012 (Proceso 149-IP-2011);



sostenido el Pleno Contencioso de esta Corporación *“El artículo 31 (sic) del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, prevé que el juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación del Tribunal; el mandato de que da cuenta la norma en mención implica la creación de una obligación a cargo del juez nacional, la de adoptar en su decisión la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, y de un derecho correlativo de las partes a que el fallo se profiera con base en la referida interpretación.”*¹⁰⁶

6.2.10.- A los fines de garantizar la vigencia de estos conceptos en el marco de los procedimientos arbitrales cursados en alguno de los Estados parte de la Comunidad Andina de Naciones, la jurisprudencia comunitaria, al reconocer que los árbitros se adscribe dentro de la noción de *“juez nacional”*, también ha hecho exigible respecto de ellos el cumplimiento del trámite de interpretación prejudicial obligatoria en aquellos litigios donde se deba fallar en derecho y se discuta o aplique una norma comunitaria¹⁰⁷, de ahí que este deber no pueda ser suplido en sede del juez de anulación pues éste actúa como instancia extraordinaria. Siendo que el arbitramento consiste en un juicio de única instancia carente de recursos ordinarios, se ha entendido que es posible ventilar el incumplimiento del procedimiento de interpretación prejudicial en sede del juez de anulación del laudo, más aun le asiste al Juez la competencia oficiosa de declarar ello inclusive cuando el recurrente no censure el laudo impugnado por tal razón.

6.2.11.- El Tribunal ha elaborado tales consideraciones puntualmente en la sentencia de 11 de julio de 2012, Proceso 57-IP-2012¹⁰⁸, en una interpretación prejudicial solicitada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, donde tuvo en cuenta la particular naturaleza del recurso de anulación como extraordinario, el que se haya edificado por el legislador sobre la base del juzgamiento de errores *in procedendo* (que no *in judicando*) y cuya procedencia está circunscrita a ciertas causales tasadas

Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Proceso 60-IP-2012); Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Proceso 82-IP-2014); Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Proceso 68-IP-2014); Sentencia de 7 de diciembre de 2015 (Proceso 396-IP-2015); Sentencia de 7 de diciembre de 2015 (Proceso 89-IP-2015).

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 15 de marzo de 2005. Expediente 11001-03-15-000-1995-0005-01 (S).

¹⁰⁷ “Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.”. Tribunal de justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Proceso 03-AI-2010.

¹⁰⁸ Cfr. en el mismo sentido Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones sentencia de 10 de septiembre de 2014. Proceso 82-IP-2014.



expresamente por la Ley; notas éstas características de esta institución procesal en el ordenamiento jurídico colombiano.

6.2.12.- No en vano ello, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones ha dispuesto que por vía de integración normativa y atendiendo la supremacía del ordenamiento comunitario sobre el nacional, al juez de anulación (en el caso Colombiano la Sección Tercera del Consejo de Estado o la respectiva Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial) le corresponde, *“por encima de las limitaciones formales de su normatividad interna”*, declarar la nulidad de la sentencia o laudo que no haya dado lugar a la interpretación prejudicial obligatoria, de manera tal que, para todos los efectos jurídicos, este supuesto se subsume como una más de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normatividad interna. Se advierte que misma consecuencia ha de pregonarse al evento en el cual pese a solicitarse la interpretación prejudicial el Tribunal de Arbitramento no aplicó ésta a la hora de dictar el laudo que zanjó la contienda.

6.2.13.- Es claro, entonces, en estos eventos, que la competencia con la que actúa el juez de anulación no proviene de la Ley sino que emana del derecho comunitario andino directamente pues es a partir de su propio ordenamiento y de la hermenéutica desarrollada por su Tribunal de Justicia que se concluye la adscripción de esta potestad convencional en punto a la anulación de laudos arbitrales. Siendo tal cosa verdad irrefutable habida cuenta lo expuesto, resulta incontestable que este asunto no puede ser modificado, desconocido o alterado por el legislador nacional pues también averiguado tiene esta judicatura que en un contexto como del que se viene hablando, de aplicación directa del derecho internacional comunitario, es perfectamente predicable la proscripción a un Estado de oponer normas de derecho interno para omitir o rehusar el cumplimiento de las obligaciones de origen internacional, regla esta consuetudinaria del derecho internacional público recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)”* y que, por lo demás, ha sido recogida en el ámbito comunitario andino en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

6.2.14.- Por la trascendencia de este punto vale la pena traer a cuento uno de los apartes más relevantes de la mencionada sentencia donde el Tribunal de Justicia condensó esta línea de pensamiento:



“El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito total.”¹⁰⁹

6.3.- Lo pretendido por la convocante.

6.3.1.- Como se dejó registrado en los antecedentes de este fallo la parte convocante presentó el 21 de diciembre de 2012 demanda arbitral la misma que fue corregida mediante memorial de 18 de junio de 2013, previa inadmisión del juez arbitral. De uno y otro documento trasunta que lo pretendido por Comcel S.A se contrae a que se declare que ETB está obligada a pagar a la primera por concepto de “Cargos de Acceso” los valores establecidos bajo la opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por Minuto”, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002. Por consiguiente, pidió se condenara a ETB al pago de la diferencia entre lo que ésta ha venido pagando y lo que ha debido pagar.

6.3.2.- Como hechos relevantes del pleito se destaca que Comcel y ETB suscribieron el 13 de noviembre de 1998 “contrato de interconexión entre Comcel S.A y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A ESP”, cuyo objeto, descrito en la cláusula primera, da cuenta del establecimiento del régimen que regulará las relaciones entre las partes del contrato y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la Red de TPBCLD¹¹⁰ de ETB, con la Red de TMC¹¹¹ de Comcel S.A.

6.3.3.- Se narra en la demanda, *inter alia*, que para la fecha de suscripción del contrato el ente regulador no preveía un valor de Cargo de Acceso que los operadores de TPBCLD debería pagar a los operadores de TMC por tráfico de larga distancia internacional entrante, pactándose en el contrato la remuneración que percibiría Comcel con arreglo a lo dispuesto en el “Anexo Comercial y Financiero” de ese contrato. Cuenta, también, que la CRT expidió la Resolución No. 253 de 2000 que adoptó el mismo valor de cargo por acceso por tráfico internacional entrante previsto en el

¹⁰⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 11 de julio de 2013. Proceso 57-IP-2013.

¹¹⁰ TPBCLD: Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional.

¹¹¹ TMC: Telefonía Móvil Celular.



contrato de interconexión y, posteriormente, la Resolución 463 de 2001 donde fijó un esquema de cargos de acceso entre operadores telefónicos.

6.4.- El deber de solicitar la interpretación prejudicial en el asunto.

6.4.1.- Visto lo anterior, la Sala advierte que en el asunto de la referencia se evidencia, al rompe, el deber de cursar la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que se acredita en razón a la materia del pleito y los antecedentes procesales, nacionales y comunitarios, que rodean este litigio.

6.4.2.- En efecto, como se cuenta en los preliminares, este asunto tuvo como antecedente una demanda arbitral inicialmente formulada el 7 de diciembre de 2004 por Comcel S.A. contra ETB con idéntico objeto. Tal litigio concluyó en la expedición del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 que declaró a lugar la demanda y, consecuentemente, condenó a ETB al pago de unas sumas de dineros por concepto de la diferencia entre lo que ha pagado y lo que debió pagar por cargos de acceso por el uso de la red de telecomunicaciones de Comcel y por costas y agencias en derecho. Contra ese laudo se promovió recurso de anulación el cual fue desestimado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en fallo de 27 de marzo de 2008 dentro del proceso radicado No. 11001-03-26-000-2007-00010-00 (33645).

6.4.3.- Posteriormente, a instancias de demanda promovida por ETB, el 26 de agosto de 2011 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el marco de una acción de incumplimiento, declaró a lugar la demanda contra el Estado Colombiano toda vez que el Consejo de Estado no solicitó ante ese Tribunal la interpretación prejudicial de la normativa andina siendo éste su deber al evidenciarse la omisión de los tres (3) respectivos paneles arbitrales de tramitar tal cuestión. En uno de los puntos considerativos relevantes del fallo el Tribunal anotó:

“Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio *in procedendo* de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, **el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral, es decir el Consejo de Estado de la República de Colombia debió aplicar los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto, teniendo en cuenta que en este ámbito su papel era de juez comunitario andino y no simplemente de juez nacional.**



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

6.4.4.- En cumplimiento de esta decisión de la justicia comunitaria andina el Consejo de Estado, actuando como juez de tal, dictó el 9 de agosto de 2012 sendos fallos dentro de los expedientes 43281, 43195 y 43045 (correspondiendo este pleito al primero de ellos), donde dejó sin efecto la sentencia de 27 de marzo de 2008 dictada por esa misma Corporación y anuló el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 que resolvió la controversia surgida entre Comcel S.A y ETB.

6.4.5.- En cuanto a las consecuencias que se desprendía de esa decisión importa destacar, para lo que hace al asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, que en estricto acatamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se dejó sentado en la parte considerativa del fallo el deber, del interesado, de convocar a un nuevo Tribunal de Arbitramento para dirimir el litigio *“convocatoria que debería efectuarse con sujeción a las normas que regulan la materia, nuevo Tribunal de Arbitramento que tendría, por tanto, el deber de satisfacer la exigencia impuesta por el ordenamiento andino en el sentido de solicitar la Interpretación Prejudicial que resulta imperativa en el caso sub examine para que, posteriormente, con apoyo en dicha Interpretación Prejudicial y de haber lugar a ello, se profiera el correspondiente laudo arbitral.”* (Resaltado propio).

6.4.6.- Por consiguiente, la Sala, conforme a esta sumaria revisión de los antecedentes, concluye de un modo irrefragable que el deber de solicitar la interpretación prejudicial deviene en un deber no impuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo de marras sino que éste abreva en las fuentes del derecho comunitario andino y las decisiones del Tribunal de Justicia de esa comunidad y ello sólo puede ser así por el hecho de que los fundamentos fácticos y jurídicos del pleito arbitral tiene relación estrecha y directa con la normativa de la Comunidad Andina de Naciones pues encuentra esta judicatura, de una parte, que la Decisión No. 462 de 25 de mayo de 1999 disciplina cuestiones relativas al proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones al tiempo que la Resolución No. 432 de 2



de octubre de 2000 regula, de un modo más concreto, normas comunes sobre interconexión.

6.4.7.- De hecho, presupuesto para la declaratoria de incumplimiento del Estado Colombiano ante el TJCA lo fue la verificación, por parte de ese órgano jurisdiccional, que en los procesos arbitrales trabados entre Comcel y ETB resultaba aplicable el ordenamiento jurídico andino. Así lo puso de presente ese Tribunal en su parte considerativa:

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

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

6.4.8.- Adviértase, entonces, que comoquiera que lo pretendido y la *causa petendi* de la demanda arbitral dicen relación con un contrato de interconexión entre operadores de telefonía (uno de telefonía celular y el otro domiciliario de telefonía pública básica conmutada), que lo que es objeto de discusión en este asunto se contrae a que se declare la obligación de ETB de pagar unas sumas derivadas del concepto de cargos de acceso establecidos en unas Resoluciones de la CRT y que en este asunto la justicia comunitaria se pronunció y declaró que en materia de interconexión existe regulación del ordenamiento jurídico andino, es obligada conclusión pregonar que en el asunto *sub judice* era deber del Tribunal de Arbitramento surtir la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, trámite que fue satisfecho por el panel arbitral obteniendo así la sentencia de 13 de mayo de 2014 dentro del proceso radicado 14-IP-2014.



6.5.- La sentencia de 13 de mayo de 2014 dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y las sentencias dictadas en otros procesos de naturaleza afín.

6.5.1.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dictó el 13 de mayo de 2014 sentencia dentro del proceso 14-IP-2014 donde interpretó el: *“artículo 80 del Acuerdo de Cartagena, artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 2 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina, artículos 2,4, 30, 32 y 34 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y artículos 3, 4, 6, 13, 17 literal f), 18, 19, 20, 23, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, artículo 121, 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Órgano nacional consultante: Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá de la República de Colombia. Demandante: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. (COMCEL). Demandada: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (ETB). Asunto: “Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones”.*”.

6.5.2.- Luego de transcribir los antecedentes de la cuestión y las disposiciones a ser interpretadas, el Tribunal precisó que analizará las siguientes temáticas: a) la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes; b) la interpretación prejudicial facultativa y obligatoria; c) de los principios andinos de preeminencia y complemento indispensable; d) qué se debe entender por comercio de servicio. Conflictos de interconexión entre operadores locales; e) sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones y f) principio del pacta sunt servanda y como excepción el principio de rebuc sic stantibus. Referirá la Sala a los puntos a), c), d) y e) por cuanto guardan relación directa con el asunto a tratar.

6.5.3.- En cuanto al primero de estos prenotados aspectos el Tribunal transcribió, *in extenso*, algunos apartes de la Sentencia dictada dentro del proceso 181-IP-2013 que refieren a la antinomia existente entre los artículos 17 f) y 32 de la Resolución 432 de 2000 y cómo esta última es la que debe primar por el criterio de especialidad al ubicarse en el capítulo denominado *“solución de controversias”* y concluyó que al existir disposición andina que de manera concreta delimita la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, *“se concluye*



que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más no el Tribunal de 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”.

6.5.4.- Respecto del punto c) el Tribunal recordó que la normativa comunitaria está “por sobre” las normas locales de cada estado miembro, que en caso de existir contradicción entre una norma andina y una nacional de un país miembro, se debe aplicar la primera preferentemente y sólo aplicar la nacional en caso en que la comunitaria no se refiera al tema “*y siempre y cuando dichas normas no contravengan el derecho comunitario*” y, finalmente, respecto del principio de complemento indispensable dijo que las autoridades nacionales de los estados parte tiene potestad de regular a través de normas internas los asuntos de interconexión de redes de telecomunicaciones “para lo cual la norma interna que se aplique deberá ser compatible con la comunitaria”, de ahí que no puedan establecerse exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinja aspectos esenciales regulados por él. Por ende, deben observarse los criterios sobre el principio de complemento indispensable para el efecto.

6.5.5.- En relación al punto d), relativo a lo que se debe entender por comercio de servicios. Conflictos de interconexión entre operadores locales; el Tribunal, citando lo dictaminado en el proceso 255-IP-2013, consideró que en el caso se advierte un conflicto particular entre Comcel y ETB ambas de la República de Colombia por el desacuerdo en la remuneración de los operadores en redes móviles por llamadas de larga distancia internacional entrante y que la Decisión 462 en el artículo 32 pregonaba que en el evento de existir actuaciones atentatorias a los principios de interconexión, se debe acudir a la autoridad nacional competente para que resuelva el conflicto, para lo cual ha de aplicarse la normativa interna.

6.5.6.- En cuanto hace al punto e) sobre el sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones. El fallo del Tribunal se remitió integralmente a lo señalado en este punto en la Sentencia dictada en el Proceso 181-IP-2013, donde se destacan los principios esenciales que se extraen de la Decisión 462 y la Resolución 432 en punto a la liberalización de los servicios públicos de telecomunicaciones en orden a cumplir los derroteros del programa andino de liberación.



6.5.7.- Finalmente, en el punto f) a analizar, el Tribunal refiere, en respuesta a uno de los cuestionamientos, que no existe diferenciación en la aplicación del principio del *pacta sunt servanda* en lo que hace a los contratos de interconexión “más bien debe apreciarse en conjunto y verificar su efecto el Tribunal Arbitral debe considerar las nuevas condiciones que se suscitaron a posterior 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 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 (...)”.

6.5.8.- La Sala, además, destaca que existen otros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que refieren a esta misma temática, entre los cuales se encuentra:

i) Sentencia de 13 de mayo de 2014 dentro del Proceso 181-IP-2013 donde el Tribunal destacó, entre otras cosas, que el artículo 32 de la Decisión 462 de la Comisión prevé que actuaciones atentatorias contra las normas o principios de interconexión o libre competencia son de conocimiento de la Autoridad Nacional Competente para que resuelva lo pertinente, existiendo así una norma expresa de competencia; de otra parte, también da cuenta que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión para solucionar las controversias que se originen por ese evento, siendo para el caso colombiano la CRT hoy CRC, competencia que es exclusiva y excluyente; finalmente es en esta sentencia donde el Tribunal Andino precisó que la antinomia surgida entre el artículo 17 f) y el 32 de la Resolución 432 debe resolverse en favor de este último en aplicación del criterio de especialidad; en el punto jurídico No. 39 el Tribunal apuntó: *“39. 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.”*

ii) Sentencia de 25 de agosto de 2014 dentro del Proceso 79-IP-2014 donde el Tribunal reiteró lo sostenido previamente en el Proceso 181-IP-2014 sobre la autoridad competente, se encargó de precisar las circunstancias en las cuales le asiste competencia a la autoridad de telecomunicaciones para conocer de estos asuntos, el requisito de procedibilidad que debe satisfacerse y, finalmente, resolvió lo pertinente a



la prelación normativa de la Decisión 462 respecto de la 439. En cuanto a los primeros dos puntos resolvió en el punto resolutivo tercero del fallo lo siguiente:

- “Cuando estemos en frente de cualquier controversia en la “ejecución de la interconexión”, es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que aunque no se incluyan en el mismo se desprendan de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier asunto que se desprenda del contrato al ser ejecutado o de situaciones que se presenten o se desprendan de su propia puesta en marcha.
- Cuando las partes en conflicto no hayan podido llegar a un acuerdo directo para la solución de la controversia. Esto quiere decir que es un requisito de procedibilidad intentar el arreglo directo antes de acudir a la autoridad competente. Esto se debe demostrar con cualquier medio de prueba aceptado por la normativa procesal interna.” (Viñetas originales del fallo).

Además, concluyó que la Decisión 462 es especial frente a la 439 en materia de telecomunicaciones y, por tanto, es la que regula *“todos los asuntos propios de la prestación de servicios en dicha área”*. Por consiguiente esa normativa comunitaria *“se aplica a cualquier asunto independientemente de si se trata de proveedores o de redes instaladas en el territorio de un mismo País Miembro”*.

iii) Sentencia de 20 de febrero de 2015 dentro del Proceso 146-IP-2015, donde el Tribunal Andino se pronunció sobre una interpretación prejudicial en un pleito arbitral entre Comcel y ETB. En este pronunciamiento el Tribunal, entre otros puntos, reiteró la línea de pensamiento expuesta y detalló que las partes tienen libertad para pactar *“formas de solución de controversias en relación con conflictos que surjan antes de la ejecución del contrato (...) pero una vez en ejecución del contrato la competencia es exclusiva y excluyente de la Autoridad de Telecomunicaciones competente. El efecto de no respetar lo mencionado es la nulidad por vicio de incompetencia”*. Resolvió, además, que al ser la restauración de la ecuación contractual un asunto que encajaría dentro de la noción de “conflictos en la ejecución de la interconexión” se sigue que la CRC tiene competencia para solucionar tal cuestión.

iv) Sentencia de 14 de diciembre de 2015 dentro del Proceso 385-IP-2015; donde el Tribunal reiteró lo expuesto en el fallo dictado en el Proceso 146-IP-20414 en cuanto a la competencia de la CRC y la limitada libertad de las partes para pactar formas de solución de controversias surgidas de la ejecución del contrato y precisó que es de resorte de la normativa nacional de cada país la que define la naturaleza de las



funciones de la Autoridad Nacional competente para dirimir las controversias entre las partes, esto es, de si actividad es jurisdiccional o administrativa y las consecuencias que se derivan de una y otra catalogación.

6.6.- Las razones expuestas en el laudo arbitral de 12 de octubre de 2014 sobre la competencia de ese panel para conocer del pleito trabado entre Comcel S.A y ETB S.A.

6.6.1.- El laudo arbitral de 21 de octubre de 2014 se ocupó de abordar la competencia del Tribunal y la interpretación prejudicial proferida en ese caso. Destacó el Tribunal que la controversia que le fue planteada es de índole contractual por cuanto se deriva de la interpretación del contrato de interconexión, anexo 2 cláusula Sexta, que fijó la forma de señalar el precio con el que ETB debería remunerar a Comcel por el uso de su red, toda vez que el convocante considera que la remuneración debería ajustarse a los valores establecidos por la CRT. Anotó que en este caso no se trata de la existencia, validez o vigencias de un acto administrativo y que se satisficieron diferentes trámites previstos en la regulación y el contrato, pues Comcel acudió a la CRT entidad que dictó las Resoluciones No. 980 de 2 de abril de 2004 y No. 1038 de 9 de julio del mismo año donde negó su intervención y, de otra parte, activó los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el contrato sin obtener acuerdo. Concluyó el Tribunal que la última opción consistía en acudir a la justicia ordinaria (arbitral, en el caso) por cuanto *“la CRT carecía y carece de la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales, que por excepción le ha sido conferidas a otras entidades administrativas por la ley, de acuerdo con el artículo 116 de nuestra Carta Política”*.

6.6.2.- Avanzando en su razonamiento, sostuvo que la sentencia del Consejo de Estado que anuló el laudo arbitral anteriormente dictado, ordenó constituir uno nuevo y solicitar la interpretación prejudicial del TJCA, lo que se satisfizo, sin embargo el Consejo de Estado *“en ningún momento ha cuestionado la competencia de los Tribunales de Arbitramento para decidir sobre los asuntos que, en virtud del pacto arbitral, les fueron encomendados”*.

6.6.3.- Por otro tanto, consideró el Tribunal que el TJCA en su interpretación prejudicial consideró que la competencia para dirimir los conflictos derivados de la interconexión es la autoridad nacional competente, para el caso colombiano la CRC, mientras que el Consejo de Estado [refiere el laudo a la sentencia de 27 de marzo de 2008, Exp.



33645], ha dicho que el Tribunal Arbitral si es competente toda vez que existe la vía administrativa o arbitral para resolver estos asuntos. Concluyó en este punto el Tribunal que pese a que el fallo citado del Consejo de Estado fue dejado sin efecto por esa misma Corporación *“El Tribunal considera que el valor jurisprudencial de la decisión es actual y vigente, razón por la cual así lo adopta”*.

6.6.4.- Similar consideración hizo el Tribunal al anotar que no eran de recibo la aplicación de normas andinas de acuerdo al artículo 80 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 2° de la Decisión 439 *“no contempla la posibilidad de aplicar las normas andinas a conflictos entre empresas de un mismo país miembro”*.

6.6.5.- Al hilo de estas consideraciones el Tribunal abordó la interpretación prejudicial solicitada en ese proceso arbitral, solicitud de la cual dijo que no respondió al análisis de si al *sub judice* se debía aplicar o no normas comunitarias *“sino a la decisión del Consejo de Estado de obligar al Tribunal que se conformara para dirimir la controversia a solicitarla”*. Seguidamente y luego de citar varias normas comunitarias dijo que el asunto puesto en conocimiento no era de interconexión sino al a remuneración de Comcel por el uso de su red en el servicio de LDI, en sus palabras: *“es decir un punto del contrato de interconexión que es totalmente ajeno a la interconexión en sí misma y se refiere al monto del precio que debe reconocerse entre las Partes del Contrato”* y, posteriormente centró su esfuerzo en analizar el artículo 80 del Acuerdo de Cartagena¹¹² (precepto recogido en términos similares en el artículo 2° de la Decisión 439¹¹³), verificando si en el caso concreto se reunía alguno de las modalidades de comercio de servicios allí descrito resolviendo el punto en sentido negativo pues la prestación pactada se dio entre sociedades de un mismo Estado para ser ejecutada en el mismo territorio, *“al no darse ninguna de las modalidades del “comercio de servicios” para el caso que estudiamos, no estamos frente a un comercio de servicios andino, sino frente a un caso de comercio de servicios nacional”* concluyó; por ende, sostuvo que las

¹¹² Acuerdo de Cartagena. Artículo 80.- El marco general previsto en el artículo anterior se aplicará al comercio de servicios suministrado a través de los siguientes modos de prestación: a) Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro; b) En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro; c) Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y, d) Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro.

¹¹³ Decisión 439. Artículo 2.- A los efectos del presente Marco General, se adoptan las siguientes definiciones:
Comercio de servicios : El suministro de un servicio de cualquier sector, a través de cualquiera de los siguientes modos de prestación:

a) Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro;
b) En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro;
c) Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y,
d) Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro.



normas comunitarias que fueron interpretadas por el TJCA no eran aplicables al presente trámite arbitral.

6.7.- La prosperidad de la causal invocada.

6.7.1.- Vistos los antecedentes que informan esta actuación, la Sala advierte la prosperidad de la causal invocada por ETB y el Ministerio Público por encontrar que no es la justicia arbitral sino la Comisión de Regulación de Comunicaciones el organismo llamado a conocer y resolver la controversia que ha sido planteada por Comcel en contra de ETB. Con otras palabras, sí es aplicable la normativa comunitaria andina a este juicio y, por esa razón, es que es la CRC la autoridad competente en este asunto.

6.7.2.- Para ello conviene precisar, al amparo de la normativa y la jurisprudencia comunitaria, que en punto a la regulación de telecomunicaciones ha dicho el TJCA que la Decisión No. 462 *“Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”* constituye normativa especial en materia de telecomunicaciones y, por ende, la misma configura una excepción al ámbito de aplicación de la Decisión 439 *“Marco General de Principios y Normas para la liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”* que es genérica.

6.7.3.- La relevancia de este aserto es de trascendental importante en esta causa por cuanto es en virtud de la aplicación de la Decisión 462 que se concluye que la normatividad comunitaria sobre telecomunicaciones es aplicable independientemente de que se trate de proveedores o redes instaladas en el territorio de un mismo País Miembro. Así lo concluyó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en las sentencias de 25 de agosto de 2014 (Proceso 79-IP-2014), en los fundamentos jurídicos 87 y 88¹¹⁴, al interpretar el artículo 4º, numeral 1º, literales a) y b)¹¹⁵, sobre *“Ámbito de Aplicación”* de la Decisión 462.

¹¹⁴ “87. Tanto la Decisión 439 como la Decisión 462, enuncian aspectos relacionados a la liberalización de comercio de servicios, la Decisión 439 de manera general hace alusión a los modos de prestación de servicios de toda clases de ellos mientras que la Decisión 462 de manera específica regula las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones en aras de consolidar un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones, todo esto acorde con el artículo 1 de la Decisión 462 en donde sus objetivos principales son: i) Eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo al cronograma establecido en la presente Decisión; 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; iv) Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros. Como lo que persigue es la liberalización del sector de telecomunicaciones dentro del marco de un Mercado Común Andino es este ámbito, las mencionadas 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



6.7.4.- Enunciado lo anterior, que afirma la aplicación del régimen comunitario a este asunto, se sigue de manera pacífica que la autoridad llamada a conocer de las controversias surgidas entre los operadores en virtud de la interconexión es la autoridad nacional de la materia, lo cual se determina con arreglo a las disposiciones del artículo 32 de la Decisión 462, que enseña: *“Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.”* (Resaltado propio) precepto en un todo armónico con el también artículo 32 de la Resolución 432 que ahonda en la competencia de la Autoridad de Telecomunicaciones y cuyo texto reza: *“Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.”* (Resaltado propio).

6.7.5.- Estos preceptos han sido interpretados por la jurisprudencia comunitaria¹¹⁶ de donde se ha extraído reglas puntuales que concretan su sentido y alcance, en los siguientes términos: i) la competencia de la autoridad nacional de telecomunicaciones se extiende a todos los asuntos que se relacionen con la ejecución de la interconexión, precisándose esta noción bajo la idea de la *“puesta en práctica del contrato de*

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, todo esto en ánimo de lograr un soporte armonizado de telecomunicaciones en los cuatro países miembros de la Comunidad Andina”.

88. Lo anterior quiere decir que la Decisión 462 es especial frente a la 439 en materia de telecomunicaciones y, por lo tanto, es la que regula todos los asuntos propios de la presentación de servicios en dicha área. Por lo tanto, de conformidad con la providencia transcrita, la regulación comunitaria en esta materia específica se aplica a cualquier asunto independientemente de si se trata de proveedores o de redes instaladas en el territorio de un mismo País Miembro. En consecuencia, el Tribunal advierte que estamos en frente de una excepción al ámbito de aplicación de la Decisión 439.”

¹¹⁵ Decisión 462. Artículo 4.- Ámbito de Aplicación

1. La presente Decisión se aplica a:

a) Todas las medidas de los Países Miembros que afecten el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos por personas de los Países Miembros;

b) Las medidas adoptadas o mantenidas por un País Miembro que afecten la prestación y el comercio de servicios de telecomunicaciones;

(...) (Resaltado propio).

¹¹⁶ Cfr. Sentencia de 13 de mayo de 2014 (Proceso 181-IP-2014); Sentencia de 13 de mayo de 2014 (Proceso 14-IP-2014); Sentencia de 25 de agosto de 2014 (Proceso 79-IP-2014); Sentencia de 20 de febrero de 2015 (Proceso 146-IP-2014), Sentencia de 14 de diciembre de 2015 (Proceso 385-IP-2015).



interconexión”; ii) en el caso colombiano esa entidad es la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo al numeral 9° del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 que atribuyó como función de esa entidad “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” (Resaltado propio); iii) las partes deben intentar un arreglo directo antes de acudir a la CRC, esto se erige, entonces, en un “requisito de procedibilidad”; iv) recae en el ámbito del criterio de *“complemento necesario”* reservado a la regulación nacional de cada Estado parte la determinación de si esa autoridad de telecomunicaciones tiene funciones administrativas o jurisdiccionales, pues ello no altera la adscripción de competencia que hace el derecho comunitario andino a ese órgano; en caso de ser autoridad administrativa las decisiones adoptadas pueden ser impugnadas en los términos previstos en la Ley Nacional ante la jurisdicción contencioso administrativa y en el evento de corresponder a decisiones judicial la misma puede ser impugnada según los términos de la legislación pertinente; en el caso colombiano se tiene que el artículo 19 de la Ley 1341 erige a la CRC como Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial¹¹⁷, v) las partes son libres de pactar cualquier mecanismos de solución de controversias siempre que se trate de conflictos que surjan antes de la ejecución del contrato; por el contrario, el no respeto a ello trae como consecuencia la sanción de nulidad por vicio de incompetencia; vi) ha ejemplificado el TJCA que un asunto anterior a la ejecución del contrato puede ser el que el contrato no se haya podido ejecutar por incumplimiento de las partes, supuesto en el cual las partes pueden fijar el mecanismos de resolución de ese conflicto; vii) el término *“ejecución de la interconexión”* como criterio determinante de la competencia de la autoridad de telecomunicaciones implica no solo los asuntos comprendidos en el contrato, sino también aquellos que sin estarlo se desprendan de él o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato; con otras palabras, se trata de un concepto amplio y comprensivo que absorbe todas las vicisitudes que se originan a partir del negocio jurídico puesto en acción.

¹¹⁷ Cabe recordar la naturaleza administrativa que la Ley le ha conferido a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuestión esta refrendada por la jurisprudencia constitucional. Cfr., entre otros pronunciamientos, Sentencia C-150 de 2003; C-1120 de 2005 y C-263 de 2013.



6.7.6.- Repárese cómo a la luz de los preceptos del derecho comunitario andino y la jurisprudencia de ese Tribunal se concluye, de manera indiscutible, que el ente u organismo revestido de competencia para conocer y dirimir los conflictos que se susciten entre los operadores de un contrato de interconexión es la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuestión ésta de orden público que, por tanto, se sustrae del dominio de las partes resultándoles inmodificable.

6.7.7.- De hecho, dentro de la Sentencia de 13 de mayo de 2014 dentro del proceso 14-IP-2014 (obtenida en este trámite arbitral) el TJCA reflexionó sobre la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo de los operadores trayendo a colación varios apartes de su precedente vertido en el Proceso 181-IP.2013, sentencia dictada el mismo día. Allí el Tribunal de Justicia dejó sentado esta cuestión en los términos que siguen:

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

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

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; la voluntad del legislador comunitario es clara la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada “Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

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

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

En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la “CRC”. Pese a que el 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, prevé que en los



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

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

6.7.8.- Así, no es de recibo la lectura que dio el Tribunal a la Interpretación Prejudicial obtenida pues cercenó por completo su alcance jurídico en el *sub judice* al afirmar, de entrada, que la misma se surtió por obligación impuesta por el Consejo de Estado sin responder al análisis de si en el caso se debía o no aplicar las normas comunitarias, aserción que pierde de vista que la labor de esa Autoridad Judicial en la sentencia de 9 de agosto de 2012 (43281) se contrajo a dar cumplimiento a un fallo dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Proceso 03-AI-2010) donde se declaró el incumplimiento y la responsabilidad del Estado Colombiano al no haber ordenado surtir la interpretación prejudicial en el primer trámite arbitral que se cursó en este pleito; con ello el juez arbitral no hizo cosa diferente a desdecir el alcance de un fallo internacional en firme dictado contra el Estado Colombiano donde se determinó, con fuerza de cosa juzgada internacional, que en este asunto era aplicable el orden jurídico comunitario y, por ende, la solicitud de la interpretación prejudicial era un imperativo fuera de discusión para la autoridad que conociera de este pleito.

6.7.9.- Ello refleja que la aproximación del Tribunal Arbitral al alcance de la interpretación prejudicial no se desarrolló bajo los parámetros de buena fe y con el ánimo de concretar sus postulados normativos en el *sub judice* sino, por el contrario, cercenar el alcance de lo interpretado por el TJCA, lo que se advierte cuando el Tribunal arguyó que con arreglo a los artículos 80 del Acuerdo de Cartagena y 2° de la Decisión 439 el pleito no se subsumía dentro de un evento de comercio de servicios gobernado por la legislación comunitaria sin haber revisado el texto de la Decisión 462 en su artículo 4° y, además, con la aseveración, contradictoria, de que si bien el contrato abordado era de interconexión el concreto punto puesto a su consideración no guardaba relación con la interconexión, perdiendo de vista que el pago, retribución o



remuneración por cargos de acceso¹¹⁸ cabe ser adscrito dentro de uno de los supuestos del criterio de “*ejecución de la interconexión*”, como lo ha pregonado el TJCA y, finalmente, ello se constata con la argumentación según la cual la CRC no tiene atribuida función jurisdiccional requerimiento éste que no está prescrito por la normativa ni la jurisprudencia comunitaria sobre la materia, pues se dijo que a la luz del derecho comunitario el órgano nacional puede desarrollar funciones administrativas o jurisdiccionales, según lo dispuesto por cada estado parte en su normativa nacional.

6.7.10.- Así, desconoció abiertamente el Tribunal Arbitral que a los Estados le está proscrito oponer normas de derecho interno para omitir o rehusar el cumplimiento de las obligaciones de origen internacional o comunitario, regla ésta consuetudinaria del derecho internacional público recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)*”; que es deber estatal ineludible cumplir sus prescripciones de buena fe, artículo 26 ibídem “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y que ello implica, el asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria en su respectiva jurisdicción territorial y de no contraria u obstaculizar la misma, conforme al artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones: “*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. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.*” Y el artículo 35 de la misma normatividad “*El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal*”.

6.7.11.- Finalmente, la Sala no pierde de vista que el *dictum* aquí expuesto se integra dentro del precedente jurisprudencial de esta Sección sobre la materia, por lo expuesto en los fallos de 9 de agosto de 2012 dictados por la Sala Plena de Sección Tercera en los expedientes 43281, 43195 y 43045 donde, en cumplimiento de un fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se anularon sendos laudos arbitrales que fueron dictados soslayando el trámite obligatorio de interpretación prejudicial ante ese organismo y en las sentencias dictadas el 23 de septiembre¹¹⁹ (Comcel Vs. ETB) y 2 de

¹¹⁸ Que es el específico punto pretendido por Comcel S.A en este juicio arbitral.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Exp. 53054.



diciembre de 2015¹²⁰ (ETB Vs Telmex) de la Subsección A de la Sección Tercera. En la primera de éstas se declaró infundado un recurso de anulación donde se cuestionaba que el Tribunal de Arbitramento - acogiendo interpretación prejudicial del TJCA - dictó un laudo donde se declaró incompetente para dirimir las controversias puestas en su conocimiento, allí se anotó: *“debe entenderse, a la luz de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (...) que cualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es de competencia de la autoridad de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC. // En este caso, (...) 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 aquella.”*

6.7.12.- Mientras que en el segundo pleito el Tribunal de Arbitramento no dio aplicación a la Interpretación Prejudicial obtenida, no se declaró incompetente y conoció de fondo el asunto, de ahí que, a instancias de recurso de anulación promovido por la convocada, se anuló el laudo arbitral. En esa oportunidad se sostuvo:

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

6.7.13.- De otra parte, en fallo de 1° de agosto de 2016 (Comcel Vs. Une-EPM) de la Subsección C de la misma Sección, se conoció de un recurso de anulación que se dirigía a cuestionar la realización de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia y el contenido de esa interpretación, que refería a la misma temática expuesta en los dos fallos antecitados, en esa oportunidad se fustigó que el recurrente pretendiera que el Juez Nacional desconociera las regulaciones, actos o decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales comunitarios por ir ello en contravención a principios del derecho internacional público¹²¹.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Exp. 53182.

¹²¹ “Tampoco puede pretender la recurrente que en sede de recurso de anulación de laudos arbitrales el juez nacional, en éste caso la Sección Tercera de ésta Corporación desconozca las regulaciones, actos o decisiones proferidos por órganos



6.7.14.- Finalmente, prescribe la Ley que sólo podrá invocarse la causal 2° de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (al igual que la 1 y la 3) si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, la Sala precisa que en este asunto la advertencia sobre la falta de competencia del panel arbitral surgió, con plena certidumbre, con la recepción de la interpretación prejudicial dictada por el Tribunal de Justicia (sentencia de 13 de mayo de 2014, Proceso 14-IP-2014), la cual se arrió el 15 de julio de 2014; mientras que fue en el auto No. 11 de 23 de septiembre de 2013 –en la primera audiencia de trámite– donde el Tribunal avocó competencia del asunto y en auto No. 13 resolvió confirmar el mismo ante los recursos promovidos por convocante, convocado y el Ministerio Público¹²² *“sin perjuicio de que estos argumentos sean tenidos en cuenta al momento de resolver la excepción de Falta de Competencia y Jurisdicción presentada por la convocada (...)”*. Por ende, se concluye que una adecuada hermenéutica de este asunto lleva a decir que la exigencia de la Ley no es predicable en este caso pues la falta de competencia sobrevino o, mejor aún, se conoció posterior al momento en que se avocó conocimiento del asunto.

6.7.15.- Corolario de lo expuesto, como el vicio de falta de competencia se puede configurar cuando, con fuerza imperativa, el ordenamiento jurídico atribuye el conocimiento y decisión de una materia a un órgano u autoridad diferente al Tribunal de Arbitramento y como esta causa versa sobre un conflicto surgido de un contrato de interconexión, el derecho comunitario andino regula esa materia en la Decisión 462 y la Resolución 432, que de acuerdo a éstas y la interpretación fijada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina esas controversias son de conocimiento *“exclusivo y excluyente”* de la autoridad de telecomunicaciones interna, que en el caso colombiano lo es la Comisión de Regulación de Comunicación y cómo este pleito fue tramitado y fallado por el Tribunal de Arbitramento desprovisto de esa autoridad se abre paso la anulación del laudo arbitral al amparo de la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, incoada por la convocada ETB y el Ministerio Público.

jurisdiccionales comunitarios, tal como lo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pues ello iría en contra de los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, tales como el de *“pacta sunt servanda”*, el de buena fe y el de *“ex consensu advenit vinculum”* (del consentimiento deviene la obligación) en los términos del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 128 de la Decisión 500 de 2001¹²¹.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp. 54315.

¹²² Debe dejarse constancia que en las argumentaciones orales expuestas como sustento de los recursos de reposición contra el auto que asumió competencia tanto ETB como el Ministerio Público argumentaron, entre otros puntos, que el asunto tenía relación con normas comunitarias andinas y, en el caso de ETB, se pidió el trámite de una interpretación prejudicial ante el TJCA para determinar si el Tribunal de Arbitramento era competente para conocer el pleito.



6.7.16.- Habiendo prosperado la anulación del laudo por lo expuesto, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre las restantes propuestas por el Agente del Ministerio Público y la parte convocante.

6.7.18.- Por último, siguiendo el precedente sobre este punto¹²³, se dispondrá remitir estas diligencias para lo de su competencia a la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, autoridad competente para conocer de la controversia planteada entre Comunicación Celular S.A. Comcel S.A y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP ETB S.A. respecto del contrato de interconexión suscrito entre las partes.

6.7.19- De igual manera, se dispondrá que por conducto de la Secretaría de la Sección Tercera se remita copia de esta decisión con destino al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para su conocimiento.

7.- Condena en costas.

Por cuanto prospera el recurso de anulación formulado por el recurrente, no hay lugar a dictar condena en costas en este asunto, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

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

RESUELVE

PRIMERO: ANULAR el laudo arbitral dictado el 21 de octubre de 2014 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Comunicación Celular S.A Comcel S.A y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ESP ETB S.A, con ocasión del contrato de interconexión suscrito por esas partes el 13 de noviembre de 1998, por las razones expuestas en esta providencia.

¹²³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Exp. 53182.



SEGUNDO: REMITIR la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC para lo de su competencia.

TERCERO: REMITIR copia de esta decisión por conducto de la Secretaría de la Sección al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de Sala de Subsección C

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ

NAVAS
Magistrado