

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero Ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)

Tutela – fallo de segunda instancia

N° de Radicación 110010315000-2015-00036-01

Actor: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Demandado: Tribunal de Arbitramento – Cámara de Comercio

Procede la Sala a resolver las impugnaciones que interpusieron la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa contra la sentencia del 9 de abril de 2015, proferida por el Consejo de Estado – Sección Cuarta, que negó la presente solicitud de amparo.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹ interpuso acción de tutela contra el laudo arbitral proferido dentro del proceso No. 2845 del 21 de octubre de 2014 y el auto No. 36 del 30 de octubre del mismo mes y año (que resolvió unas solicitudes de aclaración y adición), proferidos por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de que se protejan los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

¹ Esta entidad fue reconocida como interviniente dentro del proceso de arbitramento entre COMCEL S.A. y ETB, que dio lugar a las decisiones que se cuestionan vía tutela



El Tribunal de Arbitramento estuvo conformado por los doctores Juan Manuel Arboleda Perdomo (Presidente), Omar Rodríguez Turriago y Mauricio Velandia, dentro del proceso arbitral que resolvió un conflicto derivado de la ejecución del contrato de interconexión suscrito entre Comunicación Celular Comcel S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. E.S.P.

2. Hechos

La entidad tutelante sustentó el amparo de tutela en los siguientes hechos, que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

-El día 13 de noviembre de 1998, COMCEL y ETB celebraron un contrato de interconexión que tenía por objeto *“establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la Red de TPBCLD de ETB, con la Red de TMC de COMCEL S.A.”* –en adelante el contrato de interconexión-.

Entre otras estipulaciones, las partes acordaron una forma específica de pago respecto del *“tráfico internacional entrante de llamadas”*, según lo previsto en la cláusula sexta del Anexo 2 *“financiero, comercial y administrativo”* del Contrato de Interconexión.

En concreto, dicha cláusula preveía que: *“(....) ETB pagará a COMCEL S.A., por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto cursado, en la terminación de las llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa entre las partes, el valor equivalente al cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red de TPBC local de acuerdo al valor estipulado en la regulación vigente o que se establezca por la CRT como cargo de acceso a pagar por los operadores de larga distancia a los operadores de TPBCL. Este valor es*



provisional mientras las partes definen el valor definitivo a pagar por este concepto.

La determinación definitiva del valor a pagar por parte de ETB a COMCEL S.A. por la terminación de llamadas internacionales entrantes, será establecida entre las partes en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la suscripción del presente acuerdo. [...]”.

-Mediante comunicación de agosto 5 de 2003, COMCEL solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –ahora Comisión de Regulación de Comunicaciones²- que dirimiera un conflicto surgido con ocasión de la ejecución del referido contrato de interconexión, “*en relación con el cargo de acceso que ETB debe reconocer a COMCEL por el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC de COMCEL*”, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002.

-La Comisión de Regulación, mediante las resoluciones Nos. 980 y 1038 de 2004, negó dicha solicitud. Adujo que COMCEL carecía de legitimidad para ejercer el “*derecho de optar por un determinado cargo de acceso*” que prevé el artículo 5º de la Resolución CRT 463 de 2001, ya que éste correspondía únicamente a la ETB.

-Que el 7 de diciembre de 2004, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, las empresas COMCEL, CELCARIBE y OCCEL presentaron tres demandas arbitrales contra ETB. En estas, en síntesis, se solicitó que se resolvieran las diferencias contractuales existentes sobre la retribución que debían recibir de parte de la ETB por “*concepto de cargos de acceso*”.

-Los respectivos Tribunales de Arbitramento, en laudos que se dictaron el 15 de diciembre de 2006, condenaron a ETB a pagar “*(...) por concepto*

² Art. 16 de la Ley 1341 de 2009



de *CARGOS 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*”. El valor a pagar fue de \$32.021.416.478,00 a COMCEL, \$38.003.759.715,00 a OCCEL y de \$17.108.441.548,00 a CELCARIBE”.

-Que ETB interpuso los correspondientes recursos de anulación contra los tres laudos arbitrales, a fin de que el Consejo de Estado revocara dichas decisiones.

-Que mediante providencias del 27 de marzo y 21 mayo de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró infundados los tres recursos de anulación.

-Que ante dichas decisiones, el día 26 de mayo de 2010 la ETB presentó acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –en adelante el Tribunal Andino-, contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, *“por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”* (fl. 315 cdno. anexo).

-Que el Tribunal Andino, mediante decisión del 26 de agosto de 2011, ordenó al Consejo de Estado – Sección Tercera que anulara las providencias mediante las cuales se pronunció sobre los citados recursos de anulación y que, a su vez, dejara sin efecto los laudos arbitrales objeto de cuestionamiento de fecha 15 de diciembre de 2006.

-Mediante tres decisiones del día 9 de agosto de 2012, el Consejo de Estado dio cumplimiento a la referida orden. Dejó sin efecto las tres providencias mediante las cuales había declarado infundados los



recursos de anulación; anuló los laudos arbitrales del 15 de diciembre de 2006 que habían condenado a la ETB y ordenó a COMCEL que devolviera a ETB los dineros ya cancelados, los cuales debían estar debidamente indexados entre la fecha de su pago y la de su efectiva devolución.

Asimismo, dispuso que se constituyera un nuevo Tribunal de Arbitramento a fin de que se solucionara la controversia contractual entre COMCEL y ETB, el cual tendría la obligación de solicitar ante la instancia comunitaria “...la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

-En diciembre de 2012, se convocaron nuevamente tres Tribunales de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los procesos arbitrales se identificaron respectivamente con los números 2843, 2845 y 2846.

- Dentro del proceso arbitral No. 2845, ante la solicitud de debida interpretación de la normativa comunitaria, el Tribunal Andino, mediante concepto No. 14-IP-2014 del 13 de mayo de 2014, manifestó que la competencia para resolver los conflictos de interconexión era de la Comisión de Regulación, órgano de la República de Colombia, investido de tales funciones y no el Tribunal de Arbitramento.

-Que dentro del referido proceso arbitral, en desconocimiento de dicho pronunciamiento del Tribunal Andino, mediante laudo del 21 de octubre de 2014, el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Juan Manuel Arboleda Perdomo (Presidente), Omar Rodríguez Turriago y Mauricio Velandia consideró que la ETB había incumplido las condiciones del contrato de interconexión “...en lo que tiene que ver con el pago convenido, pues el cargo de acceso debió liquidarse de conformidad con las tarifas fijadas por las Resoluciones CRT 643 de



2001, CRT 489 de 2002 Y CRT 087 de 1999 y no con base en lo dispuesto en la Resolución CRT 253 de 2000.” En consecuencia, condenó a la ETB a pagarle a COMCEL la suma de \$53.437,612.380.oo.

-Que si bien solicitó la aclaración y adición de dicha decisión, tal petición fue despachada desfavorablemente, mediante auto del 30 de octubre de 2014.

-Que contrario a lo sucedió en el citado proceso No. 2845, dentro del proceso arbitral No. 2846 también convocado por COMCEL contra la ETB, el respectivo Tribunal de Arbitramento, mediante laudo del 10 de octubre de 2014, decidió adoptar la interpretación judicial que en ese caso profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y declaró su incompetencia para resolver las controversias contractuales suscitadas entre las citadas empresas.

3. Sustento de la vulneración

A juicio de la entidad accionante, el laudo arbitral en cuestión atenta contra los derechos al debido proceso y a la igualdad de la ETB por las siguientes razones:

-Por cuanto incurrió en defecto orgánico, toda vez que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de aplicar la interpretación prejudicial 14-IP-2014 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la que enfáticamente se señaló que la autoridad competente para resolver los conflictos de interconexión en asuntos de telecomunicaciones, era la Comisión de Regulación.

-Porque no aplicó el precedente contenido en la sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional, que resolvió un asunto similar al sub examine en el sentido de señalar que el órgano competente para decidir esa clase de controversias contractuales era la Comisión de Regulación.



-Que, además, incurrió en defecto sustantivo al haber resuelto la Litis con fundamento en *“normas jurídicas que para entonces habían sido derogadas, en especial, la Resolución 463 de 2001”*. Que el asunto debió decidirse con base en el artículo 5.10.2.1 de la CRT 253 de 2000.

-Que, asimismo, se incurrió en un defecto procedimental, pues *“no cumplió con las formalidades propias para la expedición del laudo arbitral en la medida en que al momento en que el árbitro Mauricio Velandia salvó su voto, el laudo arbitral aún no se había emitido”*.

-Que el árbitro Arboleda Perdomo *“incumplió con su deber de información por cuanto guardó silencio acerca de su condición de deudor de COMCEL y del hecho de haber coadyuvado la presentación de una acción de tutela interpuesta por esa empresa en contra de una sentencia que anuló un laudo arbitral en la que era parte”*.

4. Trámite de la solicitud

La demanda fue presentada ante esta Corporación y, por auto del 4 de febrero de 2015, se admitió y se ordenaron las notificaciones del caso (Fls. 41-42).

5. Intervenciones

- De la empresa COMCEL S.A.

El apoderado judicial de esta sociedad solicitó que se declare la improcedencia de la solicitud de tutela, pues no cumple con el requisito de subsidiariedad (folios 44-93).

Que, en efecto, contra el laudo objeto de cuestionamiento, la ETB, con fundamento en los mismos argumentos que propuso la ANDE como sustento de la tutela, interpuso el respectivo recurso extraordinario de



anulación que se tramita ante el Consejo de Estado y, por tanto, el juez del amparo no puede sustituir al juez natural del proceso. Máxime si se tiene en cuenta que dentro del trámite del recurso se puede decretar la suspensión del laudo arbitral, como lo solicitó la recurrente.

Que, de igual forma, está demostrado que el Tribunal de Arbitramento sí valoró la interpretación judicial del Tribunal Andino pero encontró “...*que atribuirle a la CRC funciones jurisdiccionales era contrario a la Constitución Política y a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.*” Que, por lo tanto, sí tenía competencia para resolver la controversia suscitada entre COMCEL y ETB respecto del valor que debía pagarse por el cargo de acceso por interconexión.

Que, además, si bien el Tribunal se apartó de la sentencia T-058 de 2009, es lo cierto que justificó de manera razonada los argumentos que sustentaron tal posición.

Que, asimismo, el análisis sobre la presunta aplicación de una resolución derogada constituye una controversia de fondo que no puede ser objeto de análisis por parte del juez de tutela. Es decir, que es evidente que la entidad tutelante está en desacuerdo con la forma en que el Tribunal accionado interpretó y aplicó las normas pertinentes al caso concreto y que, por consiguiente, pretende revivir el debate de instancia.

Que, sin perjuicio de lo anterior, es evidente que, contrario a lo expuesto por la entidad tutelante, el laudo arbitral se basó en normas vigentes, en concreto, en la Resolución CRT 463 de 2001, que era la disposición que regía al momento en que se causaron los cargos de acceso y se trabó la controversia contractual.

También manifestó que los reparos sobre la formalización del laudo y la aprobación de la decisión por las mayorías requeridas son aspectos



procesales que debieron proponerse en el respectivo recurso de anulación, mas no vía tutela.

Por último adujo que en el presente caso no puede predicarse violación alguna del derecho a la igualdad por el hecho de que en otro asunto el respectivo Tribunal de Arbitramento hubiese fallado en favor de la ETB.

- **Del Ministerio Público**

El Procurador Sexto Judicial para Asuntos Administrativos, mediante escrito que obra a folios 181-207, coadyuvó la petición de amparo. En síntesis, sostuvo que:

- Era la Comisión de Regulación y no el Tribunal de Arbitramento quien tenía la competencia para resolver el litigio que se presentó entre la ETB y COMCEL.
- El laudo se sustentó en lo dispuesto en la Resolución No. 463 de la CREG, que había sido derogada.
- Que se profirió de manera irregular, *“por cuanto el arbitrario Velandia sólo conoció la versión definitiva del texto del laudo dos horas antes de que se realizara la audiencia de fallo”*.
- Que el Tribunal de Arbitramento *“...se excedió en competencias al condenar a la ETB por incumplimiento contractual cuando ni fue planteado ni fue solicitado en las pretensiones de la demanda”*.

- **De la ETB**

Esta entidad coadyuvó la demanda mediante sendos memoriales que presentó el 17 de febrero de 2015 (folios 208-260 y 281-359). Además de reiterar los argumentos que expuso la Agencia de Defensa Jurídica, precisó lo siguiente:

- Que el laudo arbitral desconoce el *principio de non bis ídem*, pues ordenó el pago en favor de COMCEL de un valor que había sido



previamente consignado con ocasión del laudo del 15 de diciembre de 2006.

- Que en el proceso arbitral COMCEL no demostró la ocurrencia de daño alguno, pues perseguía únicamente el pago del tope de una tarifa de interconexión que había sido derogada. Por tal razón, no era procedente “haber declarado el incumplimiento contractual”.
- Que el Tribunal de Arbitramento vulneró el artículo 32 de la Decisión Andina 462, disposición de aplicación directa y prevalente en el orden interno.
- Que el laudo es abiertamente ilegal e inconstitucional, pues se abstuvo de aplicar la interpretación prejudicial 14-IP-2014.
- Que no se tuvo en cuenta que ya la Comisión de Regulación, mediante Resoluciones 980 y 1038 de 2004, había resuelto la solicitud de recobro por cargos de acceso, pues, a su juicio, COMCEL carecía de competencia de legitimidad para ejercer tal derecho en los términos del artículo 5º de la Resolución CRT 463 de 2001, *“pues la atribución de cobrar por un determinado cargo de acceso en el preciso caso correspondía a la ETB”*.
- Que se desconoció que el régimen de remuneración que preveía el contrato era el dispuesto en el artículo 5.10.2.1. de la Resolución CRT 253 de 2000 y, por ende, según la cláusula sexta del anexo 2 *“financiero, comercial y administrativo”* del contrato de interconexión, esa era la disposición aplicable.
- Que también se inobservó que la sentencia T-058 de 2009 fue enfática en señalar que *“...no era posible que el precio del contrato estuviese sujeto a los cambios regulatorios que sobre tal aspecto señalara en el futuro la Comisión.”*



- Reiteró que era imposible aplicar la Resolución CRT 463 de 2001, pues ésta fue derogada de forma expresa por la Resolución CRT 469 de 2002, tal como lo consideraron la Sección Primera del Consejo de Estado – sentencia del 21 de agosto de 2008- y la Corte Constitucional – sentencia T -058 de 2009.
- **De los árbitros Omar Rodríguez Turriago y Juan Manuel Arboleda Perdomo**

En su condición de árbitros que suscribieron la decisión que se cuestiona solicitaron que se declara la improcedencia de la tutela con fundamento en las siguientes razones (folios 654-659):

- Que la ANDE no tiene legitimidad para interponer la presente tutela, pues su competencia se restringe a representar los intereses de las entidades estatales del orden nacional. Que en este caso no existe convenio interadministrativo alguno que vincule a una entidad de este orden con la ETB y, por ende, no es procedente la intervención de esa agencia.
 - Que la tutela es improcedente, pues los argumentos que la sustentan son los mismos a los que propusieron la ETB y el Ministerio Público en el recurso de anulación.
 - Que la interpretación del Tribunal Andino no era obligatoria y que, por ende, se separaron de dicha postura, así como de la que contiene la sentencia T-058 de 2009, de manera justificada y razonada, sin viso de arbitrariedad o capricho alguno.
- **Del árbitro Mauricio Velandia**



El doctor Mauricio Velandia se ratificó en los argumentos que expuso en el salvamento de voto del laudo arbitral del 21 de octubre de 2014. Asimismo, puso de presente que participó en todas las reuniones arbitrales y que en estas se discutieron los temas centrales de la decisión, la cual fue sometida a las respectivas votaciones (folios 662-664).

6. Sentencia impugnada

La sentencia recurrida, como se dijo, negó la solicitud de amparo. Entre los motivos principales de esa decisión, se encuentran los siguientes:

- Que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sí tenía legitimación para impetrar la presente tutela, pues según el artículo 610 del Código General del Proceso, puede ser parte procesal en aras de defender en abstracto el ordenamiento jurídico o a fin de proteger los derechos subjetivos de los organismos de la administración pública. Que lo anterior, en los términos del párrafo tercero de la citada norma, se traduce en que podrá interponer acciones de tutela en representación de las entidades públicas, como sucede en el sub examine, pues la ETB, según los literales d) y g) del numeral 2º del art 38 y el párrafo 2º de la Ley 489 de 1998, es un empresa de servicios públicos mixta, que hace parte del sector descentralizado por servicios del nivel distrital.
- Que el cargo de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto contractual entre COMCEL y ETB, no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones), prevé esa precisa circunstancia como causal del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.



- Que lo mismo ocurre respecto del argumento según el cual el laudo se fundamentó en disposiciones derogadas, pues según reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se configura la causal que contempla el numeral 7º del citado artículo, es decir, “...que el fallo arbitral se dicte en conciencia y no en derecho, cuando apoyándose en el derecho no lo hace en el vigente sino en el derogado, en el declarado nulo o inexecutable”, que es precisamente lo que alega la ANDE.
- Que el argumento según el cual el árbitro Juan Manuel Arboleda “incumplió su deber de informar que en su condición de COMCEL había coadyuvado una solicitud de tutela interpuesta por dicha empresa, que dio lugar a la anulación de un laudo arbitral en la que esta era parte”, fue resuelto debidamente en el curso del proceso arbitral cuando mediante auto del 23 de enero de 2014 el Juzgado 38 Civil de Bogotá negó la recusación que en ese mismo sentido formuló la ETB contra dicho árbitro. Que, por tal razón, no cumple con el requisito de subsidiariedad ni con el de inmediatez, pues la causa de la presunta vulneración la constituiría la referida providencia, mas no el laudo arbitral.
- Que si bien tanto la ETB como el Ministerio Público aducen que el laudo fue mucho más allá de lo pedido por COMCEL, puesto que esta sociedad no formuló pretensión de incumplimiento del contrato, es lo cierto que tal hipótesis encaja en el artículo 41-9 de la Ley 1563 que consagra como causal de anulación “haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”. Es decir, no cumple con la subsidiariedad.
- Que respecto de los referidos cargos, el juez del recurso de anulación, según las voces del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, puede suspender los efectos del respectivo laudo arbitral previa solicitud de la



entidad recurrente³, con lo cual se atendería a la ocurrencia de un supuesto perjuicio irremediable.

- Que, por último, está demostrado que, contrario a lo que expone la tutelante, el árbitro Mauricio Velandia *“participó efectivamente en el debate y discusión que dio lugar al laudo arbitral del 21 de octubre de 2014”* y conoció la versión definitiva de la decisión antes de ser leído en la audiencia.

7. Las impugnaciones

7.1 De la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La apoderada de esta entidad impugnó la decisión de primera instancia. En síntesis, formuló los siguientes motivos de reparo (folios 693-703):

-Que no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, en la cual resolvió una controversia similar respecto de un contrato de interconexión de la ETB al que ahora se suscita, precisó que es posible que se tramite simultáneamente la acción de tutela junto con el recurso de anulación de laudos arbitrales, pues *“...el juicio de la jurisdicción recae sobre un espectro más amplio en la medida en que su impugnación no se restringe a los errores in procedendo, sino que incluye a errores in iudicando.”*

-Que incluso en las sentencias SU-174 de 2007, T-790 de 2010 y T-972 de 2007 se puso de presente que ante la falta de idoneidad e ineficacia de la acción de revisión y del recurso de anulación de laudo arbitral, la acción de tutela era el mecanismo indicado para lograr la protección de los derechos fundamentales.

³ Petición que efectivamente elevó la ETB en el correspondiente recurso extraordinario de anulación.



-Que, a su juicio, los argumentos que se proponen como sustento de la petición de amparo no se encuadran en ninguna de las causales que prevé el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y, por consiguiente, debe entenderse que la tutela se convierte en el mecanismo principal de defensa. Máxime si se tiene en cuenta que el recurso de anulación no está diseñado para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en la aplicación de la ley, *“cuando el contenido de estos derechos versa sobre la aplicación de las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la inaplicación del precedente constitucional o la aplicación de normas derogadas que son determinantes para definir el sentido del fallo”*.

-Que la Sección Cuarta del Consejo de Estado se limitó a señalar que el argumento de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto en cuestión era un asunto que se podía formular en el recurso de anulación, pero lo que, en realidad, se planteó fue que la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales de la ETB al desconocer el derecho supranacional andino, en concreto, la obligatoriedad de la interpretación prejudicial 14-IP-2014 del 13 de mayo de 2014 del TJCA.

-Que, asimismo, el juez de instancia omitió pronunciarse sobre el desconocimiento del precedente judicial fijado en la sentencia T-058 de 2009.

-Que la circunstancia de que uno de los árbitros hubiese sido deudor de COMCEL no fue de conocimiento del juez de recusación *“porque esto solo se vino a conocer en la fecha en que se profirió el auto que resolvió la solicitud de aclaraciones, correcciones y complementaciones, esto es, el 30 de octubre de 2014, fecha en la que el Tribunal de Arbitramento ya había cesado en sus funciones”*.



Aunado a lo anterior, mediante memorial del 3 de junio de 2015, puso en conocimiento que en reciente laudo arbitral del 29 de mayo de 2015 (folios 732 y siguientes), *“en un proceso idéntico al que ahora se debate, que promovió COMCEL contra la ETB, se confirmó que, en efecto, la Resolución CRT-463 de 2001, con fundamento en la cual el Tribunal de Arbitramento accionado condenó a la ETB a pagar la suma de \$51.472.972.380 más costas y agencias en derecho, se encuentra derogada”*, lo cual demuestra fehacientemente la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la citada empresa de servicios públicos.

6.2 De la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa

El Agente del Ministerio Público adujo que en la medida en que el recurso de anulación contra laudos arbitrales tiene una naturaleza restringida (pues el ordenamiento jurídico ha previsto unas causales taxativas de prosperidad), no es posible sostener que en el presente caso se están debatiendo los mismos puntos que en la instancia de anulación, toda vez que *“lo que ahora se discute es una vía de hecho en que incurrieron los señores árbitros en el laudo controvertido, mientras que en el recurso se alegan son los errores en el procedimiento de estructura de la decisión y, por ende, dicho recurso no es el instrumento idóneo.”*⁴

Que en efecto, debe tenerse *“...en cuenta que el Consejo de Estado tiene facultades limitadas [no actúa como juez de segunda instancia] que no guardan relación directa con el análisis cuidadoso que requiere la verificación de actos u omisiones que hayan violado los derechos fundamentales de las partes durante el trámite arbitral”*.

⁴ Al respecto dijo: *“Los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los arbitrarios. En este sentido es claro que las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas y prevén la posibilidad de atacar un laudo arbitral por aspectos de naturaleza esencialmente formal”*



Que, además, en el presente caso, es evidente que si bien está pendiente de resolverse el respectivo recurso de anulación, es claro que existe un perjuicio irremediable que afecta los intereses de la ETB y el patrimonio público, situación que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵, autoriza la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio y respecto de la cual se omitió el correspondiente análisis por parte del juez de la primera instancia (folios 711-721).

6.3 De la ETB

Si bien mediante auto del 4 de mayo de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado únicamente concedió la impugnación respecto de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y de la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa, la Sala observa que la ETB también recurrió la decisión de primera instancia y, por ende, en garantía del efectivo acceso a la administración de justicia y en aras de proteger el derecho de defensa y al debido proceso de esa empresa, se anticipa que también se ocupará de resolver los reparos que se formularon en dicho escrito⁶.

Éstos, en resumen, son similares a los que plantearon las otras autoridades y son del siguiente tenor:

-Que según la Corte Constitucional el recurso de anulación de laudos arbitrales es insuficiente para lograr la protección de derechos fundamentales que se consideran desconocidos con ocasión de una decisión arbitral.

-Que incluso esa misma Corporación⁷ ha avalado la posibilidad de que a la par del recurso extraordinario pueda interponerse la correspondiente acción de tutela, pues “el Consejo de Estado no tiene la potestad de

⁵ Sentencias T-921 de 2000 y T-058 de 2009

⁶ Ver cuaderno anexo.

⁷ Entre otras, sentencias T-790 de 2010 y T-058 de 2009.



analizar el fondo de la decisión arbitral, dado que no actúa como juez de segunda instancia y debido a que las causales de anulación del laudo son taxativas.

-Que por esas razones resulta desacertado el pronunciamiento del a quo, pues partió de una errada convicción de que los cargos de anulación tienen la potencialidad de reducir la solicitud de amparo. Máxime si como en el presente caso, *“la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la protección de los derechos fundamentales constitucionales –aquí defendido y vulnerados por el laudo arbitral en referencia – no se erige ni constituye causal de nulidad de laudo arbitral, razón por la cual, por esa vía resultaría inane la persecución de este propósito”*.

-Que existió vulneración del non bis in ídem, toda vez que en cumplimiento de la orden contenida en el laudo del 15 de diciembre de 2006 – que se dejó sin efectos por parte del Consejo de Estado, Sección Tercera -, ETB pagó en favor de Comcel S.A. “la exorbitante suma de dinero ahí ordenada”. Sin embargo, esos dineros nunca fueron devueltos a pesar de que presentó una demanda ejecutiva en contra de dicha empresa.

-Sin tener en cuenta la anterior circunstancia, el Tribunal de Arbitramento nuevamente condenó a ETB y ordenó la cancelación de unas sumas de dinero, por lo cual se estaría incurriendo en un doble pago por los mismos hechos pretensiones y condenas, lo cual, por obvias razones, desconoce sus derechos fundamentales e implica un enriquecimiento sin justa causa por parte de ETB.

-Que la decisión que se enjuicia incurrió en una vía de hecho, pues dentro del proceso arbitral no existieron pruebas que *“comprobaran el daño y, en consecuencia, [eso] generaba la imposibilidad de haber declarado el incumplimiento contractual de la ETB”*. Que en el sub



examine, de manera anómala, *“el laudo arbitral adoptado por la mayoría simple arribó a la determinación de la supuesta responsabilidad contractual de ETB, a pesar de no media un elemento indispensable para configurar dicho fenómeno, correspondiente a la debido acreditación del daño – probanza que le corresponde a la actora-. Por ende, no es solo que se haya exonerado a COMCEL de probar este elemento necesario para declarar responsabilidad contractual, sino que con ello se vulneró el debido proceso de ETB”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las impugnaciones que contra la sentencia de primera instancia interpusieron la ANDE y la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa⁸, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.4., del Decreto 1069 de 2015 y en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

- Cuestión previa

Mediante memoriales sendos memoriales que obran a folios 934 y siguientes del cuaderno principal, la empresa ETB solicitó que se vinculara al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Empero, a juicio de la Sala, tal petición no es de recibo, pues dicho Tribunal no tiene interés directo en las resultas del presente proceso. No figura como accionado y tampoco fue parte dentro del proceso arbitral que terminó con la decisión que se cuestiona vía tutela.

⁸ Mediante auto del 4 de mayo de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió la impugnación únicamente respecto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y de la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa.



Si bien es cierto que intervino dentro de ese trámite al emitir la interpretación prejudicial 14-IP-2014, es lo cierto que tal circunstancia no implica que pueda verse afectado por las decisiones que se adopten en sede de tutela.

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la decisión del Consejo de Estado, Sección Cuarta por medio de la cual se negó el amparo deprecado, teniendo en cuenta los precisos motivos de reparo que se formularon en las correspondientes impugnaciones.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: *i)* el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; *ii)* estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva se estudiará *iii)* el fondo del reclamo.

2. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁹, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁰, conforme al cual:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen,

⁹ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.



antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”¹¹ (Negrilla fuera de texto).

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**...”. En efecto:

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹² a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: **i)** que no

¹¹ Ídem.

¹² Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez y **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

3. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de tutela, pues las decisiones censuradas se dictaron en el curso del trámite arbitral que la empresa COMCEL S.A. adelantó contra la ETB.



De igual manera, la Sala encuentra que la presente acción constitucional cumple con el requisito de inmediatez¹³, pues la última providencia que se cuestiona se dictó el 30 de octubre de 2014 y la solicitud de amparo se interpuso el día 13 de enero de 2015¹⁴, esto es, dentro de un plazo razonable.

Ahora bien, al igual que lo consideró el a quo, la Sala encuentra la entidad tutelante cuenta con un medio de impugnación extraordinario (el recurso de anulación de laudos arbitrales) para controvertir las decisiones tuteladas, que resulta ser idóneo y eficaz, pues, como se verá más adelante, varios de los argumentos que sustentan la petición de amparo se encuadran dentro de las causales de anulación que prevé el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Esta Sección en reiteradas ocasiones ha resaltado el carácter excepcional de la acción de tutela, la cual tiene como fin último garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial¹⁵, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹⁶. A fin de ratificar tal postura, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

4. El recurso de anulación de laudos arbitrales como medio idóneo y eficaz

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se

¹³ El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

¹⁴ Folio 1

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño



dictan otras disposiciones, “...*contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición*”.

Por su parte, el artículo 41 de esa misma normativa prevé que dicho recurso de anulación procede con base en las siguientes casuales:

- “1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*
 - 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
 - 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*
 - 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*
 - 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*
 - 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*
 - 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
 - 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*
 - 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*
- Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término”.



Radicación N°. 11001-03-15-000-2015-00036-01
 Tutelante: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
 Tutela

La Corte Constitucional¹⁷ ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales, ni en relación con el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelvan los recursos de anulación, *“salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique la violación directa de un derecho fundamental”*.

También ha sido enfática en prescribir que incluso en esta última hipótesis debe presentarse un **pleno respeto “por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a este pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”** y, además, debe tenerse en cuenta que *“el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental”*¹⁸ (Subrayado fuera de texto original)

Ahora bien, en reciente sentencia de unificación **SU 263 de 2015**, la Corte Constitucional, al decidir un asunto¹⁹ que guarda estrecha relación

¹⁷ Entre otras, ver sentencia SU-174 de 2007.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ En ese entonces se decidió la solicitud de tutela que COMCEL S.A. interpuso contra tres providencias proferidas el 9 de agosto de ese año por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁹, mediante las cuales esa autoridad judicial acató la sentencia 3-AI-2010 y su auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011, pronunciados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. A través de estas decisiones el órgano comunitario declaró en incumplimiento a la República de Colombia por no haber efectuado la interpretación prejudicial en el trámite de anulación de unos laudos arbitrales dictados el 15 de diciembre de 2006, dentro de la controversia suscitada entre Comcel y ETB, en razón a los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos entre ellos. Las decisiones arbitrales favorecieron las pretensiones de Comcel y ello llevó a que ETB promoviera las anulaciones respectivas las cuales, una vez declaradas infundadas, condujeron a que la misma empresa ejerciera la acción de incumplimiento ante la autoridad comunitaria.

En los pronunciamientos demandados a través de tutela, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo invalidó su propia decisión dentro del trámite de recurso de anulación, así como los laudos arbitrales que había favorecido a Comcel. Para mayor ilustración se transcriben los ordinales cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive de la decisión tomada dentro del expediente 43281:

“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:



con el caso que ahora ocupa la atención de la Sala (pues dio origen al laudo arbitral que se cuestiona vía tutela), ratificó su postura en el sentido que, por regla general, las acciones judiciales ordinarias y extraordinarias constituyen las vías legítimas de reconocimiento y respecto a los derechos fundamentales.

Que, en efecto, “...**los beneficios derivados de la acción de tutela dependen de la observancia estricta del principio de subsidiariedad.**

En esa medida, reemplazar mecánicamente el procedimiento ordinario con la herramienta constitucional, llevaría a una lesión de los valores orgánicos y dogmáticos de la Carta Política, incluyendo la desnaturalización de ese instrumento. La jurisprudencia sólo ha establecido que de manera excepcional puede justificarse la interposición directa o paralela del amparo cuando se evidencie que: (i) el trámite ordinario no protege los derechos de manera idónea y eficaz; (ii) se compruebe el acaecimiento de un perjuicio irremediable y/o (iii) las atribuciones en disputa afecten a un sujeto de especial protección constitucional. De otra manera, en los casos en los que no presente

1100103260002007-00010-00; Expediente: 33.645, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación impetrado contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, y su aclaratorio de 15 de enero de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de noviembre de 1998.

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

SEXTO: Como consecuencia de la anterior declaración, ORDENAR a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. devolver a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., debidamente indexadas, en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que esta providencia cobre ejecutoria, las sumas de dinero que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. hubiere pagado a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. en cumplimiento de lo ordenado en el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de noviembre de 1998.”



alguno de estos tres eventos, será imperativo acudir a las acciones procesales de carácter legal y en caso de incoarse la tutela, esta deberá ser declarada improcedente²⁰ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En particular, en ese mismo fallo de unificación la Corte expuso una serie de razonamientos respecto de la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión, los cuales ***mutatis mutandis***, a juicio de la Sala, son aplicables al recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, pues ambos mecanismos **i)** constituyen una excepción al principio de cosa juzgada de las sentencias (laudos) ejecutoriados; **ii)** su finalidad es permitir enmendar los errores e irregularidades que se presentan en la providencia; **iii)** están sujetos a unas causales taxativas que limitan su alcance a las anomalías de alta trascendencia y **iv)** *“...constituyen una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios, en la cual no hay lugar a la reapertura del debate jurídico o probatorio, ni espacio para discutir el sentido del razonamiento del juez dirigido a adoptar una decisión determinada, sino únicamente a la presentación de cargos relativos a extremas injusticias o ilicitudes dentro de la decisión”²¹.*

Al respecto, se destaca que la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“(...)

*Bajo esas condiciones, en varias oportunidades la Corte ha examinado la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión como medio de defensa respecto al desconocimiento de derechos fundamentales originado en un fallo judicial. **En esta medida, ha establecido que el hecho de tratarse de un recurso extraordinario no descarta mecánicamente su eficacia. Además la idoneidad del recurso debe valorarse teniendo en cuenta el derecho fundamental que el accionante***

²⁰ Ver sentencia T-649 de 2011.

²¹ SU. 263 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



considera vulnerado y las causales de revisión previstas en el ordenamiento legal²².

En ese orden de ideas, se concluye que la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario.

(...) En el presente caso tanto Comcel como el ad quem consideraron que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad por cuanto el recurso extraordinario de revisión no es eficaz ni idóneo para atender los defectos en los que habrían incurrido las decisiones del 9 de agosto de 2012, dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

*Se debe destacar que al trámite de revisión fueron allegadas fotocopias simples de varias piezas procesales que no fueron objetadas por Comcel y que dan cuenta de que esta empresa sí interpuso la acción extraordinaria de revisión contra las decisiones del 9 de agosto de 2012, **lo que permite deducir que la presente acción de tutela está siendo usada como un mecanismo de protección paralelo, que hace improcedente el amparo constitucional, en los términos del artículo 86 superior y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.***

(...) Adicionalmente, esta Sala evidencia que los criterios específicos de procedibilidad alegados en la acción de tutela coinciden, en lo sustancial, con las anomalías propuestas en dicho instrumento. En efecto, en ese trámite como en este se ha alegado el desconocimiento de la cosa juzgada y la pretermisión del procedimiento para cumplir las sentencias del TJCA, así como de las propias normas del derecho comunitario. Bajo estas condiciones, se puede inferir que el recurso de revisión sí se refleja idóneo para proteger los derechos invocados en la acción de tutela.

*Sumado a lo anterior, esta corporación considera que la revisión citada también es eficaz. Al proceso no fue allegado ningún instrumento que permita medir o estimar el tiempo que puede transcurrir hasta que se dicte sentencia. Esto impide que la Corte determine con certeza cuáles serían los efectos que la supuesta tardanza tendría sobre los derechos invocados por la actora. **Con todo, la Sala no encuentra que el paso del tiempo genere per se un menoscabo incurable sobre sus atribuciones teniendo en cuenta que:** (i) Comcel puede ejercer todos sus derechos nuevamente dentro de los trámites arbitrales o administrativos que se hayan convocado o se adelanten, incluyendo, por ejemplo,*

²² Cfr. Sentencia T-649 de 2011.



la acción de nulidad ante el Consejo de Estado; (ii) El objeto principal del proceso, esto es, los dineros que hubiere de reintegrar podrían volver a su patrimonio, debidamente indexados, en caso de que el recurso extraordinario determinara la existencia de una vulneración de sus derechos; hay que tener en cuenta que en ninguna ocasión Comcel demostró que la devolución de esa cantidad puede llegar a impedir que cumpla con su objeto social o cualquiera de sus obligaciones.

Como se observa, la supuesta tardanza en la decisión del recurso extraordinario no impediría que las pretensiones de la actora se hagan exigibles y tampoco generaría un daño que no se pueda reparar integralmente cuando se dicte la sentencia definitiva. Para demostrar la ineficacia del medio de defensa se debe probar que los intereses del actor serán menoscabados de una forma evidente e irrecuperable o que le llevarán a una situación que haga imposible el restablecimiento de sus derechos fundamentales. Si la procedencia de la acción de tutela se derivara simplemente de la demora genérica de los procedimientos, se derogaría la institucionalidad y se desbordaría el alcance excepcional del amparo constitucional de los derechos fundamentales. En otras palabras, aceptar la procedencia del amparo constitucional en este caso debido a la supuesta demora en la decisión del Consejo de Estado, llevaría al reemplazo de la acción de revisión y a la supresión de esa competencia del órgano de cierre jurisdiccional. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, contrario a lo que expusieron la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa, en el presente caso es el recurso de anulación el medio idóneo y eficaz para controvertir el laudo arbitral proferido dentro del proceso No. 2845 de 21 de octubre de 2014 y el auto del día 30 de ese mismo mes y año, y no la acción de tutela.

El hecho de que se trate de un recurso extraordinario no descarta mecánicamente su eficacia. Además, la idoneidad del recurso debe valorarse teniendo en cuenta el derecho fundamental que el accionante considera vulnerado y las causas de impugnación previstas en el ordenamiento legal, respecto de las cuales, como se anticipó en el acápite anterior, los principales cargos que sirven de sustento a la



solicitud de amparo se encuadran dentro de las precisas causales de anulación de laudos arbitrales.

En este sentido, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

5. Del caso concreto

En el sub examine, la directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²³ –en adelante ANDE-, interpuso acción de tutela contra el laudo arbitral proferido dentro del proceso 2845 de octubre 21 de 2014 y el auto 36 de octubre 30 de 2014, por medio del cual se resolvieron las aclaraciones, correcciones y complementaciones al laudo.

Estas decisiones fueron dictadas por el Tribunal de Arbitramento conformado por los señores Juan Manuel Arboleda Perdomo (Presidente), Omar Rodríguez Turriago y Mauricio Velandia, dentro de un proceso arbitral en el que se resolvió un conflicto derivado de la ejecución de un contrato de interconexión suscrito entre Comunicación Celular Comcel S.A. –COMCEL- y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB-.

En síntesis, decidió negar las excepciones propuestas por ETB y declaró que esta empresa había incumplido las condiciones del Contrato de Interconexión, *“en cuanto al pago del precio convenido”* a favor de COMCEL, pues el cargo de acceso debió liquidarse de conformidad con las *“tarifas fijadas por las Resoluciones CRT 463 de 2.001, CRT 489 de 2.002 y CRT 087 de 1.997”* y no con base en las tarifas fijadas en la *“Resolución CRT 253 de 2.000”*²⁴

En la correspondiente impugnación de la decisión de tutela de primera

²³ La tutela fue coadyuvada por la ETB (folios 205-260) y por la Procuraduría Sexta Judicial II Administrativa (folios 181-204).

²⁴ Folio 805 Cdo. Anexo.



instancia, la ANDE insiste en:

- a) Que existe vulneración de los derechos fundamentales de la ETB, toda vez que *“...se desconoció la interpretación prejudicial 14 IP-2014 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, entre otras, estimó la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer de la determinación de la tarifa de interconexión y de la existencia y alcance de las obligación que por este concepto existieran entre las partes”*.
- b) En segundo lugar, por haber empleado normas regulatorias derogadas para determinar la forma de precisar el alcance de las obligaciones entre las partes.
- c) En tercer lugar, al ignorar y desatender el precedente constitucional de la sentencia T-058 de 2009, que, a su juicio, era aplicable al caso bajo su conocimiento.
- d) Que, por otra parte, uno de los árbitros no manifestó en su debido momento que había coadyuvado una acción de tutela presentada contra ETB.
- e) Y finalmente porque al no entregarse el laudo arbitral al árbitro que salvó el voto, la providencia no se formalizó en su rigor.

Por su parte, el Ministerio Público argumentó que no es posible sostener que en el presente caso se están debatiendo los mismos puntos que en la instancia de anulación, toda vez que *“lo que ahora se discute es una vía de hecho en que incurrieron los señores árbitros en el laudo controvertido, mientras que en el recurso se alegan son los errores en el procedimiento de estructura de la decisión y, por ende, dicho recurso no es el instrumento idóneo”*²⁵. Que, además, es claro que existe un perjuicio irremediable que afecta los intereses de la ETB y el patrimonio

²⁵ Sobre el particular, en líneas anteriores, esta Sala dejó sentada su postura en el sentido de que el recurso de anulación de laudos arbitrales, si es el mecanismo idóneo para plantear la mayoría de los cargos que sustentan la presente tutela.



público, situación que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶, autoriza la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

Asimismo, la ETB, además de ratificar lo expuesto por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, señala que existió vulneración del principio del *non bis in ídem* y que la decisión que se censura incurrió en una vía de hecho, pues declaró la responsabilidad de esa empresa sin tener en cuenta que no se acreditó el daño.

La Sala se pronunciará sobre tales aspectos de la siguiente forma:

1) En lo que tiene que ver con el primer motivo de reparo, la ANDE sostiene que la Sección Cuarta del Consejo de Estado se limitó a señalar que el argumento de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto en cuestión era un asunto que se podía plantear en el recurso de anulación, cuando, en realidad, lo que propuso fue que la autoridad judicial accionada desconoció el derecho supranacional andino, en concreto, la obligatoriedad de la interpretación prejudicial 14-IP-2014 del 13 de mayo de 2014 del TJCA.

Empero, a juicio de la Sala, en efecto y como bien lo señaló el a quo, el supuesto desconocimiento de la referida interpretación prejudicial, en últimas, está encaminado a demostrar que el Tribunal de Arbitramento no tenía la competencia para decidir la controversia que sobre cargos de interconexión se suscitó entre COMCEL S.A. y E.T.B.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento es una de las causales del recurso de anulación.

Por ende, corresponde al juez del recurso de anulación analizar si en el

²⁶ Sentencias T-921 de 2000 y T-058 de 2009



caso concreto hubo desconocimiento del derecho supranacional y determinar la fuerza vinculante de la interpretación judicial a fin de determinar la competencia o no del Tribunal de Arbitramento.

Tales aspectos le están vedados al juez de tutela, pues como se resaltó en líneas anteriores, la causal de falta competencia hace referencia al estudio de una anomalía de alta trascendencia dentro del proceso arbitral y, por ende, su consagración se entiende como un verdadero motivo impugnatorio con exclusivos fines rescisorios.

Dentro de este contexto, no cabe la menor duda de la idoneidad del recurso extraordinario de anulación a efectos de que el juez de la causa (la Sección Tercera del Consejo de Estado)²⁷ se pronuncie sobre tal irregularidad y vele por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos.

Máxime si se tiene en cuenta que dentro del proceso de tutela está demostrado²⁸ que la ETB y el Ministerio Público interpusieron el respectivo recurso de anulación contra el fallo de octubre 21 de 2014 y el auto No. 36 de octubre 30 de 2014, dentro del cual propusieron el referido cargo de falta de competencia, lo que permite deducir que la presente acción de tutela se está utilizando como un mecanismo de protección paralelo, lo que hace improcedente el amparo constitucional, en los términos del artículo 86 Superior y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

2) A juicio de la ANDE, el cargo según el cual la decisión impugnada se sustentó en disposiciones derogadas no puede entenderse comprendido dentro de la causal 7ª del artículo 41 del Estatuto Arbitral, pues “la

²⁷ Incluso para tal efecto, se le pueden poner de presente los pronunciamientos jurisprudenciales que, a juicio de la ANDE y de la ETB, señalan la obligatoriedad de dicha interpretación judicial y que figuran en el expediente en cuaderno anexo y a folios 842-912, respetivamente, pues es el juez natural de la causa el encargado de resolver lo relacionado con la supuesta falta de competencia del Tribunal de Arbitramento.

²⁸ Así lo acepta tanto la ETB como la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.



aplicación de normas derogadas no puede implicar ni puede tener la significancia de estas fallándose en conciencia o equidad”.

Sobre este punto, la Sala se permite precisar que la Sección Tercera de esta Corporación, que, valga la pena reiterar, es el juez natural del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, ha sido enfática en señalar que una de las formas en que se entiende configurado el fallo en conciencia es precisamente cuando se deja de lado de manera evidente el marco jurídico que debe tener de referencia, por ejemplo, cuando la decisión no se apoya en derecho positivo vigente, es decir, en disposiciones normativas derogadas.

En efecto, en sentencia de agosto 8 de 2012, la referida Sección – Subsección C, Radicado: 2012-00010-00 (43.089). M.P. Enrique Gil Botero, al respecto manifestó:

*“[...] el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley [...] **En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia [...]***

[...]

El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que ‘esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo’ –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta [...]

[...] Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia.



4. Criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.

a) Primer criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige²⁹ (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior y contrario a lo expuesto por la entidad recurrente, es evidente que una de las maneras a través de las cuales se estructura la causal 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, que el laudo se hubiese dictado en conciencia cuando debió ser en derecho, se presenta en aquellos casos que la decisión se basa en normas derogadas, que es exactamente lo que alega la tutelante en esta oportunidad³⁰.

Por tal razón, es evidente que sobre este aspecto la presente solicitud de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad.

3) Sobre el argumento de que el juez de primera instancia omitió pronunciarse sobre el desconocimiento del precedente judicial fijado en la sentencia T-058 de 2009, la Sala pone de presente que la Sección Cuarta del Tribunal asumió dicho reparo como parte estructurante del cargo de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento – postura que se comparte- y en ese sentido lo despachó de forma desfavorable al considerar que no cumplía con el requisito de subsidiariedad.

A folio 20 del fallo de primera instancia, se lee lo siguiente:

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de agosto 8 de 2012. Radicado: 2012-00010-00 (43.089). M.P. Enrique Gil Botero. Los acápites transcritos si bien toman como fundamento jurídico la causal contenida en el numeral 6 del Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, resalta la Sala que su contenido normativo es equivalente al del numeral 7 del Art. 41 de la Ley 1563 de 2012, razón por la cual dicha argumentación es enteramente aplicable al *sub lite*. Además, la providencia que se cita es relevante para los efectos del caso, ya que hace “*un estudio detallado sobre la causal sexta de anulación del art. 163 del decreto 1818 de 1998*” y señala “*los ocho criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad*”.

³⁰ Sobre este aspecto, también puede plantear ante el juez del recurso de anulación, los argumentos que presentó en este trámite de tutela encaminados a demostrar la derogatoria de la Resolución CRT-463 de 2001 (folios 732-807, cuaderno principal).



“(…)

1.1. *De conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del Art. 41 de la Ley 1563 de 2012, la falta de competencia del Tribunal Arbitral es una de las causales del recurso de anulación.*

1.2. *El desconocimiento del derecho supranacional andino (en particular, lo dispuesto por el Art. 32 de la Decisión Andina 462), la fuerza vinculante de la Interpretación Prejudicial 14-IP-2014 y del precedente contenido en la sentencia T-058 de 2009, radican todas en la incompetencia del Tribunal Arbitral.*

Si esto es así, existe otro mecanismo de defensa para que la parte actora cuestione este aspecto, la falta de competencia –aduciendo allí los mismos argumentos que se relacionan en esta providencia-, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del Art. 41 de la Ley 1563 de 2012” (Negritas y subrayado fuera del texto original)

Entonces, no es cierto que el *a quo* hubiese omitido pronunciarse sobre tal aspecto, sino que lo entendió comprendido dentro de la causal de falta de competencia y en ese sentido declaró la improcedencia de la solicitud de amparo para debatir dicho punto.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala resalta que en el fallo de arbitramento que se cuestiona vía tutela se expusieron las razones por las cuales no se acogía la sentencia T-058 de 2009 (páginas 128-129) y, en particular, se precisó:

“(…) Sea lo primera advertir que dicha sentencia sólo es aplicable al caso que fuera decidido por la Sala y en ningún caso tiene efectos erga omnes, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, los criterios de interpretación de la Sala al caso sometido a su decisión no constituyen ratio decidendi para la adopción de sentencias o fallos de otros procesos judiciales. No es una sentencia de exequibilidad.

En segundo lugar, el Tribunal debe limitar su actuación a aquello frente a lo cual es competente. No puede, precisamente por ello, suspender los efectos de un acto administrativo o señalar que él no aplicable al asunto sobre el cual debe pronunciarse, alegando que dicha administrativo es contrario a las normas legales o constitucionales. La competencia, como claramente se explicó, se limita a aplicar las normas legales, reglamentarias y



regulatorias vigentes al momento en que ocurrieron los hechos que fundamentan los derechos que son reclamados en juicio.

(...) Por tanto, y de acuerdo con lo anterior, el _Tribunal se abstendrá de dar aplicación a las consideraciones que tuvo la Sala de Tutela de la Corte Constitucional para proferir la sentencia T-058 de 2009.

De otra parte y en relación con las facultades propias de las comisiones de regulación, la Corte Constitucional en la sentencia aquí referida, que fuera citada in extenso dentro del aparte de la Competencia del Tribunal, modificó la apreciación expresada por la Sala de Revisión en la sentencia de Tutela T-058 de 2009, al declarar la exequibilidad del numeral 9º, del artículo 22 de la Ley 1321 de 2009, sin que quienes formaron parte de dicha Sala hubieras salvado o aclarado el voto”

Entonces, lo que se pretende ahora es cuestionar dicha interpretación vía tutela, lo que resalta que, en realidad, se pretende debatir aspectos que ya fueron decididos en el proceso arbitral.

Aceptar como válida esta argumentación a fin de considerar que las providencias que se tutelan quebrantaron los derechos fundamentales alegados, implicaría desconocer la autonomía del juez natural, partiendo del señalamiento que consagra el artículo 228 Constitucional.

Recuerda la Sala que la tutela no es una tercera instancia que se pueda emplear para que se revise lo ya definido por el juez natural de la especialidad, que, a las claras, es lo que se presenta en el sub examine.

4) La ANDE reitera su inconformidad con el hecho de que uno de los árbitros no manifestó en su debido momento que había coadyuvado una acción de tutela presentada contra ETB. Aduce que *“si bien tal hecho fue objeto de conocimiento del juez que resolvió la recusación, ninguna influencia tiene el hecho de que finalmente cuando la ETB lo recusó por este asunto, el tema haya sido resuelto por la jurisdicción ordinaria declarando que no había impedimento, pues el deber de información es un hecho objetivo que tiene una inmediata consecuencia, que es la de considerar que el árbitro ha quedado impedido”*.



Además, señaló que la circunstancia de que uno de los árbitros hubiese sido deudor de COMCEL no fue de conocimiento del juez de la recusación *“...porque esto solo se vino a conocer en la fecha en que se profirió el auto que resolvió a solicitud de aclaraciones, correcciones y complementaciones, esto es, el 30 de octubre de 2014, fecha en la que el Tribunal de Arbitramento ya había cesado en sus funciones”*.

En relación con este punto, la Sala, al igual que el a quo, pone de presente que el posible impedimento del árbitro Juan Manuel Arboleda ya fue decidido en su momento dentro del respectivo proceso arbitral.

Así se verifica dentro del expediente cuando la recusación que formuló la ETB contra dicho árbitro fue negada por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto del 23 de enero de 2014.

Entonces no puede pretender ahora vía tutela reabrir dicho debate, máxime si se tiene que desde la expedición de esa providencia hasta la interposición de la solicitud de amparo, transcurrió un término más que razonable.

Ahora bien en relación con que el hecho de que uno de los árbitros hubiese sido deudor de COMCEL no fue de conocimiento del juez de la recusación, en el expediente no obra prueba de que en efecto el señor Juan Manuel Arboleda Perdomo sea deudor de la empresa COMCEL S.A., ni mucho menos la forma en que dicha condición tendría la potencialidad de afectar el laudo arbitral en cuestión.

5) La ANDE insiste en que el árbitro Mauricio Velandia no conoció el texto definitivo del laudo arbitral respecto del cual salvó su voto. Que tal omisión *“implica que NO EXISTA un laudo arbitral sobre el que pudiera salvar el voto, pues la norma señala que el laudo se acordará por la mayoría de los votos y que será firmado incluso por quien hubiere*



salvado el voto y en el presente caso cuando fue salvado no existía el laudo arbitral”

Sobre el particular, la Sala comparte lo expuesto por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el siguiente sentido:

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se tiene que según lo dicho por los árbitros Omar Rodríguez Turriago y Juan Manuel Arboleda Perdomo, no es cierto que no se le hubiese entregado la versión definitiva del laudo al árbitro Mauricio Velandia pues, “[p]or conducto de la Secretaría se le entregó el texto del Laudo definitivo, antes de ser leído en la audiencia respectiva”.

Los referidos árbitros precisaron que “...**TODOS** los miembros del Tribunal conocían los argumentos y los borradores que fueron redactados al interior del mismo [...] que cuando uno de los miembros del Tribunal se aparta del fallo por considerar que no hay competencia, nada tiene que agregar a su salvamento sobre las [sic] decisión mayoritaria que parte de la base de la competencia del Tribunal”.

Dichas afirmaciones fueron corroboradas por el árbitro Mauricio Velandia en la siguiente declaración:

*“Es importante dejar claro que **participé en todas y cada una de las reuniones arbitrales a las que fui citado por el Presidente del tribunal arbitral, presenciales y no presenciales. Dentro de dichas audiencias de Sala fueron discutidos los temas y adelantadas las votaciones respectivas. En ese sentido, el laudo emitido por la Sala Arbitral contiene la totalidad de los criterios que la parte mayoritaria acogió y que fueron expuestos en las reuniones arbitrales verbales de Sala**”.*

Dentro de este contexto, es claro que el árbitro Mauricio Velandia participó en los debates y en la discusión que dio lugar al laudo que ahora se controvierte vía tutela. El mismo ratificó que dicha providencia



contiene la **totalidad** de los criterios que fueron adoptados por la mayoría en la Sala de Decisión y respecto de los cuales salvó su voto.

Es decir, no se evidencia irregularidad alguna que afecte la validez del laudo arbitral por la circunstancia que aduce la tutelante, toda vez que el artículo 38 de la Ley 1563 de 2012 establece que *“el laudo se acordará por la mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, incluso por quien hubiere salvado el voto”*, que fue lo que aconteció en el sub examine.

6) La Sala tampoco evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez de tutela de manera transitoria.

Si bien no existe elemento alguno que permita estimar el tiempo que puede transcurrir hasta que se dicte sentencia por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto del recurso de anulación que presentaron ETB y el Ministerio Público contra las decisiones del Tribunal de Arbitramento que son objeto del presente amparo, es lo cierto que, igual forma, la Sala no encuentra que el paso del tiempo genere *per se* un menoscabo incurable y que, además, esté presente el carácter inminente y grave del perjuicio, toda vez que bajo los parámetros que se sentaron en la sentencia SU 263 de 2015:

i) la ETB y el Ministerio Público pueden ejercer todos sus derechos dentro del trámite del recurso extraordinario de anulación; así como interponer los recursos que correspondan y;

ii) las sumas que adeude ETB a COMCEL S.A. y que hubiesen sido efectivamente canceladas, pueden volver a su patrimonio, debidamente indexadas, en caso de que prospere alguna de las causales del recurso extraordinario, máxime si se tiene en cuenta que dentro del trámite del tutela no se demostró que el



pago de esa cantidad pudiese llegar a impedir que cumpla con su objeto social o con cualquiera de sus obligaciones.

En conclusión, no existen razones suficientes para considerar que las pretensiones de las tutelantes no pueden hacerse exigibles a través del recurso extraordinario de anulación. Tampoco se evidencia un daño que no se pueda reparar integralmente cuando se dicte la sentencia definitiva.

7) Según la ETB existió vulneración del non bis in ídem, toda vez que en cumplimiento de la orden contenida en el laudo del 15 de diciembre de 2006 – que se dejó sin efectos por parte del Consejo de Estado, Sección Tercera -, ETB pagó en favor de Comcel S.A. “la exorbitante suma de dinero ahí ordenada”. Sin embargo, esos dineros nunca fueron devueltos a pesar de que presentó una demanda ejecutiva en contra de dicha empresa.

Que sin tener en cuenta la anterior circunstancia, el Tribunal de Arbitramento nuevamente condenó a ETB y ordenó la cancelación de unas sumas de dinero, por lo cual se estaría incurriendo en un doble pago por los mismos hechos pretensiones y condenas, lo cual, por obvias razones, desconoce sus derechos fundamentales e implica un enriquecimiento sin justa causa por parte de ETB.

La Sala pone de presente que el debido proceso es un principio de acuerdo al cual toda persona tiene derecho a unas garantías procesales mínimas, en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. De acuerdo con el artículo 29 constitucional y, en relación con el asunto que nos ocupa, implica: i) que nadie puede ser juzgado “sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente” y, ii) que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.



En el caso concreto, como bien lo pone de presente el apoderado de la empresa ETB, la decisión arbitral del 15 de diciembre de 2006 (que condenó a esa sociedad a pagar unas sumas de dinero en favor de Comcel S.A. – hoy Claro) fue declarada nula mediante providencia del 9 de agosto de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Esta última decisión judicial, que, valga la pena aclarar, se encuentra en firme, se dictó en cumplimiento del fallo 3-AI-2010 y su auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011, proferidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³¹.

Entonces, es evidente que, como consecuencia de tal declaración de nulidad, el fallo arbitral del 15 de diciembre de 2006 no existe en ordenamiento jurídico. Tanto así que debió constituirse un nuevo Tribunal de Arbitramento (proceso 2845) para decidir la controversia contractual que se suscitó entre ETB y Comcel S.A. y que se decidió con el laudo que se cuestiona vía tutela en el sub examine.

Entonces, no es cierto que ETB haya sido sancionado dos veces por unos mismos supuestos, pues, en realidad, respecto de los hechos que dieron origen al proceso arbitral 2845, sólo existe una única sanción, que es la contenida en el laudo del 21 de octubre de 2014 (y su auto aclaratorio del 30 de octubre del mismo año).

La anterior conclusión se refuerza aún más con el hecho de que incluso la misma compañía de telecomunicaciones reconoce que ante la declaratoria de nulidad del fallo del 15 de diciembre de 2006, adelantó un proceso ejecutivo contra Comcel S.A., pues, en su debida oportunidad, había pagado las sumas que fueron objeto de la condena. Que en tal proceso se dictó el correspondiente mandamiento de pago y que está a la espera de la devolución de dichos dineros.

³¹ A través de esas decisiones, el citado órgano comunitario declaró el incumplimiento a la República de Colombia por no haber efectuado la interpretación prejudicial en el trámite de la controversia suscitada entre COMCEL y ETB.



8) Por último, la ETB también considera que la decisión que se enjuicia incurrió en una vía de hecho, pues dentro del proceso arbitral no existieron pruebas que *“comprobaran el daño y, en consecuencia, [eso] generaba la imposibilidad de haber declarado el incumplimiento contractual de la ETB”*.

Que en el sub examine, de manera anómala, *“el laudo arbitral adoptado por la mayoría simplemente arribó a la determinación de la supuesta responsabilidad contractual de ETB, a pesar de que no media un elemento indispensable para configurar dicho fenómeno, correspondiente a la debido **acreditación del daño** – probanza que le corresponde a la actora-“*.

Que, *“por ende, no es solo que se haya exonerado a COMCEL de probar este elemento necesario para declarar responsabilidad contractual, sino que con ello se vulneró el debido proceso de ETB”*.

En lo que tiene que ver con este punto, a juicio de la Sala, el cargo pone de presente que el Tribunal de Arbitramento al imponer la sanción a ETB, omitió pronunciarse sobre un aspecto trascendental en la controversia contractual que se suscitó entre dicha empresa y Comcel S.A., esto es, la existencia de un daño.

Según las voces del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, una de las causales del recurso de anulación de laudos arbitrales, es precisamente el hecho de que no se haya decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, lo cual, en este preciso caso, comprende uno de los aspectos esenciales del litigio sobre la responsabilidad contractual de ETB, que es precisamente el daño.

Por ende, sería el juez natural de la causa, esto es, el del recurso de anulación de laudos arbitrales, el llamado a analizar tal aspecto.



Dentro de este contexto, se confirmará la sentencia de primera instancia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia del 9 de abril de 2015, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

SEGUNDO: Se niega la solicitud de vinculación al presente proceso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

TERCERO: Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al de ejecutoria de esta providencia

QUINTO. Por Secretaría, expídase a costa de la apoderada de la ETB, copias de todo el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO



Radicación N°. 11001-03-15-000-2015-00036-01
Tutelante: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Tutela

Consejero de Estado

BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZÚÑIGA
Conjuez