



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

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)**

**RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845)**

**ACTOR: TELMEX COLOMBIA S.A – UNE EPM COMUNICACIONES S.A.**

**DEMANDADO: DIMAYOR**

**ASUNTO: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – SENTENCIA**

**Descriptor:** Recurso de anulación contra laudo arbitral por no haberse solicitado, debiendo hacerlo, interpretación prejudicial de normas comunitarias ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. **Restrictor:** Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales; El Derecho Comunitario Andino. Propósitos, características y elementos integrantes. Obligatoriedad de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para las autoridades de los Estados Miembros de la misma; La anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; La anulación del laudo por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento; Caso Concreto.

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por la convocada División Mayor del Fútbol Colombiano – DIMAYOR contra el laudo arbitral dictado el 3 de diciembre de 2015 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre este y las sociedades convocantes Telmex Colombia S.A y Une EPM Comunicaciones S.A con ocasión del contrato formado a partir de la aceptación táctica de la oferta comercial para la licencia de los derechos para transmisión y comercialización de los partidos del Fútbol Profesional Colombiano formulada por la Dimayor a las convocantes.

**ANTECEDENTES**

1.- El 7 de octubre de 2006 la División Mayor del Fútbol Colombiano – Dimayor<sup>1</sup> presentó a TV Cable S.A (Hoy Telmex Colombia S.A) y EPM Telecomunicaciones S.A. ESP (Hoy Une EPM Telecomunicaciones S.A)<sup>2</sup> una Oferta Comercial<sup>3</sup> para la licencia de los Derechos para la Transmisión y Comercialización del Campeonato de Fútbol Profesional Colombiano (fls 10-24, c1 pruebas). En memorial del 9 de octubre de 2006

---

<sup>1</sup> En adelante la Sala referirá como “El convocante” o “Dimayor”

<sup>2</sup> En adelante la Sala referirá a ellas como “Las convocantes”, “Las sociedades convocantes”, “Telmex y UNE-EPM” o “la Alianza”.

<sup>3</sup> En adelante “la oferta” o “la oferta aceptada”.



Dimayor comunicó a Telmex y UNE-EPM que entendía aceptada tácitamente la oferta formulada y, por consiguiente, remitió a las ahora convocantes la cláusula compromisoria para su firma lo cual efectivamente tuvo lugar (fl 26, c1 pruebas).

2.- Con ocasión de la oferta aceptada la Dimayor concedió a las convocantes, con exclusividad, la licencia de derechos para la emisión, retransmisión y comercialización de los partidos del Campeonato Nacional de Fútbol Profesional Colombiano de Primera División A por los sistemas de televisión cerrada con excepción de un solo partido que se transmitiría por televisión abierta. Comprende la licencia los derechos exclusivos para Colombia de los partidos para internet, cualquier servicio o facilidad de valor agregado y/o telefonía móvil y la emisión, transmisión, retransmisión, uso y comercialización del contenido del Campeonato y temas relacionados con este. Se acordó que la licencia se restringía al territorio colombiano y *“respecto a la red de Internet su acceso se restringirá a este país”*. También comprendía la oferta el derecho exclusivo para la comercialización de pauta publicitaria en los partidos y el otorgamiento de primera opción sobre el nombre del Campeonato Nacional de Fútbol Profesional Colombiano de la Primera División B y primera opción sobre los anteriores elementos (descritos en los numerales 1.1, 1.2, 1.3 y 1.4 de la oferta aceptada) respecto del Campeonato de la Primera División B. La vigencia del contrato, según los términos de la oferta aceptada, iba entre el 8 de octubre de 2006 y el 31 de diciembre de 2011.

3.- Entre otras cosas, se pactó en la cláusula 1.11 la no prórroga de la oferta, debiendo mediar extensión o renovación por escrito. Igualmente, en esa misma cláusula se convino que *“sobre la base de un desempeño contractual satisfactorio, las destinatarias de la oferta tendrán la opción preferente para que una vez cumplido el término de duración establecido se prefiera su oferta en condiciones de igualdad frente a la de cualquier tercero. Para el ejercicio de esta opción preferente se actuara (sic) en forma análoga a lo planteado en el numeral 1.5”*.

4.- Dicen los convocantes, luego de memorar varios episodios ocurridos en el iter contractual, que pese a su adecuado comportamiento el 14 de diciembre de 2010 Dimayor les comunicó que *“(…) no habrá lugar a la opción preferente establecidas en el numeral 1.11 de la misma. La anterior determinación ha sido adoptada teniendo en cuenta que dicha opción preferente fue expresamente condicionada en la cláusula al ‘desempeño contractual satisfactorio’ de las destinatarias, lo que en el caso presente lamentablemente no aconteció”*. Calificaron el anuncio de la Dimayor como un



desconocimiento unilateral, injustificado y anticipado del derecho contractual de preferencia, alegando que esa manifestación no se compadecía con el comportamiento contractual de La Alianza y, además, se hizo un año antes de vencer el plazo de la licencia sin que La Alianza conociera que tercero alguno hubiera presentado a la Dimayor oferta para la transmisión de los partidos a partir del 1° de enero de 2012. Cuentan que en mayo de 2011 tuvieron conocimiento que la Dimayor había celebrado un contrato para tales fines con DirecTV.

**5.-** Sostienen que pese a esa comunicación y a otra recibida el 20 de enero de 2011 en la que la Dimayor señaló el incumplimiento en el pago oportuno de la primera cuota pactada del año 2011 y reiteró que La Alianza no contaba con la opción de preferencia, en comunicación del 15 de marzo de 2011 las convocantes pidieron a la Dimayor informar el proceso que llevaría a cabo con los terceros proponentes y las ofertas recibidas o que se recibirían para los fines de poder ejercer el derecho de preferencia, sin embargo, cuentan, la Dimayor hizo caso omiso a tal solicitud y celebró un contrato con DirecTV, como se los comunicó a Telmex y UNE-EPM el 2 de mayo de 2011.

**6.-** Informan que en esa misiva Dimayor comunicó que a partir de 1° de enero de 2012 no suscribiría contratos o licencias de transmisión con exclusividad con ningún operador de televisión cerrada, que se reservaba el derecho de celebrar “cuantos contratos deseara” con los diversos operadores de televisión cerrada y que por conducto de un tercero contratado por Dimayor sería responsable de la producción de los partidos cobrando su costos a los diversos licenciatarios a prorrata del número de suscriptores. Señalan que en esa misma comunicación Dimayor expresó el interés de celebrar con La Alianza un contrato de licencia no exclusiva en las mismas condiciones ofertadas por DirecTV, es decir, precio mensual por suscriptor.

**7.-** En escrito de 11 de mayo de 2011 La Alianza envió una oferta a la Dimayor para igualar o superar el precio de la oferta de DirecTV sin embargo, Dimayor comunicó, en misiva del 12 de mayo, que su anterior carta no tenía los fines de informar una oferta recibida por DirecTV en aras que la Alianza pudiera igualarla para renovar el contrato, reiterando su decisión de no suscribir contratos de exclusividad a partir de 1° de enero de 2012.

**8.-** Entre otros hechos, se narra en la demanda que el 27 de marzo de 2012 Telmex y UNE-EPM comunicaron a la Dimayor el incumplimiento al haber desconocido la opción



de preferencia y celebrar un contrato con DirecTV sin haber concluido el convenio con los convocantes, por ende solicitaron la subsanación correspondiente o el pago de la pena estipulada en el punto sexto de la oferta aceptada. Dimayor contestó el 30 de marzo esta comunicación rechazando su presunto incumplimiento.

**9.-** Con fundamento en lo anterior los convocantes pretenden, en el escrito de demanda de 25 de julio de 2014, se declare el incumplimiento de la Dimayor de la opción preferente pactada a favor de las Sociedades convocantes y, consecuentemente, está obligada al pago de la cláusula penal pactada por ocho millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (\$8.500.000 USD).

**10.-** Instalado el Tribunal de Arbitramento, admitida y notificada la demanda como consta en el Acta No. 01 de 20 de octubre de 2014, en escrito del 19 de noviembre de 2014 la Dimayor le dio contestación en donde se pronunció sobre los hechos planteados y propuso las excepciones de mérito de 'Terminación del contrato, inexistencia de prórrogas y autonomía de la Dimayor para escoger libremente, a partir del 1 de enero de 2012, un nuevo modelo jurídico de explotación de los derechos de televisión del FPC<sup>45</sup> 'Inexistencia del derecho de "opción preferente" alegado por las convocantes'<sup>6</sup>, y 'Contrato no cumplido'<sup>7</sup>.

**11.-** El Tribunal, una vez surtidos los trámites propios del procedimiento arbitral, profirió el 3 de diciembre de 2015 el correspondiente laudo en el que luego de desestimar las tachas de sospecha a unos testigos y las excepciones de mérito propuestas, declaró que entre Dimayor de Telmex y UNE EPM se acordó un contrato perfeccionado con la oferta de 7 de octubre de 2006 aceptada el 8 del mismo mes y año relativo a la licencia de los derechos para la transmisión, retransmisión y comercialización de los partidos de fútbol profesional colombiano; Declaró que Dimayor incumplió el contrato de opción

<sup>4</sup> FPC: Fútbol Profesional Colombiano.

<sup>5</sup> Donde afirmó que después del 31 de diciembre de 2011 Dimayor era autónoma para definir cómo explotar y utilizar los derechos de transmisión de televisión cerrada, por ende la opción preferente pactada sólo aplicaría en el caso que Dimayor decidiera explotar los derechos de transmisión de televisión cerrada con un modelo de negocio igual a como lo venía haciendo. Por consiguiente, desde el 1º de enero de 2012 Dimayor decidió modificar su esquema de negocio y en adelante no habría un único licenciataria exclusivo de para la transmisión de los partidos del FPC por televisión cerrada.

<sup>6</sup> Punto en el cual sostienen que la cláusula 1.11 de la oferta aceptada contiene tres condiciones suspensivas [a saber: un desempeño contractual satisfactorio, la existencia de la oferta de cualquier tercero y que la oferta de la Alianza equipare en condiciones de igualdad a la del tercero], de modo tal que el derecho de opción preferente sólo se adquiriría si se satisfacían las mismas y, alega, en este caso no hubo un desempeño contractual satisfactorio por parte de La Alianza, nunca existió oferta de un tercero para ser licenciataria exclusivo para la transmisión de los partidos del FPC y, en tercer lugar La Alianza nunca presentó una oferta que igualara las condiciones de no exclusividad ofrecidas por un tercero.

<sup>7</sup> En la cual sostuvo que a lo largo de la ejecución del contrato La Alianza presentó múltiples incumplimientos de ahí que, en aplicación del artículo 1609 del Código Civil y en el hipotético caso que el Tribunal juzgue que la opción preferente no estaba condicionada a un desempeño contractual satisfactorio, las demandantes no pueden exigir derecho alguno emanado de la oferta aceptada, incluidas la opción preferente y la cláusula penal.



preferente que acordó con Telmex y UNE-EPM y, consecuentemente, la condenó al pago de diecisiete mil seiscientos cuarenta y tres millones setecientos cuarenta y siete mil seiscientos ochenta y seis pesos (\$17.643.747.686) por concepto de la pena pecuniaria pactada en el punto sexto del contrato y al pago de cinco mil quinientos cincuenta y tres millones veintidós mil quinientos ochenta y siete pesos (\$5.553.022.587) por intereses moratorios. Adicional a ello condenó en costas a la Dimayor en un monto de setecientos ochenta y siete millones doscientos mil pesos (\$787.200.000).

**12.-** En memorial de 11 de diciembre de 2015 Dimayor solicitó corrección y complementación del laudo proferido toda vez que acusó errores aritméticos en el cálculo de las condenas en cuanto hace al valor de la pena, los intereses y las costas. Pidió, igualmente, complementación del laudo respecto de la rendición de cuentas del perito designado en el proceso arbitral. La totalidad de estos pedimentos fueron denegados por el Tribunal en providencia dictada el 14 de diciembre de 2015.

**13.-** Dimayor, en escrito de 1º de febrero de 2016 formuló recurso de anulación contra el laudo arbitral al amparo. Por Secretaría del Tribunal se corrió traslado de ello por el término de quince (15) días que transcurrieron entre el 3 y el 23 de febrero del mismo año oportunidad, precisamente en ese último día las convocantes presentaron memoria de oposición al recurso formulado.

**14.-** Enviadas las actuaciones el 26 de febrero de 2016 a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá esa Corporación en auto de 7 de marzo de 2016 declaró la falta de competencia para conocer del recurso y remitió el expediente a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

**15.-** En proveído de 25 de abril de 2016 esta Corporación avocó conocimiento del recurso de anulación disponiendo notificar esa decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El 12 de julio del mismo año el Consejero Ponente comunicó a la Sala estar incurso en causal de impedimento para conocer del asunto, manifestación que fue declarada como infundada por el Pleno de Sección Tercera en auto de 22 de septiembre de los cursantes.

### **EL RECURSO DE ANULACIÓN**

La División Mayor del Fútbol Colombiano pide se anule el laudo arbitral proferido el 3 de



diciembre de 2015 con fundamento en las siguientes causales y razones:

**1) Causal de anulación por omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso.**

Memoró el recurrente que el Estado Colombiano hace parte de la Comunidad Andina de Naciones y que el derecho comunitario andino tiene prevalencia, preeminencia, aplicación directa y efecto inmediato en el ordenamiento jurídico interno.

Expuso que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se configura una causal de anulación de los laudos arbitrales cuando se ha inobservado la obligación de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven. Alegó que un Tribunal de Arbitramento debía satisfacer este procedimiento siempre que el fallo deba ser en derecho, verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria.

En el *sub examine*, señaló, se pactó que el Tribunal de Arbitramento fallaría en derecho, afirmó, con auxilio de jurisprudencia arbitral, que los derechos que se derivan de la organización de partidos dentro de un campeonato de fútbol son derechos de autor y el litigio planteado se contrae a que los convocantes consideran que los derechos de emisión, retransmisión y comercialización de la Dimayor respecto del FPC estaban sometidos a un derecho de preferencia que la obligaba a continuar a 1° de enero de 2012 con el esquema de exclusividades al tiempo que Dimayor planteó como defensa que al término del contrato retomó plena autonomía y capacidad de disposición sobre los derechos de autor. Ergo, se encuentra en juego en el caso la normatividad contenida en la Decisión 351 de la Comunidad Andina “*Régimen Común sobre Derecho de autor y Derechos Conexos*”.

Detalló que de la Decisión 351 son relevantes las disposiciones normativas contenidas en los artículos 3°, 13, 15 y 31. El primero de estos deviene relevante por cuanto allí se recogen las definiciones de “emisión” y “retransmisión”, lo que tiene relación con el contrato pactado entre las partes pues el objeto de este involucra el licenciamiento de derechos para la emisión y retransmisión, entre otras, de los partidos del FPC; el segundo versa sobre el derecho exclusivo que tiene el autor de realizar, autorizar o



prohibir la reproducción de la obra o la comunicación pública de la misma, siendo el artículo 15 el que se encarga de definir lo que se comprende por “comunicación pública”. Finalmente, el último de los preceptos alude a que toda transferencia de derechos patrimoniales “se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo”, siendo relevante este precepto toda vez que fija un criterio hermenéutico restrictivo sobre los límites de la explotación de los derechos de autor licenciados en este caso por Dimayor a La alianza.

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

Consideró que en este caso el laudo se profirió en conciencia toda vez que era inaplicable la cláusula penal contenida en un contrato diferente al que se declaró como incumplido, punto en el cual afirmó que el Tribunal reconoció la existencia de dos contratos diferentes en el texto de la oferta aceptada siendo el contrato de opción preferente autónomo, diferente y separable de aquel de licenciamiento, de ahí, entonces, que el censor cuestione que el Tribunal no tuvo en cuenta esa separabilidad de contratos a la hora de condenar a Dimayor, pues declaró el incumplimiento del contrato de opción preferente pero hizo efectiva la pena pactada para el de licenciamiento. Todo ello, alega, implica una sustitución del razonamiento legal por una convicción íntima de justicia, esto es, un fallo en conciencia.

Otro supuesto de fallo en conciencia lo hizo consistir en que el laudo condenó a Dimayor al pago de la cláusula penal y los intereses moratorios de manera acumulativa siendo que, acorde al artículo 1600 del Código Civil, prohíbe expresamente exigir simultáneamente el pago de perjuicios y la multa. Cuestiona el recurrente que el Laudo, en este punto, no apoyó su razonamiento en derecho, disposición normativa o jurisprudencia, por ende, correspondió a la íntima convicción de justicia dictada por la conciencia.

Finalmente, como tercer evento de fallo en conciencia señaló que el Tribunal condenó a Dimayor al pago de intereses moratorios sobre intereses moratorios (anatocismo) causados en cada mes de duración del proceso. Explicó el punto sosteniendo que el Tribunal el pago de la cláusula penal en pesos colombianos se hizo acorde a la TRM vigente para el 1° de enero de 2012 (cuando consideró se produjo el incumplimiento),



esa cifra se actualizó con el IPC entre esa fecha y el 20 de octubre de 2014 cuando se notificó la demanda arbitral y, en adelante, hasta el 3 de diciembre de 2015, fecha del laudo, sobre el monto se tasaron intereses moratorios comerciales. Alegó el recurrente que el anatocismo se hizo consistir en que cada mes liquidado los intereses causados entraron a formar parte del capital o base del siguiente mes. Todo ello, sostiene el recurrente, sin ningún tipo de consideración jurídica, constituyendo ello una marginación del ordenamiento jurídico colombiano.

**3) Causal 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”**

El censor consideró que el laudo dictado incurrió en este vicio de anulación toda vez que fallo al margen de lo pedido (extra petita) al haber declarado la existencia de dos contratos y el incumplimiento de uno de ellos, siendo que lo pretendido en la demanda era la declaratoria de existencia de uno de ellos y que refiere a la Oferta Comercial para la Licencia de los Derechos para la transmisión y comercialización del Campeonato del Fútbol Profesional Colombiano. Por ello, hizo consistir el yerro en que el Tribunal declaró el incumplimiento de un contrato independiente y ajeno a aquel cuya declaratoria de existencia e incumplimiento se pidió por los convocantes. Esta incongruencia, sostiene, impidió reconocer que la Dimayor no incumplió en su totalidad el contrato, siendo procedente entonces la rebaja de la pena prescrita en el artículo 1596 del Código Civil, y vulneró el derecho de defensa por cuanto Dimayor estructuró su estrategia defensiva sobre el incumplimiento de un contrato y no sobre la existencia e incumplimiento de dos contratos.

De otra parte, hizo a juicio del recurrente el laudo concedió más de lo pedido (ultra petita) toda vez que de la lectura de la cláusula penal pactada en el punto sexto del contrato se sigue que allí se convino que para la efectividad de la misma debía enviarse comunicación donde se informe a la contraparte que ha incurrido en incumplimiento contando con treinta (30) días la otra para subsanar su obligación. Como La Alianza envió el 27 de marzo de 2012 a Dimayor la comunicación de incumplimiento el término de treinta (30) días corrió hasta el 27 de abril de 2012, por ende la liquidación de la pena debió efectuarse con la TRM de esa fecha y no del 1° de enero de 2012, como lo hizo el Tribunal. Por ende, consideró el recurrente que el Tribunal se apartó expresamente de lo pedido en la demanda y fue más allá pues en vez de liquidar el



monto de la pena (\$8.500.000 USD) acorde a lo pactado en la cláusula sexta del contrato, “*decidió utilizar otra cláusula penal diferente en la cual no se contempla el plazo de los treinta (30) días de subsanación*”.

Por último, se alegó que el laudo concedió intereses mercantiles moratorios más allá de los pedidos al realizar una capitalización mensual de los mismos que nunca se pidió en la demanda y/o exceden los solicitados.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

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

### **CONSIDERACIONES**

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

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

1.1.- Ya en anteriores oportunidades<sup>8</sup> se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o *in procedendo*, más no de juzgamiento o

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



*in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley.

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

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

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

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

1.6.- Teniendo en cuenta que por medio del artículo 119 del Estatuto al que se alude se precisó que éste empezaría a regir 3 meses después de su promulgación, esto es, desde el 12 de octubre de 2012 y que el proceso que dio lugar al presente litigio se inició el 20 de diciembre de 2013<sup>9</sup>, es evidente que al presente asunto le son aplicables las normas previstas en dicho Estatuto.

1.7.- Tal como se manifestó en líneas anteriores el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral conduce a una limitación en la competencia del juez del recurso, de forma tal que en sede de anulación éste no puede suponer lo manifestado por el recurrente para tratar de establecer la causal que invoca<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Folios 199 a 224 de la Carpeta No. 1.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,



1.8.- Así las cosas, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, pero además que se sustente clara y suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre compelido a realizar un esfuerzo adicional para tratar de deducir la causal que se aduce.

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

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

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

## **2. El Derecho Comunitario Andino. Propósitos, características y elementos integrantes. Obligatoriedad de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para las autoridades de los Estados Miembros de la misma<sup>11</sup>.**

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

---

<sup>11</sup> Este punto recoge, en lo pertinente, lo resuelto en el fallo de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de agosto de 2012, Exp. 43281 y en la sentencia de 1º de agosto de 2016, Exp. 54315 dictada, esta última, por la Sala de Subsección C de la Sección Tercera que reiteró esta misma materia.



propios y diferentes de los consustanciales al Derecho Internacional clásico fundado en la reciprocidad igualitaria, en la negociación y asentimiento previo a cada paso de la interacción, en los conceptos de soberanía nacional, de libre determinación de los Estados y de predominio de los intereses nacionales.

2.2.- El Derecho Comunitario Andino como ordenamiento jurídico al que está sujeto todo Estado miembro, entre ellos Colombia, es producto del sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática<sup>12</sup>, que extiende sus raíces a ámbitos de regulación normativa en los que los principios de supranacionalidad<sup>13</sup>, subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa<sup>14</sup>

<sup>12</sup> “La ampliación de la democracia en los procesos de internacionalización económica, responde a la exigencia común de encontrar patrones similares que permitan comprometer la voluntad de los Estados, en el desenvolvimiento de reglas claras y previsibles acordes con la ideología política de la organización Estatal. En efecto, el ideario de la democracia internacional, supone la existencia de dos obligaciones. Una de contenido tácito o implícito, que se encuentra en el pacto mutuo de no agresión, y otra de contenido positivo, la cual se resume en la voluntad de los contrayentes de las obligaciones internacionales de establecer reglas de solución pacífica a los conflictos venideros. Esos compromisos resultan acordes a una ideología con marcada preponderancia de la democracia, en cuanto entienden que la prohibición de la fuerza, permite la protección de las libertades y derechos inalienables de los individuos y, a su vez, facilita las prácticas para el desarrollo del comercio exterior, a contrario sensu, de lo que sucede con las ideologías de los gobiernos autocráticos o aquellos cuya presunta legitimidad resulta del uso de la coacción. En la actualidad, existe la tendencia a consolidar dichos procesos de integración sobre la base común de la existencia formal y material de un régimen político conexo, principalmente a través del ideario universal de la democracia internacional. Pero la exigibilidad de la democracia como presupuesto esencial para avanzar hacia la intensificación de los procesos de integración económica, no puede conducir a la imposición de un modelo de régimen político que contradiga la voluntad soberana del pueblo manifestada en una Constitución y, en especial, los derechos a la libre autodeterminación e independencia política del poder soberano. Por ello, es trascendente que los tratados internacionales que se dirijan a la obtención del citado fin, delimiten con suma atención y precisión las materias atinentes a la integración económica y a las sanciones derivadas por su incumplimiento, sin incluir disposiciones que conduzcan o se orienten a exigir una transformación política del Estado soberano, no asumida directamente por el poder constituyente originario”. Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2004.

<sup>13</sup> “Como es sabido, el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena- implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como preemption- a la norma nacional”. Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996. Puede verse: Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de septiembre de 1979.

<sup>14</sup> “La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995.

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



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

2.3.- Así mismo, cabe reconocer que el derecho comunitario andino, como se afirma del derecho comunitario europeo, tiene los siguientes rasgos: **a.)** se trata de un derecho internacional regional<sup>15</sup>, o propio a una sub-región como la andina; **b.)** es un derecho cuya producción normativa deriva del seno de una organización internacional (Comunidad Andina); **c.)** la razón de ser de las normas comunitarias andinas se encuentran en los Tratados constitutivos y en los procedimientos de elaboración normativa; y, **d.)** el derecho comunitario andino es una rama, o sub-materia del derecho internacional público<sup>16</sup>.

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

“[E]n un proceso de integración, que no es otra cosa que un programa de unificación, de tendencia a crear comunidades, uniones de países en lo económico, se desdibujan aquellos perfiles políticos de las relaciones internacionales, buscando compatibilidades y generando síntesis superadoras de los antagonismos nacionalistas. El multilateralismo, la confluencia, la convergencia, es el espíritu que dinamiza el derecho de la integración, en busca de la identidad comunitaria que inclina a los países para integrarse en su obrar conjunto”<sup>17</sup>.

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

---

mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”. Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997.

<sup>15</sup> Puede verse: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Madrid, Tecnos, 2003, p.81.

<sup>16</sup> ACOSTA ESTEVEZ, José. “El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea”, en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].

<sup>17</sup> SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 2, Ediciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p. 11.



contener normas aplicables por sí mismas, dota a las instituciones comunitarias de competencias y de instrumentos jurídicos encaminados a proseguir el proceso integracionista y **(iii)** comoquiera que la organización comunitaria no constituye un Estado —aunque sí se trata de un sujeto de Derecho Internacional—, carece de fuerzas militares o de policía, de aparatos coercitivos, de suerte que sus mecanismos de aplicación eficaz no pueden ser otros que la obligatoriedad y la superioridad de su Derecho respecto de los ordenamientos nacionales, características debidamente aseguradas por la conjunción de precisos cauces o canales de control de la legalidad de sus decisiones y de garantía de cabal cumplimiento de las mismas<sup>18</sup>.

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

“El ordenamiento jurídico comunitario, como es sabido, se configura como un conjunto de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los estados miembros y sus ciudadanos, dotado de órganos propios con poderes soberanos en ciertas materias específicas y en donde sus miembros han cedido parcialmente la soberanía nacional en ámbitos que se han reservado a la autoridad comunitaria. Sin embargo, los países miembros conservan competencias residuales o complementarias de naturaleza legislativa que deben ejercer conforme a la política legislativa común. Es por lo anterior que se ha señalado que las partes que conforman la comunidad sólo pueden actuar, en adelante, como gestores del interés común, dejando de lado el criterio tradicional de soberanía excluyente para reemplazarlo por el de soberanía compartida en cada materia, lo que se ajusta más al concepto actual de derecho comunitario”<sup>19</sup>.

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

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

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

<sup>18</sup> SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., p. 12.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de enero de 2000, Radicación: 4630.



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”.

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

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

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

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

2.10.- Es bien sabido que los principios del derecho internacional obligan a los Estados a respetar los tratados que los vinculan y, especialmente, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales con el propósito de evitar que se comprometa su responsabilidad internacional. Acerca de este aspecto, la Corte Constitucional ha argumentado que el artículo 93 de la Constitución establece la prevalencia de los Tratados Internacionales, específicamente los que consagran la



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

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

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

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

“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”<sup>20</sup>.

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

<sup>20</sup> “De donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, al tenor de lo previsto en el artículo 93 de la Carta, carece de fundamento. Sin embargo, de manera excepcional ha admitido la Corte que algunas normas comunitarias puedan integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de normas de esta naturaleza que de manera explícita y directa reconozcan y desarrollen derechos humanos”. Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2006.



supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta *“para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone”*<sup>21</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.

2.14.- Acerca del Derecho Internacional Público, cabe decir que el mismo no se ocupa de regular directamente la manera en que las normas contenidas en los tratados han de integrarse con los ordenamientos jurídicos de los Estados y defiere tan importante materia a lo que cada sistema jurídico nacional prevea soberanamente, en función de la concepción de las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno que en cada país se prohíje, de entre las dos grandes opciones que se presentan respecto de dicho propósito: *dualismo o monismo*<sup>22</sup>.

2.15.- La concepción *dualista*, durante mucho tiempo prevalente, considera que el orden jurídico internacional y los ordenamientos nacionales constituyen sistemas independientes y separados que coexisten de forma paralela, de suerte que un tratado

<sup>21</sup> 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>22</sup> “En atención a las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos sobre la recepción de las normas convencionales internacionales, cabe dividirlos en ordenamientos jurídicos dualistas y monistas. En los sistemas dualistas no cabe la posibilidad de que los órganos internos apliquen los tratados internacionales mientras que no hayan sido transformados mediante un acto normativo interno, ya que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos jurídicos internos. Esta postura tiene su razón de ser en el hecho de que el Derecho internacional y los Derechos internos son concebidos como ordenamientos jurídicos separados e independientes. Desde esta perspectiva, “una norma internacional incorporada a un ordenamiento interno lo será en virtud de algún mandato legal establecido en el ordenamiento interno, pero al incorporarse pierde su naturaleza internacional para convertirse en norma interna. En realidad la norma será internacional por su origen, pero plenamente interna en cuanto a su naturaleza y aplicabilidad” (RODRÍGUEZ CARRIÓN, A: Lecciones de Derecho internacional público, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 26). El sistema monista, al contrario que el dualista, proclama la unidad de todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que expresiones diferenciadas del fenómeno jurídico, y, por tanto, los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno una vez obligatorios en el ámbito internacional pues, como señala MANGAS MARTÍN, no puede existir “una disociación entre la validez internacional de la norma y la validez interna” (MANGAS MARTÍN, A: La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos, en “Instituciones de Derecho internacional público”, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 221). ACOSTA ESTEVEZ, José. “El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea”, en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].



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

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

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

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



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

- el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción;
- las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario;
- los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario<sup>23</sup> (subrayas fuera del texto original).

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

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

Admitiendo estas influencias, no se puede negar que, al mismo tiempo, existen visibles diferencias entre las dos instituciones. Esta diversidad proviene, sin duda, de la índole

<sup>23</sup> ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 190-191.



de los respectivos procesos de integración económica, así como de la naturaleza de sus órdenes normativos e institucionales.

(...)

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

(...)

Salta a la vista que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal europeo es similar a la del Tribunal andino. Se trata de dos instituciones de carácter permanente y provistas de suficiente independencia, cuya misión consiste en aplicar, por la vía jurisdiccional, los ordenamientos jurídicos comunes de dos procesos de integración económica. Para esto están dotados de competencias para controlar la legalidad de los actos de los órganos comunes que tienen facultades normativas y ejecutivas, para dirimir las controversias que se presenten como consecuencia de la conducta de los Estados miembros y de los órganos de ambos sistemas de integración y, finalmente, para interpretar de manera uniforme el derecho común<sup>24</sup>.

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

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

<sup>24</sup> ZELADA CASTEDO, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Montevideo, 1985, pp. 144-145; en idéntico sentido, véase URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, pp. 123-124. El citado autor, a este mismo respecto, sostiene lo siguiente:

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

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



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

2.21.- La supranacionalidad, pues, no implica la renuncia a la soberanía, sino la limitación a la misma a partir del “voluntario sometimiento expresado en tratados internacionales”, como fue advertido en la “sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 5 de febrero de 1963 en el caso ‘Vand Gend y Loos’ (...) la Comunidad (Europea) constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos”. Lo anterior significa “que los Estados pueden pactar mediante tratados cuantas limitaciones a su soberanía se estimen oportunas, sin que ello signifique, de ningún modo, transferencia de soberanía, especialmente cuando estos tratados establecen procedimientos u órganos supranacionales por cuyo medio y en cuyo ámbito han entendido encauzar mejor los asuntos de su recíproco interés”<sup>25</sup>.

2.22.- Esa personalidad jurídica, de todos modos, no es plena —como la de los Estados—, sino que se encuentra limitada al propósito de procurar los objetivos y de ejercer las funciones que le fueron confiadas a la organización comunitaria desde sus actos y normas fundacionales, por manera que se le brinda autonomía al nuevo ente, pero afectada por el principio de atribución<sup>26</sup>. Se trata, en últimas, del voluntario sometimiento, por parte de los Estados miembros de la Comunidad Andina, a un orden jurídico integrado<sup>27</sup>, lo que constituye el objetivo y el límite a las competencias de los órganos que integran a esta última, por manera que aquéllos —los Estados— están

<sup>25</sup> VASQUEZ, Adolfo Roberto. “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuesación en los países del Mercosur”, en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr16.pdf>].

<sup>26</sup> “En efecto, para conseguir los objetivos mencionados y para desarrollar mediante unas normas jurídicas propias y autónomas el mercado interior único y las políticas que lo complementan, la Unión Europea tiene atribuidas una serie de funciones y de competencias. En este sentido, cabe destacar a título preliminar, como la Unión Europea y las Comunidades europeas sobre las que se sustenta, no gozan de competencias ilimitadas y ello a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vasto alcance, puesto que, a diferencia de los Estados y a semejanza de las demás Organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una simple competencia de atribución”. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

<sup>27</sup> “Esta idea es la que inspira a la doctrina jurisprudencial comunitaria en la materia desde la ya lejana Sentencia Costa c. ENEL de 1964, cuando el TJCE afirmaba que: “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que se impone a sus jurisdicciones”. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].



dispuestos a subordinar sus intereses nacionales y su jerarquía nacional de valores a los referidos intereses y finalidades que dieron origen al ente comunitario<sup>28</sup>.

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

2.24.- Así entendido el concepto de supranacionalidad, como distinto de las nociones de internacional, interestatal o intergubernamental, entraña una manera de obrar independiente y conjunta, en ejercicio de los poderes cedidos por los Estados miembros a los órganos encargados de la integración e *“implica una superación del principio del do ut des, que entrañaba reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, para ser sustituido por la idea de comunidad, de unión cooperativa, de co-participación en un proceso, de pertenencia a un todo mayor en la realización de cuyos fines se realizan también los de las partes”*<sup>29</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;

<sup>28</sup> TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric, “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, en *Revista Oasis, Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 328-329.

<sup>29</sup> SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., p. 15.



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>30</sup>.

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

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

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

---

<sup>30</sup> *Idem*, pp. 14-15.



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

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

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

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros<sup>31</sup> (énfasis añadido).

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

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

<sup>31</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.



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

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

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

(...)

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

(...)

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



esta aplicación (...) implique la derogación de la norma nacional<sup>32</sup> (subrayas añadidas).

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

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

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

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

.....

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

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

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

<sup>32</sup> ANDUEZA, José Guillermo, “La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, cit., pp., 39-43.



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

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

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

El Tribunal Andino en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: 'tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias'<sup>33</sup>.

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

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

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.



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

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

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

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

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

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



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

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

Asimismo, el artículo 4º idem prevé que los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. También se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

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

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

(...)

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

(...)

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



Fuerza es, entonces, declarar la nulidad del Decreto 635 de 16 de abril de 2001, por las razones expuestas<sup>34</sup>.

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

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

En virtud de lo anterior, no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria. Podrá desarrollarla, pero esta facultad es excepcional y sólo es posible ejercerla cuando sea necesario para lograr la aplicación de aquella<sup>35</sup>.

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

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de abril de 2010; Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso; Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00163-01; Actor: Dorian Rocha Ávila. En otra ocasión, la Sección Primera de esta Corporación, sobre el mismo punto en cuestión, sostuvo lo siguiente:

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

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

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

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

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

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998; Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.



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

2.37.- Por lo anterior, suele afirmarse que el Derecho de la Integración supera al Derecho Internacional Clásico, toda vez que aquél crea un orden jurídico al cual se encuentran sujetos tanto los Estados Miembros en su condición de tales, como además, directamente, resultan destinatarias de sus normas todas las personas naturales y jurídicas de la comunidad nacional, razón que conduce a distinguir *“entre un orden “super-estatal”, que se refiere únicamente a los Estados, y un orden “supra-nacional”, estatuido por organismos comunitarios y directamente aplicable a todos los habitantes de la subregión”*<sup>36</sup>. De otro modo no existiría y menos operaría de forma eficaz el derecho común como instrumento *sine qua non* del proceso integracionista; en el Derecho Comunitario *“se cumple así el llamado más propiamente proceso de “articulación”, llamado también de “incardinación”, cuyo objetivo es implantar el derecho común en las distintas jurisdicciones nacionales, en condiciones de igualdad”*<sup>37</sup>, lo cual, en el caso de la integración andina, supone que la misma *“concierna a los individuos de la subregión, y el Acuerdo y las normas derivadas del mismo no pueden entenderse como un compromiso que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Países Miembros contratantes, sino que constituye un nuevo orden jurídico, cuyos sujetos son tanto los Estados como sus justiciables”*<sup>38</sup>.

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

<sup>36</sup> URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, cit., p. 53.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>38</sup> PACHON MUÑOZ, Manuel, *Propiedad industrial y Derecho Comunitario Andino*, Ediciones Legales, Bogotá, 1990, pp. 43-45.



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

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

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

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

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

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

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

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

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



En la sentencia de 10 de junio de 1987, este Tribunal expresó que 'ha de tenerse en cuenta además, que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino'. (Gaceta Oficial N° 21, de 15 de julio de 1987, Proceso 2-N-86)<sup>39</sup>.

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

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

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

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

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

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

“**Artículo 4.-** Los Países Miembros **están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.** (negrilla y subrayado fuera de texto)

<sup>39</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.



Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”<sup>40</sup> (destacado en el texto original).

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

### **“3. El derecho comunitario y el derecho nacional.**

El pacto Andino surgió como una necesidad de los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela) de instaurar un sistema de integración de sus intereses económicos, destinado a lograr el desarrollo equilibrado y armónico de la subregión y a acelerar su crecimiento, mediante la armonización de sus políticas económicas y la coordinación de los planes de desarrollo.<sup>41</sup>

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

Sobre el alcance vinculante de las decisiones de los órganos comunitarios, tuvo ocasión la Corte Suprema de Justicia de pronunciarse en sentencia del 27 de Febrero de 1975, así:<sup>42</sup>

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

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

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de mayo de 2009; Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00464-01; Actor: Ramiro Rodríguez López.

<sup>41</sup> Nota original de la sentencia citada: I. Acuerdo de Cartagena firmado el 26 de Mayo de 1969 y aprobado por la ley 8a. de Abril 14 de 1973.

<sup>42</sup> Nota original de la sentencia citada: M.P. José Gabriel de la Vega.



(...)

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

"Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales".<sup>43</sup>

2.41.- Y en relación con los mencionados **efectos directos o inmediatos** como propiedad inherente al Derecho Comunitario, ella consiste en que una vez adoptada y publicada una norma comunitaria, la misma se constituye en fuente de derechos y de obligaciones tanto para las autoridades públicas como para los habitantes del territorio de los Países Miembros; esto es, que el Derecho Comunitario se inserta automáticamente en el ordenamiento interno de los Estados Miembros y además cuenta con la virtualidad de pasar a formar parte, también de manera inmediata, del patrimonio jurídico de los particulares, por manera que se constituye para ellos en fuente de derechos y/o de obligaciones tanto en sus relaciones con otros particulares, como en su interacción con las autoridades públicas internas; así las cosas, el efecto directo de las normas comunitarias comporta *"el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende"*<sup>44</sup> (negrillas añadidas).

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

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

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

R. Lecourt, Ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió este principio, diciendo que 'es el derecho de cualquier persona de pedir al Juez

<sup>43</sup> Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995; Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>44</sup> ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario general*, cit., p. 194.



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

Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales<sup>45</sup>.

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

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

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

Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía<sup>46</sup>.

2.44.- Corolario de la mencionada autonomía es la *intangibilidad* del Derecho Comunitario, por virtud de la cual las autoridades de los Países Miembros tienen vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las

<sup>45</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.

<sup>46</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 89-AI-2000.



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>47</sup>.

2.45.- En cuanto a los distintos niveles normativos que pueden identificarse en el Derecho Comunitario Andino, debe hacerse referencia a los siguientes cuatro<sup>48</sup>:

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

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

<sup>47</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 5-IP-95.

<sup>48</sup> SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., pp. 16-18.



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

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

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

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

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

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

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

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

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



Zelada Gástelo Alberto, en 'El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena', pág. 152)<sup>49</sup>.

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

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

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

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

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

<sup>49</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 1-AN-97.



investigaciones administrativa o fase pre-contenciosa de los procesos dentro de los cuales se busca establecer la responsabilidad de los Estados Parte por incumplimiento de la normatividad o de las decisiones de los órganos comunitarios. El propio Tratado de Creación del originariamente denominado Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1979 delimitó las competencias del Tribunal Andino sobre tres acciones: la de nulidad, la de incumplimiento y la de interpretación prejudicial.

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

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

“Las razones enunciadas en la parte motiva de aquel Tratado para justificar la creación del Tribunal, se concretaron en éstas: 1o. la necesidad de “garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena”; declaración que fija la materia de sus competencias; 2o. la “complejidad de su ordenamiento jurídico”, alusión a los niveles, el primario, el secundario, y a su difícil relación con los ordenamientos nacionales, y 3o. la salvaguardia del ordenamiento por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, “con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”, a fin de que la integración económica alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de aquellos Países”<sup>50</sup>.

2.52.- En consideración a lo anterior, se ha sostenido<sup>51</sup> que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal en comento puede caracterizarse a través de los siguientes rasgos: **(i)** se trata de un órgano principal del sistema institucional del programa de integración de la Comunidad Andina; **(ii)** tiene la función básica de asegurar el respeto

<sup>50</sup> SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario andino*, cit., p. 133.

<sup>51</sup> ZELADA CASTEDO, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en VV.AA., *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, INTAL-BID, Montevideo, 1985, p. 147.



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

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

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

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



obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino<sup>52</sup> (se deja destacado).

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

“Se sostiene que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal. Este recurso es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados. Es una acción autónoma, propia, independiente y sui-géneris derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas. El Abogado General Mayrás del Tribunal Europeo, estima que el incumplimiento se produce también como consecuencia de que “... un Estado Miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el Derecho Comunitario Derivado”. (As. 39/72, Comisión contra Italia, Rec. 1973, pág. 11)<sup>53</sup>.

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

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

<sup>52</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.

<sup>53</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.



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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

2.59.- Respecto de la trascendencia del deber de acatar las decisiones adoptadas por el TJCA en los fallos que declaran el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de los Estados Miembros de la Comunidad Andina y de los propósitos que se persiguen con la instrucción de los procedimientos sumarios que se siguen con ocasión de la inobservancia de lo resuelto en dichas sentencias, resulta de interés referir aquello que expuso el TJCA en el pronunciamiento que a este respecto profirió en el proceso 01-AI-97:



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

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

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

2.60.- Han tenido lugar casos en los cuales el Tribunal ha resuelto imponer sanciones para lograr el cumplimiento coercitivo de las sentencias de incumplimiento que profiere, el actual sistema de sanciones ha abierto paso a la imposición de dos tipos de correctivos: **(i)** la autorización a los Países Miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco productos del país incumplidor o **(ii)** la orden de introducir limitaciones respecto de las normas de origen o suspensión de la emisión de certificados de origen, por manera que el Estado sancionado pierde la ventaja que se deriva del Programa de Liberación y debe pagar el arancel que se exige a terceros países<sup>54</sup>. Por vía de ejemplo, se cita a continuación la parte resolutive del pronunciamiento mediante el cual se decidió el procedimiento sumario por desacato adelantado dentro del proceso No. 72-AI-2000:

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

**Segundo:** Autorizar a los Gobiernos de los demás Países Miembros para hacer efectiva la sanción impuesta en este auto, a partir de su notificación. Los Gobiernos en referencia deberán informar al Tribunal, la lista de los productos objeto del referido gravamen adicional, una vez que la hayan adoptado”.

<sup>54</sup> SASAKI OTANI, María Ángela, “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 301-337.



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

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

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

“En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento<sup>55</sup> para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”<sup>56</sup>

Hoy la ley<sup>57</sup> define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

**4.2.** Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad<sup>58</sup> pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.<sup>59</sup>

Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.<sup>60</sup>

La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.<sup>61</sup>

Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.<sup>62</sup>

Uno de tales postulados ha sido recogido y expuesto hoy por la Corte Constitucional<sup>63</sup> en los siguientes términos:

“Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación

<sup>55</sup> Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96 (Cita original del texto citado)

<sup>56</sup> Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º (Cita original del texto citado)

<sup>57</sup> Ley 446 de 1998, artículo 111. (Cita original del texto citado)

<sup>58</sup> P. G. CARON. “*Aequitas*” Romana, “*Misericordia*” Patristica Ed “*Epicheia*” Aristotelica Nella Dottrina Dell’*Aequitas*” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2. (Cita original del texto citado)

<sup>59</sup> Ibidem. (Cita original del texto citado)

<sup>60</sup> ARISTOTELES. *Etica a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86. (Cita original del texto citado)

<sup>61</sup> P. G. CARON. “*Aequitas*... Opus. Cit., p. 6. (Cita original del texto citado)

<sup>62</sup> Ibidem, p. 98-104. (Cita original del texto citado)

<sup>63</sup> Sentencia T-518 de 1998. (Cita original del texto citado)



judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

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

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

**4.3.** La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.<sup>64</sup>

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio<sup>65</sup> o de las normas jurídicas,<sup>66</sup> por la ausencia de razonamientos jurídicos<sup>67</sup> o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.<sup>68</sup>

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

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

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

Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320). (Cita original del texto citado)

<sup>65</sup> Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468). (Cita original del texto citado)

<sup>66</sup> Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543). (Cita original del texto citado)

<sup>67</sup> Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543). (Cita original del texto citado)

<sup>68</sup> Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411). (Cita original del texto citado)

<sup>69</sup> Artículo 116 de la Constitución Política. (Cita original del texto citado)



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

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los arbitros, las partes los habilitan<sup>70</sup> para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.<sup>71</sup>

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

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

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

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

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

En efecto, la providencia será en equidad cuando: **a)** El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; **b)** El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

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

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

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

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

Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal<sup>72</sup>.

#### **4.- La anulación del laudo por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido**

<sup>70</sup> Artículo 116 de la Constitución Política. (Cita original del texto citado)

<sup>71</sup> Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C. (Cita original del texto citado)

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 38.621.



**sobre cuestiones sujetas al arbitramento**<sup>73</sup>. Causal novena de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

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

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

4.3.- Pues bien, en vigencia de dicho Estatuto se estimaba que por medio de ésta causal se procuraba garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, principio éste que conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado<sup>74</sup>.

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

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

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

---

<sup>73</sup> Se retoma en este punto lo pertinente del fallo de 13 de abril de 2015, Exp. 52556 de esta Subsección.

<sup>74</sup> *Ibídem*.



*procedendo* se configurara ante las discrepancias que se presentaran entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

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

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

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

4.10.- Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que una entidad estatal no alega la falta de competencia del Tribunal arbitral por estimar que éste se pronunció sobre aspectos que no se encontraban sujetos a su decisión y no interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia poniendo de presente dicha circunstancia, no puede ahora venir a alegar la anulación del laudo arbitral con



fundamento en la causal a la que se alude, pues es claro que debió hacerlo con base en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 y agotar el requisito de impugnación aludido.

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

4.12.- Sobre éste aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo *citra petita*<sup>75</sup> consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.

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

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

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

4.16.- Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo *extra petita*, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo

---

<sup>75</sup> La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.



*ultra petita*, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo *citra petita*, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

## **5.- Caso concreto.**

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la anulación se tiene que el recurrente invoca como causales de anulación del laudo de 3 de diciembre de 2015 las previstas en los numerales 7º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y la que hizo consistir en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso.

### **5.1.- Primer cargo de anulación formulado. La omisión consistente en solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso.**

5.1.- En virtud del primero de estos cargos alegó el censor que el Tribunal de arbitramento debió solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones la interpretación prejudicial de los artículos 3º, 13, 15, 31 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina “*Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*”, al considerar que el litigio planteado involucra derechos de autor de la Dimayor respecto de los partidos del Fútbol Profesional Colombiano.

5.2.- En su memoria de réplica la parte convocante expuso, entre otras razones, que este supuesto no está reconocido como motivo de anulación y, al hilo de ello, alegó que en gracia de discusión debió la parte interesada satisfacer la carga procesal de invocar ante el Tribunal tal cuestión antes que este dictara su laudo. Como la prosperidad de uno u otro argumento relevaría el estudio de fondo de esta causal, debe la Sala ocuparse de tales cuestiones de manera preliminar.

5.3.- Sabidas son las características de efecto directo<sup>76</sup>, aplicación inmediata<sup>77</sup> o directa<sup>78</sup>, autonomía<sup>79</sup> y preeminencia<sup>80</sup> del Derecho Comunitario Andino, como también

---

<sup>76</sup> “(...) el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.” Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 24 de marzo de 1997. Proceso 03-AI-96.



que éste llama, en virtud de su carácter normativo, a su obligada observancia por las autoridades estatales sin distinción alguna, esto es, vincula a los Estados parte concebidos como un todo, generando, entre otras, el desplazamiento –que no derogatoria– de la regla jurídica interna en beneficio de la norma de derecho comunitario<sup>81-82</sup>. Luego, no hay lugar a reconocer válidamente escenarios bajo los cuales los poderes estatales puedan sustraerse a la observancia de sus preceptivas<sup>83</sup>.

---

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

<sup>77</sup> “La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigido”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de marzo de 1997. Proceso 08-IP-96.

<sup>78</sup> “Para este Tribunal el efecto que tiene el principio, intrínseco al Derecho Comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos judiciales o administrativos el derecho comunitario involucrado en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que nace por sí misma y sin requerimiento o declaración de ninguna especie.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 16 de junio de 1999. Proceso No. 30-IP-98.

<sup>79</sup> “Principio de Autonomía. Este principio es un efecto y un complemento claro del Principio de Primacía. Consagra al ordenamiento jurídico comunitario andino como un “sistema jurídico”, es decir, como un todo coherente dotado de unidad, basado en un conjunto de principios y reglas estructurales que se derivan de él mismo, sin soportarlas en ningún otro ordenamiento jurídico. En otras palabras, **la validez del ordenamiento jurídico comunitario andino no depende de ningún otro ordenamiento local, nacional o internacional.**” (Resaltado propio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 29 de abril de 2010. Proceso 114-IP-2009.

<sup>80</sup> “se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la “validez plena” de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de diciembre de 1987. Proceso 1-IP-87.

<sup>81</sup> “En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. (...)

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

<sup>82</sup> “Se debe aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas de derecho interno y sólo aplicar éstas en los casos en que la norma comunitaria no se refiera al tema y siempre y cuando dichas normas no contravengan el derecho comunitario.” [Punto resolutivo tercero de la sentencia]. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Proceso 14-IP-2014.

<sup>83</sup> “Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, son aplicables en los Países Miembros no sólo a sus gobiernos centrales, sino a todos los entes estatales, incluyendo a sus autoridades descentralizadas, y a las autoridades locales o regionales.” Dictamen No. 01-97 de la Junta del Acuerdo de Cartagena. Aparte transcrito y reiterado en la Sentencia de 7 de diciembre de 1998 del Proceso No. 03-AI-97 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.



Afirmar lo contrario sería tanto como socavar los cimientos sobre los cuales se edifica la normativa integracionista, descreer el carácter jurídico del ordenamiento comunitario y perder de vista la teleología perseguida por los Estados parte a la hora de constituir la Comunidad.

5.4.- Tales notas distintivas, entonces, imponen a los Estados parte los deberes de asegurar el cumplimiento de la normativa Comunitaria en su respectiva jurisdicción territorial y de no contrariar u obstaculizar la misma<sup>84</sup>; precisos mandatos de acción y abstención en torno a un mismo ideal: el primado del derecho comunitario<sup>85</sup>.

5.5.- Es en este contexto en el que se inscribe la institución de la interpretación prejudicial, disciplinada en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 122 y 123 de la Decisión 500 de 2001, pensada como un instrumento garante de la atribución de sentido uniforme<sup>86</sup> de las disposiciones de derecho comunitario en todas las jurisdicciones donde deban ser aplicadas. Los predicamentos de uniformidad y coherencia del sistema jurídico comunitario sólo son posibles observando la interpretación autorizada que del ordenamiento jurídico primario y derivado de la Comunidad hace el Tribunal de Justicia y ello se logra a través de las consultas facultativa y obligatoria<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina de Naciones. Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

<sup>85</sup> “Ahora bien, en aplicación y como corolario de los principios y características anteriormente descritos, (...) se le imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo: una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y, otra, de no hacer, conducente a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 12 de noviembre de 1999. Proceso No. 07-AI-99.

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

<sup>86</sup> Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Artículo 32. Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

<sup>87</sup> “Se trata de un mecanismo de cooperación judicial, en virtud del cual, tanto el órgano jurisdiccional como el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, están llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una correcta decisión.

Tanto los Tratados de las Comunidades Europeas como el nuestro, ubican este mecanismo como el procedimiento técnico para asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario y, más exactamente, para garantizar a ese Derecho en toda



5.6.- En cuanto hace a la interpretación prejudicial obligatoria, se tiene que es deber de la autoridad judicial interna solicitarla, bien sea de oficio o a pedido de parte, siempre que el juicio que se tramita sea de única o última instancia, la sentencia no sea susceptible de recursos en derecho interno y en él se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Es del caso precisar que hay lugar a la solicitud de interpretación prejudicial, inclusive, respecto de disposiciones comunitarias de las que ya el Tribunal de Justicia ha emitido su interpretación, pues la jurisprudencia no ha dado cabida a la doctrina del *acto aclarado* y por el contrario ha reafirmado el deber de interpretar cada asunto no en vano los precedentes interpretativos que puedan existir apoyado, entre otras, en razones de seguridad jurídica<sup>88</sup>.

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

5.8.- De otra parte, la jurisprudencia comunitaria ha extendido, atendiendo al criterio funcional, material u objetivo<sup>89</sup>, este deber a las entidades administrativas que cumplan

---

circunstancia, el mismo efecto en los Estados miembros (Art. 28 del Tratado de creación del Tribunal).” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 19 de septiembre de 1995. Proceso 9-IP-1992.

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

<sup>88</sup> “debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos. Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de diciembre de 1987. Proceso 1-IP-87.

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

<sup>89</sup> “Cuando se toma en cuenta el criterio funcional, material u objetivo y no únicamente el criterio orgánico, formal o subjetivo, se debe ampliar necesariamente la noción de juez nacional, puesto que los Estados tienen la potestad de atribuir



funciones jurisdiccionales<sup>90</sup> y los tribunales de arbitramiento que dictan fallos en única o última instancia y en derecho<sup>91</sup>, inclusive. De ahí que la noción de ‘*juez nacional*’ se determine con arreglo a los fines del derecho comunitario<sup>92</sup>.

5.9.- Se ha dicho, en cuanto hace a las vicisitudes de la interpretación prejudicial obligatoria dentro del proceso judicial, que ésta no tiene la naturaleza de una petición probatoria<sup>93</sup> (de ahí que ninguno de los trámites, cargas u oportunidades probatorias sean de recibo para este instrumento), por el contrario, se le ha asimilado a un incidente procesal<sup>94</sup> que suspende la actuación hasta tanto se obtenga la interpretación del Tribunal de Justicia, siendo un presupuesto inexcusable e indispensable para la validez del fallo del juez nacional, pues no puede sentenciar el pleito hasta no obtener la interpretación de la norma comunitaria<sup>95</sup>. Ha dicho el Tribunal de Justicia que el fallo

---

funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial y revestirlos de competencias para aplicar normas jurídicas con la finalidad de resolver controversias y emitir decisiones firmes.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Proceso 121-IP-2014.

<sup>90</sup> Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencias de 21 de marzo de 2007 (Proceso 14-IP-2007) y Sentencias de 17 de octubre de 2007 (Proceso 130-IP-2007). En el primero de estos fallos se dijo:

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

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

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

<sup>91</sup> Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de agosto de 2011. (Proceso 3-AI-2010) y Sentencia de 11 de julio de 2012 (57-IP-2012). En el primero de estos fallos sostuvo:

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

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

<sup>92</sup> “El concepto de “juez nacional” (...) constituye un concepto autónomo, propio del Derecho Comunitario Andino que debe ser definido por el Tribunal de acuerdo con criterios propios y tomando en cuenta el objeto del instituto de la interpretación prejudicial.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Proceso 121-IP-2014.

<sup>93</sup> “Queda en consecuencia claro, que la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 17 de marzo de 1995. Proceso 10-IP.1994. En el mismo sentido véase, entre otras, sentencia de 15 de febrero de 1988. Proceso 1-IP-87.

<sup>94</sup> Cfr., entre otras, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencias de 29 de agosto de 1997 (Proceso 11-IP-1996), Sentencia de 11 de julio de 2013 (57-IP-2012), Sentencia de 25 de abril de 2013 (69-IP-2013); Sentencia de 25 de junio de 2013 (17-IP-2013); Sentencia de 11 de julio de 2014 (76-IP-2014);

<sup>95</sup> “En ese sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él “no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias”. Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento



que se dicte con violación a este requerimiento implica la sanción de nulidad de esa providencia<sup>96</sup>. De otra parte, el procedimiento de interpretación puede surtir en cualquier etapa del proceso judicial siempre que sea anterior al momento de emitir fallo; en este sentido hay lugar a entender el término “*prejudicial*” no como anterior al inicio de la actuación judicial sino precedente al momento en que se dicte providencia que resuelva el litigio.

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

5.11.- Con otras palabras, averiguado está que el Juez Nacional satisface su compromiso con el derecho comunitario andino dando curso a la interpretación prejudicial obligatoria y aplicando integralmente el resultado hermenéutico desarrollado por el Tribunal de Justicia en el litigio pertinente. Así lo fija el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal<sup>97</sup>, reiterado por la jurisprudencia comunitaria: *“El Juez Nacional deberá aplicar adecuadamente la interpretación prejudicial. (...) Por lo tanto, no sólo debe remitirse a la interpretación prejudicial en su sentencia, sino que debe acatarla de*

---

debe ser visto como una violación al debido proceso<sup>95</sup>.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 21 de abril de 2009. Proceso 106-IP-2009.

<sup>96</sup> “La sentencia dictada adolecería de nulidad. Tal como se mencionó anteriormente, el requisito de la solicitud de interpretación prejudicial, teniendo en cuenta la aplicación inmediata y el efecto directo de la normativa comunitaria andina, entra a formar parte de la normativa procesal nacional de manera inmediata y automática. Su incumplimiento acarrearía la nulidad de la sentencia y entraría a ser parte integrante de las causales de nulidad previstas en la normativa interna. Es importante recordar que la violación de las normas procesales es la base para alegar una violación al “derecho al debido proceso”. De conformidad con las figuras procesales internas, cualquiera de las partes de un litigio en donde el juez de única o última instancia no hubiera solicitado la interpretación prejudicial, podrá alegar la nulidad o invalidez de la sentencia de conformidad con las vías procesales internas: recursos extraordinarios de revisión, casación, etc.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 10 de mayo de 2012. Proceso 149-IP-2011.

<sup>97</sup> Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.



*manera integral y de conformidad con el sentido de la misma*<sup>98</sup> e, inclusive, lo ha sostenido el Pleno Contencioso de esta Corporación *“El artículo 31 (sic) del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, prevé que el juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación del Tribunal; el mandato de que da cuenta la norma en mención implica la creación de una obligación a cargo del juez nacional, la de adoptar en su decisión la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, y de un derecho correlativo de las partes a que el fallo se profiera con base en la referida interpretación.”*<sup>99</sup>

5.12.- A los fines de garantizar la vigencia de estos conceptos en el marco de los procedimientos arbitrales cursados en alguno de los Estados parte de la Comunidad Andina de Naciones, la jurisprudencia comunitaria, al reconocer que los árbitros se adscribe dentro de la noción de *“juez nacional”*, también ha hecho exigible respecto de ellos el cumplimiento del trámite de interpretación prejudicial obligatoria en aquellos litigios donde se deba fallar en derecho y se discuta o aplique una norma comunitaria<sup>100</sup>, de ahí que este deber no pueda ser suplido en sede del juez de anulación pues éste actúa como instancia extraordinaria. Siendo que el arbitramento consiste en un juicio de única instancia carente de recursos ordinarios, se ha entendido que es posible ventilar el incumplimiento del procedimiento de interpretación prejudicial en sede del juez de anulación del laudo, más aun le asiste al Juez la competencia oficiosa de declarar ello inclusive cuando el recurrente no censure el laudo impugnado por tal razón.

5.13.- El Tribunal ha elaborado tales consideraciones puntualmente en la sentencia de 11 de julio de 2012, Proceso 57-IP-2012<sup>101</sup>, en una interpretación prejudicial solicitada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, donde tuvo en cuenta la particular naturaleza del recurso de anulación como extraordinario, el que se haya edificado por el legislador sobre la base del juzgamiento de errores *in procedendo* (que

<sup>98</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 15 de febrero de 2012 (Proceso 111-IP-2011), sentencia de 18 de abril de 2012 (Proceso 156-IP-2011), Sentencia de 10 de mayo de 2012 (Proceso 149-IP-2011); Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Proceso 60-IP-2012); Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Proceso 82-IP-2014); Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Proceso 68-IP-2014); Sentencia de 7 de diciembre de 2015 (Proceso 396-IP-2015); Sentencia de 7 de diciembre de 2015 (Proceso 89-IP-2015).

<sup>99</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 15 de marzo de 2005. Expediente 11001-03-15-000-1995-0005-01 (S).

<sup>100</sup> “Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.”. Tribunal de justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Proceso 03-AI-2010.

<sup>101</sup> Cfr. en el mismo sentido Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones sentencia de 10 de septiembre de 2014. Proceso 82-IP-2014.



no *in judicando*) y cuya procedencia está circunscrita a ciertas causales tasadas expresamente por la Ley; notas éstas características de esta institución procesal en el ordenamiento jurídico colombiano.

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

5.15.- Es de advertir que este entendimiento ha sido acogido por el Pleno de esta Sección en los fallos de 9 de agosto de 2012 dictados dentro de los expedientes 43281, 43195 y 43045 donde se reconoció que *“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 la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo.”*<sup>102</sup>, recientemente en sentencias de 23 de septiembre<sup>103</sup> y 2 de diciembre de 2015<sup>104</sup> la Subsección A de la Sección Tercera, dando continuidad a ese precedente, revalidó el deber de interpretación prejudicial, su omisión como causal de anulación del laudo y declaró que en ambos casos los Tribunales de Arbitramientos actuaron acorde al derecho comunitario al declarar su falta de competencia habida cuenta que las sentencias de interpretación del Tribunal de Justicia dictaminaron que el competente para resolver los pleitos arbitrales era la Comisión de Regulación de Comunicaciones y no el juez arbitral y, finalmente, se cuenta con el fallo de 1° de agosto de 2016 de esta

<sup>102</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencias de 9 de agosto de 2012, Exp. 43281, 43195 y 43045.

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Exp. 53054.

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Exp. 53182.



Subsección donde se declaró infundado un recurso de anulación dirigido a cuestionar la realización de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia y el contenido de la interpretación, que refería a la misma temática expuesta en los dos fallos antecitados, en esa oportunidad se fustigó que el recurrente pretendiera que el Juez Nacional desconociera las regulaciones, actos o decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales comunitarios por ir ello en contravención a principios del derecho internacional público<sup>105</sup>.

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

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

“El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de

<sup>105</sup> “Tampoco puede pretender la recurrente que en sede de recurso de anulación de laudos arbitrales el juez nacional, en éste caso la Sección Tercera de ésta Corporación desconozca las regulaciones, actos o decisiones proferidos por órganos jurisdiccionales comunitarios, tal como lo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pues ello iría en contra de los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, tales como el de *“pacta sunt servanda”*, el de buena fe y el de *“ex consensu advenit vinculum”* (del consentimiento deviene la obligación) en los términos del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 128 de la Decisión 500 de 2001<sup>105</sup>.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp. 54315.



última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito total.”<sup>106</sup>

5.18.- Las breves consideraciones expuestas permiten desatar las dos cuestiones planteadas de manera preliminar, por las convocantes. En efecto, la ausencia de interpretación prejudicial obligatoria en aquellos procedimientos arbitrales donde se deba fallar en derecho y aplicar normas comunitarias es una causal de anulación del laudo arbitral que se estructura a partir del ordenamiento jurídico comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, como se expuso. Ergo, la misma resulta intangible al derecho nacional, de ahí que el legislador no pueda modificar, suprimir o alterar la aplicación de la misma pues ésta no se encuentra dentro del acervo de cuestiones procesales de libre configuración del legislador sino, una vez más, tiene su origen en el derecho comunitario andino.

5.19.- Por consiguiente, el que la Ley 1563 de 2012 no contemplara en el artículo 41 este evento como supuesto de anulación del laudo no afecta ni limita la competencia del juez de anulación para abordar el estudio de la misma toda vez que *ipso iure* esta causal integra el ordenamiento jurídico que debe ser aplicado por el juez de anulación.

5.20.- De otra parte, al hilo de lo expuesto, se sigue que el deber de guarda de la integridad del ordenamiento jurídico comunitario consiste en una labor compartida entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones y los jueces nacionales de cada uno de los Estados parte. El rol funcional de estos últimos comprende hacer valer la eficacia normativa del derecho comunitario en cada uno de los asuntos encomendados a su conocimiento jurisdiccional. Por ende, se erige como deber comunitario oficioso el que el Juez declare la anulación de un laudo arbitral aun cuando ello no fue alegado por el recurrente. Interpreta la Sala que ello es así toda vez que esta causal de anulación está instituida como garantía de protección del orden jurídico comunitario en abstracto y no en pro de alguno de los sujetos involucrados en la causa arbitral en particular [sin perjuicio de adscribir el derecho subjetivo a la interpretación prejudicial como parte del debido proceso judicial]. Si ello es así, se sigue la evidente conclusión según la cual no hay lugar a predicar cortapisas, trabas o trámites a la parte que alegue esta causal ante el juez de anulación pues la ley de arbitraje no lo

---

<sup>106</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 11 de julio de 2013. Proceso 57-IP-2013.



contempla ni lo puede contemplar habida cuenta de la naturaleza oficiosa e imperativa de esta causal de acuerdo a lo expuesto. Con lo expuesto se despacha desfavorablemente los dos alegatos planteados por la parte convocante.

5.21.- Advertida que fue la viabilidad para abordar de fondo el estudio de la causal en comento, debe la Sala memorar otro de los puntos medulares de la interpretación prejudicial obligatoria en orden a analizar si en el *sub judice* la misma se tornaba procedente. Los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y 123 del Estatuto de ese Tribunal (Decisión No. 500) pregonan como uno de los presupuestos de la consulta prejudicial obligatoria el que en un proceso *“deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”*. Por ende, resulta medular aproximarse a las nociones de *“aplicabilidad”* y *“controversia”* en la aplicación de las normas, de la mano de la jurisprudencia comunitaria.

5.22.- Por averiguado se tiene que los jueces y los funcionarios administrativos, dotados ambos de poder decisorio, se encuentran sujetos al imperio del derecho, esto es, tienen el deber jurídico y político de apoyar sus decisiones en las razones que el derecho suministra, según cada caso (deber de aplicar el derecho); De esta idea se sigue, de manera pacífica, el deber de motivar o justificar sus determinaciones o resoluciones, tal cosa dice relación con el derecho de los justiciados o administrados al acceso material y efectivo a la justicia y al debido proceso (deber de justificar). Finalmente, también es sabido, de tiempo atrás, el deber de los jueces de decidir los asuntos puestos a su consideración aun cuando se trate de casos dificultosos y/o donde consideren que no cuentan con una norma jurídica que gobierne la resolución del caso (deber de decidir).

5.23.- Así, que una norma sea aplicable es tanto como afirmar que dada ciertas circunstancias en un caso concreto ésta tiene vocación como para integrar la o las premisas normativas que servirán de sustento para la toma de una decisión jurídica. Repárese, entonces, que se trata de un concepto normativo, que no descriptivo, que se apoya sobre la existencia de las buenas razones que proporciona el ordenamiento jurídico.

5.24.- De este modo, debe diferenciarse entre el concepto de validez y el de aplicabilidad, pues mientras el primero hace relación a las condiciones bajo las cuales se permite la introducción de un acto jurídico dentro de un sistema jurídico determinado



por parte de la autoridad normativa competente para ello, la aplicabilidad hace relación, en cada caso en concreto, sobre si se satisfacen las condiciones o exigencias para que cierto precepto normativo pueda ser tomado en consideración por el operador<sup>107</sup>. Así, la aserción: “*la norma X es válida pero no es aplicable en el caso Y*” no implica ninguna incoherencia o contradicción. Con otras palabras, los criterios de aplicabilidad no determinan la invalidez, anulación o derogación de las normas, simplemente prescriben la aplicación e inaplicación de ciertas normas en cada caso, esto es, se trata de criterios de ordenación jerárquica y de preferencia<sup>108</sup>.

5.25.- Por consiguiente, como lo ha señalado Bulygin, los criterios de aplicación fungen como “directivas dadas a los jueces que establecen qué normas deben aplicarse en un caso dado. Por lo tanto, son normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas que pertenecen a diferentes sistemas del mismo orden jurídico”<sup>109</sup>.

5.26.- Particular notoriedad cobra en este punto el criterio del Tribunal de Justicia<sup>110</sup>, el cual ha establecido como pautas en este punto lo siguiente: i) con apoyo doctrinario el Tribunal entiende el término “aplicación” como la “*acción de someter un caso individual a una prescripción general*”; esto implica apreciar el caso particular como una instancia individual de un supuesto de hecho genérico comprendido en un precepto más general y abstracto, ii) es sobre el juez nacional en quien pesa la carga de determinar si en cada caso procede o no la interpretación prejudicial obligatoria, iii) no procede cuando se advierta que la interpretación de las normas comunitarias “*no resulta necesaria*”<sup>111</sup>, iv)

<sup>107</sup> Es preciso aclarar, en todo caso, que en la terminología de aplicabilidad interna que adoptan Navarro & Moreso ésta viene a ser asimilada a los ámbitos de validez espacial, temporal, personal y material de la norma jurídica. Cfr. NAVARRO, Pablo & MORESO, José Juan. Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. En: Isonomía, No. 5. Octubre de 1996, p. 119-139.

<sup>108</sup> PINO, Giorgio. La aplicabilidad de las normas jurídicas. En: (MORESO, José Juan y MARTÍ, José Luis, eds) Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 77.

<sup>109</sup> BULYGIN, Eugenio. Tiempo y Validez. En: (ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio) Análisis lógico y Derecho. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 203.

<sup>110</sup> Cfr. Tribunal de Justicia de la comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de febrero de 1991. Proceso 2-IP-91. “Si se entiende por “aplicación” de la norma “la acción de someter un caso individual a una prescripción general” (Vocabulario Jurídico, Henry Capitant), no cabe duda de que es al juez nacional a quien corresponde aplicar las reglas comunitarias cuando ello sea necesario para dictar fallo de fondo. Dicha aplicación es un proceso complejo dentro del cual deberá atenderse a los hechos debidamente demostrados y al derecho nacional o interno, tanto adjetivo como sustantivo. En relación con tales aspectos, sin duda definitivos, el juez nacional es soberano mientras que el Tribunal comunitario carece de competencia, de acuerdo con el artículo 30 del Tratado de su creación. Ocurre sin embargo que la “aplicación” de la norma comunitaria supone además, básicamente, como premisa de carácter normativo **sine qua non**, que se interprete el alcance y sentido exactos de la norma aplicable. Y es esta tarea hermenéutica la que es propia del juez comunitario, ante la imperiosa necesidad de que el derecho de la integración se aplique de manera uniforme en la Subregión.”

<sup>111</sup> “Se colige de todo lo anterior que la interpretación prejudicial que se solicita al Tribunal en el presente caso, resulta claramente inconducente e inútil ya que se refiere a normas comunitarias que no serían aplicables, por estar regulado el caso por el derecho interno, según la información enviada con la solicitud. La participación del Tribunal en el proceso sería así superflua, ineficaz o inane ya que, por sustracción de materia, no podría cumplirse en este caso la cooperación implícita en el mecanismo de interpretación prejudicial, el cual encierra, en el fondo, una articulación de competencias que no es posible en este proceso, conforme se ha indicado”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Auto de 15 de mayo de 1989. Proceso 1-IP-89.



no basta con citar normas comunitarias para que el juez decida automáticamente formular la solicitud de interpretación.

5.27.- De lo expuesto, la Sala entiende que el concepto de aplicación dice relación con la observancia directa y concreta (no hipotética o eventual) de las normas comunitarias en la resolución del caso planteado, lo cual reconduce, indefectiblemente a tomar en consideración la base fáctica sobre la que se planteó el litigio, lo pretendido y lo excepcionado por los sujetos procesales que intervienen en la causa, haciendo énfasis que tales posiciones jurídicas deben ser valoradas no a partir de un criterio formal (si se citó o no normas comunitarias en el pleito) sino sustancial, esto es, atendiendo a si tales disposiciones comunitarias deberían (o no) integrar uno de los problemas o sub-problemas jurídicos que debe desentrañar el Juez Nacional a la hora de sentenciar la causa. Si del resultado de tal examen se sigue que una o varias disposiciones comunitarias emergen como relevantes para el caso o, cuanto menos, plantean al operador jurídico una duda objetiva y razonable sobre su aplicación, habrá lugar a predicar el deber de solicitar la consulta prejudicial.

5.28.- Similar cuestión debe predicarse respecto de los términos “*se controvierta alguna de las normas*”, lo que dice relación con una particularidad propia de cualquier discusión jurídica donde, entre otras, los partícipes deliberan sobre si determinado evento fáctico admite ser comprendido dentro del marco de una norma jurídica.

5.29.- Averiguado se tiene que el régimen normativo de derechos de autor y derechos conexos es de orden comunitario toda vez que se encuentra recogido en la Decisión No. 351 de 1993 “*Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*”. Igualmente se sabe que los derechos de autor tienen por finalidad proveer protección jurídica “*sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer*”, para lo cual el artículo 4° de la Decisión enunció alguna de las formas o manifestaciones en las que puede expresarse tal derecho<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> “El derecho de autor protege a todas las manifestaciones originales, literarias, artísticas y científicas, que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o puedan ser accesibles a la percepción sensorial y puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad.

Es un derecho que se ejerce sobre un bien inmaterial soportado en obras de naturaleza artística, literaria o científica y que está regulado y es objeto de protección por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales y, también, por los comunitarios, como sucede en el ordenamiento comunitario andino donde este derecho se regula por la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 3 de abril de 2013. Proceso 064-IP-2012.



5.30.- En este orden de ideas, los derechos de autor reúnen un conjunto de prerrogativas o beneficios reconocidos por el ordenamiento jurídico en pro o beneficio del autor. Estos, aun cuando forman parte de un todo, han sido divididos en derechos morales y derechos patrimoniales. Los primeros (artículo 11 Decisión 351) reconocen los derechos inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables del autor a conservar la obra inédita o divulgarla, reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento y oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor<sup>113</sup>, sin perjuicio que cada legislación nacional pueda reconocer otros derechos de esa misma naturaleza.

5.31.- De otra parte, se sabe que en virtud de los derechos patrimoniales, que dicen relación con las utilidades económicas de la obra<sup>114</sup>, el autor o sus derechohabientes tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir actos tales como la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización el titular del derecho; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra, según las voces del artículo 13 de la misma Decisión comunitaria.

<sup>113</sup> “Aunque la norma no lo diga expresamente, los derechos morales en atención a su naturaleza no son limitados en el tiempo y, por lo tanto, a la muerte de su autor no se extinguen, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra. (Párrafo segundo del artículo 11 de la Decisión 351).

El mismo artículo consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro “Derecho de Autor y Derecho Conexos”, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran la facultad de divulgar la obra, modificarla y retirarla (literal a del artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (literales b y c del artículo 11 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Proceso 110-IP-2007.

<sup>114</sup> “Los derechos patrimoniales, por su parte, agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilidades económicas de la misma. El artículo 13 de la Decisión 351 enlista en categorías muy generales las posibles acciones de realizar: autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. En relación con la última de las características, el derecho patrimonial no es ilimitado en el tiempo y, por lo tanto, la Decisión 351 en su artículo 18 establece que la duración de los mismos será por el tiempo de la vida del autor y 50 años más después de su muerte; si se trata de un persona jurídica, el plazo de protección será de 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso. Asimismo, el artículo 20 de la misma normativa establece que el plazo de protección empezará a contarse desde el primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra según proceda.” Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 31 de octubre de 2013. Proceso 121-IP-2013.



5.32.- Ahora, entrando a valorar el caso concreto es claro que el pleito trabado entre Telmex y EPM-UNE con Dimayor se contrae a determinar el presunto incumplimiento de esta última en cuanto hace a la cláusula de opción preferente pactada en el punto 1.11 del contrato. Consecuentemente piden las convocantes se les indemnice su perjuicio con el pago de la cláusula penal fijada en la cláusula sexta del contrato.

5.33.- Se sabe que el contrato formado a partir de la *“oferta comercial para la licencia de los derechos para la transmisión y comercialización del Campeonato de Fútbol Profesional Colombiano”* de 7 de octubre de 2006 y su aceptación tenía por objeto el otorgamiento a La Alianza de *“una licencia de derechos para la emisión, retransmisión y comercialización de dichos partidos por los sistemas de televisión cerrada (...) en el territorio de la República de Colombia, con excepción de un solo (1) partido por fecha que será transmitido por televisión abierta (...)”*, advirtiéndose en la cláusula 1.1 que Dimayor es titular de los derechos sobre los partidos del Campeonato Nacional de Fútbol Profesional Colombiano de Primera División A. En el numeral 1.2 del contrato se pactó que la licencia enunciada incluía los derechos exclusivos para Colombia *“de todos los partidos del Campeonato para Internet, cualquier servicio o facilidad de valor agregado y/o telefonía móvil”* así como *“la emisión, transmisión, retransmisión, uso y comercialización del contenido del Campeonato y de los temas relacionados con éste (...) a través de los servicios mencionados”*.

5.34.- También se pactó, en la cláusula 1.3 que teniendo en cuenta que la licencia se restringe al territorio de Colombia respecto a la red de internet su acceso se restringirá a este país. En la cláusula 1.4 se dijo que la licencia comprende el derecho exclusivo para comercializar pauta publicitaria en los partidos del Fútbol Profesional Colombiano, pudiendo hacer uso las licenciatarias de *“las enseñas, isologos y logotipos de Dimayor, o del FPC, las imágenes de los jugadores que se generen durante las transmisiones, y en general usar cualquier imagen o contenido que distinga al FPC”*. La cláusula 1.5 refiere a la primera opción que Dimayor otorgó a Telmex y UNE-EPM sobre el nombre del campeonato de fútbol de la Primera División B y los mismos derechos antes descritos respecto de ese campeonato. Igualmente, se convino en la cláusula 1.6 que las licenciatarias podrán explotar esos derechos otorgados directamente o conjuntamente con un tercero. Del mismo modo, se acordó que Dimayor tendría derecho, para fines exclusivamente informativos, de utilizar directamente las transmisiones (cláusula 1.7), así como también se acordó en la cláusula 1.8 que Dimayor se obliga en Colombia a no hacer directamente ni conceder durante su



vigencia licencia, derecho de explotación o disposición, concesión, derecho, gravamen, limitación o derecho similar sobre los encuentros o partidos del fútbol profesional colombiano; excepción hecha en el caso en el que por acto de autoridad competente los operadores de televisión abierta sean obligados a permitir que operadores de televisión por suscripción deban darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 (cláusula 1.9).

5.35.- La cláusula 1.11 refiere a que al vencimiento de la oferta ésta no se entenderá prorrogada debiendo para cualquier extensión o renovación mediar acuerdo escrito por las partes. En esta misma cláusula se convino: *“no obstante, y sobre la base de un desempeño contractual satisfactorio, las destinatarias de la oferta tendrán la opción preferente para que una vez cumplido el término de duración establecido se prefiera su oferta en condiciones de igualdad frente a la de cualquier tercero. Para el ejercicio de esta opción preferente se actuara (sic) en forma análoga a lo planteado en el numeral 1.5”*.

5.36.- Y la cláusula 1.12 alude a la terminación del contrato, ora por vencimiento del plazo de duración, de manera anticipada por mutuo acuerdo, por decisión de autoridad judicial debidamente ejecutoriada, por disolución con fines de liquidación de cualquiera de las partes o por incumplimiento de alguna de las partes de las obligaciones contraídas cuando el mismo ocasione perjuicios graves a la otra parte y siempre que no se haya subsanado en un término racional según la naturaleza de las obligaciones.

5.37.- Finalmente, las cláusulas segunda y tercera tratan sobre las reglas para la selección de partidos y el precio y forma de pago; la cuarta y quinta versan sobre las obligaciones especiales de Dimayor y de las licenciatarias, la sexta sobre la cláusula penal; la séptima sobre la prohibición de cesión del contrato; la octava sobre cláusula compromisoria; la novena la solidaridad activa y pasiva de las licenciatarias, la décima sobre responsabilidad; la décima primera sobre la adhesión al reglamento FIFA; la décimo segunda sobre la divisibilidad; la décimo tercera sobre la interpretación y acuerdo completo y, finalmente, la décimo cuarta sobre la aceptación de la oferta y notificaciones.

5.38.- Por otra parte, en el escrito de oposición a la demanda Dimayor propuso, entre otras, la excepción de mérito de *“terminación del contrato, inexistencia de prórrogas y autonomía de la Dimayor para escoger libremente, a partir del 1 de enero de 2012, un*



*nuevo modelo jurídico de explotación de los derechos de televisión del FPC”* donde alegó que la opción preferente otorgada por Dimayor a La Alianza solo sería aplicable en el evento en que Dimayor optara por continuar explotando los derechos de transmisión de televisión cerrada después del 31 de diciembre de 2011 en el modelo de negocio igual al que rigió durante la vigencia contractual; que era inaceptable comprender que un derecho de opción preferente limita las decisiones autónomas de las personas una vez hayan terminado los contratos por vencimiento de sus términos y que luego de vencido el contrato *“Dimayor tenía plena legitimidad y autonomía para modificar las condiciones económicas y jurídicas para ofertar la explotación de los derechos de su propiedad”*. Aunado a ello Dimayor alegó las excepciones de “inexistencia del derecho de “opción preferente” alegado por las convocantes” y de “contrato no cumplido”.

5.39.- En el recurso de anulación propuesto por Dimayor éste sujeto procesal alegó que en el caso se encontraban en juego las normas de la Decisión No. 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones sobre régimen común de derechos de autor y derechos conexos. Arguyó, al efecto, que resultaban aplicables en el pleito los artículos 3, 13, 15 y 31 de la prenotada Decisión. Para tal fin, trajo a cuento una consideración anotada en un laudo dictado el 6 de junio de 2001 en un pleito entre Dimayor Vs. Caracol Televisión donde se dijo: *“O sea que el derecho que tienen los clubes de fútbol profesional de organizar partidos de fútbol dentro de un campeonato, o fuera de él, con la presencia de público que paga una boleta para presenciar el espectáculo, puede ser un derecho protegido por la ley dentro del género de los derechos de autor”*.

5.40.- Adviértase cómo lo que hizo la Dimayor en el recurso de anulación, al amparo de la causal en estudio, consistió en calificar esa prerrogativa que, presuntamente, le asistía para configurar libremente y variar su negocio y las condiciones del mismo a partir del 1° de enero de 2012 como una potestad derivada de la titularidad que reporta de los derechos de autor sobre el Fútbol Profesional Colombiano. Y aun cuando en el escrito de contestación de demanda no calificó tal potestad como fruto de un “derecho de autor”, en esencia en uno y otro momento procesal la alegación propuesta por ese sujeto procesal ha sido la misma.

5.41.- En este orden de ideas, se advierte, inclusive, que en la memoria de réplica al recurso de anulación la convocante no cuestiona ni desdice de la titularidad de derechos de autor que posee la Dimayor respecto del Fútbol Profesional Colombiano.



Justamente esta Sala considera que éste es un asunto sobre el cual se aprecia una razonable y objetiva duda sobre tal categorización, esto es, si el derecho licenciado por Dimayor en este caso a Telmex y EPM UNE cabe ser comprendido y protegido, a la luz de la Decisión No. 351 de 1993, como un derecho de autor.

5.42.- Sin embargo, como se señaló antes, no puede perder de vista esta Sala que su labor se reconduce a fungir como juez de anulación y no de instancia, de ahí que le esté vedado entrar a emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por ende, la competencia, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria citada arriba, se contrae a verificar si dadas las condiciones objetivas del pleito y los derechos en discusión de allí puede derivarse la aplicación y/o controversia de normas del derecho comunitario andino abriendo así la puerta a la interpretación prejudicial obligatoria.

5.43.- Precisado lo anterior, tiene en cuenta esta judicatura que en el escrito de réplica los convocantes ponen de presente que en este caso no había lugar a cursar la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con apoyo en lo dispuesto en el artículo de la Decisión 351 de 1991, enunciado que a la letra dice: *“Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en la legislación interna de los Países Miembros.”* Al hilo de ello, luego de citar un aparte de la sentencia de 13 de noviembre de 2013 dictada por el TJCAN en el proceso 177-IP-2013<sup>115</sup>, y de memorar brevemente el objeto de este litigio elaboraron como conclusión que

“la materia específica objeto del trámite arbitral (incumplimiento de un derecho de preferencia contractual) no encuentra regulación en la normatividad andina pero sí en la legislación colombiana, y en contexto y en concordancia con ello, por disposición expresa del artículo 30 de la Decisión 351, los contratos de licencia de uso de obras protegidas por derechos de autor (como el celebrado por la Dimayor con Telmex y UNE EPM que incluyó la cláusula 1.11 sobre la “opción preferente”) se sujetan a la normatividad interna del país miembro correspondiente, se hace palmario que en el presente caso no hay lugar a la interpretación prejudicial del TJCA, y por lo mismo, no hay lugar a la anulación del laudo por la causal invocada por la DIMAYOR”.

5.44.- Así las cosas, a los ojos de Telmex y EPM-UNE, el asunto se contrae a una discusión de incumplimiento contractual que debe ser solventado con la normativa nacional sobre la materia habida cuenta de la pretendida habilitación de competencia nacional del artículo 30 de la Decisión No. 351 de 1993.

<sup>115</sup> “El artículo 30 de la Decisión 351 es muy claro en afirmar que las licencias de uso en relación con las obras protegidas por el derecho de autor, se regirán por lo previsto en la normativa interna de los países miembros. En este sentido, por la propia remisión que hace la normativa comunitaria, las características, requisitos, eficacia y validez de dichas licencias deben ser reguladas en la normativa interna.”



5.45.- No obstante lo anterior, la Sala no acoge el argumento ofrecido por la parte opositora al recurso en razón a que la propia jurisprudencia comunitaria ha reconocido que la disposición normativa recogida en el artículo 30 de la Decisión 351 de 1993 debe ser leída de manera armónica conjuntamente con los artículos 31 y 32 del mismo cuerpo normativo. En otras palabras, no existe, una competencia discrecional, absoluta e ilimitada de los Estados parte para regular el tema de las licencias de uso o la cesión o concesión de derechos patrimoniales o para así disponerlo en un negocio jurídico puntual pues, de una parte, el artículo 31 pregonar: *“Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo”*, el 32 prescribe: *“En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.”*, y la jurisprudencia comunitaria ha sentenciado:

“De todas maneras, la Decisión 351 en sus artículos 31 y 32 prevé ciertas pautas de actuación. Por un lado, propugna por el respeto de la autonomía de la voluntad privada al encuadrar las licencias de uso a las formas y modalidades de explotación pactadas en el contrato respectivo, lo que implica que las demás formas o modalidades de explotación no hacen parte del objeto contractual; y, por otro lado, fija un piso de protección frente a las licencias legales u obligatorias que puedan ser reguladas en la normativa interna: no “podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor”. Esto es de suma importancia, ya que la normativa andina si bien deja en libertad a los países miembros para la regulación de las licencias de uso, les pone un límite en el sistema internacional multilateral de protección del derecho de autor.”<sup>116</sup> (Resaltado propio).

5.46.- Y ese pronunciamiento tiene como antecedente otro del Tribunal de Justicia de 1° de diciembre de 1999 dictado dentro del proceso No. 39-IP-99 donde el Juez Comunitario hizo hincapié sobre la interpretación restrictiva que debe tener lugar respecto de la cesión de derechos y licencias de uso, en los siguientes términos: *“La cesión de derechos así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros debe ser interpretada en forma restrictiva, es decir sólo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como cesibles sin considerar los derechos que constituye para el titular una reserva propia y particular para su uso.”*<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Proceso 177-IP-2013.

<sup>117</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 1° de diciembre de 1999. Proceso 39-IP-99.



5.47.- Así las cosas, las anteriores previsiones traídas a consideración ponen de presente que en el caso de marras se debió surtir el trámite de interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones en cuanto se refleja, de una parte, la directa y concreta posibilidad de aplicar la normativa contenida en la Decisión No. 351 de 1993 al derecho de la Dimayor que fue objeto de licenciamiento a favor de los convocantes Telmex y EPM-UNE; se sigue de allí, también, la posibilidad de evaluar el alcance de las pretensiones y excepciones planteadas por las partes a la luz de las prerrogativas del derecho de autor en cuanto hace al contenido, alcance y límites de los derechos patrimoniales con que cuenta el autor de realizar, autorizar o prohibir alguna de las utilidades económicas de la obra protegida por el ordenamiento jurídico comunitario frente a disposiciones contractuales relacionadas con cláusulas de opción preferente, pues de lo expuesto arriba se sigue que el solo hecho de existir un negocio jurídico que ampara una cesión o licencia de derechos patrimoniales de autor no constituye razón suficiente para desestimar la aplicación de la normativa comunitaria sobre esta materia.

5.48.- Precisamente, llama la atención la Sala sobre que lo expuesto no solo en esta instancia de anulación sino en el pleito trabado entre las partes se subsume dentro del supuesto de una “*controversia*” sobre la aplicación de las normas comunitarias en una cuestión judicial, de ahí que ésta sola razón si sea suficiente como para que el juez de la causa deba dar trámite a la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia, pues, de un lado, se plantea la incógnita si cabe adscribir dentro de las prerrogativas protegidas dentro de los derechos patrimoniales de autor la posibilidad de su titular de reformular o replantear el esquema de negocio diseñado para el licenciamiento de los derechos de emisión, retransmisión y comercialización respecto de los partidos del Fútbol Profesional Colombiano (posición Dimayor) o si, por el contrario, tal asunto no cabe adscribirlo dentro del ámbito protegido y normado por el derecho comunitario andino ora por no constituir tales derechos de autor o siéndolos el asunto debe ser abordado desde la perspectiva del derecho nacional del Estado parte en virtud del artículo 30 de la Decisión 351 de 1993 (posición Telmex EPM-UNE).

5.49.- Agrega esta Sala a lo dicho que la resolución de tales cuestiones tiene relación directa y concreta con los problemas jurídicos que deben o debieron ser abordados por el sentenciador, de manera tal que no se limita a un plano abstracto, teórico o genérico que en nada impactaría el *sub judice*.



5.50.- Corolario de lo expuesto, como en el caso puesto a consideración de esta Sala el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver las controversias planteadas entre Telmex y EPM-UNE y la Dimayor respecto al contrato formado a partir de la aceptación de la *“oferta comercial para la licencia de los derechos para la transmisión y comercialización del Campeonato de Fútbol Profesional Colombiano”* de 7 de octubre de 2006, no solicitó ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones la interpretación prejudicial obligatoria de las normas de la Decisión No. 351 de 1993 relacionadas con el derecho de autor y los derechos patrimoniales, debiendo hacerlo al ser éste un deber oficio de todo juez nacional, se impone la anulación del laudo dictado el 3 de diciembre de 2015 por ese Tribunal con apoyo de la causal de anulación de origen comunitario conforme a los términos arriba expuestos.

5.51.- Resta, entonces, averiguar qué otra medida debe ser adoptada por esta Sala cuando se declara la nulidad de un laudo por la causal aquí tratada, cuestión en la cual se tiene averiguado que la actuación que procedería es la de convocar un nuevo tribunal de arbitramento de acuerdo a las normas legales pertinentes toda vez que el que se conformó para tramitar y dictar el laudo que ahora se anula feneció su existencia, jurídica y ontológicamente, con el pronunciamiento de esa decisión y las providencias de corrección o complementación. Así lo expuso el Pleno de la Sección Tercera en el fallo de 9 de agosto de 2012:

“Así las cosas y, se insiste, con el fin de alcanzar la mejor, la más razonable y la más coherente interpretación posible a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el presente caso, para efectos de asegurar su efectivo y adecuado cumplimiento, la Sala entiende que, como bien lo expresó el auto aclaratorio del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en noviembre 15 de 2011, después de anulado el laudo sólo procedería –cuestión que consulta perfectamente el ordenamiento constitucional y legal colombiano– la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento, convocatoria que debería efectuarse con sujeción a las normas que regulan la materia, nuevo Tribunal de Arbitramento que tendría, por tanto, el deber de satisfacer la exigencia impuesta por el ordenamiento andino en el sentido de solicitar la Interpretación Prejudicial que resulta imperativa en el caso sub examine para que, posteriormente, con apoyo en dicha Interpretación Prejudicial y de haber lugar a ello, se profiera el correspondiente laudo arbitral. Por las mismas razones expuestas, esto es que el mismo Tribunal Arbitral que profirió el pluricitado laudo de diciembre 15 de 2006 en la actualidad carece de existencia tanto jurídica como ontológica, la Sección Tercera se limitará a ordenar que se envíe copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento a los árbitros que lo integraron y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”<sup>118</sup>

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2012, Exp. 43281.



5.52.- Por consiguiente se enviará, por conducto de la Secretaría de la Sección, copia íntegra y auténtica del presente fallo a los árbitros que integraron el Tribunal de Arbitramento y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sin otro particular. El Tribunal de Arbitramento que, eventualmente, se conforme para dirimir las presentes controversias deberá solicitar la interpretación prejudicial obligatoria, de acuerdo a lo expuesto.

#### **6.- Condena en costas.**

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ANULAR** el laudo arbitral dictado el 3 de diciembre de 2015 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre TV Cable S.A (hoy Telmex Colombia S.A) y EPM Telecomunicaciones S.A. (hoy Une Telecomunicaciones S.A – ESP), de una parte, y la División Mayor del Fútbol Colombiano – DIMAYOR con ocasión del contrato surgido a partir de la *“oferta comercial para la licencia de los derechos para la transmisión y comercialización del Campeonato de Fútbol Profesional Colombiano”* de 7 de octubre de 2006 formulada por Dimayor y aceptada por Telmex y EPM UNE, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: REMITIR** copia íntegra de esta providencia con destino a cada uno de los profesionales del derecho que integraron el Tribunal de Arbitramento y a quien fungió como Secretaria del mismo. Igualmente expídanse las mismas con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.



**TERCERO: ORDENAR** devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento, por conducto de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente de Sala de Subsección C

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Aclaración de voto