



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCION A**

**Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón**

Bogotá D. C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015).

**Radicación:** 110010326000201500030-00 (53.182)  
**Convocante:** Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.E.S.P.  
**Convocado:** Telmex Comunicaciones S.A.E.S.P.  
**Referencia:** Recurso extraordinario de anulación

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., contra el laudo que se profirió dentro del proceso arbitral que se adelantó entre las partes citadas en la referencia, el día 2 de diciembre de 2014, dentro del cual se resolvió lo siguiente:

“Primero. Declarar infundadas las tachas de sospecha formuladas a los testigos Marcel Fernando Tangarife Torres, Víctor Manuel Mayorga Torrado y María Helena Martínez, por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo. Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las Pretensiones Tercera y Cuarta Principal de la demanda arbitral reformada de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Tercero. Declarar probada parcialmente la excepción de "Cumplimiento del Contrato" en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva, y no probadas las excepciones de "Falta de jurisdicción y de competencia", "Caducidad", "Falta de legitimación e interés en el demandante", "Transacción, Compensación, Cosa Juzgada como efecto de la transacción", "Prescripción", "Incumplimiento del demandante" y las restantes interpuestas por TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. frente a la demanda arbitral reformada instaurada en su contra por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB-, por lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto. Declarar que TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo derivadas del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. el 1 de agosto de 2006 en los términos y por las razones consignadas en la parte motiva (Pretensión Primera Principal, que prospera parcialmente).

Quinto. Declarar que TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación de líneas de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) y control del uso de las mismas, a través de las cuales usuarios de TELMEX utilizaron su red de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (RTPBCL) en Bogotá para desvíos desde destinos internacionales,

entre otros, hacia la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada Local de ETB de Bogotá., en los términos y por las razones consignadas en la parte motiva (Pretensión Sexta Principal, que prospera).

Sexto. Como consecuencia de la declaración anterior y por lo expuesto en la parte motiva, condenar a TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a pagar a EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., la suma actualizada de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (655.977.562). Esta suma generará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de este Laudo y hasta su pago efectivo. (Pretensiones Séptima Principal, Novena Principal, Décima Principal en cuanto a la actualización, y Duodécima Principal).

Séptimo. Por las razones expuestas en la parte motiva, no se accede a todas las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral principal reformada presentada por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Séptimo. No se impone condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

Octavo. Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley (artículo 115, 2 del Código de Procedimiento Civil), con destino a cada una de las Partes, y copias simples al señor Agente del Ministerio Público, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Noveno. Ordenar que, en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, para lo cual se previene a las partes sobre su obligación de suministrar los fondos que resulten necesarios en caso de que no sean suficientes aquellos que integran la partida correspondiente. De llegar a existir algún remanente en dicha partida, los fondos serán restituidos a las partes en las proporciones legales.

Décimo. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal”.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1 La demanda arbitral.**

El día 3 de marzo de 2011<sup>1</sup>, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. ETB., por conducto de apoderado, formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., demanda arbitral en contra de Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P., con ocasión de la controversia suscitada entre las partes en relación con la ejecución del contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado entre ellas, el 1° de agosto de 2006.

## **1.2 La cláusula compromisoria.**

La cláusula compromisoria se estipuló en los siguientes términos:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCION DE DIFERENCIAS.

Las partes acuerdan que en el evento que surjan diferencias entre ellas, relativas a la interpretación, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación y liquidación del presente contrato, serán resueltas mediante el uso de los siguientes mecanismos:

20.1 COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN: En un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que se plantee expresamente y por escrito el conflicto por una de las partes, el comité Mixto de Interconexión procurará solucionarlo directa y amigablemente.

20.2 REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PARTES: Si vencido el término a que se refiere el numeral inmediatamente anterior, el Comité Mixto de Interconexión no llegare a un acuerdo sobre las diferencias existentes, las partes acudirán a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de las partes. Los Representantes Legales tratarán de resolver los puntos del conflicto, en un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de vencimiento del término otorgado al Comité Mixto de Interconexión, estipulado en el numeral inmediatamente anterior; término que podrá prorrogarse de mutuo acuerdo por los Representantes Legales de las partes, por un lapso igual y por una sola vez.

En esta etapa las partes podrán designar de mutuo acuerdo un Amigable Componedor, según lo establecido en la Ley 446 de 1998. La designación se hará directamente o delegando en un tercero, persona natural o jurídica, tal designación. El Amigable Componedor será una única persona y su decisión producirá los efectos legales relativos a la transacción.

El Amigable Componedor tendrá la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, la definición del conflicto y la forma de cumplimiento del asunto o asuntos sometidos a su consideración.

El Amigable Componedor no constituye un requisito de procedibilidad para aplicar los mecanismos de solución de controversias.

20.3 TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Si no obstante lo anterior persiste la diferencia, la misma será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, el cual proferirá un fallo en derecho y se sujetará en su

---

<sup>1</sup> Fls. 1-52 C. Principal del proceso arbitral.

funcionamiento y tarifas al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El número de árbitros, que integrarán el Tribunal será de tres (3), salvo en el caso en que la cuantía del proceso sea inferior al equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, evento en el cual el Tribunal estará integrado por un árbitro único. El, o los árbitros que integren el Tribunal serán abogados en ejercicio en Colombia, serán expertos en la materia litigiosa a resolver y se designarán por las partes de común acuerdo y, a falta de éste, por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, de las listas que al efecto tiene integradas esa institución.

PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente el conflicto, la totalidad del contrato y la prestación de los servicios, continuarán su ejecución".

### **1.3 Las pretensiones.**

En la demanda y su reforma se formularon, en síntesis, las siguientes pretensiones:

a. Que se declare el incumplimiento de la convocada a las obligaciones contractuales y legales derivadas del Contrato, a causa de los hechos y omisiones expuestos en la demanda reformada, toda vez que no ha pagado el valor de los cargos de acceso de terminación del tráfico asimétrico medido en minutos en la interconexión de sus redes, desde agosto de 2006, o en subsidio, desde el 7 de diciembre de 2007, fecha en que entró en vigencia la Resolución CRT 1763 de 2007, hasta la fecha de presentación de la demanda reformada.

b. Que se declare que desde agosto de 2006 el mecanismo de remuneración aplicable al Contrato de interconexión entre las redes de las partes en Bogotá, es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT y, en consecuencia, que se declare que este sistema debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones –UIT–, acopiados en los estudios de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.

c. Que se declare la obligación de las partes en el contrato, de liquidar, facturar y pagar cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) en Bogotá cuando existía asimetría en el tráfico cursado entre ellas o, en subsidio, cuando existan desbalances o asimetrías de tráfico, se aplique la fórmula propuesta por la C.R.C., sobre el balance trimestral medido, el balance trimestral regulado liquidado y el balance trimestral objetivo, liquidado al valor eficiente máximo previsto en la regulación de la C.R.C., para la terminación de llamadas en redes de TPBCL Grupo 1, ajustado con el índice de Actualización Tarifaria.

d. Que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación y control del uso de las líneas de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL), a través de la cual sus usuarios utilizaron su red en Bogotá para desvíos desde destinos internacionales, hacia la Red de E.T.B., de Bogotá.

e. Que se condene a la demandada a pagar a la empresa convocante los perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, causados como consecuencia del incumplimiento descrito en la demanda; las sumas adeudadas no pagadas por cargos de acceso o interconexión de uso de su red en Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico cursado desde su red a la de la ETB desde agosto de 2006 y hasta la fecha del laudo, liquidados en minutos reales, así como los cargos por concepto del tráfico fraudulento de larga distancia internacional cursado entre sus redes por sus abonados a la E.T.B., no pagado y no reportado por TELMEX desde agosto de 2006, liquidado a la

tarifa vigente de cargos de acceso o de interconexión de larga distancia internacional establecidas por la CRT ajustado según el IAT; que se actualicen las sumas resultantes de las condenas y se condene al pago de intereses moratorios comerciales y costas del proceso arbitral.

#### **1.4 Los hechos.**

Precisó la empresa convocante que el contrato de Acceso, Uso e Interconexión fue suscrito por la sociedad Telefonía por Cable de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P., la cual cambió su denominación por la de TV Cable Telecomunicaciones y posteriormente a Telmex Telefonía S.A. E.S.P.; esta última fue absorbida por Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P., empresa que asumió los bienes, derechos y obligaciones derivados del contrato.

Indicó la empresa convocante que, en el contrato celebrado con Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., se acogió la condición impuesta por la CRT (hoy CRC) respecto al sistema de remuneración de cargos de acceso e interconexión de las RTPBCL entre ETB y Telmex en Bogotá, llamado Sender Keeps All.

Sostuvo que la empresa convocada debe cumplir con las obligaciones que emanan de la ejecución de dicho sistema, lo cual comporta, entre otras, el pago a la ETB de los cargos de uso que sus abonados le dan a su RTPBCL en Bogotá, toda vez que los usuarios de la convocada pagan a esa compañía por las llamadas que realizan fuera de su red de TPBCL; sobre este aspecto, precisa la empresa convocante que el sistema de abonados en Colombia entre diferentes redes es el denominado "el que llama paga (CCP) y no el que recibe paga (RPP)".

Expresó que, en virtud de las pruebas técnicas de bypass efectuadas por cuenta de Alianza contra el Fraude, se ha evidenciado, desde el año 2006 a octubre de 2010, un incremento de los minutos de líneas de Telmex que han cursado tráfico fraudulento hacia abonados de la ETB.

Afirmó que la ETB ha solicitado a Telmex el pago de los valores fraudulentos de larga distancia que se dirige desde sus redes locales; sin embargo, la convocada se ha negado a hacerlo, por lo que concluye que Telmex debe pagar a la ETB el valor de los minutos fraudulentos liquidados, conforme lo señala el contrato.

Manifestó que constituye un hecho notorio que la empresa convocada ofrece servicios de televisión, internet y telefonía pública básica local en Bogotá, con planes en paquete que abarcan los tres servicios a un solo precio y que, asimismo, parte de la oferta de servicios por la TV y el Internet se funda en el no pago a la E.T.B., por el servicio de TPBCL.

Señaló que la E.T.B., presentó demanda ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra el Estado Colombiano, por considerar que no tiene control sobre la aplicación que hacen los operadores del sistema Sender Keeps All.

#### **1.5 La integración del Tribunal de Arbitramento.**

El 6 de septiembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso declarar instalado legalmente el Tribunal de Arbitramento y se designó Presidente y Secretaria.

## **1.6 La contestación de la demanda y excepciones perentorias propuestas.**

En relación con los hechos, la empresa convocada manifestó su no aceptación sobre algunos de ellos y en otros casos, consideró que eran apreciaciones del demandante.

Asimismo, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de falta de jurisdicción y competencia; caducidad; cumplimiento del contrato; falta de legitimación e interés en el demandante; transacción, compensación, cosa juzgada como efecto de la transacción; prescripción; incumplimiento del demandante y todas las demás que aparezcan probadas en el proceso.

## **1.7 La decisión arbitral recurrida.**

En sede arbitral, se dictó laudo el día 2 de diciembre de 2014, cuya parte resolutive quedó transcrita al inicio de esta sentencia. Para fundamentar su providencia, los árbitros se pronunciaron sobre los siguientes aspectos:

### **a. Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.**

Los árbitros solicitaron al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la interpretación prejudicial de las normas comunitarias susceptibles de aplicación al objeto del litigio. Con fundamento en dicha interpretación, el Tribunal Arbitral consideró que no le es dable conocer de los conflictos de telecomunicaciones relativos a la interconexión, "*conflictos de interconexión*", "*cuestiones de ejecución de la interconexión*", "*conflictos que surjan en la 'ejecución de la interconexión'*", "*conflictos generados en la interconexión*", ocasionados durante la "*ejecución de la interconexión*", relación de interconexión que puede estar o no prevista en un contrato y, en este último caso, el Tribunal de Arbitramento es competente para resolver conflictos sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales distintos a los "*contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432*", así como "*cualquier otro tema que se desprenda del contrato al ser ejecutado, o de situaciones que se presenten o se desprendan de su propia puesta en marcha*" en materia relativa a la "*ejecución de la interconexión*".

A manera de ejemplo, mencionó el Tribunal algunos asuntos que no están relacionados estrictamente con la "interconexión" sino con el contrato y con su disciplina normativa – respecto de los cuales el Tribunal Arbitral puede tener competencia para su conocimiento –, a saber: eficacia, validez, oponibilidad del contrato, resolución por incumplimiento y su consecuente reparación de daños y cobro coactivo de prestaciones pecuniarias.

Como fundamento de su decisión, el Tribunal Arbitral expresó que adoptó la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para concluir que, en virtud del derecho comunitario, corresponde a la Autoridad Nacional competente resolver los conflictos en asuntos de telecomunicaciones surgidos durante la ejecución de la interconexión, conforme al ámbito de competencias fijado por el ordenamiento interno.

En efecto, el Tribunal de Arbitramento citó la Interpretación Prejudicial 261-IP-2013 que señala: "*Existe por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna*" –Art. 32, Resolución 432 que atribuye a la "*Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión*" decidir "*cualquier controversia que surja durante la ejecución de la*

*interconexión*"– con el fin de analizar, a la luz del derecho nacional, el alcance de las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, bajo la premisa según la cual ninguna autoridad pública puede ejercer funciones no atribuidas expresamente por la ley.

**b.** La Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC; el alcance de sus funciones y competencia para dirimir conflictos de telecomunicaciones entre operadores.

Sobre este aspecto, el Tribunal de Arbitramento trajo a colación lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, que señala, entre otras funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la de *"Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia"* y el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia C-186 de 2011, en el cual se precisó:

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

De acuerdo con lo anterior, el laudo señaló que la C.R.C., tiene competencia para resolver las controversias referidas exclusivamente a la regulación expedida, lo cual no excluye la intervención de la justicia arbitral en asuntos en los cuales no estén involucradas las competencias de regulación; y, en este sentido, la competencia para resolver conflictos ajenos a la interconexión corresponde a la autoridad jurisdiccional competente.

Concluyó que, de conformidad con la interpretación prejudicial, la Comisión de Regulación de Comunicaciones es la Autoridad Nacional Competente para decidir las controversias en materia de telecomunicaciones, competencia que se limita al alcance y aplicación de la regulación y excluye, por tanto, otros conflictos de naturaleza contractual o extracontractual.

Agregó que la normatividad que regula las competencias de las autoridades públicas es de orden público, imperativa y no admite analogía ni interpretaciones extensivas y, por tanto, aquellas no pueden ejercer funciones que no les hayan sido asignadas expresamente por la ley; en ese orden de ideas, la competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones es reglada, no abarca el ejercicio de la función pública jurisdiccional, ni la resolución de controversias ajenas a la ejecución de la interconexión y debe ejercerse "bajo los lineamientos de la ley interna", según lo expresó la sentencia de Interpretación Prejudicial 261-IP-2013.

De otra parte, adujo el Tribunal que los hechos y las pretensiones de la demanda, con excepción de las pretensiones tercera y cuarta principal, plantean un conflicto de

naturaleza contractual, patrimonial o económica, derivado del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado entre las partes aquí contendientes el 1° de agosto de 2006.

En efecto, la tercera pretensión estuvo dirigida a que se declarara que *“desde agosto de 2006 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato de interconexión de Telefonía Pública Básica Conmutada Local TPBCL entre las redes de TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. en la ciudad de Bogotá es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT”*. Consideró el Tribunal Arbitral que carecía de competencia para pronunciarse sobre esta pretensión, por cuanto el asunto tratado hace parte de la competencia reguladora y se encuentra *“definido por la regulación de carácter general, como el esquema eficiente de remuneración por el acceso y uso de las redes de TPBCL”*.

Por su parte, en la pretensión cuarta se solicitó *“Como consecuencia de la anterior declaración, declarar que el mecanismo de remuneración de cargos de acceso Sender Keeps All aplicable al contrato de interconexión de las redes de telefonía pública básica conmutada local TPBCL en la ciudad de Bogotá de TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P., debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, recogidos en los estudios de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones”*.

En relación con esta pretensión, el Tribunal Arbitral consideró que este aspecto se contiene en el marco de la regulación expedida por la CRT y es a esta Comisión a quien corresponde determinar sus alcances regulatorios, pues el Tribunal Arbitral no tiene la facultad de modificar el alcance de la regulación, aún si la misma se plasma en una cláusula contractual, pues es un asunto de competencia de la Autoridad Nacional Competente.

Contrario sensu, señaló el Tribunal de Arbitramento que por lo que se refiere a las demás pretensiones, la Parte Convocante con absoluta claridad y precisión es explícita en indicar que *“no pretende desconocer, ni está atacando en este arbitraje, las resoluciones de la CRT 1347 de 2005 y 1413 de 2006 donde se impuso la obligación de remunerar las redes bajo el sistema Sender Keeps All”*, sino su cumplimiento mediante el pago de los cargos de acceso por la totalidad del uso e interconexión, que no ha pagado la convocada y que debe pagar cuando exista un asimetría o desbalance, por cuanto en su sentir el sistema de remuneración acordado en el contrato después de imponerse por la C.R.T., supone el equilibrio o equivalencia del tráfico.

Declarar el solicitado incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, es un asunto diferente de las atribuciones de la autoridad nacional competente para resolver los conflictos de telecomunicaciones e interconexión atribuidos por el ordenamiento a la autoridad administrativa de intervención. Las restantes pretensiones incoadas y las excepciones propuestas, por tanto, según lo entendió el laudo impugnado, deben juzgarse a la luz del orden jurídico, el contrato celebrado, su disciplina normativa, las normas del derecho comunitario andino, los actos administrativos pertinentes proferidos por la autoridad de regulación, los preceptos inherentes a las prestaciones económicas

debatidas por las partes, y la Sentencia 261-IP-2013 del TJCA del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de la interpretación prejudicial de la normatividad andina aplicable. Con base en lo expuesto, el Tribunal no declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia invocada por Telmex S.A. E.S.P., en lo atinente a las recién aludidas pretensiones de estirpe contractual y, de oficio, reconoció su falta de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones tercera y cuarta principales, por considerarlas atinentes a temas regulatorios.

c. El Tribunal de Arbitramento declaró imprósperas las excepciones de caducidad, falta de legitimación e interés en el demandante, transacción, compensación, cosa juzgada como efecto de la transacción y prescripción; desestimó, por encontrarlas infundadas, la objeción al dictamen pericial y las tachas de sospecha formuladas en relación con algunos de los testigos que depusieron en el proceso.

d. En cuanto a la pretensión declarativa de incumplimiento por falta de pago del uso de la red de ETB por parte de la convocada, el Tribunal la declaró impróspera, tras un recuento y valoración del material probatorio recaudado, por entender que el esquema de remuneración convenido entre las partes no da lugar al pago de cargos de acceso en la interconexión local-local entre las redes de TPBCL, al margen de su simetría o asimetría en cada momento temporal, sin perjuicio de los acuerdos que las partes celebren y de las acciones procedentes para remediar alguna situación inequitativa a este respecto.

e. Por lo que tiene que ver con la pretensión declarativa de incumplimiento de las prestaciones de información, mediciones y estadísticas asumidas por Telmex S.A. E.S.P., pese a que el Tribunal Arbitral encontró demostrado el incumplimiento, consideró que no se demostró perjuicio económico alguno que determinara la imposición de una condena a su resarcimiento.

f. En lo atinente a la obligación de prevenir el fraude y de pagar el tráfico fraudulento, el Tribunal encontró demostrado que Telmex sí contaba con información acerca de irregularidades en el consumo, sin que hubiera demostrado en el proceso haber desplegado conducta diligente alguna encaminada a prevenirlo o controlarlo, pese a que se habían asumido obligaciones por las partes en ese sentido y a que las mismas no eran imposibles de cumplir. Por tal razón, el Tribunal entendió que contaba con vocación de prosperidad la pretensión sexta de la demanda; en cuanto a la pretensión novena, relativa a la indemnización de perjuicios derivada de dicho incumplimiento por parte de Telmex, el Tribunal consideró que esta sociedad debe pagar a la convocante la suma de \$ 655'977.562. Asimismo, se abstuvo de imponer condena en costas por estimar que ninguna de las partes obró de manera temeraria<sup>2</sup>.

### **1.8 Solicitudes de aclaración y adición del laudo arbitral.**

La parte convocante elevó, en un solo escrito, numerosas peticiones de adición, de aclaración y de complementación de la decisión arbitral respecto de diversos aspectos que consideró contradictorios en el laudo, particularmente en cuanto tiene que ver con la decisión de abocar el conocimiento del fondo del asunto frente a la casi totalidad de las pretensiones de la demanda, pese a que en la Interpretación Prejudicial emitida por el TJCA para el presente asunto, se expresó que la controversia *sub judice* no podía ser desatada por un Tribunal de Arbitramento, sino por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, vale decir por la C.R.C., así como en lo atinente a que en dicha Interpretación Prejudicial el TJCA se pronunció respecto del alcance del derecho de la

---

<sup>2</sup> Fls. 4-204, c. ppal.

E.T.B., a percibir una remuneración por el uso de sus redes, en unos términos muy diferentes de los que serían prolijados en el laudo<sup>3</sup>.

Las peticiones de aclaración y complementación fueron denegadas en su totalidad porque entendió el Tribunal Arbitral que se referían a temas que no eran motivo de duda, que no estaban contenidos en la parte resolutive del laudo y que sí habían sido estudiados profusamente en el laudo, de suerte que no puede revivirse esa discusión que quedó cerrada con la decisión arbitral, por la vía de la formulación de peticiones como las que se están describiendo.

Sólo se aceptó por parte del Tribunal Arbitral la décimo novena solicitud elevada por la Parte Convocante, en el sentido de que se corrigiese el primer párrafo de la página 175 del laudo arbitral, al estimar que fue ETB quien reportó a TELMEX las situaciones susceptibles de ser consideradas fraudulentas y no al contrario; el Tribunal Arbitral, en el auto del 12 de diciembre de 2014 en el cual desató todas estas peticiones, accedió a la solicitud de corrección de la parte convocada, toda vez que efectivamente existía un error en ese aparte del Laudo, como quiera que quien reportó las situaciones susceptibles de ser consideradas fraudulentas fue ETB a Telmex. Por lo anterior el párrafo correspondiente quedó así:

"En primer lugar, que ETB reportó a TELMEX situaciones susceptibles de ser consideradas fraudulentas; y lo hizo apoyándose en un área interna organizada para el control de fraude, cuya existencia y funcionamiento denota diligencia de su parte frente a la posibilidad de ocurrencia del riesgo en cuestión"<sup>4</sup>.

## **1.9 La impugnación del laudo arbitral.**

La entidad convocante interpuso de manera oportuna recurso extraordinario de anulación para controvertir el laudo arbitral mediante la proposición de las siguientes causales de anulación:

### **1.9.1 Causal Andina: Violación de los artículos 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 127 de la Decisión 500.**

En criterio del recurrente, el Tribunal Arbitral incumplió la obligación establecida en el Derecho Comunitario en el sentido de acoger en su laudo la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA–, irregularidad que afecta de nulidad el laudo arbitral. Ello en atención a que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, los jueces nacionales que conozcan en última o única instancia de un proceso en el cual se deba aplicar o se debata sobre la aplicación de normas comunitarias, debe solicitarse la interpretación del TJCA y, una vez recibida la sentencia de interpretación prejudicial, el juez nacional consultante está obligado, por disposición del artículo 35 del mismo Tratado y del artículo 127 de la Decisión 500 –Estatuto del TJCA– a "*adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal*", por manera que no hacerlo constituye causal de nulidad, como lo ha señalado el TJCA en varias sentencias de interpretación prejudicial.

Esas dos obligaciones de los jueces nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina, la de solicitar la interpretación prejudicial y la de adoptarla, se explican en el propósito de asegurar la aplicación uniforme del derecho andino en el territorio de los países miembros; de este modo, las normas andinas se integran a las locales. En este caso, la causal de anulación derivada de desacatar la interpretación prejudicial, se suma a las señaladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En

---

<sup>3</sup> Fls. 208-213, c. ppal.

<sup>4</sup> Fls. 214-236, c. ppal.

todo caso, expuso el impugnante que si se considerara que existe contradicción entre las causales del artículo 163 citado, con las previstas en el derecho comunitario, se debe aplicar el principio de preeminencia o prevalencia del derecho andino.

Y es que en el presente caso el TJCA respondió claramente –según se relató en el recurso de anulación– al Tribunal arbitral, las preguntas formuladas por éste en su consulta, en el siguiente sentido: (i) Que debe aplicar la Interpretación Prejudicial, so pena de nulidad del laudo por incumplimiento de la normativa andina; (ii) que las normas andinas se aplican a todos los contratos de interconexión de manera prevalente y preferente; (iii) que por disposición expresa de las normas andinas, los conflictos en la ejecución de la interconexión, incluidos los contractuales, los resuelve la autoridad de telecomunicaciones del lugar en el cual se efectúa la interconexión, en el caso colombiano, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–; (iv) que en caso de conflicto entre la norma andina y la local se aplica la andina y (v) respecto a la cláusula arbitral pactada en los contratos de interconexión, la Interpretación Prejudicial aclara que aplicaría para los conflictos surgidos antes de ejecutarse el contrato.

No obstante lo anterior, los árbitros se declararon competentes para pronunciarse de fondo; desestimaron la excepción de falta de competencia, formulada por Telmex, respecto de las pretensiones de carácter contractual, que, en el sentir del Tribunal Arbitral, no comprometían la potestad regulatoria de la C.R.C., a pesar de que el TJCA encontró que los artículos 32 de la Decisión 462 y 32 de la Resolución 432 le atribuyen a la C.R.C., competencia exclusiva y excluyente para todos los conflictos que surgen de la interconexión.

Explicó el impugnante que en la interpretación prejudicial, el TJCA tiene la posibilidad de pronunciarse sobre los hechos del caso concreto cuando ello resulte indispensable; en ese sentido, el artículo 34 del Tratado de Creación del TJCA establece que al momento de proferir una sentencia de interpretación prejudicial, el Tribunal *"no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada"*. Esto significa que no hay una prohibición tajante para que el TJCA califique los hechos del proceso y que el llamado a determinar cuándo resulta indispensable referirse al contenido del derecho local o a los hechos del caso, es el juez comunitario, no los árbitros que solicitaron la interpretación.

Como corolario de lo anterior, si en el presente caso el Tribunal Arbitral solicitó interpretar el artículo 32 de la Resolución 432, que establece que los conflictos de interconexión los debe conocer la autoridad nacional competente, es obvio que el TJCA puede mencionar que para Colombia dicha autoridad es la C.R.C., y que, por lo tanto, nadie más puede conocer de esos conflictos. Agregó el impugnante que

“Es importante señalar que el artículo 128 de la Decisión 500 señala que cuando un juez nacional aplique una interpretación diferente a la dictada por el TJCA, los particulares tienen derecho a ejercer la acción de incumplimiento ante ese Tribunal. Es decir, que los árbitros han comprometido la responsabilidad internacional del Estado colombiano, con su proceder, y ahora, es al H. Consejo de Estado, a quien le corresponde sanear el desafuero del Tribunal arbitral, para evitar las consecuencias gravosas de un incumplimiento más para Colombia por culpa de árbitros que no acatar las normas andinas.

Dado que en este caso lo que hicieron los árbitros fue interpretar las normas andinas para decir que la competencia de la CRC es sólo para asuntos regulatorios, a pesar de que el TJCA afirmó la competencia de la Comisión sin hacer distinción

alguna, procedería la acción de incumplimiento en contra de la República de Colombia, con las consecuencias que ello conlleva.

Si bien la acción de incumplimiento no está condicionada al agotamiento de recursos o acciones internas, la ETB considera que el recurso de anulación es el escenario propicio para sanear ese incumplimiento en el que incurrieron los árbitros, a través de la anulación del laudo arbitral, de acuerdo con el artículo 4° del Tratado de Creación del TJCA”.

De otro lado, señaló el recurrente que los árbitros también se apartaron de las conclusiones del TJCA en relación con las características de los cargos de interconexión, pues a pesar de haber anunciado en las primeras páginas del laudo que acogerían la sentencia de interpretación prejudicial, hicieron a un lado las conclusiones del TJCA en relación con las normas andinas que, en términos generales, obligan a que la remuneración del servicio de acceso, uso e interconexión esté orientado a costos y permita obtener una utilidad razonable. Empero, el Tribunal Arbitral desatendió la obligación prevista en las normas andinas, en el sentido de remunerar el uso de las redes; los árbitros encontraron en la regulación de la C.R.C., que establece que *"no habrá lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre redes de los operadores de TPBCL (...)"*, y en la supuesta inexistencia de una disposición que condicione el no pago al balance entre el tráfico que cursa entre las dos redes, un obstáculo para acceder a los pedimentos de E.T.B., a pesar de que esa dificultad era fácilmente superable aplicando las normas andinas y su alcance, señalados en la IP-261-2013.

Sin embargo, en el sentir del impugnante el Tribunal prefirió aplicar la regulación de la C.R.C., de preferencia respecto de las normas andinas interpretadas por el TJCA, que disponen que la remuneración del servicio debe hacerse por cargos de interconexión que remuneren cómodamente la red de cada operador, esto es, que cubran los costos e incluyan un margen de utilidad razonable. Si el Tribunal Arbitral hubiera aplicado el derecho andino, según el sentido y alcance definido por el TJCA en la sentencia 261-IP-2013, sostuvo el recurrente que el resultado del proceso habría sido opuesto, pues se habría tenido que concluir que las normas andinas no toleran que en una interconexión uno de los operadores –en este caso la E.T.B.–, esté prestando el servicio de acceso e interconexión sin recibir una remuneración que se corresponda con la cantidad de minutos terminados en su red.

### **1.9.2 Causal primera: La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.**

A juicio del recurrente, el pacto arbitral incluido en el contrato en el cual la presente controversia tiene su origen, es nulo por cuanto el artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN prevé que las autoridades de telecomunicaciones son las competentes para resolver todos los conflictos de interconexión entre operadores de telecomunicaciones, conclusión que fue ratificada por la interpretación prejudicial dictada para este caso por el TJCA. Ello además si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado ha señalado que las partes no pueden someter válidamente al arbitraje aquellos asuntos que hayan sido reservados a otra autoridad, como la legalidad de los actos administrativos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En este caso, a pesar de lo previsto en las normas andinas aplicables, las partes acordaron en la cláusula vigésima del contrato de interconexión que sus diferencias *"relativas a la interpretación, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación y liquidación"* del contrato serían llevadas al arbitraje, de no lograrse un acuerdo directo en instancia de Comité Mixto de Interconexión o de Representantes Legales; ese pacto

arbitral, por las razones anotadas, en criterio del recurrente está afectado de nulidad por ilicitud en el objeto, pues el Consejo de Estado ha entendido que si el pacto arbitral contraviene el ordenamiento jurídico, desconoce normas de derecho público y de orden público, se encuentra afectado de objeto ilícito, circunstancia que lo hace anulable aún de manera oficiosa.

### **1.9.3 Causal sexta: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.**

Señala el censor que a pesar de que en el laudo atacado se citan diferentes normas jurídicas y abundante jurisprudencia, el Tribunal Arbitral no aplicó las normas andinas, dio la apariencia de hacerlo, pero en realidad no lo hizo. En efecto, el Tribunal afirmó haber adoptado "*como fundamento de su decisión la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*" para decidir sobre su propia competencia y luego, antes de pronunciarse sobre el fondo, transcribió apartes de las conclusiones expuestas por el TJCA en la sentencia 261-IP-2013, en relación con las características de la remuneración de la interconexión, pero la aplicación de tales contenidos normativos no se refleja en la decisión, de suerte que la aplicación del derecho andino y la adopción de la sentencia de interpretación prejudicial son apenas aparentes.

### **1.9.4 Causal octava: Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.**

Sostuvo el impugnante que los árbitros se pronunciaron sobre una controversia que, por disposición de las normas andinas y en virtud de lo resuelto en pronunciamiento expreso del TJCA, sólo puede ser resuelta por la CRC; en otras palabras, el laudo recayó sobre puntos que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, no pueden ser decididos por un tribunal arbitral o por autoridad diferente a la Comisión de Regulación.

Recordó el escrito de impugnación que según ha explicado esta Corporación, el supuesto de haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros se configura cuando el Tribunal Arbitral excede los límites de su competencia; límites que están dados por la Constitución, la ley, el pacto arbitral y las pretensiones; y, finalmente, agregó que

"... aunque la causal octava de anulación no exige, para su procedencia, ninguna conducta previa por parte del recurrente, es importante señalar que para el momento de celebración de la primera audiencia de trámite, cuando los árbitros asumieron competencia de manera "preliminar y preventiva", no existía, por obvias razones, la sentencia de interpretación prejudicial en la cual el TJCA señaló que las normas andinas otorgan a la Autoridad de Telecomunicaciones competencia exclusiva y excluyente para este tipo de asuntos. Tampoco había otras interpretaciones prejudiciales que hubiesen indicado aquello.

Aunque la ETB conocía las normas andinas, su entendimiento sobre las mismas era diferente al que luego vendría a ser expuesto por el intérprete autorizado. En efecto, la ETB solicitó la integración de un tribunal arbitral con la convicción de que los árbitros podían ocuparse de los asuntos contractuales, al tiempo que los temas netamente regulatorios y técnicos estaban reservados a la CRC.

No obstante, luego de conocer la sentencia de interpretación prejudicial 261- IP- 2013, y de revisar con detenimiento el alcance de la misma, junto con otras Interpretaciones Prejudiciales que estaban llegando en casos que se tramitaban casi al mismo tiempo, a

ETB no le quedó otra opción que reconocer la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer de las controversias presentadas en la demanda, exponiéndolo de esa manera, en los alegatos de conclusión. Así, ETB tuvo que reconsiderar su postura inicial y aceptar que los árbitros no son competentes para este tipo de asuntos. Es justamente por ello que la ETB solicita la anulación del laudo arbitral, pues una decisión que se opone al derecho comunitario debe ser desterrada del mundo jurídico”.

#### **1.9.5 Causal novena: No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.**

Se adujo en la impugnación que los árbitros no se pronunciaron sobre las normas andinas aplicables al caso, a pesar de que la E.T.B., puso de presente durante el proceso que las mismas debían aplicarse de preferencia a la regulación de la C.R.C. En el laudo no se explicó por qué el Tribunal decidió apartarse de lo dispuesto en la Decisión 462 y en la Resolución 432 en relación con la remuneración de las redes de telecomunicaciones, así como de la interpretación del TJCA, al decidir el fondo de la controversia.

A juicio del impugnante resultaba necesario que el Tribunal Arbitral contrastara las normas andinas –según la interpretación del Tribunal Andino– con las normas nacionales y que, dando cumplimiento a su obligación de no adoptar ninguna determinación que pudiere resultar contraria al Derecho Comunitario, se pronunciara sobre la preeminencia de lo andino sobre lo interno. Pero en este caso los árbitros no aseguraron el cumplimiento de las normas andinas, pues se limitaron a hacer referencia a las mismas y, a la hora de decidir la controversia, le dieron mayor valor a las normas internas, con el agravante de que no expusieron las razones que los llevaron a apartarse de lo dispuesto en la Decisión 462 y en la Resolución 432, así como de la interpretación del TJCA, para preferir la regulación de la C.R.C.

Ahora bien, subrayó el recurrente que el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer de todas las pretensiones excepto de la tercera y de la cuarta, por considerarlas de carácter regulatorio, por lo tanto, debía determinar si existía o no un incumplimiento por el no pago del tráfico asimétrico. A pesar de lo anterior, al final de sus consideraciones el Tribunal consideró que eso es competencia de la autoridad de telecomunicaciones.

En conclusión, en el sentir del recurrente el laudo es incongruente, por cuanto los árbitros, estando obligados a pronunciarse sobre el conflicto entre el derecho nacional y el andino, para el sistema de remuneración, no lo hicieron; estando obligados a aplicar el principio de prevalencia del Derecho Comunitario, no lo hicieron; estando obligados a cumplir la sentencia de interpretación prejudicial, no lo hicieron y estando obligados a adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir el Derecho Comunitario, tampoco lo hicieron.

#### **1.9.6 Solicitud de interpretación prejudicial.**

En el último apartado de su escrito de impugnación, la E.T.B., solicitó dar curso a un nuevo pedimento de Interpretación Prejudicial con destino al TJCA, en los términos que se transcriben a continuación:

“ SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

En vista de que el recurso de anulación del laudo arbitral es de conocimiento del Consejo de Estado en única instancia, con el debido respeto, solicito que, mediante oficio al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pida la Interpretación Prejudicial de las siguientes normas andinas: (sic)

Lo anterior, con fundamento en el artículo 123 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina que dispone:

"Artículo 123.- Consulta Obligatoria. De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal".

Así las cosas, tal como se desprende de la sustentación de las causales andina, y, la primera, octava y novena del artículo 38 del Decreto 1818 de 1998, el problema jurídico que debe resolver este despacho es: por un lado, si el desacato de la sentencia de interpretación prejudicial IP-261-2013, por parte del Tribunal arbitral genera la nulidad del proceso arbitral?

Y por el otro, ¿si el tribunal gozaba o no de competencia para decidir un conflicto de interconexión, independientemente de su naturaleza, contractual o regulatorio, a la luz del derecho comunitario?

Ahora bien, se ha reiterado en las Sentencias 161-IP-2013, 181-IP-2013, 255-IP- 2013, 261-IP- 2013, 14-IP- 2014, 16- IP-2014, 79- IP- 2014, 146- IP-2014, que la competencia para conocer de todos los conflictos de interconexión de la CRC, es exclusiva y excluyente. Incluso en los últimos dos pronunciamientos y ante la renuencia de algunos tribunales de adoptar las interpretaciones prejudiciales, se ha recalado que dicha competencia no distingue el origen de la interconexión, ya sea contractual o regulatoria.

Por lo tanto, solicito que se eleve a consulta de interpretación prejudicial, los artículos 32 y 37 de la Decisión 462, de los artículos 32 y 34 de la Resolución 432, adicionalmente, los artículos 4, 34 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que el TJCA se pronuncie sobre los siguientes puntos:

1. Prevalencia de las normas andinas sobre las normas nacionales en materia de competencia arbitral en conflictos de telecomunicaciones.
2. ¿Qué debe hacer el juez nacional en caso de advertir contradicción entre una norma andina y una nacional?
3. ¿Si existe una causal de anulación por no acatar la sentencia de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral?
4. ¿Si la interpretación prejudicial debe aplicarse de manera inmediata y exacta en el caso concreto?
5. Sobre las potestades del TJCA, si el artículo 34 del Tratado de Creación de Tribunal Andino de Justicia, prohíbe tajantemente al TJCA pronunciarse sobre los hechos del caso y el derecho interno.
6. Sobre la causal de anulación andina invocada, ¿si ésta se integra al orden nacional y cómo? Y si de acuerdo al artículo 4º del Tratado de Creación del TJCA, el recurso de anulación sirve como medio autónomo de anulación de laudos arbitrales en materia de telecomunicaciones, cuando estos han desatendido la obligación de adoptar la interpretación prejudicial"<sup>5</sup>.

### **1.10 Oposición a la impugnación.**

---

<sup>5</sup> Fls. 260-289, c. ppal.

**1.10.1** La parte convocada se opuso a la prosperidad de todas las causales de anulación planteadas por la E.T.B.; inició su argumentación dirigiéndose contra el sustento de la denominada “causal andina”, de la cual afirmó que la impugnante la funda en que (i) cuando se debatan normas andinas, hay que hacer consulta prejudicial, (ii) que las normas andinas son superiores a las normas nacionales y (iii) que lo afirmado por el TJCA “es superior a los jueces nacionales e incluso al juez natural acordado en el contrato, vgr. juez Arbitral”. Pero afirmó el apoderado de Telmex que tales premisas son falsas en la medida en que (i) la controversia *sub judice* surge de un contrato comercial, entre comerciantes y no hay normas andinas involucradas, no obstante lo cual se hizo consulta prejudicial; (ii) las normas andinas no son superiores a las normas nacionales y (iii) no puede ser el TJCA “superior al Juez natural del contrato ni ser obligatorio el acoger la decisión, simplemente porque implicaría que el superior jerárquico de TODOS los jueces naturales sería el TJCA, y si fuera obligatoria su decisión, simplemente no habría necesidad de jueces nacionales, ya que el TJCA decidiría todo en última o única”.

Adujo el libelista que el TJCA no puede interpretar la ley nacional y menos salirse del marco de las limitaciones propias de su labor de interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, labor que constituye un mecanismo de integración y de cooperación del ordenamiento comunitario con el nacional, más no una herramienta de subordinación del uno respecto del otro, sino mejor un escenario diseñado para asegurar que las Cortes nacionales no se ubiquen en una posición de sujeción ante las autoridades comunitarias. Tal la razón por la cual para que la labor del TJCA no comporte interferencia en las jurisdicciones nacionales, el Derecho Comunitario la restringe a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, sin que le sea dable interpretar el contenido y alcances del derecho nacional y menos calificar los hechos materia del proceso.

Así pues, destaca el apoderado de Telmex S.A. E.S.P., que la doctrina coincide con la jurisprudencia nacional en que la interpretación prejudicial tiene como base la existencia de dos sistemas jurídicos separados, autónomos e independientes; de modo que al TJCA le está prohibido “manifestar su opinión sobre las normas nacionales” o “cambiar las competencias de órganos nacionales, fijadas por la constitución y la ley colombianas”.

Añadió que en el proceso arbitral no hubo que aplicar ninguna norma andina, pues el juez nacional es el que califica los hechos y, en el presente caso, la *causa petendi* se refiere a un presunto incumplimiento contractual acaecido en Colombia, entre empresas colombianas, por servicios que son prestados en Colombia y que se rigen por la ley colombiana. Por lo tanto, estima el interviniente que el TJCA actuaría *ultra vires* si interpretara una norma nacional para concluir que ésta otorga competencias y define la existencia de facultades jurisdiccionales en cabeza de la C.R.C., que es un organismo de carácter administrativo, con lo cual se iría en contravía de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política que permite que de manera excepcional la ley pueda atribuir funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas.

A juicio del apoderado de Telmex S.A. E.S.P., el problema fundamental que plantea este caso tiene que ver con la relación entre el derecho de la Comunidad Andina y el ordenamiento jurídico interno, en particular, con la armonización entre el principio de supranacionalidad que otorga prevalencia al derecho comunitario en algunos casos concretos, de un lado y el principio de supremacía de la Constitución, de otro. Destacó que la Corte Constitucional ha considerado lícito aplicar las normas andinas pero ha negado repetidamente que éstas sean parte del bloque de constitucionalidad e incluso ha establecido que las sentencias andinas no pueden vulnerar los principios de la Constitución Política.

**1.10.2** También se opuso el interviniente a la causal primera desarrollada en el recurso, esto es la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, comoquiera que el artículo 32 de la Decisión 462 y el artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN, confieren competencia "exclusiva y excluyente" a la C.R.C.; sin embargo, a juicio de Telmex S.A. E.S.P., la E.T.B. no es leal con la realidad en la medida que el artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN, es de inferior jerarquía que el artículo 32 de la Decisión 462, que trata sobre violación de " *...normas o principios de interconexión o de la libre competencia ...*" y en el presente caso no se trataba, como lo ha confesado la E.T.B., sobre "*normas o principios de interconexión o de la libre competencia*", sino sobre los efectos económicos de un contrato.

A juicio del apoderado de Telmex, la E.T.B., da a la Resolución 432 de la SGCAN, un alcance del cual carece; expresó que pretender que en virtud de unas normas que no son aplicables a este caso y de una orden que tampoco lo es, se le confiera jurisdicción a la C.R.C., va en contra de la ley, de la Constitución misma y de lo manifestado por la propia C.R.C., pues ésta, mediante respuestas a derechos de petición, señaló que el Tribunal Andino de Justicia insiste en conferirle jurisdicción, lo cual (i) excede la competencia conferida por los países al Tribunal Andino de Justicia; (ii) es contrario a la jurisprudencia constitucional colombiana y (iii) es contrario a las normas internas y peor aún, es contrario a lo manifestado por la misma C.R.C., en varias decisiones.

En criterio de la convocada, la C.R.C., como autoridad administrativa, no podría decretar ni solicitar la interpretación prejudicial del TJCA, pues el Tratado de su creación y la Decisión 500 reservan esta potestad única y exclusivamente a los jueces o tribunales nacionales –dentro de los cuales se incluyen autoridades a quienes se atribuyen determinadas y expresas funciones jurisdiccionales por la ley–. Y si la C.R.C., no puede decretar el trámite de la interpretación prejudicial, ¿cómo podría entonces resolver conflictos contractuales?

Relató el libelista que en decisión de 10 de julio de 2015, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–, reiteró que no es posible atribuirle a la C.R.C., funciones jurisdiccionales, ya que según la Constitución, las leyes y la normatividad andina, las únicas funciones de la C.R.C., son administrativas.

**1.10.3** En lo atinente a la causal sexta –esto es haberse fallado en conciencia debiendo ser adoptada la decisión en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo–, señaló el apoderado de Telmex que es cierto que el Tribunal de Arbitramento no aplicó normas andinas, simplemente porque no eran aplicables, no eran exigibles, había actos administrativos que resolvieron el conflicto y el Tribunal de Arbitramento no podía pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, como lo pretendía la E.T.B.

**1.10.4** En relación con la causal octava –haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido–, se expresó en la intervención que fue la E.T.B., quien solicitó el trámite Arbitral y, contrario a lo que afirma en el recurso de anulación, una vez se dio cuenta que se "había equivocado", no solo no solicitó la terminación, sino que insistió en el trámite y, hasta la fecha, no se tiene conocimiento que la E.T.B., haya iniciado la reclamación ante la C.R.C., lo cual reafirma –siempre según el interviniente– la conducta desplegada por la E.T.B., en éste y otros procesos.

Adicionalmente, por ser los mismos argumentos de sustento de la causal primera o "*causal andina*", los que fundamentan este ataque, el interviniente se remitió a las razones esgrimidas para oponerse a aquella, según aquí se relató.

En cuanto atañe a la causal novena –no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento–, el apoderado de la convocada manifestó que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre lo que le solicitaron, de hecho afirmó que no podían modificar actos administrativos; haber hecho algo diferente como lo pretende la E.T.B., no solo era ilegal, sino que estaría incurso en la causal de anulación por adoptar una decisión *extra petita*.

Finalmente, el apoderado de la Convocada se opuso a la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada en el escrito contentivo del recurso de anulación, en los siguientes términos:

“111. A LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

La ETB, insiste de manera tozuda, en solicitar Consulta Prejudicial, por cualquier decisión de única o última instancia, donde se apliquen o controviertan normas andinas.

Siguiendo la "lógica" de la ETB, si el Tribunal Andino en la Consulta Prejudicial, ordena que debe anularse el Laudo Arbitral y esta orden es obligatoria, según lo pretende la ETB, ¿qué sentido tiene acudir al Consejo de Estado si lo que diga el Tribunal Andino es definitivo?

Olvida la ETB que el presente recurso extraordinario de revisión (sic), es extraordinario, para temas de forma y no de fondo como lo ha pretendido convertir a lo largo del documento.

Tal como lo tiene establecido la Corte Constitucional, al no hacerse referencia a ninguna norma comunitaria, " ...no es necesario elevar solicitud de interpretación prejudicial requerida por la ETB ..."

Mediante tutela del Consejo de Estado, notificada el 23 de septiembre de 2015, se negó la petición de vincular al Tribunal de Justicia ya que:

"... 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".

Pretender subordinar y someter que la máxima Corte de lo Contencioso Administrativo se someta al Tribunal Andino (sic), no solo es atrevido y temerario, sino irrespetuoso con el fuero que detentan los Consejeros del Consejo de Estado y con la normativa, independencia y soberanía de un país como Colombia”<sup>6</sup> (*énfasis añadido*).

### **1.11 Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público solicitó declarar la nulidad de lo decidido en el laudo arbitral del 2 de diciembre de 2014 proferido dentro del asunto sub judice, pues, en su sentir, el Tribunal Arbitral dejó de lado los postulados y las reglas contenidas en las normas andinas, cuando era su deber aplicarlos; no tuvo en cuenta que en virtud del principio de prevalencia del Derecho Comunitario Andino, el pacto arbitral está afectado de

---

<sup>6</sup> Fls. 316-345, c. ppal.

nulidad por ilicitud en el objeto, circunstancia que lo hace anulable aún de manera oficiosa.

Para la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, de conformidad con lo normado por el artículo 127 de la Decisión 500, Estatuto del TJCA, los jueces internos están en el deber de adoptar en sus providencias las decisiones e interpretaciones del TJCA, pues no hacerlo constituye causal de nulidad del pronunciamiento respectivo, como lo ha señalado el TJCA en varias sentencias de interpretación prejudicial.

A juicio del Ministerio Público, el Tribunal Arbitral no es el competente para dirimir este tipo de controversias, tal y como se establece en el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de acuerdo con la cual las autoridades de telecomunicaciones son las competentes para resolver todos los conflictos de interconexión entre operadores de telecomunicaciones, como igualmente lo expresó el TJCA Tribunal en la sentencia 261-IP-2013. Se trata, entonces, de uno de esos temas que el legislador, para el caso en concreto el comunitario, excluyó del juzgamiento arbitral, de suerte que por ser las normas sobre competencia inalterables e inderogables por las partes, cualquier estipulación en el sentido de otorgarles competencia a los particulares, para el conocimiento y resolución de un asunto como el *sub lite*, se encuentra viciada de nulidad.

Lo expuesto determina que la Vista Fiscal considere que el fallo arbitral no fue proferido en derecho, pues la argumentación jurídica que lo sustentó debió contemplar lo expuesto en la Interpretación Prejudicial del TJCA y no lo hizo; así pues, en criterio de la Procuraduría el laudo recurrido fue proferido parcialmente en conciencia y no en derecho, toda vez que el fallador se apartó de dos aspectos que debió tener en cuenta para analizar y resolver: el primero, que la inobservancia por parte de los jueces nacionales –árbitros en este caso– de las obligaciones que el derecho andino les imponía en relación con la interpretación prejudicial, lleva a la nulidad de sus decisiones. Y, el segundo, que el carácter taxativo de las causales de anulación en el derecho interno no constituye óbice para que se anule el laudo arbitral cuando se compruebe que el mismo supone la violación de una norma comunitaria.

Así las cosas, explicó el Ministerio Público que en el presente caso las normas andinas se integran a las locales y la causal de anulación por desacatar la interpretación prejudicial se suma al listado de causales contempladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por manera que al existir contradicción con las previstas en el derecho comunitario, se debió aplicar el principio de preeminencia o prevalencia del derecho andino, en el cual existe expresa disposición por cuya virtud los conflictos derivados de la ejecución de la interconexión, incluidos los contractuales, los debe resolver la autoridad de telecomunicaciones del lugar en el cual se efectuó la interconexión, que en el caso colombiano es la C.R.C<sup>7</sup>.

**1.12** La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunció dentro de este asunto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1 Régimen legal aplicable al presente caso.**

---

<sup>7</sup> Fls. 358-366, c. ppal.

Se precisa que la Ley 1563 de julio 12 de 2012<sup>8</sup> no resulta aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que el proceso arbitral inició antes de la expedición del referido Estatuto<sup>9</sup>, por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el Decreto 1818 de 1998, compilatorio, entre otras disposiciones, de las normas legales sobre arbitramento.

Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su Jurisprudencia, a través de la cual señaló que aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarán rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resulta aplicable la mencionada Ley 1563<sup>10</sup>.

## **2.2 Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.**

De conformidad con lo previsto por el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998– y con lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

Pues bien, el laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala se dictó con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con el contrato de acceso, uso e interconexión celebrado el 1º de agosto de 2006 entre la E.T.B. S.A. E.S.P, y TELMEX S.A. E.S.P., cuyo objeto fue regular los derechos y las obligaciones de las partes originadas en el acceso, uso e interconexión a sus respectivas redes de telefonía pública básica conmutada local y de larga distancia –RTPBCL, RTPBCLE y RTPBCLD–

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes<sup>11</sup>.

De otra parte, la Ley 1107, expedida el 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo

---

<sup>8</sup> Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: "**Artículo 119.** Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia".

<sup>9</sup> La demanda arbitral se presentó el día 3 de marzo de 2011.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Sala Plena–, providencia de 6 de junio de 2013, exp. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45.922); Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>11</sup> Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838; Consejera ponente: Guerrero de Escobar, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras decisiones.

Contencioso Administrativo para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas.

El texto del artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la citada Ley, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

‘Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

La Sala, de manera reiterada, ha sostenido que la norma transcrita aclaró el régimen jurisdiccional al cual estarán sometidas las entidades estatales, puesto que al eliminar del texto del anterior artículo 82 la expresión “*controversias y litigios administrativos*” para reemplazarla por la frase “*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, decidió incluir a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate –contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual–, de tal suerte que se adoptó un criterio legal predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad, con lo cual se dejó atrás el criterio material u objetivo que permitía distinguir entre las actividades de las entidades públicas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no<sup>12</sup>.

A su turno y en la misma dirección anotada, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 consagra:

**“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (Se destaca).

A juicio de la Sala, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, comoquiera que la Empresa de Telecomunicaciones de

---

<sup>12</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras providencias, la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008, exp. 33.643, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, reiterada en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

Bogotá – ETB S.A. ESP., en su calidad de empresa por acciones de naturaleza mixta es una entidad estatal prestadora de servicios públicos domiciliarios<sup>13</sup>, que como tal se ubica dentro de la gama de entidades estatales autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios, modalidad que a su turno se incluye en el género de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al cual también pertenecen las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -E.S.P.-, cuya naturaleza y definición legal se encuentra consagrada con toda precisión en el artículo 17<sup>14</sup> de la misma Ley 142 –según el cual, aquellas siempre deben estar organizadas como sociedades por acciones y se distinguirán con la sigla “ESP”–, tal como lo prescribe el artículo 19<sup>15</sup> de esa misma normatividad, de donde se tiene que éstas últimas apenas si constituyen una más de las diferentes especies que integran el citado género de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tal como se infiere del artículo 15 de la Ley 142<sup>16</sup>.

Acerca de este punto conviene precisar que la expresión “*empresas de servicios públicos*”, utilizada en el artículo 32 con el fin de señalar a los únicos sujetos destinatarios de sus disposiciones, incluye por igual a todas las modalidades que

---

<sup>13</sup> Respecto de la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas se acoge el criterio que ha fijado la Sala a partir de la sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 32.302, reiterado en auto del 8 de febrero de 2007, expediente 30.903, así como la sentencia C-736 de 2007 proferida por la Corte Constitucional.

<sup>14</sup> Así reza el texto del artículo 17 de la Ley 142 de 1994:

*“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.*

*“PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado”.*

<sup>15</sup> A continuación se transcribe el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, que a la letra dice:

*“ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*“19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras “empresa de servicios públicos” o de las letras “E.S.P.”.*

*“19.2. La duración podrá ser indefinida.*

*“19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.[...]”*

<sup>16</sup> *“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:*

*“15.1. Las empresas de servicios públicos.*

*“15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.*

*“15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.*

*“15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.*

*“15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.*

*“15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.*

pueden adoptar esas sociedades, de conformidad con la clasificación que al respecto recoge el artículo 14<sup>17</sup> de la misma Ley 142, esto es ESP oficiales, mixtas o privadas. Ello por cuanto, de una parte, la norma no hace distinción alguna al respecto y, de otra parte, más importante aun, porque el inciso segundo (2º) resulta en extremo claro al señalar que ese artículo 32 “... se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social...”.

Por manera que el régimen de derecho privado que consagra el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 para los actos de todas las empresas de servicios públicos, resulta plenamente aplicable en tratándose de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, puesto que la misma es una sociedad por acciones, de naturaleza mixta, que tiene por objeto la prestación de tales servicios.

Pues bien, dentro del marco legal que se deja expuesto, se encuentra que el contrato de interconexión es un contrato estatal que tiene por objeto el uso de la red para cursar tráfico de larga distancia internacional, dado que esta actividad hace parte del servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada, en los términos del artículo 14.26 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual se encuentra sometido al régimen del derecho privado –Leyes 142 y 143 de 1994 y, en su defecto, por remisión de éstas a las normas civiles y comerciales–.

En tales términos se cumplen los requisitos previstos por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998, y por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, para que esta Corporación conozca, en única instancia, del recurso de anulación interpuesto.

De otro lado, conviene precisar que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998<sup>18</sup>, toda vez que el auto No. 24, en cuya virtud se resolvieron las peticiones de aclaración, adición y/o complementación formuladas por la parte convocante, se notificó el día 16 de diciembre de 2014, en tanto que la impugnación extraordinaria se interpuso el día 17 de los mismos mes y año<sup>19</sup>.

## **2.3 El Recurso de anulación: su naturaleza y sus características<sup>20</sup>.**

---

<sup>17</sup> El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al clasificar los diferentes tipos de Empresas de Servicios Públicos, dispuso:

“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

“14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

“14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

“14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

<sup>18</sup> El artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 dispone que el recurso de anulación deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

<sup>19</sup> Fls. 237-238, c. ppal.

<sup>20</sup> Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado, de manera reiterada, cuáles son la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

**i)** El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

**ii)** El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo*, que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores *in iudicando*, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial –falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea–, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un *yerro* en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

**iii)** Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los Árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

**iv)** Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra<sup>21</sup>, en consecuencia, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación<sup>22</sup>.

**v)** El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículos 128 de la Ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998–.

## 2.4 Causales de anulación del laudo arbitral dictado para dirimir controversias de naturaleza contractual.

2.4.1 Las causales de anulación de los laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas diferentes entre sí, a saber: la Ley 80 y el Decreto 1818 de 1998, compilatorio del Decreto-ley 2270 de 1989, circunstancia que generó diversas posturas a nivel jurisprudencial y doctrinal debido a que las causales previstas en uno y otro texto normativos no coincidían en su totalidad. En efecto, mientras el artículo 72 de la citada Ley 80<sup>24</sup> previó cinco (5) causales de anulación para impugnar el laudo arbitral, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 previó nueve (9)<sup>25</sup>.

Ocurre, sin embargo, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1150<sup>26</sup>, esto es a partir del 16 de enero de 2008, se modificaron algunos aspectos referidos a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados para resolver las controversias originadas en contratos estatales. La mencionada Ley 1150<sup>27</sup>, en su artículo 22 –

---

<sup>24</sup> El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por el artículo 22 de la Ley 1150, consagraba:

*“Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

1º *Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*

2º *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

3º *Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.*

4º *Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*

5º *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

<sup>25</sup> El artículo 163, señala como causales de anulación, adicionales a las previstas en el antiguo artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las siguientes:

**“Art. 163.** *Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

1. *La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*

2. *No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*

3. *Numeral declarado NULO (El Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de abril de 1999, exp. 5191, declaró nulo el numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 por haber sido derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998).*

4. *Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga”.*

<sup>26</sup> La Ley 1150 de 2007 fue promulgada el 16 de julio del mismo año, en el Diario Oficial No. 46691, fecha en la cual entraron en vigencia los artículos 9º y 17; los demás artículos empezaron a regir 6 meses después de su publicación, con excepción del artículo 6º que entrará en vigor después de 18 meses.

<sup>27</sup> El artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, prescribe lo siguiente:

modificatorio del artículo 72 de la Ley 80—, determinó que las causales de nulidad que podían invocarse para impugnar los laudos arbitrales dictados para solucionar las controversias suscitadas en contratos estatales son ahora las mismas que se encuentran contenidas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989<sup>28</sup>, norma que reúne nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos arbitrales.

Por consiguiente, la Ley 1150 unificó el régimen de las causales de anulación de laudos arbitrales alrededor de aquellas contenidas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, los cuales, a su vez, son las mismas que recoge el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998<sup>29</sup>, de tal suerte que independientemente de que el contrato que haya suscitado la controversia decidida por los Árbitros se encuentre regido por el Estatuto de Contratación Estatal o por el régimen contractual del Derecho Privado, las causales de anulación que podrán invocarse para impugnar los laudos arbitrales serán siempre las previstas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, compilado por el artículo 163

---

*“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.*

*El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.*

*Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.*

<sup>28</sup> Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

*“Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

**1.** *La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*

**2.** *No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*

**3.** *No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.*

**4.** *Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*

**5.** *Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*

**6.** *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

**7.** *Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.*

**8.** *Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y*

**9.** *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

<sup>29</sup> Según la jurisprudencia de la Sala, las causales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, proceden para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir las controversias suscitadas en contratos celebrados por el Estado que se regulan por un régimen de derecho privado; estas causales corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que son las mismas a las cuales se refirió el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir controversias suscitadas en contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

del Decreto 1818 de 1998, para cuyo trámite debe invocarse en cada caso la norma o mejor la causal que resulte aplicable.

De otra parte, la pluricitada Ley 1150 suprimió la limitación impuesta por el derogado artículo 72 de la Ley 80, disposición que tan solo había consagrado cinco causales.

Resulta pertinente precisar que el numeral 2º del artículo 167 de la Ley 446 de 1998 derogó expresamente el numeral 3<sup>30</sup> del artículo 38 del citado Decreto-ley y comoquiera que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 reprodujo el aludido numeral 3 derogado, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 8 de abril de 1999, lo declaró nulo, precisamente por haber compilado una norma que carecía de vigencia.

En este contexto resulta claro que las causales de anulación que pueden invocarse contra laudos arbitrales pronunciados para resolver las controversias que se susciten en relación con contratos celebrados por Entidades Estatales, independientemente del régimen jurídico que los gobierne (régimen de Derecho Privado o el Estatuto Contractual del Estado) son las previstas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

**2.4.2** Debe añadirse al elenco de causales precedentemente referido, como lo ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>31</sup>, la derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven y de acatar el respectivo pronunciamiento de dicho Tribunal ssupranacional.

Ello con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>32</sup> y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal<sup>33</sup>, disposiciones por cuya virtud las autoridades jurisdiccionales de los Países

---

<sup>30</sup> El numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1998, establecía: “No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en éste decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia”.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P.

<sup>32</sup> “Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

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

<sup>33</sup> “Artículo 121.- Objeto y finalidad

Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 122.- Consulta facultativa

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

Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la

Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento –o el desconocimiento de dicho pronunciamiento pese a haber solicitado– constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, cuestión esta última excepcional –que se pueda decretar de oficio– siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.

Como lo ha expresado la Sección Tercera de esta Corporación:

---

*Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.*

*Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno*

*En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.*

*Artículo 125.- Condiciones y requisitos para la formulación de la consulta*

*La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al Tribunal deberá contener:*

- a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante;*
- b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere;*
- c) La identificación de la causa que origine la solicitud;*
- d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y,*
- e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.*

*Artículo 126.- Trámite*

*Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal.*

*Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia.*

*En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.*

*Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante*

*El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.*

*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".*

“Por consiguiente, al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar [y de acatar] la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo; dicha causal de anulación es, precisamente, la que servirá de fundamento, según se expondrá a continuación, para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus plurimencionadas decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, deba declarar la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006.

## 8. El caso concreto.

8.1.- Sin que resulte menester desarrollar argumentaciones adicionales a las que hasta ahora se han llevado a cabo, una rápida consideración tanto al objeto y las características como al régimen de las causales que prevé la normativa colombiana en materia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales —en especial el conjunto de causales bajo cuya égida fue desatado por la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso de anulación sobre el cual recayó la providencia a la que se refiere el presente pronunciamiento— permite evidenciar que en dicha normativa nada se prevé y nada se regula, de forma expresa, acerca de la procedencia del mencionado recurso extraordinario para efectos de cuestionar la conformidad a Derecho de un laudo arbitral en caso de que el respectivo Tribunal de Arbitramento no hubiere satisfecho la exigencia que establecen las normas del Derecho Comunitario Andino en relación con la solicitud de interpretación prejudicial al TJCA respecto de las normas comunitarias aplicables al caso sometido a conocimiento y decisión del aludido Tribunal Arbitral.

Así pues, una hermenéutica literal e inconexa de los dispositivos legales y reglamentarios que regulan el aludido recurso extraordinario de anulación en Colombia obligaría a estimar improcedente el trámite del mismo en aplicación de disposiciones del Derecho Comunitario Andino como las anteriormente referidas.

Empero, (i) los principios y características que acompañan al Derecho Comunitario propio del Sistema de Integración Andino, a las cuales se ha hecho extensa referencia en el presente proveído —en particular, de un lado, la supremacía de las normas comunitarias en la materia de la cual se ocupan, respecto del derecho interno colombiano, lo cual obliga a las autoridades nacionales a adoptar todas las medidas necesarias para brindar eficacia a las disposiciones comunitarias y, de otro, la aplicabilidad directa de estas últimas en el sistema jurídico patrio—;

(ii) los elementos del sistema de fuentes del Derecho Comunitario Andino tanto de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de la Decisión 500 de 22 de junio de 2001 —normas andinas que el TJCA estimó que el Consejo de Estado debió aplicar en el presente asunto—, como, de manera particular y especialísima en el caso que ahora se examina, las providencias que profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en agosto 26 y noviembre 15 de 2011, dentro del proceso identificado con el No. 03-AI-2010, condición que torna a aquéllos y a éstas vinculantes, aplicables directamente e intangibles para las autoridades judiciales colombianas, incluido el propio Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo;

(iii) la indiscutible fuerza obligatoria —dada su naturaleza jurisdiccional y de pronunciamiento que hace tránsito a cosa juzgada— de las decisiones adoptadas por el TJCA en procesos de incumplimiento adelantados en contra de los Estados Miembros

de la Comunidad Andina de Naciones, como en particular de las resoluciones proferidas en el citado proceso identificado con el No. 03-AI-2010, en el cual se declaró el incumplimiento de normas comunitarias andinas por parte del Consejo de Estado de Colombia, y

(iv) la importancia que reviste para la buena marcha del Sistema de Integración Andino y de su ordenamiento jurídico, que los jueces nacionales, asumiendo y ejerciendo el rol de jueces comunitarios frente a asuntos como en el que en el sub lite les concierne, hagan cumplir de manera eficaz las disposiciones comunitarias y acaten el contenido de las decisiones judiciales adoptadas por el TJCA, más allá de que ese Órgano Judicial cuente con la posibilidad/deber de imponer sanciones –que pueden resultar sumamente gravosas– a los Estados que no se avengan a acatar lo decidido en sentencias que terminan procesos iniciados en ejercicio de la acción de incumplimiento, como la que se profirió en el multicitado proceso No. 03-AI-2010;

Todos los factores mencionados llevan forzosamente a concluir que con independencia de las expresadas limitaciones que formalmente se aprecian en la regulación interna colombiana en materia de recurso de anulación contra laudos arbitrales para viabilizar la procedencia y prosperidad del aludido medio de impugnación extraordinario en eventos como el sub iudice, dichas restricciones deben ser superadas con base en una interpretación teleológica y sistemática de tales disposiciones, que las ponga en conjunción con el ordenamiento comunitario andino, por manera que éste prevalezca en el sistema jurídico colombiano en los ámbitos de cuya regulación se ocupan los Órganos del Sistema de Integración”<sup>34</sup> (subrayas añadidas).

## **2.5 Estudio de la primera causal de anulación invocada por la parte convocante y sus respectivos fundamentos.**

**2.5.1** Tal y como se refirió en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, la primera de las causales de anulación planteadas por el impugnante en contra del laudo recurrido, fue la que se denominó “*causal andina: violación de los artículos 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 127 de la Decisión 500*”.

Para sustentar dicha causal se tuvo en cuenta que el Tribunal Arbitral, mediante oficio calendarado el 16 de diciembre de 2013, formuló solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA– con el fin de que se interpretaran varias disposiciones de Derecho Comunitario que se consideraron aplicables al asunto *sub iudice* y que el 11 de junio de 2014 el TJCA profirió la sentencia de interpretación prejudicial 261-IP-2013, la cual fue recibida por dicho Tribunal Arbitral el 4 de septiembre de 2014.

Empero, el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta –en el sentir del apoderado de la E.T.B.–, en la decisión recurrida, el contenido de lo expresado por el TJCA en el referido pronunciamiento, pues pese a que en éste se indicó que sólo la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones es competente para dirimir controversias en materia de interconexión, el varias veces mencionado Tribunal Arbitral sí se consideró facultado para pronunciarse de fondo en relación con las pretensiones que, dentro del litigio que aquí se examina, tenían naturaleza contractual y que no guardaban relación con el ejercicio de sus facultades regulatorias por parte de la Autoridad de Telecomunicaciones.

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P.

Este proceder por parte del Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo censurado, supondría un desconocimiento del carácter prevalente del Derecho Comunitario Andino respecto de las normas de carácter interno, lo cual daría lugar a que deba declararse la nulidad de la decisión arbitral.

**2.5.2** Efectivamente, en la Interpretación Prejudicial distinguida con la radicación 261-IP-2013, realizada por el TJCA dentro del encuadernamiento instruido por el Tribunal Arbitral que profirió el laudo objeto del presente pronunciamiento, el citado Órgano Supranacional Andino de forma clara, inequívoca y explícita, con apoyo en pronunciamientos suyos anteriores encaminados en la misma dirección, concluyó que la autoridad competente para dirimir litigios en materia de interconexión en cada País Miembro es la Autoridad Nacional de Comunicaciones y, particularizando sus argumentos y sus conclusiones al presente caso, indicó que el Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para zanjar la controversia, habida cuenta de que la atribución para hacerlo está radicada en la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–:

**“A. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER CONFLICTOS DE INTERCONEXIÓN EN CASO DE DESACUERDO ENTRE LAS PARTES.**

El órgano consultante dentro de la solicitud de Interpretación Prejudicial para mejor referencia sobre la competencia del Tribunal solicita que se analicen los artículos 17, 32 y 34 de la Resolución 432 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Este Tribunal respecto al aspecto relacionado a la competencia en materia de telecomunicaciones se ha pronunciado en el siguiente sentido:

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

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

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

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

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

En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la "CRC". Pese a que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el artículo 17 literal f) de la misma Resolución, prevé que en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

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

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

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

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

Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido. **En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento no goza de competencia para resolver el asunto particular**<sup>35</sup>. (Subrayado y en negritas fuera del texto)

**26. Al existir disposición andina que de manera concreta delimita que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más no el Tribunal de Arbitramento,** por lo que el ente

---

<sup>35</sup> Nota original del pronunciamiento citado: Interpretación Proceso 181-IP-2013.

consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”<sup>36</sup> (*énfasis añadido*).

La circunstancia de haber sido solicitada por el Tribunal Arbitral y rendida por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la Interpretación Prejudicial recién aludida dentro del presente encuadramiento, hace innecesario que la misma tenga que volver a ser solicitada con el propósito de requerir del referido Organismo Comunitario que se pronuncie bien nuevamente respecto de la competencia de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones para dirimir controversias como la *sub judice* –cuestión suficientemente dilucidada en el pronunciamiento del TJCA al cual se acaba de hacer alusión–, bien respecto de las características inherentes al Derecho Comunitario Andino y a la consecuencia que de ellas se deriva en el sentido de tornar imperativo para las autoridades nacionales el acatamiento de lo indicado por el TJCA en sus interpretaciones prejudiciales.

Estos dos últimos extremos son aquellos que constituyen objeto de la solicitud de interpretación prejudicial formulada por la E.T.B. S.A. E.S.P., en el escrito mediante el cual interpuso el recurso extraordinario de anulación, extremos suficientemente clarificado por el TJCA en su antes referido pronunciamiento, el primero y plenamente averiguado tanto en la jurisprudencia del TJCA como en la del Consejo de Estado colombiano, el segundo, según pasa a reseñarse en el siguiente apartado de este proveído. Lo expuesto evidencia, según se indicó, que resulta innecesario requerir del TJCA una nueva interpretación prejudicial para desatar el recurso extraordinario impetrado, como lo solicitara el apoderado de la E.T.B.

**2.5.3** Ha explicado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>37</sup> que las principales características del Derecho Comunitario Andino son **(i)** la supranacionalidad; **(ii)** la integración con los sistemas jurídicos internos; **(iii)** la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y **(iv)** su intangibilidad y autonomía.

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

Así entendido el concepto de supranacionalidad, como distinto de las nociones de internacional, interestatal o intergubernamental, entraña una manera de obrar independiente y conjunta, en ejercicio de los poderes cedidos por los Estados miembros a los órganos encargados de la integración e *“implica una superación del principio del*

---

<sup>36</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 261-IP-2013.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P.

*do ut des, que entrañaba reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, para ser sustituido por la idea de comunidad, de unión cooperativa, de co-participación en un proceso, de pertenencia a un todo mayor en la realización de cuyos fines se realizan también los de las partes*<sup>38</sup>, idea cuya materialización se sustenta en la utilización de los siguientes mecanismos:

*“1.- Una organización independiente de los Estados que se integran, con poderes suficientes para deducir autónomamente, dentro del marco de su tratado constitutivo, las normas y los actos de ejecución del proceso, sin necesidad de que cada paso deba ser formalizado en tratados públicos, sujetos a la aprobación legislativa, a la ratificación e incorporación expresa y formal a los derechos nacionales, procedimiento que anquilosaría cualquier programa de integración;*

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

(...)

*Viene, de esta manera, a ser la integración, desde el punto de vista jurídico, una verdadera redistribución de poderes entre los Estados intervinientes en el proceso y los órganos de la comunidad creada, pues quedan capacitados todos para generar un derecho derivado de su tratado constitutivo, común a toda el área y que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior al de la ley nacional, a la que desplaza o sustituye, en forma directa y automática, con la consecuencia adicional de que la organización que anima el nuevo ordenamiento se personaliza con calidad de sujeto de derecho internacional, al lado y a la par de sus organizadores”*<sup>39</sup>.

A este respecto cabe tener en cuenta también la argumentación que la jurisprudencia constitucional ha consolidado en relación con el derecho comunitario andino y su integración al ordenamiento jurídico colombiano; así, en la sentencia C-228 de 1995, la Corte Constitucional dejó planteadas dos cuestiones, a saber: **a.)** el alcance del derecho comunitario, en los siguientes términos:

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

---

<sup>38</sup> SACHICA, Luis Carlos, Introducción al Derecho Comunitario Andino, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, p. 15.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 14-15.

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

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

En cuanto a la sujeción al derecho comunitario, en la sentencia C-256 de 1998 la Corte Constitucional destacó cómo el artículo 93 de la Carta Política señala expresamente la prevalencia de los Tratados Internacionales por sobre el ordenamiento interno; pero debe advertirse que ese no es el caso del derecho comunitario andino, el cual no tiene prevalencia sobre la Constitución Política, lo cual implica que las normas y decisiones de dicho ordenamiento deben sujetarse a las garantías y reglas mínimas, tal como lo explicó la Corte Constitucional en su sentencia C-256 de 1998:

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

Esta integración entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno ha sido explicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la siguiente manera:

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

tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone”<sup>40</sup>. Todo lo anterior significa, sin duda que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros, esto es el ordenamiento jurídico andino, al que se da cabal cumplimiento por medio de esta decisión judicial”<sup>41</sup>.

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

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

Y es que la creación del ente comunitario con órganos que tienen competencia normativa propia ha dado origen a un orden jurídico nuevo que genera relaciones de coordinación, de supraordinación y de inordinación con respecto a los sistemas jurídicos nacionales, pues los órganos comunitarios profieren normas jurídicas en las materias que el tratado constitutivo les ha reservado para su regulación, mientras que las autoridades de los países miembros dictan normas encaminadas a regular las materias que las respectivas Constituciones Políticas reservan a la ley nacional; así pues, estas dos potestades normativas, que recaen sobre las mismas personas, requieren la coordinación de los productos normativos fruto de su ejercicio, pues tanto las fuentes del derecho andino como las del derecho nacional se encuentran acompañadas del rasgo de la autonomía, por manera que la ausencia de coordinación entre ellas puede crear no pocas interferencias y contradicciones.

De la autonomía del derecho andino y de la del derecho interno se deriva el principio según el cual ni el primero puede derogar el segundo, ni viceversa, por manera que ambos sistemas normativos están abocados a coexistir; dicha coexistencia impone, como acontece en todo ordenamiento jurídico, el necesario establecimiento de un orden jerarquizado de normas con el fin de posibilitar que el sistema opere de manera

---

<sup>40</sup> Nota original de la providencia citada: SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P.

armónica. A tal efecto, entonces y según se ha expuesto, cuando el sistema jurídico andino entra en contradicción con el derecho interno de los Países Miembros

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

(...)

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

(...)

Aceptada, pues, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluido el derecho constitucional, se pueden aplicar las siguientes reglas de interpretación. Una primera regla para resolver los conflictos entre una norma de rango superior y una norma de rango inferior es la de aplicar preferentemente la norma superior, sin que esta aplicación preferente conlleve la nulidad o la derogación de la norma inferior. Esta norma conserva su vigencia y puede ser aplicada en otro caso siempre que no esté en contradicción con una norma superior. Esta norma es perfectamente aplicable para resolver un conflicto entre una norma comunitaria andina y una norma interna. Si se acepta el principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, la autoridad nacional tendrá que aplicar preferentemente la norma comunitaria, sin que esta aplicación (...) implique la derogación de la norma nacional<sup>42</sup> (subrayas añadidas).

En estrecha conexión con las características del Derecho Comunitario hasta ahora enunciadas se encuentra la de (iii) la **aplicabilidad directa** de los elementos que lo integran, a la cual suele ir anudada también la particularidad consistente en que tales disposiciones comunitarias producen **efectos directos o inmediatos**; en virtud del principio de aplicación directa el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina; la referida incorporación en el derecho interno tiene lugar de manera automática, es decir

---

<sup>42</sup> ANDUEZA, José Guillermo, “La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, INTAL-BID, Montevideo, 1985, pp., 39-43.

que opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la disposición comunitaria respectiva.

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

Corolario de la mencionada autonomía la constituye la *intangibilidad* del Derecho Comunitario, por virtud de la cual las autoridades de los Países Miembros tienen vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema de Integración, pues de intentar hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado respectivo; así lo ha explicado el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“El Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, a su vez establece el Principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: 'La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia.' Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones”<sup>43</sup>.

**2.5.4** Atendiendo cabalmente a todas y cada una de las referidas características y postulados que distinguen al Derecho Comunitario Andino y a su interrelación con el Derecho interno colombiano, en reciente pronunciamiento esta Subsección concluyó – en precedente que resulta íntegramente aplicable al asunto *sub judice* comoquiera que el caso materia de la providencia en mención también se refería al recurso de anulación impetrado en contra de un laudo arbitral proferido con ocasión de una controversia originada en desacuerdos de naturaleza contractual en materia de interconexión, con la diferencia de que en aquella oportunidad el Tribunal Arbitral, acogiendo la antecitada postura asumida por el TJCA en estos eventos, se había declarado incompetente para pronunciarse de fondo– que las autoridades judiciales colombianas están en el deber de acatar y de aplicar la tesis del TJCA en el sentido de que **todo litigio** en materia de interconexión debe ser resuelto por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, sin que tales pleitos, por más que tengan origen en desacuerdos y/o en pretensiones de stirpe contractual, puedan ser sometidos a la decisión por parte de Tribunales de Arbitramento.

En la providencia que extensamente se citará a continuación comoquiera que los argumentos en ella esgrimidos son trasladables, *mutatis mutandi*, al presente caso concreto para resolverlo, esta Subsección se pronunció respecto de problemas jurídicos planteados por las partes en el presente encuadramiento, como la pretendida inconstitucionalidad que derivaría de entender que controversias como la *sub judice* no pueden ser dirimidas por un Tribunal Arbitral y sí por una autoridad administrativa a

---

<sup>43</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 5-IP-95.

través de actos administrativos, los cuales, por supuesto, podrían ser cuestionados posteriormente en su legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

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

En la interpretación prejudicial (obligatoria y vinculante) emitida en el marco del proceso arbitral, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que la Decisión 439 y la 462 se refieren a la liberalización del comercio de servicios. La primera de ellas está referida, de manera general, a los modos de prestación de servicios y la segunda regula de manera específica las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones, en aras de consolidar un mercado común andino de telecomunicaciones, con el ánimo de (i) eliminar restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al cronograma previsto en la norma, (ii) propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del mercado común andino de telecomunicaciones, (iii) proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros de la CAN y (iv) propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los países miembros, de modo que, como lo que se persigue es la liberalización del sector de las telecomunicaciones dentro del marco del mercado común andino, las anotadas condiciones deben ser aplicadas en relación con todas las medidas que afecten al servicio de telecomunicaciones, “... independientemente de si los operadores son de un mismo país o no, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por lo tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado ...”<sup>44</sup>.

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

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

Comcel S.A., en el recurso de anulación, transcribe sólo algunos de los apartes de este acápite de la interpretación prejudicial y, por tal razón, llega a una conclusión distinta a la que se plasma en el laudo recurrido; pero, para la Sala no existe duda de que el Tribunal de Arbitramento simplemente acogió el planteamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como era su obligación, en el sentido de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la autoridad nacional de comunicaciones del país, que en el caso de Colombia es la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC-.

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

“Dentro de este acápite el Tribunal va a señalar cuál es la autoridad nacional competente para resolver el conflicto entre las partes dentro del proceso arbitral

---

<sup>44</sup> Nota original de la sentencia citada: Folio 362, Cd. Principal 2.

iniciado, por lo que citamos la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013, la cual enuncia que:

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

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

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

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

“Arreglo directo entre las partes. La norma propone en primer término un acercamiento de los involucrados para solucionar el conflicto.

“Si no se llegare a una solución negociada, a petición de parte se someterá la controversia a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones pertinente, para que tome una decisión en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.

“En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la ‘CRC’. Pese a que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el artículo 17 literal f) de la misma Resolución, (sic) prevé que (sic) en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

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

“Ahora bien, lo anterior significa que en el caso concreto la ‘CRC’ tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. En conclusión la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea

coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.

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

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

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

“Al existir disposición andina que de manera concreta delimita (sic) la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es (sic) la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más (sic) no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”<sup>45</sup>.

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

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

...

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

La norma en cita fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-186 de 2011, por cuanto, desde el punto de vista constitucional es válido que el legislador restrinja la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acudir al arbitraje, en ciertos casos, para entregarle la función de

---

<sup>45</sup> Nota original de la sentencia citada: Folios 352 a 354, Cd. Principal 2.

resolver ciertos conflictos a un organismo administrativo, pues tal posibilidad constituye una de las formas de intervención del Estado, en los términos del artículo 334 de la Constitución Política.

Dijo la Corte a este respecto:

“Precisamente, con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 73.8<sup>46</sup>, 73.9<sup>47</sup> y 74 de la Ley 142 de 1994, el último de los cuales atribuía de manera específica a la extinta Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de ‘resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio’, esta Corporación concluyó que se trataba de una función de regulación en la prestación de un servicio público a su vez que correspondía a una función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 constitucional.

(...)

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

(...)

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

“Cabe recordar que en la sentencia C-1120 de 2005 se indicó que la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención

---

<sup>46</sup> Nota original de la sentencia citada: “Cuyo tenor es el siguiente:

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

(...)

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

<sup>47</sup> “El cual señala:

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

(...)

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

en la economía, que supone la expedición de actos administrativos pues no tiene naturaleza jurisdiccional.

“Ahora bien, aunque no fue demandado es preciso hacer alusión al primer enunciado del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 (sic) para una adecuada comprensión de tal facultad de resolución de conflictos. Este precepto le atribuye a la CRC la función de ‘resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones’, se tiene entonces que la facultad de resolución de controversias a la cual hace alusión el precepto demandado es ejercida dentro del marco de las competencias que el citado cuerpo normativo encomienda al órgano regulador, las cuales persiguen fines constitucionalmente legítimos a los que ya se ha hecho alusión.

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

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

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

Para la Sala, el argumento de Comcel S.A. no es de recibo, pues la competencia de la autoridad nacional de comunicaciones para resolver los conflictos entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones está dada por la materia “conflictos de interconexión” y no por alguna de las distintas modalidades de interconexión o el tipo de acuerdo entre los proveedores (sender keeps all, peering, tránsito<sup>48</sup>, calling party pays, receiving party pays, calling party network pays, etc.) que es a lo que se refiere el recurrente; al respecto, vale la pena recordar el aforismo según el cual, donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete entrar a distinguir y menos establecer restricciones.

**En este sentido, debe entenderse, a la luz de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el marco del proceso arbitral que terminó con el laudo objeto del recurso, que cualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es de**

---

<sup>48</sup> Nota original de la sentencia citada: Consulta hecha en el portal <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2007/bruno.pdf>

**competencia de la autoridad nacional de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC.**

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

e.- En conclusión, el Tribunal de Arbitramento, tal como era su obligación en los términos del artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>49</sup>, acogió en su integridad la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con las normas que consideró aplicables al asunto sometido a su consideración y no puede pretender Comcel S.A. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA).

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

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

Por lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar; pero, para evitar que el conflicto suscitado entre las partes quede sin resolver, se ordenará remitir la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, con sujeción a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, resuelva de fondo las solicitudes formuladas por Comcel S.A.”<sup>50</sup> (subrayas y negrillas añadidas).

Lo hasta ahora expuesto conduce ineluctablemente a declarar la nulidad tanto del laudo arbitral impugnado como del auto proferido por el Tribunal Arbitral que dictó el precitado laudo, mediante el cual fueron resueltas las peticiones de aclaración, complementación y corrección de aquél comoquiera que al haber emitido dichas providencias, el Tribunal de Arbitramento desconoció la primacía del Derecho Comunitario Andino en materias como las debatidas en el asunto *sub examine* y desatendió a los aquí explicados parámetros que en relación con la resolución de litigios en materia de interconexión han

---

<sup>49</sup> Nota original de la sentencia citada: “**ARTÍCULO 35.** El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

<sup>50</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 23 de septiembre de 2015; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; Radicación: 110010326000201500018 00; Expediente: 53.054.

fijado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y esta misma Subsección, por virtud de los cuales sólo la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, para el caso colombiano la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que no un Tribunal de Arbitramento, cuenta con la competencia para dirimir tal suerte de controversias.

Para garantizar que el litigio *sub lite* sea resuelto de fondo, tal y como lo dispuso en la ocasión precedente a la cual se viene de hacer alusión, la Sala ordenará que el presente expediente sea remitido a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para lo de su cargo.

La prosperidad de esta causal de anulación hace innecesario que la Sala se ocupe de estudiar las demás planteadas en el escrito de impugnación presentado por la sociedad convocante. Asimismo, la claridad que a juicio de la Sala acompaña a las Interpretaciones Prejudiciales del TJCA en relación con el problema jurídico abordado en este pronunciamiento, según precedentemente se indicó en este proveído, hace completamente innecesario formular una nueva solicitud de Interpretación Prejudicial a dicho Órgano Supranacional, como en su momento lo deprecara la parte convocante.

## **2.6 Costas y agencias en Derecho.**

Toda vez que el recurso de anulación cuenta con vocación de prosperidad, se condenará en costas a la parte convocada, Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., de conformidad con lo normado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19<sup>51</sup> de la Ley 1395 de 2010 – modificadorio del artículo 392 del C. de P. C.–, se procederá dentro de esta decisión a determinar si hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente:

Los numerales 3° y 4° del artículo 393 del C. de P. C., disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta *i)* la naturaleza, *ii)* la calidad y *iii)* la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

---

<sup>51</sup> “Artículo 19.1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.

2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. **En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación** (se destaca).

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>52</sup>.

Por tanto, en los términos de lo previsto en el Acuerdo No. 1887 de 2003<sup>53</sup> y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la entidad pública convocante, Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., pagará a favor de la E.T.B. S.A. E.S.P., la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

### **F A L L A :**

**PRIMERO.- DECLÁRASE FUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B. S.A. E.S.P., contra el laudo que se profirió el 2 de diciembre de 2014 dentro del proceso arbitral que se adelantó entre la E.T.B. S.A. E.S.P., como convocante y Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., como convocada. En consecuencia, **DECLÁRASE LA NULIDAD** del mencionado laudo arbitral y del auto mediante el cual se resolvieron las solicitudes de aclaración, complementación y corrección del mismo formulada por la E.T.B. S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO.-** Por Secretaría de la Sección, **REMÍTASE** la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre los operadores Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B. S.A. E.S.P., y Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., al cual se refería el laudo que se profirió el 2 de diciembre de 2014, cuya nulidad se declara mediante el presente pronunciamiento.

**TERCERO.- COMUNÍQUESE** esta decisión al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

**CUARTO.- ENVÍESE** copia de esta sentencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –inciso final del artículo 128 de la Decisión 500 de 2001–.

**QUINTO.- CONDÉNASE** en costas a Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P.; por Secretaría de la Sección, tásense. Inclúyase en la liquidación la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, también a cargo de Telmex Comunicaciones S.A. E.S.P., y en favor de la E.T.B. S.A. E.S.P.

---

<sup>52</sup> Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, numeral 1.12.2.3.

<sup>53</sup> El artículo segundo define las agencias en derecho: “Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento”.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**