



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA DÉCIMA ESPECIAL DE DECISIÓN
Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., 3 de marzo de 2020.

Expediente: 110010315000201302008 00
Demandante: Comunicación Celular S.A – COMCEL S.A.¹
Demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P - ETB S.A. E.S.P²
Asunto: Recurso extraordinario de revisión/ Generalidades/ Caducidad/ Derecho Comunitario, origen y principios rectores/ Derecho Comunitario Andino, origen, instituciones/ Fuentes de Derecho Comunitario Andino/ Obligatoriedad del ordenamiento jurídico Andino para sus estados miembros/ Interconexión de telecomunicaciones, marco normativo.
Decisión: Declarar infundado el recurso extraordinario de revisión.

Recurso extraordinario de revisión.

1. Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de revisión promovido por la sociedad COMCEL S.A.³, contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 y la providencia que negó su aclaración de 6 de septiembre de la citada anualidad, proferidas por la

¹ En adelante COMCEL S.A.

² En adelante ETB S.A E.S.P.

³ Remitido a la Ponente a través de informe de la Secretaría General del Consejo de Estado de 9 de julio de 2019.



Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente identificado con radicación N° 110010326000201200020-00 (43.281)⁴, mediante las cuales se ordenó dejar sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 dictada por la misma Corporación⁵, y en su defecto, declaró la nulidad del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y su auto aclaratorio de 15 de enero de 2007 expedido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias suscitadas entre las sociedades COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre éstas el 13 de noviembre de 1998.

I. ANTECEDENTES

1.1 El Recurso Extraordinario de Revisión

2. Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del recurso extraordinario de revisión⁶, la sociedad Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A., solicitó ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación acceder a las siguientes pretensiones:

i) Declarar la nulidad de la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su providencia aclaratoria de 6 de septiembre del mismo año, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante las cuales se dispuso dejar sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008, y anuló el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 dictado por el Tribunal de Arbitramento constituido a fin de dirimir las controversias suscitadas entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998.

ii) Ordenar que se constituya el Tribunal de Arbitramento desde el momento previo a la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y previo a dictar laudo arbitral.

⁴ Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Decisiones dictadas en cumplimiento de la providencia proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones el 26 de agosto de 2011 dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB contra la República de Colombia, Consejo DE Estado Sección Tercera, por no haber solicitado oportunamente la interpretación prejudicial dentro de tres procesos de anulación de laudo arbitral.

⁵ Proferida dentro del expediente N°. 33.645, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Previsto en el Título VI Capítulo I de la Ley 1437 de 2011, artículo 243 y siguientes.



1.1.1. Solicitud de medida cautelar.

3. A través del escrito de demanda y amparado en las reglas previstas en la Ley 1437 de 2011, COMCEL S.A. solicitó a título de medida cautelar definir o modular los efectos de la sentencia cuestionada proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2012, con el fin de cesar el incumplimiento de las normas del ordenamiento comunitario andino por parte de la República de Colombia.

1.1.2. Fundamentos fácticos de la demanda de revisión.

4. Para mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del recurrente, así:

5. Manifestó, que las sociedades Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y Occidente y Caribe Celular S.A. hoy COMCEL S.A. celebraron al menos 3 contratos de interconexión, dentro de estos, el de fecha 13 de noviembre de 1998 objeto del presente asunto, con la finalidad de fijar las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas sobre el uso por parte de ETB S.A. E.S.P de la red de telefonía móvil celular perteneciente a COMCEL S.A., tales contratos fueron suscritos por el término de 5 años prorrogables. También se incluyó en estos, una cláusula compromisoria para la solución de las controversias que pudieran surgir en la ejecución de estos.

6. Explicó que, mediante el referido negocio jurídico las partes pactaron el valor de la remuneración que ETB S.A. E.S. P. debía pagar a COMCEL S.A. por el uso de sus redes de telefonía celular de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Resolución 087 de 1997⁷ proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT-⁸ para regular la prestación del servicio de telefonía pública.

7. Expuso que, con posterioridad a la celebración del citado negocio, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- expidió la Resolución 463 de 29 de

⁷ Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia.

⁸ Hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC- nombre adoptado mediante el Decreto 089 de 19 de enero de 2010 «por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-.»



diciembre 2001, con vigencia a partir del 1º de enero de 2002, mediante la cual modificó la Resolución 087 de 1997 en cuanto al régimen unificado de interconexión y las tarifas para los operadores del servicio de telecomunicaciones, por tanto, estableció un nuevo valor máximo de la tarifa por la prestación del servicio de interconexión de redes y determinó que los operadores podrían acogerse a la nueva normatividad o mantener las condiciones pactadas en los contratos previamente suscritos. La citada norma fue compilada a través de la Resolución 489 de 12 de abril de 2002 expedida por la CRT.

8. Señaló, que ninguna de las dos empresas mencionadas manifestó su voluntad de modificar o dar por terminado el contrato de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998, motivo por el cual este se prorrogó el 13 de noviembre de 2003, esto es, casi dos años después de la entrada en vigor de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, tiempo durante el cual, ETB S.A. E.S.P. pagó a COMCEL S.A. cargos de acceso a las redes de telefonía en virtud de lo previsto en la Resolución 087 de 1997.

9. Arguyó que en atención a lo anterior, el 18 de marzo de 2005 la empresa COMCEL S.A. convocó Tribunal de Arbitramento con el propósito que se declarara a ETB S.A. E.S.P. obligada a pagar por concepto de cargos de acceso a sus redes de telefonía móvil, el valor máximo establecido por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, y que en consecuencia, se le ordenara pagar la diferencia entre lo cancelado y lo que efectivamente debió pagar⁹.

10. Afirmó que una vez surtido el trámite correspondiente, el Tribunal de Arbitramento convocado para decidir la controversia mencionada, profirió laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006¹⁰, por medio del cual declaró a ETB S.A. E.S.P obligada a pagar a COMCEL S.A. por concepto de cargo de acceso a las redes de telefonía móvil el valor máximo establecido por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, y en consecuencia, la condenó a pagar la suma de treinta y dos mil veintiún millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$ 32.021.416.748) por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que efectivamente debía cancelar en

⁹ También se constituyeron Tribunales de Arbitramento para dirimir las controversias originadas de los dos contratos de interconexión restantes.

¹⁰ En la misma fecha fueron proferidos dos laudos arbitrales mediante los cuales se resolvieron las controversias entre COMCEL S.A. y ETB S.A. originadas de los dos contratos de interconexión restantes.



virtud del contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998, y cuarenta y cinco millones quinientos cuarenta y ocho mil novecientos ochenta y dos pesos (\$45.548.982) por concepto de costas y agencias en derecho. La referida decisión arbitral fue aclarada mediante providencia de 15 de enero de 2007.

11. Manifestó que en atención a lo anterior, el 22 de diciembre de 2006 la empresa ETB S.A. E.S.P. interpuso ante la Sección Tercera del Consejo de Estado recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral de 15 de diciembre citado y su providencia aclaratoria¹¹, el cual fue declarado infundado mediante sentencia del 27 de marzo de 2008 dentro del expediente N°. 33.645¹², al considerar que ETB S.A. E.S.P. estaba obligada a pagar a COMCEL S.A. por el contrato de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998, el valor máximo establecido por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, en concordancia con lo decidido por el Tribunal de Arbitramento en el laudo cuestionado.

12. Expresó que, al ser desestimadas las pretensiones del recurso extraordinario de anulación promovido contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, ETB S.A. E.S.P. presentó varias acciones de tutela contra la referida decisión arbitral y la sentencia de 27 de marzo de 2008, las cuales fueron decididas en forma desfavorable por los respectivos jueces de tutela.

13. Indicó que el 26 de mayo de 2010, ETB S.A. E.S.P. interpuso una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, Consejo de Estado Sección Tercera, al considerar que mediante la expedición de la sentencia de 27 de marzo de 2008 dentro del expediente N°. 33.645¹³, que declaró infundado el recurso de anulación promovido contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, dicha corporación desconoció la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a la mencionada instancia comunitaria según lo previsto en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127, y 128 de la Decisión 500.

¹¹ Así mismo, ETB S.A. E.S.P. interpuso recursos extraordinarios de anulación contra los dos laudos arbitrales adicionales expedidos por los correspondientes Tribunales de Arbitramento del 15 de diciembre de 2006, los cuales fueron resueltos mediante sentencia de 27 de marzo de 2008 en el expediente con número interno 33.644 ponencia del Dr. Enrique Gil Botero y sentencia de 21 de mayo de 2008 en el expediente con número interno 33.643 con ponencia de la Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹² Con ponencia de la entonces Consejera de Estado Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Con ponencia de la entonces Consejera de Estado Dra. Ruth Stella Correa Palacio.



14. Adujo que surtido el trámite correspondiente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió la decisión de 26 de agosto de 2011 aclarada mediante auto de 15 de noviembre del mismo año, a través de la cual declaró a la República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, responsable de incumplir la normatividad andina por no haber solicitado oportunamente la Interpretación Prejudicial ante el órgano internacional dentro del proceso adelantado para obtener la anulación del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, por tanto, ordenó dejar sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 y dictar nueva decisión en su remplazo previo cumplimiento de la exigencia mencionada¹⁴.

15. Sostuvo, que antes de acatar a las providencias dictadas por el órgano comunitario, la Sección Tercera del Consejo de Estado advirtió que la legislación nacional no establece un procedimiento específico, claro y debidamente detallado para cumplir las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por tanto, mediante auto de 9 de febrero de 2012 implementó un procedimiento «*sui generis*» que denominó «*encuadernamiento*» que fue tramitado en el expediente N° 43.281¹⁵.

16. Indicó, que como resultado del denominado trámite de «*encuadernamiento*» la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado expidió la providencia de 9 de agosto de 2012 dentro del expediente N° 43.281¹⁶, a través de la cual dejó sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 que declaró infundado el recurso de anulación de laudo arbitral promovido por ETB S.A. E.S.P., y en su defecto, declaró la nulidad del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y su auto aclaratorio proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998. Así

¹⁴ Con la citada decisión el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones también ordenó dejar sin efectos jurídicos las sentencias de 27 de marzo de 2008 dictada en el expediente con número interno 33.644 ponencia del Dr. Enrique Gil Botero y de 21 de mayo de 2008 proferida en el expediente con número interno 33.643 con ponencia de la Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁵ Para dar cumplimiento a la orden del Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, la Sección Tercera del Consejo de Estado constituyó tres trámites de «*encuadernamiento*» distintos así: en cuanto a la sentencia de 27 de marzo de 2008 dictada en el expediente con número interno 33.644 ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, conformó el expediente con número interno 43.045 en el cual actuó como Magistrado Sustanciador el Dr. Mauricio Fajardo Gómez y en lo referido a la sentencia de 21 de mayo de 2008 proferida en el expediente con número interno 33.643 con ponencia de la Dra. Myriam Guerrero de Escobar se abrió el expediente con número interno 43.195 tramitado ante el Consejero de Estado Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁶ Con ponencia del entonces Consejero de Estado Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



mismo, ordenó al hoy recurrente, devolver a ETB S.A. E.S.P., de manera indexada las sumas de dinero que ésta hubiere pagado en cumplimiento del mencionado laudo arbitral.

17. Relató que el 23 de agosto de 2012, COMCEL S.A. presentó solicitud de aclaración y/o complementación, y recurso de reconsideración contra la sentencia de 9 de agosto de 2012, los cuales fueron resueltos de forma desfavorable mediante providencia de 6 de septiembre de 2012.

18. Manifestó que, el 25 de abril de 2013 la empresa ETB S.A. E.S.P. presentó demanda ejecutiva contra COMCEL S.A. con el objeto de obtener el pago de las sumas de dinero canceladas en virtud de lo ordenado mediante laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre las sociedades referidas por las celebraciones del contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1993. Indicó que el mencionado proceso se encuentra en curso ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca identificado con el número de radicación 250002336000201300528 00.

1.1.3. Causales de revisión invocadas.

1.1.3.1. Primera causal.- Artículo 250 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

19. Como primera causal del recurso de revisión objeto del presente asunto, COMCEL S.A. invocó el numeral 8º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal dispone:

«8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.»

20. Explicó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se configure la causal de revisión transcrita, se requiere la existencia de una decisión judicial previa y en sentido contrario, expedida en un proceso con identidad de objeto, pretensiones e intervención de las mismas partes que en el trámite que dio lugar a la providencia objeto del recurso extraordinario.



21. Manifestó que en el presente asunto se encuentran debidamente acreditadas todas las exigencias definidas por la jurisprudencia de esta corporación para la configuración de la causal de revisión alegada, dado que: **i)** existe una decisión judicial debidamente ejecutoriada anterior a la acusada, proferida el 27 de marzo de 2008 por la Sección Tercera del Consejo de Estado que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por ETB S.A. E.S.P. contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, **ii)** la sentencia de 27 de marzo de 2008 es contraria a la aquí acusada, expedida el 9 de agosto de 2012, toda vez que, mientras que la primera negó la nulidad del referido laudo arbitral, la segunda accedió a dicha pretensión; **iii)** en ambos trámites intervinieron las mismas partes, es decir, ETB S.A. E.S.P. y COMCEL S.A., y **iv)** los dos procesos tuvieron el mismo objeto e identidad de pretensiones, referidas a la anulación del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006.

1.1.3.2. Segunda causal.- Artículo 250 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011.

22. Señaló el apoderado de la recurrente que la providencia acusada se encuentra incurso en la causal de revisión consagrada en el artículo 250 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal dispone:

«5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.»

23. En sustento de la causal de revisión expuesta manifestó que la providencia de 9 de agosto de 2012 se encuentra viciada de nulidad por los motivos que a continuación se exponen de manera sintética:

i) La Sección Tercera del Consejo de Estado carecía de jurisdicción y competencia para proferir la decisión acusada, en atención a que:

a) La competencia para anular sentencias proferidas por cualquiera de las Secciones del Consejo de Estado recae de manera exclusiva en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la citada corporación, de conformidad con lo expuesto en



el artículo 186 del Decreto 01 de 1984 y 249 de la Ley 1437 de 2011, entonces, la Sección Tercera no tenía facultades para anular su propia providencia.

b) No estaba facultada para determinar el trámite a seguir con el fin de dar cumplimiento a la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, pues, de conformidad con el numeral 2 del artículo 189 constitucional, corresponde al Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado dirigir las relaciones internacionales, por tanto, éste por intermedio de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo era el llamado a estudiar preparar y revisar las actuaciones y recursos a surtir ante el citado órgano internacional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 10 del Decreto 230 de 2003.

c) No tenía competencia para crear un procedimiento judicial especial «*sui generis*» que denominó «*encuadernamiento*» a través del cual se profirió la sentencia acusada y que no se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, dado que la regulación de procedimientos judiciales compete de forma exclusiva y excluyente al Legislador, en virtud de lo previsto en el artículo 150 constitucional.

d) Carecía de jurisdicción para obrar como juez comunitario andino, dado que la citada normatividad supranacional solo hace referencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por tanto, la Sección Tercera al dictar las providencias aquí demandadas se abrogó facultades que no le corresponden.

ii) **Las decisiones acusadas fueron proferidas sin trámite previo correspondiente, es decir, con pretermisión íntegra de la instancia**, en atención a que no obstante se desarrolló el procedimiento denominado «*encuadernamiento*», este no puede ser tomado como actuación procesal válida, toda vez que no está consagrada en el ordenamiento jurídico como mecanismo para dejar sin efectos una providencia judicial debidamente expedida, y para anular un laudo arbitral, por tanto esta actuación desconoció el principio de legalidad y debido proceso, dado que además, no se conocían las etapas propias del procedimiento, tales como la etapa para exponer argumentos de defensa, solicitar pruebas, contradecir las recaudadas, presentar alegatos, recursos y la oportunidad procesal para ello.



iii) **La Sección Tercera del Consejo de Estado profirió decisión distinta a lo pedido en la demanda y condenó a quien no fue parte en el proceso**, pues las providencias acusadas mediante el presente recurso extraordinario de revisión fueron expedidas en virtud de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, que en ninguno de sus apartes ordenó condenar a COMCEL S.A. a pagar suma dineraria alguna a ETB. S.A. E.S.P., es decir, que al ser condenada a devolver lo pagado por esta última en virtud de una sentencia judicial debidamente ejecutoriada, la hoy recurrente fue sorprendida, dado que no obró como parte demandada en el trámite de «*encuadernamiento*» o como litisconsorte necesario y no tuvo la oportunidad de contestar demanda alguna o presentar excepciones.

1.2. Admisión de la demanda y la solicitud de medida cautelar.

24. Mediante auto de 21 de enero de 2016¹⁷, el Despacho sustanciador del proceso admitió la demanda interpuesta por COMCEL S.A. en ejercicio del Recurso Extraordinario de Revisión previsto en el artículo 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y declaró improcedente la solicitud de medida cautelar formulada en escrito de la demanda, al estimar que la norma procedimental citada no consagró oportunidad alguna para tramitar una tutela cautelar en el marco del recurso extraordinario de revisión.

1.3. Oposición al recurso extraordinario de revisión.

25. Mediante escrito de 26 de febrero de 2016¹⁸, a través de apoderado judicial legalmente constituido la sociedad ETB S.A. E.S.P., se opuso a la prosperidad de las pretensiones del recurso de revisión, de conformidad con los siguientes argumentos de defensa:

¹⁷ Visible a folios 87 a 97 del cuaderno principal del expediente.

¹⁸ Visible a folios 109 a 144 del cuaderno principal del expediente.



1.3.1. Excepción de mérito.- Caducidad o extemporaneidad del recurso extraordinario de revisión interpuesto.

26. Afirmó el apoderado de la parte demandada, que el presente recurso extraordinario de revisión fue interpuesto por fuera del término establecido en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011, dado que, la providencia cuestionada quedó ejecutoriada el 14 de septiembre de 2012, y la demanda fue presentada el 16 de septiembre de 2013, pese a que debía ser impetrada antes del 14 de septiembre de la citada anualidad. Agregó que el hecho que el día 14 de septiembre de 2013 correspondiera a un sábado no prolongaba la oportunidad para formular el recurso, pues, se trata de un término de caducidad que no se suspende.

1.3.2. Oposición a la primera causal de revisión invocada prevista en el artículo 250 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

27. Manifestó que no se encuentra acreditada la causal de revisión invocada por el recurrente, en atención a que la sentencia de 27 de marzo de 2008 que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación promovido por ETB. S.A. E.S.P. contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, no es coincidente con la providencia acusada en el presente asunto, proferida el 9 de agosto de 2012, con el objeto de dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante decisión de 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de 15 de noviembre del mismo año, y que encuentra legitimidad en el cumplimiento de las normas andinas supranacionales y las decisiones del Tribunal de Justicia Andina.

28. Indicó, que en este caso no existe perfecta identidad en cuanto a las partes, el objeto y las pretensiones que dieron lugar a la expedición de las dos providencias mencionadas, por lo que no se cumplen las exigencias para que se configure la causal de revisión invocada y se vulnere el principio de cosa juzgada. Consideró que la decisión de 9 de agosto de 2012 declaró la nulidad del laudo arbitral 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio en virtud de una orden emanada de una autoridad supranacional por ser contrarios al derecho comunitario y no por las razones expuestas en el recurso de anulación de laudo arbitral. En su sentir, tampoco existe identidad de partes, toda vez que en el proceso arbitral y el recurso de anulación solo intervino COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P, mientras que en el trámite ordenado por el Consejo



de Estado para dar cumplimiento a la orden del Tribunal de Justicia Andina, además de las sociedades mencionadas participó el Estado Colombiano a través de los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, de Relaciones Exteriores y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y la Procuraduría General de la Nación.

29. Adicionalmente expuso, que en el curso del proceso adelantado para la expedición de la sentencia controvertida, COMCEL S.A. invocó la existencia de cosa juzgada como argumento de defensa, el cual fue rechazado, circunstancia que resulta suficiente para desestimar la causal aquí alegada, pues, no hay lugar a esta si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada. Además consideró que las sentencias que denegaron las tutelas interpuestas contra la sentencia que desestimó el recurso de anulación no constituyen cosa juzgada constitucional en el presente caso, dado que, el objeto de estas fue estudiar una posible vulneración de derechos fundamentales, cuestión distinta a la decidida en la sentencia acusada.

1.3.3. Oposición a la segunda causal de revisión invocada consagrada en el artículo 250 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011.

30. Con el objeto de controvertir las acusaciones expuestas en el recurso extraordinario de revisión en cuanto a la segunda de las causales invocadas, el apoderado judicial de ETB S.A. E.S.P. expuso los siguientes argumentos:

i) En lo referido a la falta de jurisdicción y competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para proferir la sentencia de 9 de agosto de 2012 acusada, señaló:

a) La providencia cuya revisión se pretende no fue proferida en virtud de un recurso extraordinario de revisión como erradamente lo afirma la parte actora, sino, en el marco de un procedimiento de cumplimiento de una decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por tanto, la jurisdicción y competencia de la Sección Tercera de esta Corporación se originó directamente en la orden impartida por el mencionado juez comunitario.

b) La entidad accionante confunde la función de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de ejercer la defensa



del Estado en instancias supranacionales, con el cumplimiento de las decisiones de órganos como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pues, en el auto aclaratorio dicha instancia internacional determinó de forma expresa que, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado cumplir con lo ordenado en sentencia de 26 de agosto de 2011 y el modo para hacerlo, por tanto, el acatamiento de dicha disposición nada tiene que ver con la dirección de relaciones internacionales. Estimó además, que el artículo 10 del Decreto 230 de 2003 invocado en la demanda, no otorga al mencionado ministerio facultades jurisdiccionales para ejecutar órdenes emanadas de jueces supranacionales.

c) La Sección Tercera del Consejo de Estado al manifestar en la sentencia de 9 de agosto de 2012, que actuó como juez comunitario en los precisos términos del Acuerdo de Cartagena y la decisión 472, no constituye irregularidad alguna, pues con ello, la Corporación asumió el papel ejecutor de una orden impartida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Resaltó que contrario a lo expuesto por COMCEL S.A., el Consejo de Estado como tribunal colombiano está obligado a actuar como juez comunitario, es decir, velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

ii) Destacó que a juicio del demandante, el Consejo de Estado profirió las decisiones enjuiciadas sin existir un trámite previo y con pretermisión integral de la instancia, dado que usurpó funciones propias del Congreso de la República y creó un procedimiento para el cumplimiento de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el cual debía ser definido por el legislador. Sobre el particular, explicó que el vicio anotado no fue originado en la sentencia como se exige para la configuración de la causal, sino en el transcurso del procedimiento, por haber sido este definido por el Consejo de Estado y no por el Legislador; sin embargo, anotó que tal actuación no desconoció las garantías procesales de COMCEL S.A., contrario a ello, se fundó en el respeto de los derechos de postulación y debido proceso. Agregó, que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y 12 del Código General del Proceso facultan a los jueces para decidir cuando no exista norma aplicable al caso, que fue lo que ocurrió en el presente asunto, que si bien, pudo haber sido decidido de plano sin trámite previo, esta Corporación optó por efectuar un procedimiento breve y sumario en el que se otorgó a las partes la oportunidad de presentar los argumentos que a bien tuvieran, en



el cual, la hoy recurrente no presentó reparo alguno al ser debidamente notificada, lo que significa que estuvo de acuerdo con el procedimiento impartido, de haber tenido desacuerdos debió ponerlos de presente en ese momento y no a través de un recurso extraordinario de revisión, razón por la que no puede afirmarse que se pretermitió la instancia.

iii) Explicó que si bien es cierto que en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no se ordenó imponer condena alguna a COMCEL S.A., en estas se determinó que previo a la expedición de los laudos arbitrales mediante los cuales se dirimieron controversias entre ETB S.A. E.S.P. y el hoy recurrente, no se agotó el requisito obligatorio de Interpretación Prejudicial, lo que necesariamente implicaba la anulación de dichos laudos arbitrales, por tanto, la devolución de los dineros pagados como consecuencia de las decisiones anuladas era una consecuencia lógica de la nulidad. Alegó que no era suficiente dejar sin efectos las decisiones arbitrales, sino que era requerido disponer la devolución de las sumas dinerarias canceladas, en atención a que las providencias que justificaron su pago dejaron de existir en la vida jurídica. Aunado a lo anterior, explicó que en el evento que en la sentencia cuestionada no se hubiera dispuesto la devolución del monto pagado, COMCEL S.A. habría tenido que reintegrar el dinero por ministerio de la ley, pues esta era la consecuencia lógica de la anulación de las decisiones que en su momento dieron legitimidad a los pagos efectuados.

1.4. Del periodo probatorio.

31. Oída la parte demandada en el presente asunto, el Despacho sustanciador profirió auto de 16 de enero de 2017¹⁹, por medio del cual incorporó como pruebas, con el valor probatorio correspondiente los documentos que a continuación se referencian:

i) Expediente original con radicación 11001-03-26-000-2012-00020-00 (43.281) correspondiente al trámite de «*encuadernamiento*» en el cual Sección Tercera del

¹⁹ Visible a folios 184 a 188 del cuaderno principal del expediente.



Consejo de Estado profirió las decisiones de 9 de agosto y 6 de septiembre de 2012 demandadas en el proceso de la referencia²⁰.

ii) Copia simple de la sentencia de 27 de marzo de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado que declaró infundado el recurso de anulación de laudo arbitral promovido por ETB S.A. E.S.P. contra la decisión arbitral de 15 de diciembre de 2006.

iii) Copia simple del fallo de 9 de agosto de 2012, dictada por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado que dio cumplimiento a la decisión proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 26 de agosto de 2011.

32. Así mismo, decretó las pruebas útiles, pertinentes y conducentes solicitadas por las partes en la oportunidad legal correspondiente que a continuación se referencian:

iv) Expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645) correspondiente al recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006²¹.

v) Certificación del estado del proceso con radicación 11001-03-26-000-2010-0652-00 correspondiente al recurso extraordinario de revisión interpuesto por ETB. S.A. E.S.P. contra la sentencia que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación antes citado²².

vi) Certificación del estado del trámite arbitral convocado para dirimir la controversia suscitada entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998 e inicialmente resuelta por medio de laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006²³.

²⁰ Remitido en 3 cuadernos mediante informe de 12 de marzo de 2014 visible a folio 65 del cuaderno principal de expediente, por medio del cual se dio cumplimiento al auto de 27 de enero de 2014 dictado por el Despacho sustanciador previo a referirse a la admisión del presente recurso extraordinario de revisión.

²¹ Expediente remitido en 6 cuadernos por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante comunicación de 15 de febrero de 2017, visible a folio 203 del cuaderno principal del expediente.

²² Certificación de 8 de febrero de 2017 visible a folio 197 del cuaderno principal del expediente, en la cual se informa que el proceso citado fue fallado por la Sala Quinta Especial de Decisión presidida por la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia mediante Sentencia de 4 de octubre de 2016.

²³ Comunicación recibida el 11 de enero de 2019 en la que señala que el trámite arbitral fue remitido a la Comisión de Regulación de Comunicaciones el 18 de febrero de 2016, visible a folio 274 del cuaderno principal del expediente. En



vii) Original del proceso ejecutivo promovido por ETB S.A. E.S.P. contra COMCEL S.A. que cursa ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca identificado con el radicado N°25000-23-36-000-2013-00528-03, con el objeto de obtener la devolución de los dineros pagados de conformidad con lo ordenado en el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y anulado mediante la sentencia recurrida de 9 de agosto de 2012²⁴.

viii) Copia de la acción de incumplimiento interpuesta por ETB. S.A. E.S.P. ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra la República de Colombia con radicación 03-AI-2010²⁵.

ix) Copia del expediente con radicación 11001-03-15-000-2013-02042-00 correspondiente al recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL S.A. E.S.P. contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 del Consejo de Estado, tramitado ante el Despacho de la Consejera de Estado Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez²⁶.

x) Copia del expediente con radicación 11001-03-15-000-2013-02043-00 correspondiente al recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL S.A. E.S.P. contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 del Consejo de Estado, tramitado ante el Despacho del Consejero de Estado César Palomino Cortés²⁷.

33. Por otro lado, el Despacho sustanciador negó el decreto de las siguientes pruebas solicitadas por el apoderado de ETB S.A. E.S.P. al considerarlas impertinentes y carentes de utilidad, así: i) interrogatorio de parte del representante legal de COMCEL S.A.; ii) inspección judicial con exhibición de documentos de COMCEL S.A. Aunado a lo anterior, mediante la providencia en mención, la Magistrada Ponente del presente

consideración a la citada comunicación el apoderado de COMCEL S.A. solicitó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones remitir al presente asunto la información requerida, en consecuencia la entidad mencionada allegó en 1 CD visible a folio 291 del cuaderno principal del expediente el trámite administrativo surgido entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. e informó que este fue resuelto mediante actos administrativos de 21 de mayo y 23 de junio de 2018.

²⁴ Proceso en calidad de préstamo que consta en 22 cuadernos, remitido mediante comunicación de 17 de enero de 2019 visible a folio 275 de del cuaderno principal del expediente.

²⁵ Copias allegadas en 15 cuadernos mediante comunicación recibida el 1 de agosto de 2019, remitida por el Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²⁶ Expediente remitido en 2 cuadernos, en calidad de préstamo mediante informe de la Secretaría General del Consejo de Estado de 6 de marzo de 2017, del cual se advierte que fue declarado infundado mediante sentencia de 7 de febrero de 2017 por la Sala Cuarta Especial de Decisión presidida por la Consejera de Estado Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁷ Expediente remitido en 1 cuaderno mediante informe de la Secretaría General del Consejo de Estado de 17 de marzo de 2017, visible a folio 213 del cuaderno principal del expediente.



asunto denegó por improcedente la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

34. A través de escrito de 10 de febrero de 2017²⁸, el apoderado de ETB S.A. E.S.P. interpuso recurso de súplica contra la providencia mencionada en cuanto negó el decreto del interrogatorio de parte del representante legal de COMCEL S.A. El citado medio de impugnación fue resuelto por la Sala residual por medio de proveído de 3 de abril de 2018 en el que dispuso confirmar la decisión recurrida²⁹.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

35. De conformidad con lo previsto en el artículo 249 de la Ley 1437 de 2011³⁰, aplicable al presente asunto, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolver los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias proferidas por las Secciones y Subsecciones de esta Corporación, sin exclusión de los Consejeros de Estado que las conforman.

36. Ahora bien, el Acuerdo 321 de 2014 por el cual se reglamentó la integración y funcionamiento de las Salas Especiales de Decisión integradas por un Magistrado de cada una de las Secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³¹, dispuso en su artículo 2º³² en concordancia con el numeral 1 del

²⁸ Visible a folios 200 y 201 del cuaderno principal del expediente.

²⁹ Visible a folios 254 a 259 del cuaderno principal del expediente.

³⁰ «**Artículo 249. Competencia.** De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión.».

³¹ Creadas por disposición del artículo 107 de la Ley 1437 de 2011, cuyo aparte pertinente señala:

“Créanse en el Consejo de Estado las salas especiales de decisión, además de las reguladas en este Código, encargadas de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que esta les encomiende, salvo de los procesos de pérdida de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad. Estas Salas estarán integradas por cuatro (4) Magistrados, uno por cada una de las secciones que la conforman, con exclusión de la que hubiere conocido del asunto, si fuere el caso.

La integración y funcionamiento de dichas salas especiales, se hará de conformidad con lo que al respecto establezca el reglamento interno”.

³² El artículo segundo del Acuerdo 321 de 2014 dispone lo siguiente:

«Las Salas Especiales de Decisión decidirán los siguientes asuntos de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

Los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado.

(...)»



artículo 29 de 080 del 12 de marzo de 2019³³ -*reglamento interno del Consejo de Estado*-, que son estas las competentes para conocer de los recursos extraordinarios de revisión promovidos contra sentencias expedidas por las Secciones o Subsecciones de este órgano judicial y no su Sala Plena. En tal virtud, esta Sala Especial de Decisión resulta ser la competente para resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL S.A. contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6 de septiembre de 2012, proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación.

2.2. Cuestión previa.- Impedimento manifestado por el Consejero de Estado Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez

37. Previo a abordar el análisis de los argumentos antes expuestos con el propósito de proferir sentencia en el presente asunto, la Sala debe estudiar el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez en su calidad de integrante de la Sala Décima Especial de Decisión³⁴, fundamentado en el artículo 141 numeral 12 de la Ley 1564 de 2012 –*Código General del Proceso*-. En sustento de lo anterior señaló que, antes de ser elegido como miembro de esta corporación realizó un concepto jurídico sobre un «*contrato de estabilidad jurídica*» suscrito entre ETB S.A. E.S.P. quien actúa como sujeto procesal en el proceso de la referencia, y el Ministerio de Telecomunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, circunstancia que podría afectar su imparcialidad en el proceso. La causal de recusación en virtud de la cual se fundamenta el impedimento estudiado dispone lo siguiente:

«Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes (...)

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.» (Subrayas fuera de texto para resaltar)

38. Revisado el impedimento en cuestión, considera la Sala que el artículo 141 numeral 12 de la Ley 1564 de 2012 invocado, estima afectada la imparcialidad del juez, por el hecho de haber rendido consejo o concepto sobre el asunto relacionado con objeto del proceso a resolver, en un escenario distinto a la actuación judicial. Entonces,

³³ Por el cual se expide el reglamento interno del Consejo de Estado.

³⁴ Escrito de 3 de marzo de 2020, visible a folio



pese a que en plenario interviene ETB S.A. E.S.P., el concepto elaborado por el hoy Consejero de Estado como consultor de la citada entidad, no tiene relación alguna con el asunto objeto de análisis en esta providencia, dado que no se debaten aspectos del «*contrato de estabilidad jurídica*» suscrito entre ETB S.A. E.S.P., y el Ministerio de Telecomunicaciones, motivo por el cual no se advierte afectación alguna en su imparcialidad para decidir el presente recurso extraordinario de revisión.

39. De acuerdo con lo expuesto, en la parte resolutive de esta providencia se declarará infundado el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez.

2.3. Resolución de la excepción de caducidad o extemporaneidad del recurso extraordinario de revisión.

40. Examinado de manera integral y detallada el recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL S.A., así como los motivos de oposición invocados por la demandada, encuentra la Sala que previo a la formulación de los problemas jurídicos correspondientes, resulta necesario resolver la excepción de mérito planteada por el apoderado judicial de ETB S.A. E.S.P., que denominó como caducidad o extemporaneidad del recurso interpuesto, toda vez que su prosperidad impediría realizar el estudio de fondo de los demás argumentos propuestos de manera oportuna por las partes.

41. Explica en este punto el apoderado de la demandada que el recurso extraordinario de revisión objeto del presente asunto fue interpuesto de forma extemporánea, dado que fue presentado el 16 de septiembre de 2013, una vez concluido el término de un año previsto en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 contado a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia recurrida, en atención a que la sentencia de 9 de agosto de 2012 controvertida, adquirió firmeza el 14 de septiembre de 2012, entonces, el término para promover el citado recurso extraordinario culminó el 14 de septiembre de 2013, no obstante al ser día sábado, pues, en su sentir, dicho aspecto no prolonga la oportunidad para ejercer el citado recurso extraordinario.



42. Con el objeto de desatar el reparo formulado, la Sala abordará el siguiente orden argumentativo: **i)** en primer lugar se hará alusión a los aspectos generales del recurso extraordinario de revisión previsto en la Ley 1437 de 2011, dentro de estos, la oportunidad para su interposición; **ii)** como segundo aspecto se estudiará la forma de contabilización del término para presentar el referido recurso extraordinario cuando este culmina un día no hábil, y **iii)** finalmente se resolverá el caso concreto.

2.2.1. Aspectos generales del recurso extraordinario de revisión.

43. El recurso extraordinario de revisión se encuentra regulado en el Título VI Capítulo I el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –*Ley 1437 de 2011*-, el cual ha sido definido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como «un medio de impugnación excepcional que permite revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo amparadas por la intangibilidad de la cosa juzgada e infirmarlas ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas, por incurrir en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley»³⁵.

44. A través del citado medio de impugnación extraordinario es posible controvertir las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las proferidas en cualquier instancia por los Tribunales Administrativos y por los Jueces Administrativos cuya naturaleza permita la interposición del recurso. En consecuencia, el recurso extraordinario de revisión, en cuanto a su **naturaleza**, es considerado por la doctrina³⁶ como un medio de impugnación con la virtud de afectar de manera excepcional el principio de inmutabilidad de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, pues con este se abre la posibilidad de controvertir un fallo ejecutoriado, siempre que se configure alguno de los eventos consagrados en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁷.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro Sentencia de 30 de septiembre de 2014.

³⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Código General del Proceso – parte general, Bogotá, Edit. DUPRE, 2016, Pág. 884.

³⁷ «1. *Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.* // 2. *Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.* //3. *Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mayor derecho para*



45. Resulta imprescindible mencionar que el recurso extraordinario de revisión tiene por **objeto**, procurar el restablecimiento de la justicia material de la decisión controvertida, cuando quiera que esta ha sido afectada por situaciones exógenas que no pudieron plantearse en el proceso correspondiente, pero que, a juicio del legislador, revisten tal gravedad que autorizan desvirtuar el principio de la cosa juzgada³⁸.

46. En ese sentido, el citado recurso no es una oportunidad para reabrir un debate propio de las instancias, ni para suplir la deficiencia probatoria. Es decir, el recurso extraordinario de revisión no puede servir para controvertir la actividad interpretativa del juez³⁹ o para corregir errores «*in iudicando*»⁴⁰, sino que fue consagrado para discutir y ventilar hechos procesales específicos que, o incidieron indebidamente en la decisión mediante la cual se resolvió el litigio –*como es el caso de los documentos falsos o adulterados*⁴¹-, o no pudieron ser tenidos en cuenta a pesar de ser determinantes para la misma –*como ocurre con las pruebas recobradas o la aparición de una persona con mejor derecho*⁴²-, o fueron sobrevinientes a la decisión y hacen que esta última carezca de razón de ser –*como en el caso de la causal cuarta*,⁴³- o deben poder ser objeto de examen judicial –*como cuando existe una nulidad originada en la sentencia y esta no era objeto de recurso de apelación*⁴⁴-.

reclamar. // 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. // 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. // 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. // 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. // 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada».

³⁸ Cfr. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2009, exp. 11001-03-15-000-2003-00133-00 (REV), C.P. Enrique Gil Botero y, recientemente, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2014, exp. 34016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³⁹ Cfr. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1° de diciembre de 2010, exp. 11001-03-15-000-2008-00480-00 (REV), C.P. Susana Buitrago Valencia.

⁴⁰ En sentencia C- 998 de 2004, la Corte Constitucional sobre este concepto indicó lo siguiente: «(...) Los errores *in iudicando* son entonces errores de derecho que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea...»

⁴¹ Ver artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. «2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. »

⁴² 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

⁴³ 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

⁴⁴ 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.



47. Por estas razones, es decir, por ser un recurso extraordinario cuya procedencia está limitada a causales taxativamente enumeradas, quien lo ejerce tiene la obligación elemental de indicar con precisión cuál es la invocada y, más allá de ese formalismo, debe señalar con claridad y exactitud cuáles son los motivos y, especialmente, los hechos que le sirven de fundamento y la configuran.

48. En ese orden, la técnica del recurso exige correspondencia entre los argumentos en que se fundamenta y la causal alegada, de forma tal que no le es dable al recurrente realizar esfuerzos dirigidos a atacar las motivaciones jurídicas o los juicios de valor que soportaron la decisión adoptada en la sentencia recurrida ni pretender subsanar o corregir errores u omisiones de la propia parte en el ejercicio del derecho de contradicción y el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa, como si se tratara de una nueva instancia.

49. En otras palabras, el recurso extraordinario de revisión no da cabida a cuestionamientos sobre el criterio con que el juez interpretó o aplicó la ley en la sentencia, siendo riguroso en cuanto a su procedencia, pues se restringe a las causales enlistadas. Por ello, en este escenario, la labor del juez no puede exceder la demarcación impuesta por el recurrente al explicar la causal de revisión de la sentencia, que deberá ser examinada dentro de un estricto y delimitado ámbito interpretativo⁴⁵.

50. Ahora bien, determinado el objeto y naturaleza del medio de impugnación estudiado en este acápite, se evidencia que el legislador estableció otros requisitos para su procedencia, que a continuación se exponen de manera concreta:

i) Temporalidad: El recurso extraordinario de revisión por regla general, debe ser interpuesto dentro del año siguiente a la ejecutoria del fallo controvertido –causales 1º, 2º, 5º, 6º, y 8º-. Respecto de las causales 3º y 4º del artículo 250 de la Ley 1437 de

⁴⁵ Así se desprende de las normas que lo consagran y lo ha desarrollado esta Corporación en varios pronunciamientos de los que cabe destacar: Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 27 de enero de 2004. Rd. (REV) 2003-0631. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, precisó que: «... *no constituye una nueva instancia, razón por la cual no es admisible en él la continuación del debate probatorio o sobre el fondo del asunto, debiendo circunscribirse únicamente a las precisas causales señaladas en la ley, cuyo examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo. (...)*». En ese mismo sentido, en sentencia de 11 de octubre de 2005. Rad. (REV) 2003-0794. M.P. Ligia López Díaz, se manifestó que con el recurso extraordinario especial de revisión «(...) *No se trata de controvertir el juicio de valoración propio del juzgamiento, ni es otra instancia que permita a las partes adicionar o mejorar las pruebas y los argumentos ya expuestos y debatidos en las etapas anteriores del proceso, puesto que ello equivaldría a convertir el recurso especial de revisión en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada (...)*».



2011, que consagran la posibilidad de controvertir sentencias proferidas con base en dictamen de peritos condenados penalmente o en virtud de violencia o cohecho, respectivamente, el término para su presentación será de un año contado a partir de la firmeza de la sentencia penal que condene al auxiliar de la justicia o declare la violencia o cohecho; y en lo referido a la causal 7º, la oportunidad en cuestión es igualmente de un año, el cual debe ser contabilizado desde la ocurrencia del motivo de pérdida de la aptitud legal para el reconocimiento de una prestación periódica. –*artículo 251*⁴⁶–.

ii) **Legitimación por activa:** podrá promover el medio de impugnación estudiado quien hubiere sido parte del proceso ordinario o un tercero con interés legítimo en la decisión;

iii) **Competencia:** es de carácter funcional, por lo que le corresponderá al Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, las Secciones o Subsecciones, y a los Tribunales Administrativos -*artículo 249*⁴⁷–.

iv) **Causales:** las previstas en el artículo 250 ídem, que grosso modo, contempló el hallazgo de documentos nuevos que tuvieran la importancia de variar la decisión; el haberse dictado con fundamento en documentos falsos o adulterados; con base en dictámenes emitidos por peritos condenados penalmente por ilícitos; por violencia o cohecho; cuando se configura una causal de nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contencioso administrativo; en el evento en que aparezca una persona con mejor derecho para reclamar el reconocido por el órgano judicial; porque no tenía la aptitud legal para el reconocimiento de la prestación periódica o lo perdió con posterioridad; y cuando sea contraria a otra anterior proferida entre las mismas partes y que hizo tránsito a cosa juzgada.

⁴⁶ «**Artículo 251.** Término para interponer el recurso. El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia.

En los casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo precedente, deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.

En el caso del numeral 7, el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso.

En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.»

⁴⁷ «**Artículo 249.** Competencia. De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.»



2.2.2. De la contabilización del término para interponer el recurso extraordinario de revisión cuando el mismo finaliza un día no hábil.

51. Las normas procesales aplicables a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de las demás ramas del derecho, se encuentran fundadas entre otros en el principio de preclusión, que constituye uno de los pilares fundamentales del derecho procesal, y en virtud del cual se consagran las diversas etapas o fases de los procedimientos y la oportunidad en que debe desarrollarse cada una de estas, y que una vez transcurrida no puede ser adelantada⁴⁸.

52. Es entonces, en razón al principio en mención, que el ordenamiento jurídico prevé términos perentorios para determinar con claridad la oportunidad para el ejercicio de ciertos actos procesales, como la interposición de acciones, recursos o solicitudes de nulidad procesal y que una vez transcurrido genera la caducidad o prescripción como una sanción al sujeto procesal facultado para ejercerlo. La caducidad o prescripción como consecuencia jurídica de no actuar en el límite temporal otorgado por el legislador, tiene como finalidad conservar la seguridad jurídica, la celeridad y eficacia de los trámites judiciales, pues evita que los interesados puedan invocar una situación jurídica particular en cualquier tiempo de manera indefinida.

53. Ahora bien, la Ley 4ª de 1913 –*Código de Régimen Político*- aplicable a cualquier plazo establecido en la ley o actos de autoridades nacionales, salvo disposición en contrario⁴⁹, contiene normas generales sobre la forma para la contabilización de estos. Respecto de los términos fijados en meses o años, los cuales se entienden como días calendarios, la citada norma establece que, cuando estos culminan en un día no hábil, la oportunidad se entiende finalizada el día hábil siguiente, en ese sentido el artículo 62 en su tenor literal dispone lo siguiente:

«Artículo 62. *En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil»* (Subrayas fuera de texto para destacar)

⁴⁸ Corte Constitucional. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería. Sentencia T-212 de 2001 de 14 de junio de 2001.

⁴⁹ «Artículo 59. Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas, pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal.»



54. La regla antes enunciada, también fue consagrada por el artículo 118 de la Ley 1564 de 2012 –*Código General del Proceso*- que dispone para los términos otorgados en meses o años, en el evento que su vencimiento ocurra un día no hábil este se extenderá hasta el primer día hábil siguiente, al respecto la citada norma señala:

«Artículo 118. Cómputo de términos. El término que se conceda en audiencia a quienes estaban obligados a concurrir a ella correrá a partir de su otorgamiento. En caso contrario, correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.(...)»

Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado» (Subrayas fuera de texto para resaltar)

55. Conforme con las normas en precedencia, es claro que los términos de meses o años corren de la fecha del mes o año hasta la misma fecha del siguiente, es decir, el número del mes o año en el que inicia el computo del término debe coincidir con el mismo número del mes o año en el que termina y se cuentan conforme al calendario, excepto, si su vencimiento ocurre en un día inhábil, caso en el cual, se extiende al día hábil siguiente.

56. Ahora bien, la Ley 270 de 1996 –*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*- en el numeral 26 del artículo 85 otorgó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la facultad para reglamentar los turnos, jornadas y horarios de los servidores judiciales con el objeto de garantizar el ejercicio permanente de la administración de justicia y la función de control de garantías. En ejercicio de la citada atribución legal dicho órgano expidió el Acuerdo PSAA07 -4063 de 31 de mayo de 2007 «*Por el cual se establece el horario de atención al público en los despachos de los Magistrados, las Secretarías y dependencias administrativas del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura*», por medio del cual se estableció que en los despachos y dependencias administrativas del Consejo de Estado el horario de servicio es de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., sobre el particular, el artículo primero del referido Acuerdo dispone:



«Artículo primero.- A partir del día primero (1) de junio de dos mil siete (2007), en los despachos de los Magistrados, las Secretarías y demás dependencias administrativas del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, el horario de servicio de atención al público será de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.

Entre la 1:00 p.m. y las 2:00 p.m. permanecerán cerrados los despachos por ser la hora de almuerzo de los funcionarios y empleados de estas Corporaciones.»

57. De acuerdo a lo anterior, tanto en los Despachos como en las dependencias administrativas del Consejo de Estado, se entienden como hábiles los días y horas previstas en el Acuerdo PSAA07 -4063 de 31 de mayo de 2007, en consecuencia, los días sábados y domingos constituyen días no hábiles.

58. En ese orden de ideas, el término para la interposición del recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado, es de un año contado a partir de la ejecutoria de la sentencia recurrida –*salvo en los eventos establecidos en los numerales 3, 4 y 7 del artículo 250 de la Ley 1437-*, ahora bien, dado el caso que dicho término finalice un día no hábil, como sábados o domingos, se entenderá concluida la oportunidad mencionada el día hábil siguiente, esto es, el lunes de no ser feriado.

59. Cabe destacar además, que constituyen días no hábiles los periodos de vacancia judicial o cese de actividades por paro judicial, entonces si el término para la interposición del recurso extraordinario de revisión finaliza dentro de dichos eventos, este concluirá el primer día hábil siguiente de la terminación del paro o vacancia judicial. En ese sentido, esta corporación ha señalado lo siguiente:

«(...) cuando el término contemplado en la norma está expresado en meses, para su contabilización, no deben ser tenidos en cuenta los días de interrupción de vacancia judicial o los que, por cualquier causa, el Despacho deba permanecer cerrado, como ocurrió en el presente caso, con ocasión del paro judicial.

Sin embargo, en caso de que el término para presentar la acción se venza en los días en que el Despacho Judicial no se encuentre prestando sus servicios, dicho término se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

Lo anterior, permite concluir que ni el paro, ni la vacancia judicial interrumpen el término de caducidad para presentar la acción, pues tales circunstancias no deben ser tenidas en cuenta, salvo que dicho plazo expire dentro de éstas, caso en el cual, como ya se dijo, la acción caducaría si en el primer día hábil siguiente no presenta la demanda⁵⁰.»

⁵⁰ Consejo de Estado, auto de fecha 18 de mayo de 2017, radicado 25000-23-42-000-2015-03789 (2556-2016), M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



60. Así pues, cuando la oportunidad para presentar el recurso extraordinario de revisión expire dentro de los periodos de vacancia, paro judicial, sábados, domingos o feriados, precluirá el primer día hábil siguiente a la terminación de dichos eventos en pro de evitar afectaciones al derecho de acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

2.2.3. Resolución del caso concreto.

61. Del estudio integral del expediente identificado con radicación 110010326201200020 00 (43.281)⁵¹ allegado como prueba al proceso de la referencia⁵², en el cual, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado surtió el trámite para dar cumplimiento a las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 expedidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el marco de la acción de incumplimiento promovida en contra de la República de Colombia con radicación 03-AI-2010⁵³, se observa que la sentencia de 9 de agosto de 2012 objeto de debate en el presente recurso extraordinario de revisión, fue notificada por edicto fijado durante el término comprendido entre el 15 y 17 de agosto de la citada anualidad.

62. Ahora bien, a través de escrito de 23 de agosto de 2012 el hoy recurrente COMCEL S.A.⁵⁴, presentó solicitudes de aclaración, complementación y enmienda, recurso de reconsideración con fundamento en la Decisión 500 del Consejo Andino contra la sentencia mencionada, y solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

63. En consideración a las solicitudes de aclaración y complementación presentadas por COMCEL S.A., la sentencia de 9 de agosto de 2012 no quedó ejecutoriada una vez transcurridos 3 días con posterioridad a su notificación, sino, hasta la resolución de las mencionadas solicitudes, esto por disposición expresa del artículo 302 del Código

⁵¹ En el cual actuó como Consejero Ponente el Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵² Por medio de Oficio N°. C-2014-0467 de 11 de marzo de 2014 suscrito por la Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Visible a folio 66 del cuaderno principal del expediente.

⁵³ Copias allegadas en 15 cuadernos mediante comunicación recibida el 1 de agosto de 2019, remitida por el Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁵⁴ Visible a folios 709 a 726 del expediente con radicación 110010326201200020 00 (43.281) correspondiente al trámite surtido para el cumplimiento de las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 expedidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



General del Proceso -Ley 1564 de 2012-⁵⁵, aplicable a este caso por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal dispone:

«Artículo 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.» (Subrayas fuera de texto para resaltar)

64. En ese orden argumentativo, encuentra la Sala que mediante auto de 6 de septiembre de 2012⁵⁶, la Sección Tercera del Consejo de Estado denegó las solicitudes de aclaración, complementación y enmienda, así como el trámite de interpretación prejudicial presentadas por el hoy recurrente, y declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto, esta providencia fue notificada por estado el 11 de septiembre de 2012⁵⁷. Así las cosas, la sentencia de 9 de agosto de 2012 demandada adquirió firmeza el 14 de septiembre del año en mención, es decir, tres días después de notificado el auto que resolvió las solicitudes antes referenciadas, conforme a lo consagrado en el artículo 302 del Código General del Proceso⁵⁸.

65. En virtud de lo expuesto, el término para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia recurrida inició el 14 de septiembre de 2012, fecha en la que quedó ejecutoriado el auto que resolvió las solicitudes de aclaración, complementación y enmienda, por lo cual, la fecha de culminación debía ser el 14 de septiembre de 2013, al tenor de lo previsto en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011 citado en acápites antecedentes. No obstante lo anterior, revisado el calendario de la rama judicial para el año 2013 se evidencia que el 14 de septiembre correspondió a un

⁵⁵ Antes regulado por el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁶ Visible a folios 832 a 865 del expediente con radicación 110010326201200020 00 (43.281) correspondiente al trámite surtido para el cumplimiento de las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 expedidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁵⁷ Constancia de notificación visible a folio 865 reverso, del expediente con radicación 110010326201200020 00 (43.281) correspondiente al trámite surtido para el cumplimiento de las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 expedidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁵⁸ Así lo certifica informe de secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado visible a folio 888 del expediente con radicación 110010326201200020 00 (43.281) correspondiente al trámite surtido para el cumplimiento de las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 expedidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



día sábado⁵⁹, es decir, día no hábil para efectos judiciales, en consecuencia la oportunidad para presentar el medio de impugnación en cuestión, se extendió hasta el primer día hábil siguiente, es decir, el lunes 16 de septiembre de 2013, en atención a lo previsto por los artículos 62 de la Ley 4º de 1913 –*Código de Régimen Político*- y 118 de la Ley 1564 de 2012 –*Código General del Proceso*-.

66. Revisado el expediente de la referencia, encuentra la Sala que el recurso extraordinario de revisión objeto del presente asunto fue presentado personalmente por el apoderado judicial de COMCEL S.A. ante la Secretaría General del Consejo de Estado el 16 de septiembre de 2013, tal y como se observa de la lectura de las constancias consignadas por el funcionario competente de la referida dependencia de esta Corporación⁶⁰, es decir, dentro del término legalmente conferido para tal efecto.

67. Entonces, dado que el recurso extraordinario aquí estudiado fue presentado en la oportunidad procesal correspondiente, esta Sala Especial de Decisión declara como no probada la excepción de mérito propuesta por el apoderado de ETB S.A. E.S.P. Cabe destacar en este punto, que no resulta admisible el argumento planteado por la entidad demandada, según el cual, el hecho que la oportunidad para interponer el recurso extraordinario de revisión precluya o finalice un día no hábil, prolonga dicho término, en atención a que, en el evento de terminar este en época de vacancia, paro judicial, día feriado, sábado o domingo, se cercenaría la oportunidad otorgada por ministerio de la ley, lo cual desconoce las garantías al debido proceso y acceso a la administración de justicia al interesado.

68. En efecto, al haber sido interpuesto en la oportunidad procesal correspondiente, y encontrarse legalmente surtido el trámite previsto en la Ley 1437 de 2011, se procederá a decidir de fondo sobre las causales de revisión invocadas por la parte recurrente en la presente demanda de revisión y los argumentos de oposición presentados por ETB S.A. E.S.P., para lo cual se deberá atender los problemas jurídicos que a continuación se formulan.

⁵⁹https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-seccional-de-la-judicatura-de%20bogota%20/calendario?p_p_id=8&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_8_struts_action=%2Fcalendar%2Fview&_8_tabs1=year&_8_year=2013

⁶⁰ Constancia visible a folio 50 del cuaderno principal del expediente.



2.4. Planteamiento del problema jurídico.

2.4.1. Primer problema jurídico.- Determinar si las providencias cuestionadas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de agosto y 6 de septiembre de 2012, se encuentran incursas en la causal del revisión prevista en el artículo 250 numeral 8º, al ser contrarias a la sentencia de 27 de marzo de 2008 dictada por la misma corporación, que a juicio del actor constituye cosa juzgada respecto de la anulación del laudo arbitral expedido el 15 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir las controversias suscitadas entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998.

2.4.2. Segundo problema jurídico.- Definir si las providencias demandadas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de agosto y 6 de septiembre de 2012, se encuentran incursas en la causal del revisión prevista en el artículo 250 numeral 5º, en atención a que se encuentran viciadas de nulidad por: **i)** haber sido expedidas con falta de jurisdicción y competencia; **ii)** haber sido dictadas con pretermisión integral de la instancia; y **iii)** haber condenado a quien no fue parte en el proceso.

2.5. Resolución de los problemas jurídicos planteados.

2.5.1. Resolución del primer problema jurídico.

69. En este punto evidencia la Sala que, con el objeto de sustentar la causal de revisión que dio lugar a la formulación del primero de los problemas jurídicos referenciados⁶¹, la parte recurrente afirmó que las providencias acusadas, resultan

⁶¹ Prevista en el artículo 250 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal dispone:

“8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”



contrarias a la sentencia de 27 de marzo de 2008 dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la cual declaró infundado el recurso de anulación promovido en contra del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 dictado por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998, que a su juicio, se encuentra debidamente ejecutoriada y por tanto, hizo tránsito a cosa juzgada.

70. De lo anterior se colige entonces, que como fundamento de la causal de revisión invocada el recurrente COMCEL S.A., parte de la existencia y validez de la sentencia de 27 de marzo de 2008, que decidió previamente el mismo asunto al que hacen referencia las providencias de 9 de agosto y 6 de septiembre de 2012.

71. Ahora bien, de los antecedentes previamente expuestos de manera precisa y detallada, se advierte en el proceso de la referencia una situación «*sui generis*», relacionada con la expedición de las decisiones de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano supranacional propio del derecho Comunitario Andino, que ordenó a la Sección Tercera del Consejo de Estado dejar sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 y en consecuencia, dictar una nueva decisión en su remplazo, disposición que dio lugar a la expedición de las providencias controvertidas a través del recurso extraordinario de revisión objeto del presente asunto.

72. Así las cosas, debido a las particularidades del caso, para desatar el primero de los problemas jurídicos planteados la Sala desarrollará el siguiente orden argumentativo: **i)** en primer lugar se estudiará el origen y principios rectores del Derecho Comunitario; **ii)** en segundo término, se hará referencia al Derecho Comunitario Andino, sus instituciones y órganos, así como el efecto de sus decisiones respecto de sus estados miembros; **iii)** como tercer punto a tratar, se hará mención de las normas de la Comunidad Andina que regulan el comercio de servicios de telecomunicaciones, especialmente, lo relativo a la interconexión; y **iv)** finalmente, se resolverá el caso concreto.

2.5.1.1. Del origen y los principios rectores del Derecho Comunitario.



73. Concluida la segunda guerra mundial, la mayoría de los estados europeos atravesaban una profunda crisis social, económica y política, motivo por el cual el 9 de mayo de 1950 el entonces Ministro de Relaciones Exteriores francés Robert Schuman propuso la construcción de un proceso de integración económica europea dirigida por un órgano independiente y autónomo de los gobiernos participantes, lo cual produciría de manera implícita la unificación política de sus miembros, circunstancia que consideró fundamental para la preservación de la paz en la región⁶².

74. En virtud de dicho planteamiento, el 18 de abril de 1951 Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos suscribieron en París el tratado de creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero -CECA- cuyo principal propósito fue la conformación de un mercado común para la circulación y libre competencia de los citados recursos, imprescindibles para la preparación de una futura confrontación bélica internacional.

75. Para la constitución del citado esquema de integración, los estados mencionados cedieron parte de su soberanía y competencias a una nueva institución con personería jurídica autónoma e independiente de los gobiernos suscriptores del tratado, dotada de recursos propios para la financiación de sus actividades y con la facultad de proferir decisiones de obligatorio cumplimiento para éstos y las empresas del sector del carbón y el acero. Esta nueva institución fue conformada a su vez por varios órganos necesarios para su efectivo funcionamiento y el cumplimiento de sus fines, dentro de estos se encontraba la denominada «Alta Autoridad» como órgano de dirección, así mismo se creó una –Asamblea-, encargada del control político, un «Consejo Especial de Ministros» para garantizar la vinculación con los gobiernos de cada país, y un «Tribunal de Justicia» con el objeto de aplicar las normas de la organización de forma efectiva. El referido modelo político de integración dio origen a una nueva forma de organización política, que fue calificada como «supranacional»⁶³.

⁶²Centro de Documentación Europea y Europe Direct de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación con el Estado. Origen y evolución de la Unión Europea.. Septiembre 2017. <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DOrigen+y+Evoluci%C3%B3n+de+la+UE.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DMPDE&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352939833870&ssbinary=true>.

⁶³ Guy Issaac. Manual de Derecho Comunitario General. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona octubre de 1985. Pág. 18 y ss.



76. En 1955 los representantes de los seis miembros de la –CECA- en el marco de la Conferencia de Mesina, concluyeron que el proyecto de integración iniciado en el sector del acero y del carbón debía ser extendido a todos los campos de la economía europea, por tanto, el 25 de marzo de 1957 fueron suscritos en Roma dos tratados independientes; el primero, para la conformación de la Comunidad Europea de Energía Atómica -CEE- con el objeto de estimular el uso pacífico de la energía nuclear e impulsar el desarrollo de dicha industria, y; el segundo, creó la Comunidad Económica Europea -CEE- cuya finalidad fue crear un mercado común en el cual se pudiera promover la libre circulación de toda clase de mercancías, factores de producción y estimular la libre competencia, así como la implementación de políticas económicas generales en distintos sectores. Para la aplicación de los tratados aludidos se copió el modelo institucional de la -CECA-, sin embargo, en lo referido a la -CEE- además de crear un órgano de gestión y control del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados, se le otorgó la facultad de legislar⁶⁵.

⁶⁴ El concepto de Supranacionalidad ha sido comprendido por la doctrina, como la organización Internacional compuesta por varios Estados, dirigida por un órgano independiente a sus miembros con la competencia de proferir normas y decisiones que deben ser obedecidas por sus miembros sin necesidad de un acto jurídico interno que acepte o se adhiera a su cumplimiento. El profesor Rigoberto Armando Ramos define este concepto en los siguientes términos:

«Habitualmente, la idea de la supranacionalidad se identifica con la de los órganos supranacionales, en el convencimiento de que, para que exista supranacionalidad, se requiere que organismos independientes y superiores a los Estados-naciones estén habilitados para dictar normas obligatorias para estos últimos, incluyendo por tanto el concepto, dos aspectos: un órgano comunitario y competencia para expedir decisiones, con aplicabilidad inmediata, sin necesidad de actos de recepción por los Estados partes. En cambio, los órganos de tipo intergubernamental son aquellos que solo pueden adoptar decisiones que cuenten con la voluntad de los Estados que conforman el tratado de integración como es el caso por ejemplo del NAFTA. Un órgano, para ser considerado supranacional, debería reunir al menos dos condiciones. La primera, estar integrado de manera que sus miembros no representen a ningún Estado, que se encuentren desvinculados de sus nacionalidades y que respondan nada más que a los intereses comunitarios, sin recibir instrucciones de ningún gobierno. La segunda, tener la potestad de dictar normas obligatorias para los Estados miembros, cuya aplicación sea inmediata y prevalente en los ordenamientos internos de cada uno de ellos.

(...)

Otros autores consideran que un sistema integracionista es supranacional cuando algunas de las competencias de los Estados son transferidas a determinados organismos comunitarios, delegándose con ello, poderes de decisión de los Estados participantes, para lograr así el cumplimiento de los fines comunitarios junto a los demás Estados miembros. Según lo indicado, para poder hablar de supranacionalidad, se requiere como elementos de un solo y mismo sistema: objetivos comunes, estructura institucional, competencia y poderes. Se puede referir a órganos supranacionales, cuando los Estados miembros de una comunidad delegan en organismos independientes de los gobiernos, para que tengan competencia suficiente de normar, ejecutar y dirimir todo lo referente a los fines comunes que tuvieron en miras dichos Estados para integrarse en un espacio común. Por lo tanto, para que exista supranacionalidad, ese poder comunitario debe ser autónomo, es decir, distinto e independiente de los poderes constituidos de los Estados partes y que las tomas de decisiones que genere se apliquen en forma directa e inmediata a en el ámbito geográfico de los países miembros, sin ningún tipo de interferencias.»

Ramos, Rigoberto Armando. La supranacionalidad en la Unión Europea. Comparación con el proceso centro americano de integración. Revista de Derecho, Vol. 32. N° 1. 2011.

<https://pdfs.semanticscholar.org/7c77/0abd5cb7d536acb3e94a7a8f7ec1fca4790f.pdf>

⁶⁵ *Ibidem*.



77. Ahora bien, el 8 de abril de 1965 se suscribió el tratado de Bruselas, por medio del cual las tres comunidades europeas independientes existentes hasta ese momento –CECA, CEEA y CEE- fueron fusionadas en una sola organización institucional para efectivizar la consecución de los objetivos planteados en cada una. Debido a los efectos positivos de las medidas de integración para los estados miembros de la Comunidad Europea, a partir de 1973 un segmento importante de los países de la región se adhirieron al nuevo sistema de integración⁶⁶.

78. Adicional a lo anterior, es importante resaltar que mediante el Tratado de Maastricht de 1992 fueron reformadas las normas constitutivas de la comunidad europea y se otorgó la denominación de Unión Europea hoy vigente, a través de la que se introdujo como objetivo de ésta, además del desarrollo económico, fortalecer la cooperación en política exterior, seguridad común, justicia y asuntos de interior, así mismo, mediante el Tratado de Ámsterdam suscrito el 2 de octubre de 1997, se introdujeron reformas sustantivas a las normas constitutivas de las Comunidades Europeas, dado que, se implementaron mecanismos para coordinar políticas de empleo, cooperación judicial, aduanera, lucha contra el fraude, la inmigración, cruce de fronteras exteriores, entre otras, igualmente, se fortalecieron las competencias legislativas y de control del Parlamento Europeo y la Comisión y se modificó la estructura de dichos órganos⁶⁷.

79. La mencionada integración entre países europeos a partir de su constitución ha sido modificada por diversos tratados y protocolos, con el objeto de adaptar su estructura y funcionamiento a las necesidades y retos que han surgido con el paso del tiempo⁶⁸, además, para el cumplimiento de los fines con los cuales fue constituida, a

⁶⁶ En 1973 ingresó a la Comunidad Europea Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, en 1981 Grecia, en 1986 España y Portugal, en 1995 Austria, Suecia y Finlandia, y en 2004 Chequia, Estonia, Chipre, Letonia, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia.

<http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/EspanaUE/es/quees2/Paginas/El-Derecho-comunitario.aspx>

⁶⁷ Centro de Documentación Europea y Europe Direct de la Comunidad de Madrid. Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación con el Estado. Origen y evolución de la Unión Europea. Septiembre 2017. <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-disposition&blobheadertype=cadena&blobheadertype=filename%3DOrigen+y+Evoluci%C3%B3n+de+la+UE.pdf&blobheadertype=language%3Des%26site%3DMPDE&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352939833870&ssbinary=true>.

⁶⁸ Además de las normas mencionadas resulta importante destacar La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza en diciembre de 2000, el Tratado de Niza de febrero de 2001 que adaptó a la unión para la ampliación de sus estados miembros y la nueva composición de sus órganos; el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007, y el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 que modificó competencias de sus órganos y funcionarios.



través de sus órganos autónomos e independientes a las instituciones de sus estados miembros, ha proferido una gran cantidad de disposiciones jurídicas de obligatorio cumplimiento⁶⁹.

80. Entonces, ese conjunto de normas conformado por los tratados constitutivos y modificatorios de la Unión Europea suscrito por sus integrantes, así como los actos jurídicos proferidos por ésta, clasificados en reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, ha generado un nuevo sistema de relaciones entre los distintos sujetos que por sus particularidades se distancia de la regulación del derecho internacional clásico, en consecuencia, la doctrina europea lo definió como una nueva y especializada rama del derecho, que denominó como Derecho Comunitario o Derecho de Integración, entendido como la regulación de los procesos de unificación supranacional en distintos ámbitos, especialmente en el económico y comercial⁷⁰.

81. Las fuentes del Derecho Comunitario en sentido estricto⁷¹, han sido clasificadas en dos categorías o grupos; las fuentes originarias o primarias y fuentes secundarias o derivadas. El primero hace referencia a los tratados constitutivos de las comunidades – *CECA*, *CEEA* y *CEE*- así como sus actos modificatorios y complementarios, en general, todo acto que determine la estructura o sistema institucional, objetivos fundamentales, funcionamiento de la organización supranacional, límites y adhesión de nuevos miembros, y que por su naturaleza especial requiera para su existencia y validez la ratificación de los representantes de los estados parte, motivo por el cual, estos son prevalentes o jerárquicamente superiores respecto de las otras fuentes del ordenamiento jurídico de la integración, inclusive, de los tratados que hayan suscrito sus miembros de manera previa o posterior a la adhesión al orden supra legal.

82. Por otro lado, son fuentes derivadas del Derecho Comunitario los actos jurídicos unilaterales proferidos por las instituciones de la Unión Europea, entendida ésta como

⁶⁹ <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DOrigen+y+Evoluci%C3%B3n+de+la+UE.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DMPDE&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352939833870&ssbinary=true>.

⁷⁰ Luis Carlos SÁCHICA, *Derecho Comunitario Andino*, Editorial Temis S.A. Bogotá 1990.

⁷¹ En sentido amplio constituyen fuentes de derecho comunitario todas las reglas de derecho aplicables al ordenamiento jurídico de las comunidades, como los principios generales del derecho, la jurisprudencia de los Tribunales y las reglas originadas de las interacciones de los órganos comunitarios con otros sujetos de derecho. Guy Issaac. *Manual de Derecho Comunitario General*. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona octubre de 1985. Pág. 125 y ss.



una persona jurídica autónoma e independiente de los países miembros, como se anotó anteriormente, y que ejercen las atribuciones que estos le cedieron al suscribir los tratados de la constitución o adhesión a la comunidad, actos que deben tener sustento en las facultades contenidas en las normas originarias, y que tienen como propósito dar cumplimiento a sus fines de conformidad con las condiciones previstas en los tratados, además, estas disposiciones normativas tienen la característica especial de ser vinculantes a sus destinatarios, ya sean integrantes de la unión, personas naturales o jurídicas nacionales, e instituciones de la organización supranacional sin que sea necesario un acto nacional posterior de aprobación. Los instrumentos jurídicos de la comunidad europea se clasifican en reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes⁷².

83. En ese orden argumentativo, resulta imperativo destacar que el sistema de fuentes que rige las instituciones propias del Derecho Comunitario no es el único factor que lo distingue del derecho internacional clásico y otras ramas, pues, por su naturaleza, y con el propósito de lograr el efectivo cumplimiento del fin para el cual fue diseñado, el conjunto de normas comunitarias se encuentra permeado por tres principios especiales, los cuales son denominados por el profesor Issaac como: **i)** principio de aplicabilidad inmediata; **ii)** principio de aplicabilidad directa; y, **iii)** principio de primacía⁷³.

84. **Principio de aplicabilidad inmediata:** Para la comprensión de este principio del Derecho Comunitario, cuya fuente primaria se constituye por tratados suscritos entre varios estados para la creación, modificación o adhesión de un órgano de integración supranacional, es necesario hacer referencia al principio de «*pacta sunt servanda*», positivizado mediante el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de tratados y en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que establece que todo tratado vigente obliga a los sujetos suscriptores y debe ser cumplido por éstos.

⁷² Parlamento europeo, "Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea". <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/6/las-fuentes-y-el-ambito-de-aplicacion-del-derecho-de-la-union-europea>

⁷³ Guy Issaac. Manual de Derecho Comunitario General. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona octubre de 1985.



85. Entonces, con el propósito de dar aplicación a las disposiciones normativas derivadas de tratados internacionales en el derecho interno, se originaron dos corrientes doctrinales; la concepción dualista *–mayoritaria–*, que considera el ordenamiento jurídico internacional e interno como sistemas normativos separados, por tanto, propone que para la aplicabilidad de un tratado se requiere de una norma nacional que la introduzca o recepcione en el orden interno; por su parte, la tesis monista, no distingue entre ordenamiento jurídico internacional e interno, es decir, que las disposiciones internacionales se deben aplicar de manera inmediata en el ámbito nacional, sin necesidad de una norma posterior que la ratifique, pues, estas se entienden, de pleno derecho, integradas al sistema jurídico interno de cada estado.

86. Dicho lo anterior, se observa que por la misma naturaleza supranacional de las comunidades regidas por el Derecho Comunitario, constituidas por sus miembros mediante una cesión de parte de sus atribuciones soberanas, esta rama del derecho excluye el dualismo, y comprende el sistema normativo comunitario y el interno como uno solo, es decir, acoge la tesis monista, en consecuencia, las normas de derecho comunitario *–fuente originaria o derivada–* son de obligatorio cumplimiento para los estados partes de manera inmediata a su existencia y validez, determinadas por la regulación propia de cada órgano comunitario, sin que se requiera ningún mecanismo especial para su introducción.

87. **Principio de aplicabilidad directa o efecto directo:** Según el doctrinante antes citado, este principio se fundamenta en la finalidad de los sistemas comunitarios, consistente en la creación de un mercado común entre estados, por consiguiente, el desarrollo de dicho proyecto integracionista inmiscuye también a los particulares que participan en las relaciones sociales, económicas y jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico comunitario, por tanto, el derecho de integración no solo es aplicable a las relaciones estatales, como si lo es el derecho internacional clásico, lo que quiere decir que son sujetos de las normas comunitarias, tanto los países miembros de los tratados, como sus nacionales.

88. En ese orden, no solo los estados, sino también los particulares en su condición de sujetos del derecho comunitario se encuentran facultados para solicitar ante los tribunales o jueces nacionales, la protección de derechos, o exigir el cumplimiento de



obligaciones, previstos en una norma de naturaleza comunitaria –*tratados, reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes*- en el marco de sus relaciones jurídicas interpersonales. Así pues, el principio del efecto directo se refiere de manera concreta a que un particular puede invocar contra el Estado u otro particular, normas de la integración ante su jurisdicción nacional en el marco de un proceso judicial, las cuales deben ser cumplidas por los órganos jurisdiccionales de cada país de conformidad con los procedimientos previstos en la normatividad interna⁷⁴.

89. **Principio de primacía del derecho comunitario:** Los principios de aplicación inmediata y aplicación directa antes expuestos, no tendrían efecto alguno si los estados contaran con la facultad de eludir sus obligaciones derivadas del derecho comunitario mediante la expedición de una norma en el ordenamiento interno, en consecuencia, las normas originadas de la integración prevalecen sobre el derecho interno de sus miembros, dado que, de no ser así, difícilmente habría un derecho común, y por tanto sería imposible constituir una comunidad⁷⁵. El citado principio surge como consecuencia de la cesión de soberanía propia de los órganos nacionales a la autoridad comunitaria⁷⁶, sobre el particular, resulta pertinente hacer alusión al artículo 27 de la ya mencionada Convención de Viena de 1969, el cual establece que una parte suscriptora de un tratado internacional no podrá invocar una norma de su ordenamiento interno como justificación para el incumplimiento de dicho instrumento. La disposición en comento otorga un sustento normativo al principio aquí expuesto, esta dispone a tenor literal lo siguiente:

«27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

90. En virtud de lo anterior, el principio de primacía significa que en caso de existir incompatibilidades entre disposiciones de derecho interno de los estados parte y el

⁷⁴ Como antecedente que muestra la aplicación del principio bajo estudio, encontramos la sentencia Asunto C-393/92 proferida entre Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf IJsselmij NV (Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te Arnhem). Cuestiones prejudiciales — Sometimiento del asunto al Tribunal de Justicia — Órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 177 del Tratado — Concepto — Órgano jurisdiccional nacional que resuelve en equidad un recurso contra un laudo arbitral (Tratado CEE, arts. 175 y 177)

⁷⁵ Guy Issaac. Manual de Derecho Comunitario General. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona octubre de 1985.

⁷⁶ Cubillos Hernández, Andrea, "Principio de Primacía del Derecho Comunitario Andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado". Universidad de Rosario Editorial, 2019.



ordenamiento jurídico comunitario, éste prevalece respecto de las primeras, en consecuencia, la autoridad judicial se encuentra en la obligación de inaplicar la norma de derecho interno que riña con una del orden comunitario. Entonces, si al momento de expedición de una norma de derecho comunitario, existe en el ordenamiento jurídico interno una disposición en contrario, esta se hace inaplicable de pleno derecho. En el caso contrario, que la autoridad legislativa de un país miembro de la unión expida una norma contraria a la de la comunidad, la misma carecerá de eficacia jurídica.

2.5.1.2. Del Derecho Comunitario Andino, instituciones, órganos y la obligatoriedad de sus decisiones respecto de los estados miembros.

91. Los ideales integracionistas en los cuales se cimentó la Unión Europea como órgano de integración supranacional para el desarrollo económico de la región, sirvieron de inspiración para que varios estados latinoamericanos emprendieran su propio proyecto de integración, con el objeto de promover el libre comercio y mejorar las condiciones de vida entre sus nacionales, por tanto, el 18 de febrero de 1960 *-de forma concomitante o paralela a la evolución de las comunidades europeas-* funcionarios plenipotenciarios de Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, suscribieron el Tratado de Montevideo a través del que se constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio *-ALALC-*⁷⁷, que fue posteriormente adherido por Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia⁷⁸.

92. Debido a las dificultades para la ejecución de los fines de la *-ALALC-*, representantes de varios países suramericanos firmaron la declaración de Bogotá el 16 de agosto de 1966, mediante la cual se inició un proceso de constitución de un órgano comunitario subregional entre países con condiciones afines. Previa ejecución de varias reuniones, el 26 de mayo de 1969 se suscribió en Bogotá el Acuerdo de Integración Subregional Andino entre Colombia, Bolivia, Chile, Perú y Ecuador, el cual fue posteriormente denominado por el órgano normativo de la comunidad como *-Acuerdo*

⁷⁷ La ALALC estuvo vigente hasta 1980 cuando en la XIX conferencia extraordinaria de ministros realizada en Acapulco se reconoció la imposibilidad de cumplir con su finalidad.

https://www.ecofinanzas.com/diccionario/A/ASOCIACION_LATINOAMERICANA_DE_LIBRE_COMERCIO.htm

⁷⁸ Tratado de Montevideo – 1960.

[https://www3.nd.edu/~jbergstr/DataEIAs2006/FTA5yrData_files/PDF%20Files/Latin%20America/LAFTA%20-%20MONTEVIDEO%20TREATY%20\(1960\)%20\(Spanish\).pdf](https://www3.nd.edu/~jbergstr/DataEIAs2006/FTA5yrData_files/PDF%20Files/Latin%20America/LAFTA%20-%20MONTEVIDEO%20TREATY%20(1960)%20(Spanish).pdf)



de Cartagena-. Venezuela adhirió el citado tratado el 13 de febrero de 1973 y Chile se retiró el 30 de octubre de 1976⁷⁹.

93. Con posterioridad a la creación del órgano comunitario subregional andino se han firmado varios tratados y protocolos modificatorios, como el Tratado de 28 de mayo de 1979 mediante el que se instituyó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; el Tratado constitutivo del Parlamento Andino de 12 de octubre de 1979; el 12 de noviembre de 1979 se creó el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; el 23 de mayo de 1990 se consagró el Consejo Presidencial Andino. El 10 de marzo de 1996 se firmó el Protocolo de Trujillo, a través del cual se denominó el proyecto integracionista andino como Comunidad Andina de Naciones -CAN- y se nombró su órgano judicial como *-Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina-*; el 28 de mayo de 1996 se firmó el Protocolo de Cochabamba en el que se hizo precisión de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y se establecieron sus tres principios rectores, esto es: **primacía del derecho comunitario, aplicación inmediata y aplicación directa o efecto directo**, es decir, los mismos fundamentos que rigen la integración europea, expuestos de manera amplia en el acápite antecedente. Finalmente, cabe destacar que el 22 de abril de 2006 Venezuela se retiró del Acuerdo de Cartagena, por tanto, la organización supralegal andina se encuentra conformada en la actualidad por Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia⁸⁰.

94. De lo expuesto se colige, que la Comunidad Andina es una persona jurídica autónoma e independiente de sus miembros, de naturaleza supranacional, investida de las competencias soberanas en el orden legislativo, judicial y ejecutivo cedidas por los estados miembros para su constitución, con el propósito principal de establecer un mercado común de libre comercio, entonces, es claro que el proceso de integración andina sigue el modelo comunitario europeo. El núcleo esencial del ente comunitario en cuestión, al igual que la Comunidad Europea es el concepto de supranacionalidad. Sobre dicho aspecto, esta Corporación ha señalado lo siguiente⁸¹:

⁷⁹ Gómez Apac, Hugo R. "La comunidad Andina". Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia. Editorial San Gregorio S.A. 2019.

⁸⁰ *Ibídem*.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Recurso de anulación de laudo arbitral. Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Radicación: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845). Actor: Termex Colombia S.A. –UNE EPM Comunicaciones S.A. Demandado: Dimayor.



«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, 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 cuando estos tratados establecen procedimientos u órganos supranacionales por cuyo medio y en cuyo ámbito han entendido encauzar mejor los asuntos de su recíproco interés».

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 atribución. Se trata, en últimas, del voluntario sometimiento, por parte de los Estados miembros de la Comunidad Andina, a un orden jurídico integrado, lo que constituye el objetivo y el límite a las competencias de los 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 comunitario.» (subrayas fuera de texto para destacar)

95. Aunado a lo anterior, es preciso destacar que para el debido y eficaz funcionamiento de la Comunidad Andina, mediante el Protocolo de Trujillo se implementó una rigurosa organización institucional denominada como Sistema Andino de Integración -SAI-⁸² conformado por instituciones y órganos que ejercen funciones y competencias específicas; las primeras gozan de personalidad jurídica, y los segundos por el contrario, carecen de esta, así como de patrimonio y personal⁸³. De las instituciones y órganos del sistema andino es importante hacer referencia a aquellos

⁸² El artículo 7 del Acuerdo de Cartagena establece la finalidad del Sistema Andino de integración en los siguientes términos:

«Artículo 7.- El Sistema tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.»

⁸³ De conformidad con lo establecido por el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, el Sistema Andino de Integración está conformado por los órganos e instituciones que a continuación se enuncian:

Consejo Presidencial Andino; ii) Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores; iii) Comisión de la Comunidad Andina; iv) Secretaría General de la Comunidad Andina; v) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; vi) Parlamento Andino; vii) Consejo Consultivo Empresarial; viii) Consejo Consultivo Laboral; ix) Corporación Andina de Fomento; x) Fondo Latinoamericano de Reservas; xi) Convenio Simón Rodríguez; xii) Universidad Andina Simón Bolívar; xiii) Consejos Consultivos y; xiiii) demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.



encargados de ejercer las competencias soberanas cedidas por los estados miembros para la consolidación del proyecto de integración, especialmente los que obligan a estos mediante sus pronunciamientos.

96. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores -CAMRE-⁸⁴ y la Comisión de la Comunidad Andina⁸⁵, son las autoridades con facultad legislativa en el marco de la Comunidad Andina, se pronuncian por medio de Declaraciones y Decisiones, las cuales hacen parte del ordenamiento jurídico comunitario⁸⁶. Por su parte, la Secretaría General es definida como el órgano ejecutivo de ésta y tiene como fin principal prestar apoyo técnico a los demás entes constitutivos del Sistema Andino de Integración⁸⁷. Ahora, el denominado órgano deliberante del Sistema Andino de Integración es el Parlamento Andino, encargado de la representación de los pueblos integrantes de la comunidad, dado que sus miembros son elegidos mediante sufragio universal y directo a diferencia de los demás entes comunitarios⁸⁸. Es importante resaltar que el Parlamento Andino se pronuncia a través de declaraciones y recomendaciones, sin embargo, por la naturaleza deliberante del citado ente, tales actos no tienen efectos jurídicos vinculantes⁸⁹.

⁸⁴ Cuyos fines principales consisten en formular políticas exteriores de los países miembros en cuanto a los asuntos de interés subregional; formular, ejecutar y evaluar políticas generales del proceso de integración; cumplir las Directrices impartidas por el Consejo Presidencial y velar por el cumplimiento de aquellas dirigidas a otros órganos; suscribir acuerdos y convenios con terceros ajenos a la comunidad sobre política exterior y cooperación; recomendar y adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo de Cartagena - Acuerdo de Cartagena artículo 16-

⁸⁵ Encargada de formular, ejecutar y evaluar políticas en materia de comercio e inversiones, adoptar medidas necesarias para el cumplimiento de los fines del Acuerdo de Cartagena y las Directrices impartidas por el Consejo Presidencial Andino, estudiar y aprobar o no, las propuestas de los países miembros; coordinar con otros entes de la organización comunitaria la ejecución de programas y acciones dirigidas al logro de objetivos comunes; aprobar el presupuesto anual de la Secretaría General y el Tribunal de Justicia, así como fijar contribuciones de los Estados miembros. La Comisión, al igual que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores -CAMRE- Acuerdo de Cartagena artículo 21.

⁸⁶ Acuerdo de Cartagena artículo 17.

⁸⁷ Acuerdo de Cartagena artículo 29. La Secretaría General debe velar por la aplicación del Acuerdo de Cartagena y en general, de las normas que conforman la comunidad; atender encargos de la Comisión y el -CAMRE-; presentar informes anuales sobre los resultados de la aplicación del acuerdo y proponer medidas correctivas; realizar estudios técnicos encomendados o los que considere pertinentes; elaborar un cronograma anual de labores; promover reuniones periódicas entre los entes encargados de la formulación de política económica, mantener relaciones con otras organizaciones de integración; elaborar y ser depositaria de actas de reuniones, entre otras

⁸⁸ Acuerdo de Cartagena artículos 42 y 43. Éste examina el desarrollo del proceso de integración subregional; cumple funciones de promoción y orientación para su consolidación en Latinoamérica; formula recomendaciones sobre los proyectos anuales de presupuesto; sugiere a los demás integrantes del -SAI- acciones o decisiones con el objeto de generar modificaciones, ajustes o lineamientos generales respecto de los fines y estructura institucional de la organización comunitaria.

⁸⁹ Gómez Apac, Hugo R. "La comunidad Andina". Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia. Editorial San Gregorio S.A. 2019.



97. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es otro de los órganos considerados como determinantes para el debido funcionamiento del referido proyecto de integración, dado que es el encargado de ejercer la función jurisdiccional⁹⁰, por tanto, de garantizar el estricto cumplimiento del Acuerdo de Cartagena y la salvaguarda de los derechos y obligaciones derivados de éste. Con el objeto de cumplir los propósitos señalados, el Tribunal tiene la facultad de declarar la nulidad de las Decisiones, Resoluciones y Convenios expedidos por otros órganos o instituciones del sistema de integración que desconozcan el ordenamiento jurídico comunitario – *mediante sentencia que decida la acción de nulidad*⁹¹- y a su vez, señalar los efectos de su decisión en el tiempo. De igual modo, el referido órgano jurisdiccional tiene la potestad de establecer el incumplimiento de las obligaciones derivadas del citado orden jurídico supranacional por parte de los estados miembros y ordenar las medidas necesarias para que cese el desconocimiento normativo advertido -*mediante sentencia que decida la acción de incumplimiento*⁹²-.

98. Otra de las competencias propias del Tribunal de Justicia es interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para establecer su contenido y alcance, y en consecuencia de obtener una aplicación uniforme de ésta en territorio de los estados miembros –*sentencia de interpretación proferida dentro del procedimiento de Interpretación Prejudicial*⁹³-. Además puede ordenar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, el cumplimiento de mandatos que no hayan acatado encontrándose obligados expresamente por una disposición normativa –*providencia que decide el Recurso por Omisión o Inactividad*⁹⁴-.

99. Así mismo, el órgano judicial comunitario es competente para conocer y decidir los conflictos de naturaleza laboral suscitados en cualquiera de los órganos o

⁹⁰ Acuerdo de Cartagena artículo 40.

⁹¹ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo III Sección Primera, artículo 17 y ss.

⁹² Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo III, Sección Segunda, artículo 23 y ss.

⁹³ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo III, Sección tercera, artículo 32 y ss.

⁹⁴ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo III, Sección Cuarta, artículo 37 y ss.



instituciones propias del Sistema Andino de Integración -**Jurisdicción Laboral**-⁹⁵. Finalmente, el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le otorgó a éste la competencia de dirimir mediante arbitraje administrativo, las controversias sometidas a su conocimiento por particulares relacionadas con la interpretación o aplicación normas comunitarias que regulen contratos privados – **Función Arbitral**-⁹⁶.

100. De todo lo expuesto se colige que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se encuentra conformado por el Acuerdo de Cartagena y sus Tratados o Protocolos constitutivos y modificatorios referenciados al inicio del este acápite, los cuales son considerados como fuente originaria del sistema de integración mencionado. Así mismo, son fuente derivada de derecho andino las Decisiones, Resoluciones y Convenios de Complementación industrial, que son proferidos de manera unilateral por los órganos o instituciones competentes, principalmente por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores –CAMRE, la Comisión y la Secretaría General⁹⁷.

101. Los instrumentos jurídicos enunciados son considerados por la doctrina como fuente normativa directa, es decir, las normas positivas de la Comunidad Andina. Ahora bien, se ha reconocido la calidad de fuente normativa indirecta, de manera excepcionalísima al derecho internacional y al derecho interno de los estados miembros de la comunidad andina, esto, solo como complemento indispensable, siempre y cuando tengan relación con aspectos no regulados por el órgano comunitario⁹⁸. Aunado a lo anterior, se considera fuente no normativa los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, esta última otorga gran relevancia al Tribunal Andino, en el entendido que a través de dichos pronunciamientos el órgano jurisdiccional genera conceptos mediante los cuales interpreta y aclara las normas de la comunidad, y construye reglas básicas de derecho en la subregión.

⁹⁵ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo III, Sección Sexta, artículo 40.

⁹⁶ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo III, Sección Quinta, artículo 38 y ss.

⁹⁷ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Trujillo, Perú el 10 de marzo de 1996, Capítulo I, artículo 1.

⁹⁸ Tangarife Torres, Marcel. Derecho de Integración de la Comunidad Andina. Cámara de Comercio de Bogotá. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2005.



102. Es importante destacar en este punto, que por la naturaleza supranacional de la Comunidad Andina como entidad subregional de integración, todos los instrumentos jurídicos expedidos por sus órganos en virtud de la facultad legislativa transferida, se integran al ordenamiento jurídico interno de sus países miembros, en consecuencia, tales disposiciones son de obligatorio cumplimiento para los estados suscriptores del Acuerdo de Cartagena, con efecto inmediato, de aplicación directa y con primacía respecto de las normas nacionales, sin que sea relevante para su acatamiento la fuente normativa de la que provenga. Lo expuesto se encuentra expresamente consagrado en el Protocolo Modificador del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los siguientes términos:

*«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 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.» (subrayas y negrillas fuera del texto original).

103. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha realizado una distinción entre obligatoriedad y aplicabilidad directa de las normas derivadas del ordenamiento jurídico andino, en el entendido que el primer concepto, hace referencia al deber de los estados miembros de cumplir los instrumentos normativos expedidos por los órganos competentes de la Comunidad Andina a partir de la decisión, por otro lado, la aplicabilidad interna de dichos preceptos se exige desde su publicación. Al respecto, el referido tribunal constitucional en sentencia C – 227 de 1999 expuso lo siguiente⁹⁹:

«Ahora bien, en los artículos 2 y 3 del Tratado se establece una distinción entre la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de las normas derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 227 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Se dispone que las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores obligan a los estados miembros a partir de su decisión, en tanto que su aplicabilidad interna se difiere a su publicación. La distinción se explica por el hecho de que en las instancias decisivas enunciadas participan directamente miembros o representantes de los gobiernos de los Estados miembros, por lo cual, al momento de adoptarse la decisión están en pleno conocimiento del contenido normativo convenido. No ocurre lo mismo con los particulares, quienes requieren de la publicidad para conocer de tales decisiones. La distinción, pues, opera en favor de la protección de los derechos de los particulares.

El artículo 4 del Tratado establece que los estados miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y, por consiguiente, no podrán tomar decisiones que impidan la efectividad de tal ordenamiento. El Tribunal Andino de Justicia ha señalado, al referirse a este artículo y como claramente se infiere de la disposición, que en ella se consagra el principio pacta sunt servanda, el cual, en el contexto de la supranacionalidad, supone que el derecho comunitario tiene prevalencia sobre el derecho interno, esto es, que toda norma interna o nacional contraria a dicho ordenamiento resulta derogada con la expedición de una norma comunitaria o no es aplicable dada la existencia de esta última.» (Subrayas fuera de texto para destacar)

104. De acuerdo con las disposiciones supranacionales transcritas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional se concluye, que también, las normas comunitarias andinas son de imperativo acatamiento para los nacionales de los estados miembros del sistema subregional de integración, y más aún, para los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración –SAI–.

105. Pese a la naturaleza vinculante de los instrumentos jurídicos proferidos por la Comunidad Andina -*Decisiones, Resoluciones y Convenios de Complementación Industrial*- su efectiva aplicación sería facultativa por parte de los sujetos del derecho comunitario, si las disposiciones constitutivas de la entidad supranacional no hubiesen consagrado acciones de naturaleza jurisdiccional para exigir su acatamiento en caso de omisión o renuencia de los destinatarios, como la Acción de Incumplimiento –*dirigida a los Estados*- que obligue a su inmediato cumplimiento .

106. En ese orden argumentativo, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que determine el incumplimiento de las disposiciones comunitarias por parte de alguno de sus estados miembros –*en el marco de una Acción de Incumplimiento*–, ordenará al órgano nacional correspondiente adoptar las medidas requeridas para su debido cumplimiento en el término perentorio de 90 días, so pena de incurrir en sanciones referidas a la pérdida de beneficios derivados las normas de integración. Sobre este punto el antes mencionado Tratado de creación del citado ente con funciones jurisdiccionales –*modificado mediante los Tratados de Trujillo y Cochabamba*- en su artículo 27 estableció lo siguiente:



«Artículo 27.- Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

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 benefician al País Miembro remiso.

En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución. El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.» (Subrayas fuera de texto para resaltar)

107. Por su parte, la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones exteriores por medio de la cual se profirió el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reiteró el imperativo cumplimiento de las sentencias que declaren el incumplimiento de normas comunitarias so pena de incurrir en severas sanciones. Sobre el particular los artículos 111 y 119 establecen lo siguiente:

«Artículo 111.- Efectos de la sentencia de incumplimiento. El País Miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación.

El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia.(...)

Artículo 119.- Sanciones. Si un País Miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar como sanción, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, 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 benefician al País Miembro remiso.»

108. El mecanismo judicial mencionado ha sido definido por el juez comunitario como un instrumento procesal instituido con la finalidad de garantizar, controlar y vigilar el debido cumplimiento de las normas comunitarias por los estados miembros del Acuerdo de Cartagena, motivo por el cual tiene especial relevancia en el proceso de construcción y desarrollo del proyecto de integración subregional andino. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sentencia publicada en la gaceta oficial el 20 de julio de 2011 señaló lo siguiente¹⁰⁰:

«En diversos fallos, este órgano jurisdiccional comunitario se ha referido a la naturaleza de la acción de incumplimiento; en este sentido, ha sostenido que a través de dicha acción se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad

¹⁰⁰ Acción de incumplimiento Proceso 02-AI-2009. Tecnoquimicas SA contra la República de Colombia.



Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal garantiza así el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo dispuesto en su Tratado fundacional, cuyo texto lo inviste como el órgano jurisdiccional de la Comunidad, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente».(Subrayas fuera de texto para destacar)

109. Resulta importante señalar que en sentencia reciente de 16 de mayo de 2019, el citado Tribunal de Justicia estudió de manera precisa y detallada la naturaleza y finalidad de la acción de incumplimiento y estableció que esta constituye un mecanismo procesal de importancia trascendental para el sistema de integración andino, pues, es el instrumento instituido para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario. Al respecto, la providencia en cuestión señaló¹⁰¹:

«La acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen, la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

La acción de incumplimiento bajo ningún concepto se convierte en una segunda ni tercera instancia ante la cual el País Miembro o un particular que se sienta afectado pueda solicitar a este Tribunal modificar el pronunciamiento de la autoridad nacional interna, lo que este Organismo realiza es velar por el cumplimiento de la norma comunitaria más no resolver un proceso interno.» (subrayas del texto original)

110. En lo referido al cumplimiento imperativo de las providencias que deciden las Acciones de Incumplimiento, el tribunal aludido en sentencia dictada dentro del proceso 01-AI-97 afirmó en forma enfática lo siguiente:

«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

¹⁰¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 01-AI-2017. Acción de incumplimiento interpuesta por ACAVA LIMITED contra la República de Colombia. Magistrada Ponente: Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.



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». (Subrayas fuera de texto para destacar)

111. De conformidad con el recuento normativo, jurisprudencial y doctrinario realizado en el desarrollo del presente acápite, es preciso concluir de forma contundente e irrefutable que los estados miembros de la Comunidad Andina, como la República de Colombia, están obligados al cumplimiento de las normas comunitarias andinas y de las decisiones expedidas por el Tribunal de Justicia sin perjuicio de la acción de incumplimiento, esto con el objeto de contribuir y garantizar la obtención de los fines del proyecto integracionista, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico supranacional.

2.5.1.3. De la regulación de la Comunidad Andina sobre el comercio de servicios de telecomunicaciones –interconexión-.

112. Tal y como se expuso de manera previa, la constitución de la Comunidad Andina como órgano supranacional de integración, tuvo como principal fundamento la conformación de un mercado común para fomentar, facilitar y liberalizar el comercio de bienes y servicios entre los países de la subregión andina, y de esta manera, impulsar el crecimiento económico de éstos. Con el propósito de desarrollar el objeto del proyecto integracionista, la Comisión de la Comunidad como órgano con facultades legislativas, encargado de formular, ejecutar y evaluar políticas en materia de comercio, expidió la Decisión 439 de 1998 que estableció el «*Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina*», a través del cual ordenó la elaboración de normas para regular el comercio de servicios de telecomunicaciones entre los estados miembros.

113. Como consecuencia del señalado mandato, y previa confección de estudios y proyectos por parte del Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones, la



Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 462 de 1999, mediante al cual reguló el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones entre los miembros del órgano comunitario. Tal regulación tuvo como núcleo esencial la protección de la libre competencia, en consecuencia estableció medidas para la eliminación de restricciones existentes relacionadas con el servicio de telecomunicaciones. Ahora, uno de los asuntos regulados fue la liberalización de la interconexión, a fin de fomentar un mercado competitivo en cuanto al servicio de comunicaciones y garantizar su efectiva prestación a los usuarios, cuyos principios fueron consagrados en el capítulo VIII de la Decisión mencionada, cuyo texto señala lo siguiente:

«Artículo 30.- Condiciones para la Interconexión Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada País Miembro.

La interconexión debe proveerse:

a) *En términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas;*

b) *Con cargos de interconexión que:(...).*

En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la Autoridad Nacional Competente la que determine su procedencia.

Artículo 31.- Disponibilidad pública de los procedimientos aplicables a la interconexión. *De acuerdo a la normativa nacional de cada País Miembro, la Autoridad Nacional Competente y los proveedores pondrán a disposición del público los procedimientos aplicables a la interconexión y condiciones de negociación.*

Artículo 32.- Condiciones entre proveedores. *Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.*

Artículo 33.- Armonización de normas de interconexión. *Los Países Miembros de la Comunidad Andina propenderán por la armonización de los requisitos, procedimientos y normas relativos a la interconexión.»* (Subrayas fuera de texto para destacar)

114. Ahora bien, mediante Resolución 432 de 2000 –*Nomas Comunes sobre interconexión*- la Secretaría General de la Comunidad Andina reglamentó de manera detallada los asuntos referidos a la interconexión de redes de telecomunicaciones para facilitar el acceso de los usuarios a este servicio y garantizar el desarrollo de un



mercado competitivo en condiciones justas, así mismo, estableció con claridad los métodos para la resolución de conflictos surgidos en el curso de la ejecución de la interconexión y la normatividad que rige el mencionado asunto. Al respecto, los artículos 32 y 35 ibídem establecieron:

«Artículo 32.- 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.

(...)

***Artículo. 35.**—Para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión.» (Subrayas fuera de texto para destacar)*

115. Resalta la Sala que, la Decisión 462 de 2002 y la Resolución 432 de 2000 fueron expedidas por la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina, respectivamente, en ejercicio de sus facultades legítimas y soberanas cedidas al órgano supranacional por los estados miembros mediante el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios, en consecuencia, las normas citadas tienen la naturaleza de derecho comunitario derivado de cumplimiento inmediato, directo y prevalente en el ordenamiento jurídico nacional.

116. De lo anterior se observa con claridad que, la interconexión es un tema regido por el derecho comunitario andino, y que si bien, este reconoce la competencia de los estados miembros para regular dicho asunto en sus respectivos ordenamientos nacionales, para tal efecto, deberán ajustarse a los principios establecidos sobre dicho asunto por las normas supranacionales, y además, las normas nacionales resultan aplicables únicamente de manera complementaria, es decir, en los aspectos no regulados por el derecho comunitario. Sobre este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en providencia de interpretación prejudicial proferida en el Proceso 385-IP-2015 a solicitud del Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre COMCEL S.A. y ETB. S.A. —en cumplimiento de la sentencia reprochada en el presente asunto- dispuso lo siguiente:



«De conformidad con lo anterior, la normativa prevalente en temas de interconexión es la normativa comunitaria andina, lo que quiere decir que cualquier antinomia entre ésta y la normativa nacional, internacional o contractual, siempre se resuelve a favor de la primera.»

La normativa nacional de interconexión puede regular ciertos asuntos no contemplados en la comunitaria andina, de conformidad con el principio de complemento indispensable. Los contratos de interconexión se encuentran previstos en la normativa andina y se encuentran basados en el principio de autonomía de la voluntad privada, pero al mismo tiempo en los principios de transparencia, protección al consumidor, libre competencia, y obligatoriedad de la interconexión, salvaguardando intereses superiores de la colectividad, de conformidad con lo planteado en los acápites siguientes de la presente providencia. Por tal motivo, cualquier acuerdo contractual sobre la materia tiene que permearse y soportarse en la normativa comunitaria, so pena de incurrir en nulidad.

Además de lo anterior, el Tribunal estima necesario recordar que la presente interpretación prejudicial es de obligatorio cumplimiento por el juez consultante, de conformidad con los artículos 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 127 y 128 de su Estatuto. Su no acatamiento podría dar lugar a la nulidad procesal e incumplimiento de País Miembro en el escenario comunitario andino, de conformidad con los artículos 26 a 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 107 a 120 de su Estatuto.»(Subrayas y negrillas fuera de texto para resaltar)

117. Aunado a lo expuesto, resulta pertinente al caso objeto bajo estudio, señalar que en los eventos en que sean árbitros o tribunales de arbitramentos, en su calidad de jueces nacionales, los encargados de decidir conflictos en los que deba aplicarse alguna norma propia del ordenamiento jurídico andino, estos se encuentran en la obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; así lo expuso dicho órgano judicial en la providencia antes citada en los siguientes términos:

«(...)en el sentido de considerar a los árbitros o tribunales de arbitramento como jueces nacionales; se determinó que cuando éstos son de única o última instancia y fallan en derecho, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas comunitarias andinas, de conformidad con las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. Por su parte, la interpretación prejudicial mencionada reitero lo dicho y concluyó lo siguiente:

[...]

Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

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.»

118. Por todo lo expuesto se concluye que por ser la interconexión materia de regulación del derecho comunitario andino, Colombia, así como los demás estados integrantes de la Comunidad Andina, deberán aplicar de manera estricta tales disposiciones, so pena de incurrir en incumplimiento del ordenamiento supranacional, por tanto, en casos de su desatención resulta procedente la acción de incumplimiento consagrada en el artículo 23 y siguientes del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Igualmente, en los conflictos relacionados con el tema de interconexión puestos en conocimiento de jueces nacionales, previo a su resolución deberán ejercer el mecanismo de la interpretación prejudicial consagrado en el artículo 32 y siguientes del citado Tratado.

2.5.1.4. Resolución del caso concreto.

119. Del estudio integral y detallado de los antecedentes planteados y del extenso material probatorio allegado al expediente de la referencia, encuentra esta Sala Especial de Decisión que la génesis del presente recurso extraordinario radica en el conflicto surgido entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. en el curso de la ejecución del contrato de interconexión celebrado el 13 de noviembre de 1998, debido al desacuerdo suscitado entre las partes respecto de la norma aplicable para efectos de realizar el cálculo de los cargos de acceso que el segundo debía pagar al primero, como remuneración del negocio jurídico suscrito.

120. Con el fin de dirimir la mencionada controversia, las partes acudieron a un Tribunal de Arbitramento de conformidad con la cláusula compromisoria pactada en el contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998. Surtidas las etapas del proceso arbitral, el Tribunal de Arbitramento decidió el conflicto a favor de COMCEL S.A., mediante Laudo de 15 de septiembre de 2006¹⁰², en tal virtud, profirió las órdenes que a continuación se referencian:

¹⁰² Laudo arbitral visible a folios 1 a 144 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645) correspondiente al recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, allegado como prueba al proceso mediante comunicación de 15 de febrero de 2017, visible a folio 203 del cuaderno principal del expediente



«(...) **SEGUNDO:** Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP, está obligada a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., por concepto de CARGO DE ACCESO los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso por Minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

TERCERO: Condenar a EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que el presente laudo quede ejecutoriado, por concepto de la diferencia entre lo que ha pagado y lo que ha debido pagar por Cargos de Acceso por el uso de la red de telecomunicaciones de COMCEL S.A. para la terminación de llamadas de larga distancia internacional, la suma de TREINTA Y DOS MIL VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS DIECISÉIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$ 32.021.416.748.00)

CUARTO: Condenar a EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que el presente laudo quede ejecutoriado, por concepto de costas y agencias en derecho la suma de CUARENTA Y CINCO millones quinientos cuarenta y ocho mil novecientos ochenta y dos pesos (\$ 45.548.982.00)»

121. Inconforme con la condena proferida en su contra, ETB S.A. E.S.P. interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral de 15 de septiembre de 2006 ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual correspondió por reparto a la entonces Consejera de Estado Dra. Ruth Stella Correa Palacio, y fue identificado con el radicado N° 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645)¹⁰³. Surtido el trámite legal correspondiente el citado órgano jurisdiccional dictó la sentencia de 27 de marzo de 2008¹⁰⁴, por medio de la cual declaró infundado el medio de impugnación objeto de análisis, en consecuencia, reiteró la legalidad de la decisión arbitral cuestionada. La providencia aludida fue notificada por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante edicto de 23 de junio de 2008¹⁰⁵.

122. Ahora bien, del estudio del expediente en el cual se surtió el ya citado recurso de anulación de laudo arbitral, allegado como prueba a este proceso de manera oportuna, se encuentra que, previa notificación por edicto de la sentencia de 27 de marzo de 2008, el apoderado judicial de ETB S.A. E.S.P. presentó escrito de 2 de mayo del año

¹⁰³ No puede perderse de vista que, dado que COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. suscribieron dos contratos de interconexión adicionales al que dio origen al proceso de la referencia, las partes convocaron tres tribunales de arbitramento distintos, que a su vez proferieron tres laudos arbitrales diferentes, en virtud de ello ETB S.A. E.S.P. promovió tres recursos de anulación ante el Consejo de Estado, cuyo reparto correspondió a distintos despachos de la Sección Tercera, el proceso identificado con radicación N°. 33.644 asignado al Despacho del Dr. Enrique Gil Botero y el N°. 33.643 que correspondió al Despacho de la Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁰⁴Visible a folios 445 a 522 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645). Con salvamento de voto de los Consejeros de Estado Dr. Enrique Gil Botero –folios 529 a 593- y Dr. Mauricio Fajardo Gómez –folios 615 a 625-, allegado como prueba al proceso mediante comunicación de 15 de febrero de 2017, visible a folio 203 del cuaderno principal del expediente.

¹⁰⁵Visible a folio 626 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645), allegado como prueba al proceso mediante comunicación de 15 de febrero de 2017, visible a folio 203 del cuaderno principal del expediente



en mención¹⁰⁶, por el que solicitó a la Sección Tercera de esta Corporación, el surtimiento del trámite de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consagrada en el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Capítulo III, Sección tercera, artículo 32 y siguientes. En sustento de tal solicitud, alegó que, el mencionado trámite de anulación, por estar referido a un asunto relativo a la interconexión de redes de telecomunicaciones, el cual está regulado por el ordenamiento jurídico andino, debía ser puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional supranacional a través de una solicitud de interpretación prejudicial, previo a dictar decisión de fondo por parte del juez nacional.

123. La mencionada solicitud de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue denegada por la Consejera Ponente del proceso¹⁰⁷ mediante auto de 8 de agosto de 2008¹⁰⁸, al considerar que tal petición fue interpuesta por fuera del término correspondiente, dado que el recurso de anulación del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 ya había sido resuelto a través de sentencia de 27 de marzo de 2008, por tanto, el trámite de su competencia se encontraba legalmente concluido. Contra la referida providencia, ETB S.A. E.S.P interpuso recurso de súplica, el cual fue negado por la Sala residual de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto de 27 de mayo de 2009¹⁰⁹.

124. De acuerdo con el recuento procesal realizado, encuentra esta Sala Especial de Decisión que la sentencia de 27 de marzo de 2008 que declaró infundado el recurso de Anulación de laudo arbitral presentado por ETB S.A. E.S.P contra la decisión arbitral de 15 de diciembre de 2006, adquirió firmeza el 27 de junio de 2008, una vez transcurridos los 3 días de ejecutoria a partir de la publicación del edicto de 23 de junio de la mencionada anualidad fijado en un lugar público de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁰⁶ Visible a folios 595 a 612 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645).

¹⁰⁷ Dra, Ruth Estela Correa Palacio.

¹⁰⁸ Visible a folios 629 a 634 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645).

¹⁰⁹ Visible a folios 693 a 700 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645).



125. Encontrándose debidamente ejecutoriada la sentencia de 27 de marzo de 2008, que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2007, mediante escrito de 19 de noviembre de 2008¹¹⁰, ETB S.A. E.S.P. presentó ante la Secretaría General de la Comunidad Andina una Acción de Incumplimiento en Fase Prejudicial contra la República de Colombia¹¹¹, Consejo de Estado, Sección Tercera al estimar que esta Corporación desatendió la obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina previa resolución de los conflictos relacionados con asuntos regulados por el ordenamiento jurídico supranacional, en este caso, la interconexión de telecomunicaciones, en consecuencia solicitó se ordene a Colombia como estado miembro del Acuerdo de Cartagena, tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento.

126. Agotado el procedimiento correspondiente, la Secretaría General de la Comunidad Andina expidió el Dictamen N° 02-2010, a través del cual decidió no declarar el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario por parte de la República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, al no existir certeza respecto de la inaplicación de las normas andinas al caso expuesto, no obstante ello, ETB S.A. E.S.P. quedó habilitada para promover Acción de Incumplimiento en fase Judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹¹².

127. En virtud de lo anterior, el 12 de mayo de 2010 ETB S.A. E.S.P. presentó Acción de Incumplimiento en Fase Judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, por el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, al no haber solicitado la Interpretación Prejudicial de manera previa a expedir la sentencia de 27 de marzo de 2008¹¹³. La citada acción jurisdiccional fue admitida mediante auto de 18 de agosto de 2010 contra el Ministerio de Comercio Industria y Turismo en representación de la República de Colombia, además, se ordenó vincular a COMCEL S.A. hoy recurrente, en

¹¹⁰ Folios 659 a 690 del cuaderno principal del expediente con radicación 11001-03-20-000-2007-00010-01 (33.645).

¹¹¹ De conformidad con lo establecido en la Decisión 623 de la Comisión de la Comunidad Andina – Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento-.

¹¹² Folios 48 a 61 del Tomo I de la acción de Incumplimiento N° 03-AI-2010 allegada al proceso de la referencia mediante comunicación recibida el 1 de agosto de 2019, remitida por el Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹¹³ Visible a folios 1 a 21 del Tomo I de la acción de Incumplimiento N° 03-AI-2010 allegada al proceso de la referencia mediante comunicación recibida el 1 de agosto de 2019, remitida por el Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



calidad de tercero interesado¹¹⁴, esta última no acudió al referido trámite internacional, de conformidad con las pruebas allegadas al plenario.

128. Previo agotamiento de las etapas propias de la Acción de Incumplimiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expidió la sentencia de 26 de agosto de 2011¹¹⁵, mediante la cual declaró responsable a la República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, de incumplir el ordenamiento jurídico supranacional por no haber solicitado la Interpretación Prejudicial antes de resolver sobre el recurso de anulación del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 varias veces citado. Como sustento de dicha declaración, el referido órgano internacional expuso lo siguiente:

«La demandante, la ETB ha alegado que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Normas Comunes sobre Interconexión) como “norma procesal andina” vulnerada, la misma que señala lo siguiente: “Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza 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”.

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 de la Comunidad Andina).

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

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

(...)

Al respecto, con todo lo manifestado y, en aplicación de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 123 de sus Estatuto, esta corporación considera que debe quedar claro que el Consejo de Estado de la República de Colombia, al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debió actuar como verdadero juez comunitario, es decir, ha debido velar por las validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y solicitarle al

¹¹⁴ Visible a folios 106 y 107 del Tomo I de la acción de Incumplimiento N° 03-AI-2010.

¹¹⁵ Visible a folios 51 a 86 del cuaderno N° 1 del expediente con radicación N° 110010326000201200020 00 (43281) Remitido en 3 cuadernos mediante informe de 12 de marzo de 2014 visible a folio 65 del cuaderno principal de expediente, por medio del cual se dio cumplimiento al auto de 27 de enero de 2014.



Tribunal de Justicias de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial, (...)» (subrayas fuera de texto para destacar)

129. En ese orden argumentativo, y como consecuencia de la declaración de incumplimiento del ordenamiento jurídico Andino por parte de la República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, el tribunal supranacional ordenó al estado demandado a dar cumplimiento a la providencia en mención de conformidad con lo previsto en el artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la comunidad Andina. Sobre el aludido mandato, señaló:

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

130. Ahora bien, debido al tenor literal abierto e impreciso de la orden impartida a la República de Colombia, previo a dar cumplimiento a la sentencia de 26 de agosto de 2011, ésta presentó escrito de 7 de octubre de 2011 por medio de la cual solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la aclaración de la mencionada providencia. En tal virtud, el órgano jurisdiccional andino profirió el auto de 15 de noviembre de 2011¹¹⁶, a través del que aclaró el mandato dictado y estableció que corresponde al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera: **i)** dejar sin efectos las providencias que resolvieron los recursos de anulación de laudo arbitral presentados por ETB y, **ii)** dictar nueva providencia en los citados procesos, en aplicación de las normas andinas interpretadas en la sentencia de 15 de noviembre de 2011. Al respecto el auto aclaratorio en cuestión señaló:

«(...) Que, tratándose de una acción de incumplimiento en un Sistema de Integración Supranacional, la conducta objeto de la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario puede darse por la acción u omisión de cualquiera de los órganos o de las instituciones que hacen parte de los poderes públicos del Estado; en ese caso, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la forma como ya se determinó, fue quien incumplió, tal como quedó establecido en la Sentencia de 26 de agosto de 2011M en consecuencia, debe el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, realizar las siguientes acciones:

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

¹¹⁶ Visible a folios 87 a 94 del cuaderno N° 1 del expediente con radicación N° 110010326000201200020 00 (43281).



Andina, consultando si los Tribunales Arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal considera que la presente Sentencia ya contienen las pautas rectoras que le permitirla al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales.

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

131. De acuerdo con lo expuesto, y con el objeto de dar cabal cumplimiento a la orden perentoria dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante sentencia de 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de 15 de noviembre del mismo año, la Sección Tercera del Consejo de Estado, luego de agotar el proceso *sui generis* que denominó como «encuadernamiento» -al cual se hará referencia en apartes posteriores, profirió la sentencia de 9 de agosto de 2012¹¹⁷, demandada en el proceso de la referencia, cuya parte resolutive en los puntos pertinentes para la resolución de la causal de nulidad planteada dispone del siguiente tenor literal:

«**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 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.» (Negrillas del texto original)

132. La sentencia referida adquirió firmeza el 14 de septiembre de 2012 y por tanto, desde ese momento empezó a producir efectos jurídicos, de conformidad con lo expuesto de manera amplia en el aparte 2.2 de la presente providencia en la que se resolvió la excepción de caducidad del recurso extraordinario de revisión, propuesta por ETB S.A. E.S.P. Así las cosas, para la Sala resulta claro y evidente que a partir de la

¹¹⁷ Visible a folios 590 a 707 del cuaderno N° 3 del expediente con radicación N° 110010326000201200020 00 (43281) Remitido en 3 cuadernos mediante informe de 12 de marzo de 2014 visible a folio 65 del cuaderno principal de expediente, por medio del cual se dio cumplimiento al auto de 27 de enero de 2014.



fecha citada la sentencia de 27 de marzo de 2008 perdió su validez jurídica o salió del ordenamiento jurídico colombiano, en consecuencia, pese a que ésta produjo efectos de cosa juzgada a partir de su ejecutoria, al ser dejada sin efectos en virtud de la orden de un órgano supranacional, perdió también el citado atributo.

133. Resulta importante destacar, que conceder validez jurídica a la sentencia de 27 de marzo de 2008, como lo pretende el recurrente COMCEL S.A., y en consecuencia, efectos de cosa juzgada, sería: **i)** convalidar el desconocimiento del ordenamiento jurídico andino por parte del Consejo de Estado, Sección Tercera y **ii)** desconocer los efectos vinculantes de las normas comunitarias y de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para Colombia como Estado miembro del Acuerdo de Cartagena.

134. La primera de las afirmaciones antes señaladas tiene fundamento en que, por medio de la sentencia de 27 de marzo de 2008 invocada por COMCEL S.A. para sustentar la causal de revisión analizada, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el recurso de anulación contra un laudo arbitral que decidió una controversia surgida de la ejecución de un contrato de interconexión de telecomunicaciones, sin tener en consideración que dicho asunto se encuentra regulado por normas de derecho andino derivado, de imperativo cumplimiento para sus estados miembros *–Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y Resoluciones de la Secretaría General–*, por tanto, no solicitó la Interpretación Prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tal y como lo exigen los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del citado órgano supranacional, norma de aplicación inmediata, con efecto directo y prevalente al orden jurídico nacional, y en tal virtud desconoció el ordenamiento jurídico andino, circunstancia por la cual, la mencionada decisión debía ser invalidada para cesar de esa manera el desconocimiento del orden jurídico supranacional, y así, cumplir con la obligación de los estados de no tomar medidas contrarias al proyecto andino de integración económica.

135. Ahora, el segundo supuesto presentado tiene su soporte en el hecho que, de no haber dejado sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008, Consejo de Estado, Sección Tercera, habría desconocido el mandato dictado por el Tribunal de Justicia del orden supranacional andino en el marco de una Acción de Incumplimiento, lo cual



tendría la virtud de generar la imposición de sanciones a la República de Colombia como estado miembro del Acuerdo de Cartagena, como el retiro de los beneficios derivados de la aplicación de las normas andinas.

136. En virtud de todo lo expuesto, concluye de manera contundente esta Sala, que la causal de revisión prevista en el artículo 250 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 no se encuentra acreditada en el presente asunto, dado que, la sentencia de 27 de marzo de 2008 invocada por el recurrente fue excluida de la vida jurídica en virtud de la orden imperativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir, es jurídicamente inexistente, por tanto, no produce efectos de cosa juzgada. Así las cosas, el supuesto normativo que exige la existencia de una sentencia anterior a la atacada, que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso, no se encuentra configurado. En virtud de lo expuesto, los argumentos expuestos por COMCEL S.A. estudiados en este acápite no tienen virtud de prosperar.

137. Aunado al anterior razonamiento, se considera pertinente señalar que, si a manera de hipótesis se aceptara en este caso la existencia y validez de la sentencia de 27 de marzo de 2008, tampoco habría lugar a declarar la prosperidad de la causal de revisión invocada, dado que no se encuentran debidamente acreditados los tres presupuestos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado como indispensables para que una providencia produzca efectos de cosa juzgada sobre otra, esto es, la identidad de partes, la identidad de objeto e identidad de causa o motivación.

138. Este aspecto fue analizado de manera detallada en la sentencia de 7 de febrero de 2017 proferida por la Sala Cuarta Especial de Decisión presidida por la señora Consejera de Estado Dra. Lucy Jeannete Bermúdez Bermúdez¹¹⁸, a través de la cual resolvió el recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL S.A. contra ETB. S.A. E.S.P. con el objeto de invalidar la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su aclaratorio de 6 de septiembre del mismo año dictada dentro del trámite de «encuadernamiento» identificado con radicación 11001032600020120001800 (43.195) que en cumplimiento de las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dejó sin efectos la

¹¹⁸ En la citada providencia participó la Consejera de Estado Ponente de la presente sentencia Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



decisión de 21 de mayo de 2008 expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 que decidió las controversias surgidas entre COMCEL y ETB. S.A. E.S.P, con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión directa de redes celebrado el 13 de octubre de 1998, es decir, un caso homólogo al que es objeto del proceso de la referencia.

139. La mencionada providencia dispuso que no se acreditó el presupuesto de identidad de partes pues, en la sentencia cuestionada el Consejo de Estado, Sección Tercera no participó como máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa administrativa sino que actuó como sujeto procesal responsable de dar cumplimiento al mandato impartido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre el particular se manifestó lo siguiente:

*«En efecto, en cuanto al **aspecto subjetivo de identidad de partes**, la sentencia que se cuestiona junto con su auto aclaratorio, si bien conllevó la concurrencia de COMCEL S.A. y la ETB S.A. E.S.P., sujetos procesales por activa y por pasiva en el laudo arbitral y en el recurso de anulación, lo cierto es que el operador jurídico asumió o agregó una investidura que modificó la condición con la que conoció del proceso en el recurso anulación, pues a más de predicarse como competente en calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, esgrimió “su condición de Juez Comunitario”, porque así se lo indicó, explicó y decidió el TJCA, no como nominación creada dentro de una estructura organizacional jurídica sino devenida de la teleología garantista y proteccionista del Derecho Comunitario que todos los Estados Miembros se comprometieron y obligaron a defender.*

Esa investidura de juez supranacional, es evidente no fue una condición caprichosa o sin sustento que acogiera la Sección Tercera, sino el acatamiento a la decisión del TJCA y en tal sentido se considera que como está inmersa en ella la decisión supranacional que trajo al proceso al Estado Colombiano y en forma específica a la Sección Tercera como sujeto activo de la observancia del presupuesto procesal del proceso de anulación, permiten que la visión de tener como partes a las dos entidades en contienda arbitral, se ve rebasada con el papel de la Sección Tercera que debió asumir como parte “causante” y “responsable” del incumplimiento del Estado Colombiano, junto con los árbitros, terminaron como sujetos procesales que debían y deben dar cumplimiento a la orden supranacional, es decir, los sujetos de la sentencia impugnada fueron acrecidos y, en la sentencia impugnada, no se limitan al convocante y convocado o al recurrente y su opositor.»

140. Señaló que tampoco existió identidad de objeto, puesto que el propósito de la sentencia cuestionada fue dar cumplimiento a los mandatos expresos impartidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al respecto se expuso:

*«Tampoco se encuentra, la **identidad de objeto**, por cuanto el propósito de la sentencia impugnada fue dar cumplimiento a la decisión del TJCA, que fue perentoria en ordenar dejar sin efecto la providencia que resolvió la anulación, por la omisión ya referida y, ello ocurre excepcionalmente sobre todo en aplicación de normas supranacionales, lejos del pronunciamiento impugnado dirimir las pretensiones o controversias que generó el contrato de interconexión, así se*



observa del contenido de las consideraciones, que se basaron exclusivamente en una aplicación extensa y profunda del derecho comunitario, sus características y la competencia del TJCA al efecto.(...)

*Por otra parte, atendiendo a que para el estudio de este presupuesto (**objeto del proceso**) también incluye en forma conexa la decisión de cara a la causa petendi, lo cierto es que en el caso concreto el objeto tampoco resulta idéntico, pues como bien se advierte de la decisión de anulación de 21 de mayo de 2008, el laudo arbitral cuestionado e incluso la decisión adoptada en vía de recurso de anulación, se basaron solo en normas nacionales sin adentrarse en el derecho comunitario.*

En contraste, la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su aclaratorio de 6 de septiembre de 2012, tuvo fundamento exclusivo en el tema del derecho comunitario y las normas nacionales que le daban soporte y aplicación, pero ante todo del efecto vinculante de las normas y procedimientos comunitarios.

Así las cosas, el objeto del proceso desde la ratio de las providencias que se analizan no son coincidentes y, por ende, no permiten acreditar el presupuesto de la cosa juzgada de identidad del objeto.»

141. Por último afirmó, que no existe identidad de causa, dado que la sentencia impugnada fue proferida como consecuencia de la ya citada orden del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mientras que la invocada por el recurrente tuvo como causa el conflicto surgido entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. durante la ejecución un contrato de interconexión de telecomunicaciones. Sobre este punto la Sala Especial de Decisión dispuso:

*«Finalmente, para la Sala de Decisión, es en la **identidad de causa**, en el porqué del proceso, en el que emerge más evidente como elemento no idéntico dentro de los presupuestos para predicar la cosa juzgada, precisamente en recaudo de lo ya considerado, es evidente que la motivación de la sentencia de 9 de agosto de 2011 impugnada en revisión, fue el cumplimiento de la decisión del TJCA, de cuya omisión se estaba responsabilizando al Estado Colombiano por la actuación de sus jueces y árbitros nacionales, mientras que la decisión de 21 de mayo de 2008, tuvo como causa, las divergencias de las partes contractuales puntualmente sobre el cargo de acceso de interconexión dentro del contrato por ellas celebrado y en el que pactaron la cláusula compromisoria. Así las cosas, tampoco este elemento se encuentra presente en esta controversia.»*

142. De acuerdo con la exposición realizada, la Sala declara impróspera la causal de revisión invocada por COMCEL S.A. E.S.P. prevista en el artículo 250 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

2.5.2. Resolución del segundo problema jurídico planteado.

143. Considera el recurrente COMCEL S.A. que la sentencia de 9 de agosto y su aclaratorio de 6 de septiembre de 2012 está incurso en la causal de revisión consagrada en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, en atención a que



se encuentra viciada de nulidad por: **i)** haber sido expedida con falta de jurisdicción y competencia; **ii)** haber sido dictada con pretermisión integral de la instancia; y **iii)** haber condenado a quien no fue parte en el proceso.

144. Para desatar este punto, la Sala abordará cada uno de los planteamientos expuestos por el recurrente de manera independiente.

2.5.2.1. De la falta de jurisdicción y competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para proferir las providencias reprochadas.

145. Explica el recurrente que las providencias de 9 de agosto y 6 de septiembre de 2012 se encuentran incursas en causal de revisión al haber sido expedidas con falta de jurisdicción y competencia, en atención a que la Sección Tercera del Consejo de Estado: **a)** no goza de la facultad de anular su propia sentencia; **b)** no tiene competencia para actuar frente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dado que la representación de Colombia ante órganos internacionales corresponde al Presidente de la República por intermedio de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; **c)** es incompetente para crear procesos judiciales *sui generis* como el de «*encuadernamiento*» pues la regulación de procedimientos compete de forma exclusiva al legislador, y; **d)** carece de jurisdicción para actuar como juez comunitario, dado que la norma supranacional solo hace referencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

146. Para mayor claridad de este punto, la Sala abordará el estudio de cada una de las censuras expuestas de manera independiente, así:

2.5.2.1.1. La Sección Tercera del Consejo de Estado no goza de facultades para anular su propia sentencia.

147. Argumenta en este punto el recurrente, que al dejar sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 que declaró infundado el recurso de anulación presentado por ETB.S.A. contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y su auto aclaratorio, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre la mencionada empresa y COMCEL S.A. derivadas de la ejecución del contrato



de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado actuó sin competencia, dado que dicha actuación solo puede ser expedida por la Sala Plena de esta Corporación en el marco de un recurso extraordinario de revisión, según lo estatuido en el artículo 249 de la Ley 1437 de 2011¹¹⁹.

148. Al respecto, cabe señalar que el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral por ser un trámite de única instancia ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, tal y como lo consagra el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011¹²⁰, la competencia de dicho juez colegiado se agota con la expedición de la sentencia que decida de fondo el asunto, decisión que se encuentra afectada por el atributo de inmutabilidad y no puede ser cambiada o sustituida por el juez que la profirió, en virtud de la protección de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, entonces, según la norma citada, esta puede ser revocada únicamente mediante decisión proferida en el marco de un recurso extraordinario de revisión, cuya competencia está atribuida a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

149. En el contexto descrito, le asistirá razón al recurrente, pues la providencia recurrida que dejó sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 no fue dictada dentro de un recurso extraordinario de revisión por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sino, por la Sección Tercera de esta Corporación, órgano que expidió la providencia citada. No obstante, en su argumentación, el apoderado judicial de COMCEL S.A. pierde de vista las particularidades especiales del presente asunto, que radican en las providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de la acción de incumplimiento N° 03-AI-2010¹²¹, promovida en contra la República de Colombia, a través de las cuales se ordenó de manera expresa a la Sección Tercera del Consejo de Estado dejar sin efectos la sentencia de

¹¹⁹ Artículo 249. Competencia. De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión.

¹²⁰ Artículo 149. Competencia del consejo de estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión

¹²¹ Copias allegadas en 15 cuadernos mediante comunicación recibida el 1 de agosto de 2019, remitida por el Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



27 de marzo de 2008 y dictar una nueva decisión para decidir el recurso de anulación promovido contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y su aclaratorio¹²².

150. Visto lo anterior, debido al obligatorio cumplimiento de la decisión del Tribunal de Justicia Andino por parte de sus países miembros, como resultado de una acción de incumplimiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado y no otra entidad, en representación del estado colombiano, era el órgano llamado a cumplir de manera imperativa lo dispuesto por el juez supranacional, y de este modo, cesar el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino.

151. Así las cosas, el Consejo de Estado, Sección Tercera tenía plena competencia para dejar sin efectos la sentencia de 27 de marzo de 2008 y dictar una nueva decisión en su remplazo, pues dicha facultad fue establecida por el Tribunal de Justicia la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la organización de integración supranacional de la cual el estado colombiano es miembro, cuyo ordenamiento jurídico es de cumplimiento inmediato, de efecto directo y aplicable de forma prevalente al sistema normativo nacional, en consecuencia, en cuanto a lo aquí estudiado no asiste razón al recurrente.

2.5.2.1.2. El Consejo de Estado no es competente para actuar en representación de Colombia ante instancias internacionales.

152. Considera el apoderado del accionante, que el Consejo de Estado, Sección Tercera no estaba facultado para determinar el trámite que se debía seguir para acatar las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya citadas, pues corresponde al Presidente al Presidente de la República por intermedio la de Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

¹²² Tal y como se expresó en apartes antecedentes, las órdenes dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a la sección Tercera del Consejo de Estado señalaron:

«De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano, dejar sin efectos las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia de 26 de agosto de 2011, el Consejo de Estado debería solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consultando si los Tribunales Arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal considera que la presente Sentencia ya contienen las pautas rectoras que le permitiría al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales.»



preparar las actuaciones a surtir ante la mencionada instancia internacional, por consiguiente, la providencia reprochada está viciada de nulidad.

153. Para atender el anterior reproche, es importante manifestar que de la revisión integral del expediente contentivo de la acción de incumplimiento N° 03-AI-2010¹²³, allegada como prueba al proceso de la referencia se observa que fue la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y no el Consejo de Estado quien ejerció la representación legal del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹²⁴, contrario a lo que da a entender el recurrente.

154. Ahora bien, de conformidad con las funciones otorgadas al Ministerio de Relaciones Exteriores, Oficina de Asuntos Legales Internacionales, corresponde a dicha dependencia realizar las siguientes actuaciones¹²⁵:

- « i) Brindar asesoría jurídica para atender la defensa del mismo ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y demás organismos internacionales.*
- ii) Asesorar en la aplicación de la normatividad internacional y nacional relacionada con la misión del Ministerio.*
- iii) Coordinar con el Ministerio de Relaciones Exteriores, la elaboración e interpretación de los tratados internacionales.*
- iv) Realizar permanente seguimiento a los esquemas de solución de diferencias pactadas entre inversionistas extranjeros y entidades públicas.»*

155. Ahora, el artículo 237 constitucional prevé las funciones que corresponden al Consejo de Estado. El citado precepto constitucional en su numeral primero otorgó a este órgano jurisdiccional la atribución de actuar como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

156. Entonces, la actuación realizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, fue dar cumplimiento a lo ordenado por el juez supranacional por disposición expresa de éste, es decir, que la competencia de dicho órgano judicial para expedir las providencias demandadas deviene de manera directa de los pronunciamientos del Tribunal Andino, como ya se ha expuesto en varias oportunidades en el desarrollo de la presente providencia, además, del artículo 237 constitucional al concederle facultades

¹²³ Copias allegadas en 15 cuadernos mediante comunicación recibida el 1 de agosto de 2019, remitida por el Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹²⁴ A folios 114 a 314 del Tomo I de la acción de incumplimiento N° 03-AI-2010 obra contestación de la demanda de la República de Colombia.

¹²⁵ <http://www.mincit.gov.co/ministerio/organizacion/organigrama/funciones-oficina-asuntos-legales-internacional>



de máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativo, así las cosas, es claro que la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo estaba facultada para representar al Estado ante el litigio internacional, no para cumplir las disposiciones derivadas de este, como erróneamente afirma COMCEL S.A., por lo tanto, el argumento aquí analizado no prospera.

2.5.2.1.3. El Consejo de Estado actuó sin competencia al crear el procedimiento «*sui generis*» a través del cual expidió las providencias acusadas.

157. Toda vez que el reparo señalado en este punto tiene íntima conexión con el cuestionamiento expuesto por el recurrente según el cual, las providencias demandadas fueron proferidas con pretermisión integral de la instancia, la Sala considera adecuado atender de manera conjunta los dos argumentos.

158. Ahora bien, explica el apoderado judicial de COMCEL S.A., que el procedimiento adoptado por la Sección Tercera del Consejo de Estado para efectos de dar cumplimiento a los mandatos impartidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante providencias de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, no se encuentra previsto en el orden jurídico colombiano, por tanto, al dar aplicación a un trámite no regulado por el Legislador, el citado juez colegiado se atribuyó funciones exclusivas del poder legislativo, es decir, que al desconocer los principios de legalidad y debido proceso, la mencionada actuación es inválida, en consecuencia la sentencia objeto del presente recurso extraordinario de revisión fue dictada sin trámite previo, lo cual genera su nulidad absoluta.

159. En ese orden, señala la Sala que mediante auto de 16 de febrero de 2012¹²⁶, la Sección Tercera de esta Corporación ordenó la creación de un “*encuadernamiento*” al cual fueron incorporados todos los documentos considerados como necesarios para dar cumplimiento de las decisiones del órgano judicial de la Comunidad Andina dentro de la acción de incumplimiento N° 03-AI-2010 y ordenó de manera previa, notificar a ETB

¹²⁶ Visible a folios 1 a 17 del cuaderno principal del expediente 11001-03-26-000-2012-00020-00 (43.281)



S.A. E.S.P. y COMCEL S.A. para que presentaran los argumentos que a bien tuvieran, para lo cual se les concedió un término común de 10 días¹²⁷.

160. Transcurrido el término otorgado, y recibidas las manifestaciones de las entidades notificadas, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió la sentencia demandada de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6 de septiembre del mismo año. Sobre el particular observa la Sala, que efectivamente, tal y como lo expresa el recurrente, el procedimiento realizado previo a dar cumplimiento a los mandatos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no cuenta con respaldo legal en el ordenamiento jurídico colombiano, pese a ello, dicho trámite se soportó en el artículo 111 del estatuto de creación del referido órgano judicial supranacional, que dispone que, el estado que mediante sentencia haya sido declarado responsable de incumplimiento de normas comunitarias, se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para acatar lo dispuesto por la autoridad supranacional. La norma en cuestión prevé lo siguiente:

«Artículo 111.- Efectos de la sentencia de incumplimiento. El País Miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación.

El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia.» (Subrayas y negrillas fuera de texto para resaltar)

161. Entonces, el trámite descrito fue considerado por la Sección Tercera del Consejo de Estado como «las *medidas necesarias*» para la debida ejecución de lo ordenado en la sentencia de 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En efecto, el procedimiento cuestionado por COMCEL S.A. se fundamentó en una norma propia del derecho andino derivado, de cumplimiento preferente al ordenamiento interno de sus estados miembros, que facultó al Consejo de Estado a desarrollar el citado «*encuadernamiento*», por tanto, dicha actuación se encuentra amparada de plena legalidad.

¹²⁷ Por medio de auto de 19 de abril de 2012 –folios 412 a 431 del cuaderno principal del expediente 11001-03-26-000-2012-00020-00 (43.281)- se ordenó notificar a la Nación, Ministerio de Relaciones exteriores, de Justicia y del Derecho, Tecnología de la Información y las Comunicaciones, de Comercio, Industria y Turismo y Unidad Administrativa Especial Agencia Jurídica del Estado y se le concedió el término común de 10 días para que realizaran las manifestaciones que considerasen pertinentes.



162. Ahora bien, es claro y evidente que las actuaciones efectuadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado antes de acatar lo ordenado por la citada autoridad andina, tuvieron como finalidad, otorgar una oportunidad a los sujetos interesados en dicho procedimiento para presentar argumentos en defensa de sus intereses, lo cual constituye un fundamento razonable y garantista del actuar desplegado y además aseguró la protección de las garantías procesales de los sujetos intervinientes.

163. Por lo expuesto, concluye la Sala que el Consejo de Estado Sección Tercera no se atribuyó funciones propias del Legislador, sino que, amparado en las normas comunitarias, desplegó una actuación garantista para la debida ejecución de las órdenes impartidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Aunado a lo anterior, no puede considerarse que se pretermitió de manera integral instancia alguna, dado que el juez nacional, cuya sola obligación era dictar una providencia, determinó una oportunidad para escuchar a los sujetos interesados, con el objeto de garantizar su derecho al debido proceso. Así las cosas, las censuras analizadas serán despachadas de forma desfavorable.

2.5.2.1.4. El Consejo de Estado no tiene jurisdicción para actuar como juez comunitario.

164. Explica COMCEL S.A. que la Sección Tercera no tenía jurisdicción para actuar como juez comunitario al expedir las providencias reprochadas mediante el presente recurso extraordinario de revisión, pues el ordenamiento jurídico andino solo hace referencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional.

165. Sobre el particular, es importante destacar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el único órgano jurisdiccional del Sistema Andino de Integración, tal y como se expuso en apartes anteriores, en donde se estudió la estructura de la citada entidad supranacional, no obstante, es un grave error afirmar que es el único juez comunitario y además, resulta dicha afirmación contraria al objeto integracionista de la Comunidad subregional andina.



166. Como se expuso de manera previa, una de las características determinantes del derecho comunitario es que éste se integra al ordenamiento normativo interno de los países miembros, y además de aplicarse de manera privilegiada, tiene efectos inmediatos y directos en el ordenamiento nacional, lo que significa que las personas de los estados miembros del órgano comunitario, pueden exigir derechos y obligaciones ante su juez nacional amparados en normas comunitarias, caso en el cual el funcionario judicial no actúa como tal, sino como juez comunitario, obligado a velar por el estricto cumplimiento del sistema jurídico supranacional.

167. En el caso objeto de estudio, el Consejo de Estado, Sección Tercera debía decidir el recurso de anulación promovido contra un laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir el conflicto suscitado entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P., en el curso de la ejecución de un contrato de interconexión de telecomunicaciones, asunto regulado por normas de derecho comunitario andino, de imperativa observancia para los países miembros de la unión subregional andina, en consecuencia, correspondía en este caso al juez nacional, resolver el asunto puesto en su conocimiento con aplicación y salvaguarda de las normas comunitarias, lo cual le otorga la investidura de juez comunitario. En consecuencia, este argumento tampoco tiene vocación de prosperar.

2.5.2.2. El Consejo de Estado profirió decisión distinta a lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y condenó a quien no fue parte en el proceso.

168. El apoderado demandante justifica su acusación en el hecho que las providencias demandadas fueron proferidas en cumplimiento de las providencias expedidas por el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina dentro de la Acción de Incumplimiento N° 03-AI-2010, las cuales, en ninguno de sus apartes ordena condenar a COMCEL S.A. a pagar suma dineraria alguna, además, dado que dicha persona jurídica no actuó como parte en el ya referido «*encuadernamiento*», fue sorprendida por la condena impuesta en su contra.

169. Sobre el particular encuentra la Sala que, una vez declarada la nulidad del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y su auto aclaratorio de 15 de enero de 2007



proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de interconexión de telecomunicaciones de 13 de noviembre de 1998, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó a COMCEL S.A. devolver las sumas dinerarias que le fueron pagadas por disposición de la orden arbitral anulada, dicha orden señaló:

«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...»

170. Estima la Sala que lo dispuesto en el numeral transcrito de la sentencia demandada, no constituye una condena para COMCEL S.A. como erróneamente lo afirma su apoderado judicial sino, es una orden impartida como consecuencia lógica de la anulación del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, título justificativo del pago realizado por ETB. S.A. E.S.P., que pretende retrotraer las cosas a su estado original, antes de la existencia de la decisión arbitral anulada. En consecuencia, tal orden era imprescindible pese a que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no la hubiere señalado de manera expresa en sus providencias.

171. Es desacertada también la acusación del recurrente, según la cual no fue vinculado a las actuaciones procesales que dieron origen a las providencias controvertidas mediante el presente recurso extraordinario de revisión, dado que, COMCEL S.A. fue notificada del auto de 16 de febrero de 2012 que ordenó la constitución del «encuadernamiento» que dio inicio del trámite para el cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, por lo que pudo haber intervenido en la actuación. Además, se observa que COMCEL S.A. presentó varias solicitudes y recursos contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su aclaratorio de 6 de septiembre, circunstancias de las que es imperativo concluir que, el procedimiento cuestionado no fue desarrollado a sus espaldas. Conforme lo expuesto, el argumento aquí estudiado tampoco prospera.



172. Ahora bien, dado que el recurrente no logró acreditar ninguna de las causales de revisión invocadas, la Sala Décima Especial de Revisión del Consejo de Estado declarará infundado el recurso extraordinario de revisión. Igualmente, dispondrá enviar copia de esta providencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 128¹²⁸ del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que lo ponga en conocimiento de los profesionales del Derecho que, en su condición de árbitros, integraron el correspondiente Tribunal de Arbitramento y a quien fungió como secretaria. Así mismo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien ejerció la defensa de Colombia ante el TJCA.

III. DE LA CONDENEN EN COSTAS.

173. En cuanto a la condena en costas resulta necesario destacar que esta Corporación en distintos pronunciamientos¹²⁹, ha señalado que las costas procesales se encuentran constituidas por dos elementos puntuales, el primero, relacionado con aquellos gastos o expensas útiles y necesarias dentro de la actuación procesal, denominados por el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011 como gastos ordinarios del proceso, así como con los demás gastos necesarios en que incurren las partes con ocasión de práctica de pruebas, honorarios de auxiliares de la justicia entre otros; y el segundo, por las agencias en derecho, que son los gastos en que se incurre con ocasión a la representación judicial dentro del proceso.

174. Sobre el aspecto en mención, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188 dispuso que en la sentencia, el juez contencioso administrativo dispondrá sobre la condena en

¹²⁸ «Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.»

¹²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 7 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Demandante: José Francisco Guerrero Bardo. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Radicación: 05001-23-33-000-2014-02188-01 (1284-2016). Demandante: Serafín Estacio Quiñonez. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.



costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código General del Proceso, al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado, que la intención de la norma citada es facultar al juez para pronunciarse sobre la necesidad de condenar en costas, para lo cual deberá decidir si existe o no lugar a imponer dicha condena, circunstancia que no implica el deber de condenar en costas de manera objetiva o automática a la parte que resulte vencida en el litigio, sino, de pronunciarse sobre tal aspecto, de manera que se decida si existe lugar o no a su imposición¹³⁰.

175. Para determinar si se debe condenar en costas a la parte vencida en un proceso, el juez deberá valorar si en el expediente se encuentra acreditada la causación de gastos ordinarios y con ocasión de la representación judicial dentro del proceso, esto en concordancia con lo previsto en el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, que en su tenor literal señala: *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. Además, esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha considerado que debe también tenerse en cuenta la conducta de la parte vencida, y establecer si actuó con temeridad, mala fe o deslealtad procesal¹³¹.

176. Entonces, de las normas referidas se colige que para definir la necesidad de imponer condena en costas a la parte vencida, el juez debe aplicar un criterio objetivo-valorativo, así: **i) objetivo**, por cuanto debe pronunciarse sobre la condena en costas, sea para imponerla o abstenerse de hacerlo y **ii) valorativo**, toda vez que se debe establecer si se causaron o no gastos ordinarios y de representación judicial en el curso del proceso¹³².

¹³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 19 de enero de 2015. Radicación: 250002342000201200701 01 (4583-2013). Demandante: Ivonne Ferrer Rodríguez. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Radicación: 63001-23-33-000-2012-00120-01 (2839-2013). Demandante: Olga María Patiño Vega. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EICE en liquidación.

¹³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 16 de julio de 2015. Radicación: 25000-23-42-000-2013-00455-01 (4044-2013). Demandante: Nubia Inés Guali Vega. Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional

¹³² Al respecto, ver la sentencia de 8 de septiembre de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés. Radicación: 52001-23-33-000-2014-00072-01 (3851-2015) Demandante: Carlos Fernando Franco Escobar. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.



177. En ese orden argumentativo, estima la Sala que del análisis del expediente de la referencia, no se encuentran acreditados gastos ocasionados por la práctica de pruebas, nombramiento de auxiliares de la justicia, entre otros, que requieran ser resarcidos por el hoy recurrente a ETB S.A. E.S.P. como sujeto pasivo del recurso extraordinario de revisión. Adicional a lo expuesto, de la foliatura que conforma el plenario no se observa un actuar desleal o temerario de parte de los apoderados de COMCEL S.A., dado que las dos causales de revisión invocadas fueron sustentadas en argumentos que si bien no resultaron prósperos, son razonables de conformidad con la comprensión que dichos profesionales del derecho hicieron de las circunstancias particulares del proceso de la referencia ya expuestas en detalle.

178. En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, en el recurso extraordinario de revisión *sub examine* no existe lugar a imponer condena en costas a COMCEL S.A. como parte vencida en el presente litigio.

179. Nota: La Sala deja constancia que el Consejero de Estado Doctor Julio Roberto Piza Rodríguez integra la Sala para aprobar todas las decisiones que aquí se adoptan exceptuando el numeral primero en el cual no participa, pues se refiere a la decisión que resuelve su impedimento, en ese sentido suscribirá la providencia.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Décima Especial de Decisión de esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez mediante escrito de 3 de marzo de 2020, sustentado en el artículo 141 numeral 12 de la Ley 1564 de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL S.A contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6



de septiembre de 2012, proferidos por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: ORDENAR que por Secretaría General se remita copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que lo ponga en conocimiento de los profesionales del Derecho que, en su condición de árbitros, integraron el correspondiente Tribunal de Arbitramento y a quien fungió como secretaria.

Así mismo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien ejerció la defensa de Colombia ante el TJCA.

QUINTO: En firme esta providencia, por intermedio de la Secretaría General del Consejo devolver los expedientes requeridos como pruebas a sus respectivos Despachos de origen.

Notifíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

NUBIA MARGOT PEÑA GARZÓN



JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ (E)

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA DÉCIMA ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Radicación número: 11001031500020130200800

Demandante: Comunicación Celular S.A – COMCEL S.A

Demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P - ETB S.A. E.S.P

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

COMISIONES DE REGULACIÓN-Competencia para resolver conflictos entre empresas de servicios públicos. SENTENCIA C-1120 DE 2005-La competencia de las comisiones de regulación para definir conflictos entre operadores es de naturaleza administrativa. CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES-Su regulación y diseño corresponde privativamente al legislador. APLICACIÓN DE LAS NORMAS ANDINAS-Comporta aspectos sustanciales de la controversia que no deben ser definidos por el juez del recurso extraordinario como una nueva causal de anulación. SEGURIDAD JURÍDICA E INVERSIÓN-Inconveniencia de la coexistencia diversos instrumentos (administrativos, arbitrales y judiciales) para la resolución de una controversia.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la sentencia de 3 de marzo de 2020, que declaró infundado el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 9 de agosto de 2012, porque no se configuran las causales propuestas en la demanda. Aclaro voto porque, a mi juicio, esta controversia -que además no finalizará con esta providencia- se ha prolongado por una serie de decisiones judiciales previas, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.



1. La Corte Constitucional, al estudiar una demanda contra los artículos 73.8, 73.9 y 74.3 de la Ley 142 de 1994 -que atribuyeron a las Comisiones de Regulación de servicios públicos la facultad para resolver los conflictos entre los prestadores- eludió su confrontación con la Constitución. El fallo se limitó a sostener -una y otra vez- que como dicha competencia es de “naturaleza administrativa” y no judicial no infringía la Constitución¹³³ ¿No debió estudiarla a la luz del artículo 116 CN? ¿Resolver, en derecho colombiano, los conflictos que surjan entre las empresas por razón de los contratos o servidumbres no es un asunto privativo de los jueces institucionales y arbitrales, previo el agotamiento -si así lo estiman las partes- de instancias como la conciliación o la amigable composición? ¿Las comisiones de regulación tienen en la práctica funciones judiciales, pero les está vedado entrar al fondo económico de la controversia por ser una función “administrativa”? ¿Se implantó -por la puerta de atrás- la competencia para juzgar en autoridades distintas de las Cortes (*adjudicatory authority*) del derecho norteamericano, pero con un alcance casi simbólico y no para zanjar plenamente controversias económicas?

El resultado: decisiones contradictorias del Consejo de Estado como juez del recurso de anulación de los tribunales de arbitramento convocados ¿cuentan las comisiones con un mero poder de interpretación de unas reglas de derecho, por cierto emanadas de aquellas? ¿Se creó así una suerte de simple “interpretación auténtica” del regulador? ¿Dictar normas y fijar con autoridad su alcance en casos concretos se acompasa con la “separación de poderes” del artículo 113 C.N.?

¿Las comisiones de regulación ostentan en realidad un poder de decisión ejecutoria si su pronunciamiento es “administrativo” y no pueden decir el derecho -como lo hacen los jueces- respecto a las prestaciones económicas en conflicto? ¿Se puede hablar de autoridad de “cosa juzgada” si la decisión es “administrativa”? ¿Tiene sentido que lo que decidan las comisiones -salvo su connatural control de legalidad- pueda volverse a discutir o examinar?

¿Un tribunal arbitral doméstico -que en Colombia ejerce por autorización constitucional la función de dirimir conflictos- no puede pronunciarse sobre un asunto en el que la

¹³³ Corte Constitucional, sentencia C-1120 de 2005 [fundamento jurídico 9].



Comisión -de manera genuina- no resolvió de fondo al dejar de decidir lo relativo a perjuicios? ¿Si el asunto no hubiera sido tratado por un Tribunal arbitral sino por el juez institucional, este carecía de “jurisdicción” para pronunciarse? ¿Esta atribución de las comisiones de regulación es una competencia simultánea, subordinada o excluyente al arbitraje, como pareció deducirse de algunas decisiones del Consejo de Estado? ¿Se puede demandar la nulidad del acto administrativo regulatorio y al tiempo iniciar el trámite arbitral? ¿Habría “prejudicialidad” en estos casos? ¿Están facultados los árbitros para resolver la nulidad de estos actos administrativos?

2. Pero los vacíos y contradicciones no solo vinieron del Tribunal Constitucional. Como se trataba de una simple decisión “administrativa”, las partes recurrieron al juez de la controversia (en este caso arbitral). Luego de decisiones contradictorias del Consejo de Estado como juez del recurso de anulación, derivadas de la vaguedad del fallo de constitucionalidad, la controversia pasó a instancias internacionales. Apareció un nuevo elemento: la interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia, previo -como es ya habitual en nuestro país- un largo debate que volvió a la Corte Constitucional, por la socorrida vía de la acción de tutela. Capítulo aparte que escapa al asunto de fondo de este voto particular.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en lugar de cumplir con el ordenamiento internacional -y solicitar o dar cumplimiento- caso por caso a la interpretación prejudicial -cuando fuera procedente- optó por crear, por la exótica vía jurisprudencial, una “causal de anulación” de laudos arbitrales no prevista en la Ley. Desde el 1 de agosto de 2016, en aclaración de voto 54315, he manifestado mi desacuerdo, pues no solo invade la competencia exclusiva del legislador en esta materia, sino que su contenido y alcance contraviene la naturaleza del recurso extraordinario de anulación.

3. La solución de controversias atribuidas a las comisiones de regulación y a los tribunales de arbitramento tienen en común que fueron concebidos para excluir de su definición a los jueces estatales. Pero, en forma paradójica, la justicia institucional -al eludir sus funciones (omisión de control constitucional) y al extralimitarse en sus facultades (creación de nueva causal de anulación)- adquirió un rol protagónico que las partes en conflicto no preveían al iniciar este tortuoso “proceso”. La seguridad jurídica -



presupuesto esencial de la convivencia pacífica y de un buen clima de inversión- es víctima de nuevo de la discrecionalidad judicial.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE