

## Proceso 03-AI-2010

**Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.**

**EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, en San Francisco de Quito, a los veinte y seis días del mes de agosto de dos mil once.

### **VISTOS:**

El escrito de demanda recibido en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, vía courier, el 26 de mayo de 2010, suscrito por el abogado representante de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB S.A. E.S.P.), mediante el cual señala que:

“La presente demanda tiene por objeto que el H. Tribunal Comunitario constate y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como, la no repetición de este tipo de omisiones”.

El auto de 18 de agosto de 2010, mediante el cual este Tribunal decidió: “Primero: Admitir a trámite la demanda presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (sic) (ETB S.A. E.S.P.) y ordenar su notificación a la demandada, advirtiéndole que a los fines de la contestación a la misma se le concede un término de cuarenta (40) días continuos, contado a partir de dicha notificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 54 y 56 del Estatuto. Segundo: Tener como parte demandante a la

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (sic) (ETB S.A. E.S.P.), representada por Adolfo Andrés Pérez Velasco y el abogado José Manuel Álvarez Zárate, para que intervenga en el juicio de Acción de Incumplimiento como su abogado. Tercero: Póngase en conocimiento como terceros interesados en las resultas del presente proceso a las empresas COMCEL, OCCEL y CELCARIBE; y, envíese las copias correspondientes del escrito de demanda y sus anexos”.

El escrito de contestación a la demanda, recibido, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, vía correo electrónico, el 5 de octubre de 2010, dentro del término legal, por el cual el Ministro de Comercio Exterior, Industria y Turismo de la República de Colombia, solicita :

“al Honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina descarte de plano todas las pretensiones del demandante en este proceso y declare expresamente el acatamiento por parte del Gobierno de Colombia del ordenamiento jurídico andino”.

El auto de 12 de noviembre de 2010, en el cual este Tribunal decidió:

“Primero: Tener por contestada la demanda por parte de la República de Colombia, en la acción de incumplimiento instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (sic) (ETB S.A.) E.S.P.; y, reconocer personería a los señores Sergio Diazgranados Guida y Juan Carlos Sarmiento Umbarila, para que intervengan en el presente proceso como apoderados de la parte demandada. Segundo: No abrir a período probatorio el presente proceso, de conformidad con la parte motiva del presente auto. Tercero: Tener como pruebas las documentales aportadas por las partes en el presente proceso, en los escritos de demanda y contestación de la demanda. Cuarto: Convocar a las partes en esta controversia a la Audiencia Pública que tendrá lugar el día viernes 11 de marzo de 2011, a las 10H00. Las partes que deseen acreditar la participación de asesores o expertos deberán hacerlo dentro del plazo perentorio de ocho (08) días siguientes a la notificación del presente auto. Oportunamente la Secretaría General del Tribunal informará el lugar en donde se realizará la referida Audiencia, Quinto: Ordenar se remita copia de la contestación a la demanda y de sus anexos al demandante, de conformidad con el artículo 56 del Estatuto del Tribunal”.

El auto de 03 de marzo de 2011, mediante el cual este Tribunal decidió:

“Modificar la fecha de la Audiencia programada para el día 11 de marzo de 2011 y convocar a las partes para el día 06 de abril de 2011, a las 10H00. Oportunamente la Secretaría General del Tribunal informará el lugar en donde se realizará la referida Audiencia”.

La Audiencia Pública realizada el 06 de abril de 2011 a las 10H00, en el salón Friburgo del Swissotel, en la ciudad de Quito.

El escrito recibido, en este Tribunal, vía correo electrónico el 13 de abril de 2011, por el cual la República de Colombia, presenta sus alegatos de conclusiones.

En escrito recibido, en este Tribunal, vía correo electrónico el 13 de abril de 2011, en el cual el abogado de la demandante, doctor José Manuel Álvarez Zárate, presenta sus alegatos de conclusiones.

## **Antecedentes**

### **1. Las partes.**

Parte demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con ciclo ETB S.A. E.S.P.

Parte demandada: La República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado.

### **2. La demanda.**

La demanda fue presentada por el doctor José Manuel Álvarez Zárate, apoderado especial de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en escrito que se refiere a continuación:

**Objeto de la demanda.** El actor manifiesta expresamente:

*“La presente demanda tiene por objeto que el H. Tribunal Comunitario constate y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como, la no repetición de este tipo de omisiones”.*

### **Hechos, acciones y omisiones que fundamentan la demanda.**

La misma demandante sostiene que:

“Los hechos sobre la iniciación y trámite ante el Consejo de Estado, Sección Tercera en los conflictos de interconexión entre COMCEL, OCCEL y CELCARIBE y la ETB son similares”; por lo que a manera de resumen se tiene:

## **Síntesis del contenido de la demanda acerca de las omisiones que constituyen incumplimiento en los casos COMCEL- ETB; OCCEL - ETB y CELCARIBE -ETB.**

1. Las empresas COMCEL, OCCEL y CELCARIBE, a su turno, suscribieron contratos con la ETB sobre acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia de la primera y la red de telefonía móvil celular de la segunda, en los tres casos se había pactado que la solución de controversias se haría ante a un Tribunal Arbitral, razón por la cual se llevaron ante los mismos.

2. En los tres casos, el 15 de diciembre de 2006, el Tribunal Arbitral profirieron los laudos, omitiendo la aplicación de las normas andinas a cerca de “conflictos de interconexión (...)”; por lo que la ETB inició proceso de única instancia de anulación de laudo, ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera.

3. La ETB solicitó al Consejo de Estado, Sección Tercera que solicite la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432.

4. El Consejo de Estado emitió fallo, negando la solicitud de interpretación prejudicial y sin suspender el procedimiento para solicitar dicha interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

5. Existió un error *in procedendo* o *error de competencia*:

”En efecto, el procedimiento no se puede iniciar válidamente si no se tiene la competencia para dirimir el conflicto por lo tanto el Consejo de Estado no debía negar la solicitud de IP, pues el asunto de la IP versaba sobre normas andinas de procedimiento, la competencia para resolver el asunto técnico de la interconexión”.

Esto en virtud a que una de las causales de anulación invocadas por ETB trata de la competencia del árbitro y la CRT en conflictos de interconexión.

En resumen son estas las irregularidades que señala el demandante:

- “- **Por omisión:** No elevó la consulta obligatoria de interpretación prejudicial al TJCAN en ninguno de los tres procesos, a pesar de mediar solicitudes expresas de parte de ETB.
- **Por omisión:** No decretó la suspensión a pesar de la solicitud de ETB.
- **Por acción:** La Sala en pleno profirió sentencias en los tres procesos sin solicitar la IP.
- **Por acción:** La Sección Tercera negó la solicitud de interpretación prejudicial”.

## **Fundamentos de derecho de las pretensiones.**

Empieza citando los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 123 del Estatuto del Tribunal, de donde establece que:

“la consulta es obligatoria y no puede negarse cuando existe solicitud expresa de una parte y razonablemente se interprete si se debe aplicar norma comunitaria al caso en cuestión. Los jueces deben conocer el derecho aplicable (*iura novit curia*) para rendir sus fallos, así las partes no se lo hagan ver en sus alegaciones, por lo tanto, incluso si no hubiese existido la solicitud de interpretación prejudicial de ETB, la Sección Tercera debía conocer y aplicar las normas procesales andinas a estos casos”.

### **a) Naturaleza jurídica de la consulta obligatoria.**

Cita jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sostiene que:

“Dada la naturaleza de la consulta obligatoria y su importancia en la aplicación uniforme del ordenamiento andino en el territorio de los Miembros, (...) la omisión del Consejo de Estado de suspender los procesos, radicados 2007-0008, 2007-0009 y 2007-0010, y elevar las consultas de interpretación prejudicial sobre las normas procesales de interconexión al TJCAN, aún, cuando medió solicitud expresa de la ETB, constituye un incumplimiento del ordenamiento andino que debe ser corregido”.

### **b) Obligatoriedad de consultar en los procesos de anulación de laudos arbitrales.**

Luego de citar los requisitos de la consulta prejudicial obligatoria descrita en los citados artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 123 del Estatuto, manifiesta que:

“Como en este caso se trata de un proceso de anulación de laudo arbitral, un requisito adicional que debe constatar el juez, es si una o varias de las normas andinas son de naturaleza procesal, o si de su contenido surge un asunto de procedimiento relevante para el proceso, pues en los procesos de anulación de laudo arbitral el juez solo puede revisar asuntos procesales, ya que solo procede la anulación por *errores in procedendo*”.

De donde surge la importancia de revisar si “alguna de las normas solicitadas por ETB para que se interpretaran el H. Tribunal Andino tienen esa naturaleza procesal”.

#### **b.1. Naturaleza procesal de las normas andinas sobre solución de diferencias sobre las que se solicitó interpretación al Consejo de Estado.**

En los mencionados procesos de anulación:

“la ETB solicitó se interpretara la Decisión 462 que regula el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones, en particular artículos 3º, 30 inciso final, 31 y 32; y la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Normas Comunes sobre Interconexión, artículos 1º, 3º, 13, 32 y 35. El conjunto de normas solicitadas para interpretación son aplicables de manera directa (las procesales) e indirecta (sustantivas) para resolver la causal primera de anulación del laudo alegada ante el Consejo de Estado de la República de Colombia”.

De esta manera:

“Los artículos 30 inciso final de la D. 462, y los artículos 13, 17 literal f) y 32 de la Resolución 432 tienen que ver con asuntos procesales para dirimir conflictos contractuales de interconexión que por pacto entre las partes pueden ser resueltos por un tribunal arbitral según el artículo 17 literal f) de la Resolución 432 y los conflictos técnicos, macroeconómicos, de competencia y regulatorios de la interconexión, que solo pueden ser resueltos por la Autoridad de Telecomunicaciones como lo señala el artículo 32 de la Resolución 432”.

En efecto “la naturaleza del conflicto entre los operadores determinará la competencia para conocer y resolver el mismo (...)”.

Sostiene que, de acuerdo a la norma comunitaria, artículo 17 literal f) de la Resolución 432, los contratos de interconexión deben contener cláusulas sobre los mecanismos de solución de diferencias que surjan de los mismos, no determina cuales, pero el arbitraje puede ser uno de ellos; limitándolos a asuntos contractuales, ya que:

“el artículo 32 excluiría del arbitraje asuntos técnicos (enlaces), de competencia, tarifarios y macroeconómicos de la interconexión (...)”.

De esta manera, “El hecho de que la norma sea clara en limitar la competencia de la autoridad de telecomunicaciones a la ejecución de la interconexión, parte de la diferencia entre un conflicto contractual y uno técnico. Es decir, que es necesario diferenciar la interconexión del contrato de interconexión (...)” para lo cual se debe recurrir al artículo 2 de la Decisión 462, pues es en dicha norma donde se determina que es la “interconexión”.

Concluye que:

“En los arbitrajes se buscó modificar una tarifa regulada de los enlaces, conflicto que debía ser resuelto por la Autoridad de Telecomunicaciones mediante un proceso administrativo, por ello, el tribunal arbitral no tenía competencia para seguir el proceso arbitral”.

## **b.2. Petición de parte.**

Enfatiza, en que la ETB solicitó al Consejo de Estado de la República de Colombia la interpretación prejudicial de varias normas de Derecho Comunitario Andino.

## **b.3. El proceso de anulación requiere de la aplicación de las normas andinas.**

Hace una disertación acerca del concepto de consulta prejudicial, su obligatoriedad, la forma en la que se debe efectuar dicha petición al Tribunal Comunitario y aduce que dicha interpretación prejudicial no fue solicitada por el Consejo de Estado. Sostiene que en los asuntos en cuestión el Consejo de Estado, Sección Tercera ha decidido:

“por un lado, señalar que lo que se pidió fue una prueba, y por otro, que como el asunto de la nulidad de laudos solo impone la constatación de *errores in procedendo*, las normas andinas de interconexión solo señalan asuntos sustanciales, lo cual es equivocado pues los artículos 17.f y 32 de la Resolución 432 señalan claramente un asunto procesal de vital importancia, cual es determinar la competencia para la resolución del conflicto”.

Afirma de nuevo, la falta de competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia, pues esta debía haber sido resuelta por:

“la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, órgano nacional competente señalado por el artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN”.

Concluye, diciendo que la omisión en la solicitud de la interpretación prejudicial de las normas andinas, por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, constituyen un incumplimiento del Ordenamiento Jurídico Comunitario:

“Adicionalmente, si las controversias que dieron origen a los laudos objeto de los procesos de anulación, versan sobre la interconexión entre las redes de TMC de COMCEL, OCCEL y CELCARIBE y la red de TPBCLD de la ETB, deviene indiscutiblemente la necesidad de aplicar las normas comunes andinas sobre interconexión contenidas en la Decisión 462 y la Resolución 432”.

## **b.4. Presencia del Juez nacional en el caso concreto.**

Manifiesta que este requisito se cumple, toda vez que:

“El Consejo de Estado ha sido reconocido como órgano competente para elevar consultas de interpretación prejudicial, por parte del TJCAN (...)”.

## **b.5. Sentencia irrecurrible-Proceso de única instancia.**

Al respecto afirma que:

“los procesos de anulación de laudo arbitral iniciados por la ETB, en los cuales mi poderdante solicitó al Consejo de Estado elevar consulta de interpretación prejudicial al TJCAN, son procesos en única instancia, en consecuencia se trata de la última oportunidad procesal para dar correcta aplicación a las normas procesales comunes sobre interconexión lo que significa que la consulta es obligatoria y no facultativa”.

#### **b.6. Las causas de anulación alegadas en los procesos internos frente a la normativa andina.**

Argumenta que:

“los conflictos que surgieron durante la ejecución de la interconexión de ETB con COMCEL, OCCEL y CELCARIBE solo podían ser resueltos por las Autoridades de Telecomunicaciones, ya que un Tribunal Arbitral privado no podía contemplar los equilibrios generales de competencia ni tener en cuenta los derechos de los usuarios, asuntos que sí debe conocer la autoridad regulatoria (...). Por tratarse de una norma de orden público comunitario, la solución de diferencias de interconexión de telecomunicaciones, sin perjuicio de la función arbitral comunitaria prevista en los artículos 38 y 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, sólo puede ser dirimida a nivel interno por la Autoridad de Telecomunicaciones”.

#### **Declaración de reclamo simultáneo por la misma causa.**

Conforme lo establece el literal c) del artículo 49 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“la reclamante en este trámite, no ha acudido simultáneamente y por la misma causa a un tribunal nacional. Aclaremos que la ETB interpuso tres acciones de tutela (amparo) ante la Sección Cuarta del mismo Consejo de Estado en contra de los fallos de la Sección Tercera que resolvieron cada una de las demandas de anulación del laudo arbitral por violaciones al derecho de defensa y debido proceso, los cuales fueron resueltos desde el año 2008, en primera instancia por la Sección Cuarta y segunda instancia por la Sección Quinta, no quedando ningún recurso interno disponible para que se haga la IP. En las anteriores acciones de amparo, entre otras, se indicó que no se había surtido la Interpretación prejudicial, lo cual no fue tenido en cuenta”.

#### **Interés del particular y su prueba.**

Afirma que la:

“ETB posee interés legítimo para acudir a esta acción, por cuanto era parte activa (demandante) en cada uno de los procesos de anulación de laudo arbitral descritos, donde solicitó se interrumpiera el proceso y enviara el mismo a consulta prejudicial. La omisión del Consejo de Estado de realizar la consulta de interpretación prejudicial de las normas andinas comunes sobre interconexión ha afectado los derechos de la ETB. La falta de aplicación de

las mismas por parte de los árbitros de la Sección Tercera en todo lo relativo a asuntos de interconexión ha afectado los derechos subjetivos andinos de ETB en materia de telecomunicaciones”.

### **3. La contestación a la demanda.**

La contestación a la demanda es presentada por el señor Sergio Díazgranados Guida en su condición de Ministro de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia y por el doctor Juan Carlos Sarmiento Umbarilla obrando en representación de la República de Colombia.

Inicia su argumentación manifestando que:

“El Gobierno de Colombia considera improcedente esta ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO, por la supuesta omisión en que incurrió la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, toda vez que tal incumplimiento nunca se configuró. En los tres casos bajo examen efectivamente se emitieron sentencias dentro de tres procedimientos de recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, por el H. Consejo de Estado sin solicitar Interpretación Prejudicial como lo pretendía la ETB, por cuanto no existe una norma originaria o derivada que disponga que ‘el arbitramento’ es una materia o competencia transferida del orden nacional a la Comunidad Andina. Por lo antes expuesto, en dichos procesos de anulación de laudos no estaba en discusión ni debían aplicarse o interpretarse normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, siendo razonable, legal y procedimentalmente correcto no tramitar las consultas de Interpretación Prejudicial ante el H. Tribunal Andino, como efectivamente ocurrió”.

#### **Consideraciones preliminares respecto de la competencia del Honorable Tribunal Andino.**

Afirma que:

“ante el hecho palpable que el arbitramento es del orden nacional y no comunitario, y que este –el arbitramento- es precisamente el objeto de los pronunciamientos del Consejo de Estado, resulta procedente el rechazo in límine de esta demanda, por parte del Tribunal de Justicia de la CAN, al ser una materia por fuera de su jurisdicción”.

A manera de conclusión dice:

“(i) El arbitramento se deriva del pacto o cláusula compromisoria del contrato entre las partes, para los efectos de que se resuelva la diferencia por un tribunal designado ad-hoc para conocer del caso concreto.

(ii) El laudo arbitral es una decisión de única instancia que sólo puede ser cuestionada ante la jurisdicción por errores ‘in procedendo’. No le es dable al juez del recurso revisar de fondo los laudos (...).

(iii) El arbitramento es una materia por fuera de la órbita del derecho comunitario; por lo cual, el Tribunal Andino es incompetente para conocer de la alegada ‘omisión’ del Consejo de Estado al no revisar de fondo un laudo arbitral”.

### **Sobre el objeto de la demanda y declaraciones solicitadas.**

Argumenta de nuevo que el:

“incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino alegado no se ha configurado. Primero, es evidente la extemporaneidad en la solicitud tanto de suspensión de los procesos como e(sic) consulta de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal Andino, ya que estas solicitudes nunca se formularon en los escritos de anulación del laudo, sino cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había fallado los tres recursos presentados por ETB (...). Igualmente, estas solicitudes nunca se plantearon ante el Tribunal de Arbitramento (...).”.

Aclara que:

“Los aspectos resueltos en los laudos arbitrales objeto de los recursos de anulación, son asuntos de carácter tarifario; y por lo tanto, de competencia del Tribunal Arbitral, tal como se pactó en los contratos de interconexión (...).”.

Manifiesta que:

“la ETB tiende a confundir la competencia de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones –CRC que es a la que corresponde decidir las diferencias derivadas de aspectos técnicos relacionados con interconexión, con la competencia otorgada al Tribunal de Arbitramento para pronunciarse de manera definitiva sobre aspectos económicos, y como tal transables, derivados de la ejecución del contrato de interconexión, específicamente sobre las tarifas que debían pagarse, en cada uno de los contratos de interconexión celebrados con ETB, relativas a los cargos de acceso por minuto a una red”.

Sostiene que los tres laudos objeto del proceso:

“fueron decididos oportuna y legalmente por el Consejo de Estado en su Sección Tercera la cual orientó su examen a revisar las decisiones arbitrales por ‘errores in procedendo’, es decir, por presunta infracción de leyes procesales nacionales y no por ‘errores in iudicando’ (...). De acuerdo con el Decreto 1818 de 1998, el juez del recurso no está facultado para examinar aspectos de mérito o sustanciales, como lo hemos mencionado anteriormente. Por lo cual, no correspondía a la Sección Tercera del Consejo

de Estado suspender los tres procedimientos porque no había lugar a la adopción de tal medida (...).”

Finalmente, recalca que:

“La Sección Tercera del Consejo de Estado, no suspendió los procesos de anulación de laudos arbitrales, para proceder con el envío a consulta de los mismos al Tribunal Comunitario, porque la órbita de competencia del juez nacional se limita a verificar la existencia de errores en el procedimiento contenidos en el Laudo arbitral que puedan ocasionar su anulación, no a revisar la sustancia del proceso, como lo sería formular una Interpretación Prejudicial en esa instancia, en la eventualidad de asumir que la controversia trataba de un asunto de orden andino. En otras palabras el objeto de la actuación del Consejo de Estado en los recursos de anulación citados, era cada uno de los arbitramentos en sí, y no las materias sobre las cuales estos se ocupaban. Al no ser el arbitramento un tema transferido a la CAN, no procedía la citada consulta para lograr una interpretación prejudicial”.

### **Sobre las omisiones y acciones del Consejo de Estado.**

En este acápite de la contestación a la demanda, la parte demandada realiza un análisis y una relación de los hechos de los tres laudos arbitrales objeto de la nulidad, aclarando que:

“En estos tres casos, los recursos de anulación son sobre temas ‘in procedendo’ de los arbitramentos, por lo cual al no ser el arbitramento materia del orden andino, no procedía la solicitud de interpretación prejudicial”.

Afirma que:

“al Tribunal de Arbitramento no le correspondió aplicar, interpretar o de modo alguno aclarar normas del ordenamiento andino para emitir los laudos que decidieron estos tres procedimientos como puede apreciarse en su contenido, ya que sus decisiones recayeron sobre los montos que efectivamente correspondía pagar a ETB (...) aspectos económicos sobre los cuales las empresas convocantes del Tribunal de Arbitramento solicitaron un pronunciamiento expreso, al considerar que las sumas que venían pagando a ETB por concepto de acceso no correspondían a los cargos de acceso, máximos por minuto, establecidos en las resoluciones vigentes de la CRC (...). En tal sentido, es preciso aclarar que las empresas OCCEL, COMCEL y CELCARIBE buscaban solucionar discrepancias de orden financiero (...).”

Por lo tanto:

“Esta materia claramente no es del orden andino y no debía, por lo tanto proceder la Interpretación Prejudicial. No obstante tampoco se solicitó dicha Interpretación Prejudicial y el consecuente problema de competencia, en forma oportuna por lo cual el Tribunal de Arbitramento nunca tuvo en cuenta este aspecto (...).”

De esta manera:

“el gobierno de Colombia, solicita que el Honorable Tribunal Andino desestime las pretensiones de ETB, por cuanto carecen de fundamento sustancial, legal y probatorio”.

### **Hechos, acciones y omisiones que fundamentan la demanda.**

Manifiesta que los hechos, acciones y omisiones en que fundamentaron la demanda han sido distorsionados por la parte demandante intentando:

“hacer parecer que se incurrió en una omisión por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado para justificar su propio actuar de no solicitar la interpretación ante el tribunal de arbitramento en forma oportuna (...)”.

Señala de nuevo que:

“Hemos venido sosteniendo que no procede la Interpretación Prejudicial en los procesos derivados de los recursos de anulación de laudos arbitrales, por cuanto el arbitramento, objeto de revisión de dichos recursos, no es de orden andino. Lo anterior resulta esencial para evitar una confusión en la ejecución de las funciones tanto del juez nacional como del Tribunal Andino”.

Reitera que:

“aceptar la pretensión de ETB por parte del Juez del recurso sobre un pronunciamiento ante la supuesta falta de competencia del Tribunal Arbitral podría traer como consecuencia la creación de una instancia superpuesta al mismo, en este caso la Sección Tercera que podría cambiar la totalidad de la decisión arbitral; en este sentido el Consejo de Estado ha sostenido que una decisión del juez del recurso de anulación que modifique totalmente el laudo contraría la esencia para la cual se conforma un Tribunal de Arbitramento”.

Dice que:

“el fondo de la contienda resuelta mediante el laudo no puede ser debatido, sin embargo, la legalidad del procedimiento sí puede ser discutida a través de los recursos de anulación y de revisión, los cuales solamente admiten sustentarse en las causales taxativamente previstas en la ley”.

Por lo tanto, señala que:

“Revisada la actuación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, se reitera que Colombia ha cumplido y cumple el ordenamiento comunitario andino (...)”.

Solicita en consecuencia, “que la presente demanda se desestime de plano (...)”.

### **Fundamentos jurídicos invocados por el demandante.**

Sobre las normas andinas presuntamente vulneradas indican que:

“la Interpretación Prejudicial es procedente sólo por solicitud de los Jueces nacionales, a quienes, corresponde realizar el análisis de su viabilidad, conforme a lo previsto en los artículos 28, 29 y 30 del Tratado de Creación (...). Sobre este asunto es posible afirmar que los árbitros tienen legitimación para consultar en Interpretación Prejudicial al Tribunal Andino, en caso de que se estuviera debatiendo una norma andina, no así el Consejo de Estado en el marco de un recurso de anulación que verse sobre una materia del orden nacional como el Arbitramento; y sobre el cual el examen es in procedendo y no in iudicando”.

Aducen que:

“La ETB por lo tanto no cumple con su carga de identificar cuáles son las normas andinas comunitarias que debían ser interpretadas y tampoco de probar con evidencia razonable que efectivamente invocó ante el Tribunal Arbitral la incompetencia del mismo para conocer de los asuntos sometidos a su consideración- los aspectos económicos derivados de la ejecución del contrato”.

### **Naturaleza jurídica de la consulta obligatoria.**

Sostiene que:

“El demandante alega sobre la naturaleza obligatoria de la consulta e Interpretación prejudicial para la aplicación uniforme del derecho andino, sin embargo no explica porque una discusión tarifaria vulnera la Decisión 462 antes expuesta. Con esto no cumple con la carga de probar que hay un incumplimiento en el deber de consulta por cuanto, no demuestra que hay un derecho andino envuelto”.

### **Obligatoriedad de consultar en los procesos de anulación de laudos arbitrales.**

Manifiesta que:

“el asunto sometido al conocimiento del Tribunal de Arbitramento era de índole económico y por lo tanto la competencia habilitante estaba acordada por las partes en los contratos de interconexión”.

Respecto a la necesidad afirmada por el demandante:

“de interpretar prejudicialmente la Decisión 462, se reitera que la misma no era susceptible de ser interpretada durante el recurso de anulación del laudo por cuanto el mismo trata exclusivamente de un examen del procedimiento adelantado en el Arbitramento, y que; en el mismo se honrara los principios del debido proceso, el juego limpio y la buena fe, conforme a la ley colombiana”.

Afirma que:

“En conclusión la interpretación funcional de los artículos 17 y 32 de la Resolución 432, permite concluir que estos temas de interconexión puedan ser sometidos a arbitramento (...).”

Respecto a la petición del demandante de solicitar la interpretación prejudicial dice que:

“tales solicitudes sólo vino a ponerlas en conocimiento del Consejo de Estado, con ocasión del procedimiento del recurso extraordinario de revisión, pero que no cumplió con la condición sine qua nón para hacerlo y era haberlo solicitado ante el Tribunal de Arbitramento porque el recurso extraordinario de anulación, no admite causales distintas a las taxativamente previstas en la ley”.

Insiste de nuevo en que:

“El tema arbitral es del orden exclusivamente nacional y no comunitario. La revisión de un laudo durante el proceso arbitral versa sobre aspectos formales (in procedendo) exclusivamente relacionados con la aplicación de la legislación colombiana” y “adicionalmente, no se debate durante el recurso de anulación una norma comunitaria, sino una norma nacional como es la que regula el arbitramento”.

Finalmente concluye:

“1. La Acción de incumplimiento no procede en el presente caso, por cuanto no hubo incumplimiento alguno que se pueda predicar de la República de Colombia mediante la acción de la Sección Tercera del Consejo de Estado; 2. La interpretación prejudicial no era procedente en los recursos de anulación del laudo, por cuanto la materia objeto de dichos procesos –el arbitramento- no es del orden andino (...).”

### **Petición.**

Por todo lo expuesto:

“solicitamos al Honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina descarte de plano todas las pretensiones del demandante en este proceso y declare expresamente el acatamiento por parte del Gobierno de Colombia del ordenamiento jurídico andino, particularmente de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500”.

### **4. La Audiencia Pública.**

Por auto de 12 de noviembre de 2010, el Tribunal decidió “Cuarto: Convocar a las partes en esta controversia a la Audiencia Pública que tendrá lugar el día viernes 11 de marzo de 2011, a las 10H00. Las partes que deseen acreditar la participación de asesores o expertos deberán hacerlo dentro del

plazo perentorio de ocho (08) días siguientes a la notificación del presente auto. Oportunamente la Secretaría General del Tribunal informará el lugar en donde se realizará la referida Audiencia”. Sin embargo, a solicitud de las partes, el Tribunal, por auto de 03 de marzo de 2011 decidió: “Modificar la fecha de la Audiencia programada para el día 11 de marzo de 2011 y convocar a las partes para el día 06 de abril de 2011, a las 10H00. Oportunamente la Secretaría General del Tribunal informará el lugar en donde se realizará la referida Audiencia”.

En esta fecha se llevó a cabo la Audiencia Pública, en el salón Friburgo del Swissotel, en la ciudad Quito, con la asistencia de Representantes de ambas partes, cuyas personerías fueron debidamente reconocidas, quienes presentaron las fundamentaciones que se recogen en el acta correspondiente y, en los respectivos escritos de conclusiones.

#### **5. Alegato de Conclusión de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB S.A. E.S.P.)**

El doctor José Manuel Álvarez Zárate, en calidad de apoderado especial de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. remitió a este Tribunal escrito de conclusiones, en el que argumenta:

#### **Problema jurídico.**

El problema jurídico propuesto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el de determinar si:

“el Consejo de Estado debía, en aplicación del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCAN, solicitar ante este H. Tribunal la interpretación prejudicial antes de falla (sic). Lo anterior, tomando en cuenta que puesto que se le puso en frente una norma andina, y no exista en derecho interno un recurso contra su sentencia de anulación de laudo arbitral que permitiera revisar la aplicación del derecho andino ante una solicitud razonable de parte que la enviara”.

#### **La obligación incumplida. El incumplimiento.**

Citando jurisprudencia del Tribunal sostiene que el Consejo de Estado de la República de Colombia tenía la obligación de hacer la solicitud de Interpretación Prejudicial correspondiente, pues al configurarse todos los requisitos para que la consulta se surta, tiene el carácter de obligatoria. Agrega que, a pesar de haberle pedido al Consejo de Estado que se efectuara dicha consulta:

“la Sección Tercera del Consejo de Estado, no suspendió el proceso y dictó sentencia sin solicitar la interpretación prejudicial, incumpliendo así con lo ordenado en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino (...)”.

**“Las excusas de Colombia para justificar el incumplimiento”.**

**(i). El objeto de este proceso no es la no arbitrabilidad de los conflictos que resolvieron los Tribunales de arbitramento, sino el incumplimiento en que incurrió Colombia (Consejo de Estado) al fallar los recursos de anulación sin consultar la interpretación del Tribunal Andino.**

Sostiene la demandante que:

“La República de Colombia presenta en la contestación a la demanda, argumentos que tienden a afirmar la arbitrabilidad de los asuntos decididos por los Tribunales de arbitramento, incluso, ahora sí, a la luz de las normas andinas, olvidando que el objeto de este proceso no es discutir si las materias en conflicto eran o no arbitrables, ese era el objeto de los recurso (sic) de anulación y por eso era trascendental que se consultara la interpretación de las normas andinas, el objeto de este proceso es determinar si el Consejo de Estado incurrió en un incumplimiento de la norma comunitario (sic) que le ordena que consulte la interpretación de las normas comunitarias antes de dictar sentencia”.

**(ii). En la conclusión de que las normas andinas invocadas por ETB no eran aplicables, subyace la interpretación de las mismas.**

Afirma, que el hecho de que el Consejo de Estado decidiera que las normas invocadas no eran aplicables al caso, ya está realizando una interpretación de la norma del Ordenamiento Jurídico Comunitario, lo que significa que esta:

“desconociendo la competencia de este Honorable Tribunal para interpretar el derecho comunitario, porque si alguien debía determinar el alcance o sentido de las normas andinas, ese no era el Consejo de Estado, era este H. Tribunal Andino. Entonces el Consejo de Estado usurpó la competencia del Tribunal de Justicia de la CAN para interpretar el derecho andino”.

Sostiene que:

“las solicitudes de interpretación prejudicial presentadas por la ETB al Consejo de Estado era palmaria: ETB afirmaba que las normas andinas de interconexión artículos 3, 30 inciso final, 31 y 32 de la Decisión 4623 y 1, 3, 13, 17 literal f, 32 y 35 de la Resolución 432, excluían la posibilidad de someter al arbitramento cursado las diferencias derivadas de la interconexión, y que del alcance que se le diera al contenido de esas normas, dependía si debía anularse lo actuado por los Tribunales de arbitramento en tres procesos en lo (sic) que se resolvieron asuntos relativos a la interconexión, o si, por el contrario, era completamente válido ese procedimiento. De manera que no existía razón para que el Consejo de Estado se negará a elevar la consulta a este H. Tribunal”.

**(iii) Que el arbitraje en materia de interconexión sea una institución de derecho interno, no implica que las normas andinas no puedan limitar su competencia con normas de orden público.**

Manifiesta que en Colombia, los árbitros son particulares investidos por la función de administrar justicia de manera transitoria, actúan como verdaderos jueces y no se desconoce que el arbitramento sea un proceso de orden interno.

“Sin embargo, esa circunstancia no justifica, de ninguna manera, que el juez colombiano, en este caso la Sección Tercera del Consejo de Estado, se sustraiga del cumplimiento de lo preceptuado en (SIC) artículo 33 inciso 2 del Tratado de Creación de este Tribunal”.

La República de Colombia en su escrito de contestación a la demanda y en la audiencia ha afirmado que:

“el Consejo de Estado no estaba obligado a suspender los procesos de anulación para consultar la interpretación prejudicial de este Honorable Tribunal, dado que el arbitramento no es un asunto del orden andino, con lo cual pretende Colombia soslayar la vinculatoriedad de la normativa andina, pues si bien es cierto, el arbitraje no es del orden andino, también lo es, que es perfectamente posible que las normas comunitarias alteren la regulación interna para el caso de la solución de diferencias en materia de interconexión (...) existen unas normas andinas (...) que entran a formar parte de ese marco legal que limita la competencia de los particulares para dirimir determinados conflictos y que en efecto, tienen la virtualidad de viciar de nulidad todo pacto en contrario por ilicitud del objeto, y por ende, todo lo actuado por el Tribunal”.

**(iv) Las normas andinas relacionadas por ETB en sus solicitudes de IP, eran normas con efectos procesales. Afectaban la competencia del tribunal arbitral.**

Sostiene que:

“las normas señaladas en la solicitud de IP elevada ante el Consejo de Estado, son normas con alcances procesales, en la medida en que excluyen –al menos esa es la opinión de ETB, y de ahí la importancia de su interpretación por parte de este Tribunal- la competencia de los jueces y por consiguiente de los particulares, para conocer de las diferencias que surjan con ocasión de las interconexiones”; y no sustanciales como afirma la República de Colombia.

Afirma, que era necesaria la solicitud de interpretación prejudicial para que el Consejo de Estado calificara los conflictos.

**(v) Que la falta de competencia no se hubiera alegado ante el Tribunal de arbitramento invocando las normas andinas, no convalida la irregularidad (iura novit curia).**

Manifiesta que:

“No es cierto que la falta de jurisdicción y competencia sólo se pueda alegar cuando se invocó ante el Tribunal de arbitraje (...). Es falso que sea un requisito del recurso de anulación que las causales se hayan alegado en el trámite arbitral (...). En efecto, si se invoca la causal, pero no se sustenta debidamente, el juez igual debe examinarla. No puede olvidarse que el juez es garante de la aplicación de las normas andinas. En efecto, al margen del momento en que el tema haya sido puesto en su consideración, era su obligación hacer la consulta de IP para evitar incurrir en contradicciones con el derecho andino”.

**(vi) Las solicitudes de interpretación prejudicial de la ETB no fueron extemporáneas.**

Sostiene que:

“no es cierto que las solicitudes de ETB hayan sido extemporáneas, pues cuando dichos escritos fueron presentados en los tres procesos, aún no se habían notificado las sentencias, es decir que aun estaba abierto el proceso. Ahora, Colombia defiende su argumento de la extemporaneidad, diciendo que en el recurso de anulación, la notificación de la sentencia no es relevante porque el asunto no está sujeto a revisión ordinaria, (...). Debemos decir que mientras la sentencia no sea notificada, las partes no tienen manera de conocer su existencia (...)”.

Afirma, además, que una de las tres sentencias ni siquiera había sido fallada.

### **Aplicación del Derecho Comunitario Andino en el arbitramento.**

Solicita que el Tribunal se pronuncie, teniendo en cuenta lo siguiente:

a. De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano los árbitros son particulares que de manera transitoria cumplen con la función de administrar justicia.

b. (...) es perfectamente posible que en asuntos conocidos por Tribunales de Arbitramento deban aplicarse normas andinas.

c. El trámite arbitral es un proceso de única instancia que termina con un laudo arbitral que tiene los mismos efectos que una sentencia declarativa, esto es, cosa juzgada y mérito ejecutivo.

d. El inciso 2 del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCAN sobre interpretación prejudicial se refiere a todos los procesos, concepto dentro del cual caben los de anulación de laudos arbitrales.

e. El hecho de que los árbitros sean particulares y no servidores públicos no implica que el Estado pierda la titularidad de la función de administrar justicia, por el contrario, el Estado sigue siendo garante de la adecuada impartición de justicia (...).

f. De acuerdo con el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN (...) los jueces y las personas que en cada país estén habilitadas para administrar justicia deben observar el derecho andino y que el Estado es garante de dicho cumplimiento.

g. De llegarse a concluir que los árbitros, en la medida en que administran justicia, están obligados a consultar la interpretación prejudicial cuando se enfrenten a una norma andina, en caso de incumplimiento de esta obligación andina, el Estado estaría llamado a responder ante la CAN por ser garante de la observancia del derecho andino”.

### **Conclusión.**

ETB solicita:

“que se declare que la República de Colombia, representada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, incumplió la normativa andina que obliga a solicitar la interpretación de este honorable Tribunal, antes de proferir sentencia, cuando se está en presencia de una norma andina”.

### **6. Alegato de Conclusión de la República de Colombia.**

El doctor Juan Carlos Sarmiento Umbarilla, apoderado de la República de Colombia, presentó escrito de conclusiones, con los siguientes argumentos:

#### **Fundamentos de la defensa.**

Inicia su defensa manifestando que:

“el demandante ha tratado de usar diversas estrategias para no asumir las consecuencias de los arbitramentos, a las que se comprometió libre y voluntariamente, en virtud de sendas cláusulas compromisorias, contenidas en contratos de acceso en materia de telecomunicaciones”.

Señala que el Gobierno de Colombia ha demostrado que el Consejo de Estado no ha omitido adelantar las solicitudes de interpretación prejudicial al Tribunal Comunitario, pues:

“(...) para hablar de una omisión se requiere primero establecer que existe una obligación legal de hacer algo, y lo único claro en este proceso es que el Consejo de Estado no tenía la obligación de elevar consulta ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por cuanto el tema objeto de discusión – los recursos de anulación de laudos arbitrales- no son una materia parte del ordenamiento jurídico andino”.

Aduce que la ETB:

“En los tres casos se comprometió voluntaria y libremente, mediante cláusulas compromisorias, para acudir al arbitramento a fin de resolver las diferencias derivadas de los citados contratos de acceso (...). Una vez suscitadas las controversias, la ETB acudió a los tribunales de arbitramento citados y en ese estado de los procesos –ANTE LOS TRIBUNALES DE

ARBITRAMENTO- nunca mencionó o solicitó formalmente que los tribunales acudieran a Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la CAN. La razón (sic) porque no lo hizo es simple: el objeto de la discusión eran normas internas como son las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, expedidas por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones y no normas andinas”.

Manifiesta que:

“el demandante no logró probar que existiera materia de orden andino en conocimiento ante el Consejo de Estado, y por ende una obligación de adelantar la interpretación prejudicial”.

Según la Ley Colombiana el Consejo de Estado no puede:

“pronunciarse sobre la sustancia sino exclusivamente sobre ‘errores in procedendo’ o sobre la forma como los Tribunales llegaron a las decisiones arbitrales”. Este planteamiento es reiterativo por parte de la parte demandada en varias oportunidades.

Se cuestionan en:

“¿por qué el demandante decide traer la solicitud de interpretación prejudicial sólo hasta este momento en el proceso, cuando ya era un hecho que el Consejo de Estado le iba a negar los recursos?; ¿Por qué el demandante no radico sus solicitudes de interpretación prejudicial, durante los procesos arbitrales y decide hacerlo en la etapa de la anulación?”.

Sobre el argumento de la parte demandante de que los temas del arbitraje eran competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sostiene:

“(i) Que el demandante nunca lo manifestó ante los tribunales de arbitramento (...)” por lo que trae a colación nuevamente “el tema de la oportunidad de las actuaciones en derecho. En este caso, lo único claro es que el demandante no actuó de forma oportuna.

(ii) Que dicha manifestación en realidad pretende distraer la discusión, por cuanto el debate se centró sobre tarifas en cargos de acceso de las operadoras celulares a la ETB (...). Reafirman que las causales de anulación que invocó el demandante estaban “relacionadas con aspectos sustanciales o de mérito, sobre los cuales la ley no ha facultado al juez del recurso a pronunciarse (...)”.

Reitere en que:

“No existe una sola norma de derecho originario o derivado, mediante la cual se establezca que los recursos de anulación de laudos arbitrales hacen parte de la órbita del derecho andino (...). Al no existir norma andina en discusión, no era procedente aceptar las solicitudes de interpretación prejudicial, y no existía una obligación al respecto, por lo cual la respuesta es que NO existe incumplimiento del Consejo de Estado, Sección Tercera (...). Tampoco existió incumplimiento, porque el Consejo de Estado en su revisión de los

laudos recurridos estaba limitado por la Ley nacional sólo para conocer de ‘errores in procedendo’ por parte de los Tribunales de Arbitramento”.

Por último y sintetizando dice que:

“la ETB se acogió libre y voluntariamente a las reglas del arbitramento para solucionar las diferencias derivadas de los contratos. Para esto firmó cláusulas compromisorias durante cada contrato. En la eventualidad, no cierta, que hubiera temas de derecho andino en discusión. ETB no lo alegó durante el tribunal de arbitramento oportunamente. Ahora en este caso, ETB pretende invocando primero las interpretaciones prejudiciales y actualmente la acción de incumplimiento, hacer valer antijurídicamente lo que no logró probar antes en los tribunales de arbitramento”.

Por lo tanto, pide:

“rechazar las peticiones del demandante por estar sustentadas en presupuestos infundados, tal como se ha logrado demostrar a lo largo del presente proceso”.

Con vista en lo anterior,

## **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

### **CONSIDERANDO:**

Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es competente para conocer de la presente controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23, 24 y 25 de su Tratado de Creación, concordados con las normas del Título II de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores), y del Título II de su Reglamento Interno, mediante las cuales se regula lo pertinente a la acción de incumplimiento;

Que se han observado las formalidades inherentes a la acción de incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado; y

Que en este estado procesal y habiéndose agotado todo el trámite conforme lo establece el Ordenamiento Jurídico Comunitario; se procederá a dictar sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

### **1. Naturaleza jurídica de la Acción de Incumplimiento**

La acción de incumplimiento es el procedimiento judicial que hace posible el cumplimiento, por parte de los Países Miembros, de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se encuentra regulada en los artículos 23 al 31 del Tratado de

Creación del Tribunal y en los artículos 107 al 120 de su Estatuto, en virtud de la cual, esta Corporación debe conocer de las acciones de incumplimiento, que sean interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Países Miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro.

En reiteradas sentencias, este Tribunal Comunitario se ha referido a la naturaleza de la acción de incumplimiento, sosteniendo que el objeto de esta es garantizar y fortalecer el proceso de integración dentro de la Comunidad Andina; mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena.

Este Tribunal asegura el acatamiento de la normativa jurídica andina, así como el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como el único Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, con competencia para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo.

Los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal, establecen las etapas que necesariamente tienen que agotarse ante el Órgano Ejecutivo de la Comunidad, la Secretaría General; determina que un País Miembro o un particular afectado en sus derechos, podrán iniciar la investigación acerca de un presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del compromiso comunitario por parte de un País Miembro, en cualquier caso la Secretaría General debe formular las observaciones por escrito a dicho País, expresándole los motivos que hacen presumir que la conducta cuestionada no se adecúa al ordenamiento jurídico comunitario, indicando las normas comunitarias supuestamente infringidas.

Por su parte, el País Miembro cuestionado debe en el plazo establecido dar respuesta a la nota de observaciones, vencido el cual, habiendo o no respuesta, la Secretaría General emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones acusadas.

Según lo previsto en los citados artículos 107 y 108 del Estatuto, podrán iniciar la acción judicial de incumplimiento ante este Tribunal, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas legitimadas, exigiéndose para ello: (i) que haya sido emitido el dictamen de incumplimiento, por parte de la Secretaría General, ante lo cual, la misma podrá interponer la acción en el plazo establecido, o si no lo hace dentro de dicho plazo, el País Miembro reclamante o el particular afectado, podrán interponerla directamente; o, (ii) en caso de no haberse emitido dictamen motivado alguno dentro del lapso señalado, o si el dictamen emitido no ha sido de incumplimiento, el País Miembro afectado o el particular con legítimo derecho, podrá acudir directamente al Tribunal en acción de incumplimiento.

Adicionalmente, es necesario que entre la nota de observaciones, del dictamen de incumplimiento y la demanda judicial exista congruencia, de tal forma que las conductas objeto de la acusación por incumplimiento sean las mismas en los tres momentos antes referidos; de modo que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las conductas de acción o de omisión que fueron consideradas en el dictamen y en la nota de observaciones.

En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha sostenido que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial debe existir:

“suficiente congruencia... para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo de la controversia” (Sentencia emitida dentro del Proceso 01-AI-96, publicada en la G.O.A.C. N°. 234 de 21 de abril de 1997).

Cabe reiterar, lo que el Tribunal ha manifestado respecto del dictamen de incumplimiento que debe emitir la Secretaría General, en el sentido de que:

“ha de ser el resultado congruente de las actuaciones desplegadas a lo largo del procedimiento, en particular de la nota de observaciones”; declarando además que “los motivos que contenga el «dictamen» también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda”. También precisó que con la contestación de la demanda “quedarán fijados los términos concretos de la controversia”, puntualizando que el objeto de la audiencia oral, “no es el de presentar nuevos argumentos –salvo que hayan acaecido con posterioridad a la demanda o a la contestación–, ni de ampliar las cuestiones litigiosas concretadas en las referidas piezas procesales...”. (Sentencia emitida en el Proceso 43-AI-99, publicada en la G.O.A.C. N°. 620 de 23 de noviembre de 2000).

El País Miembro con sentencia declaratoria de incumplimiento emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para reestablecer el ordenamiento jurídico comunitario infringido, y en consecuencia, dejar sin aplicación las normas jurídicas nacionales violatorias de dicho ordenamiento jurídico.

## **2. Las pruebas**

Obran en autos, adjuntados a la demanda y a la contestación de la misma, en calidad de prueba, presentados de manera oportuna por las partes, los siguientes documentos:

**Por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB. S.A. E.S.P.):**

1. Copia del memorial emitido por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., para que se solicite la interpretación prejudicial al

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, radicado en el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera el 10 de abril de 2008. Radicación N°. 2007-0010 (folios 62 a 63).

2. Copia del memorial emitido por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., reiterando su pedido de que se solicite la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, radicado en el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera el 2 de mayo de 2008. Radicación N°. 2007-0010 (folios 64 a 72).

3. Copia del auto de 8 de agosto de 2008, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por medio del cual se niega la solicitud de suspensión del proceso y de consulta para la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Radicación N°. 2007-0010 (folios 73 a 78).

4. Copia de la Consulta de Procesos Judiciales, obtenida de la página web de la Rama Judicial de la República de Colombia. Radicación N°. 2007-0010 (folios 79 a 80).

5. Copia del memorial emitido por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., para que se solicite la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, radicado en el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera el 10 de abril de 2008. Radicación N°. 2007-0008 (folios 81 a 82).

6. Copia del auto de 8 de agosto de 2008, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por medio del cual se niega la consulta para la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Radicación N°. 2007-0008 (folios 83 a 85).

7. Copia de la Consulta de Procesos Judiciales, obtenida de la página web de la Rama Judicial de la República de Colombia. Radicación N°. 2007-0008 (folios 86 a 87).

8. Copia del memorial emitido por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., para que se solicite la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, radicado en el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera el 10 de abril de 2008. Radicación N°. 2007-0009 (folios 88 a 89).

9. Copia del memorial emitido por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., reiterando que se solicite la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, radicado en el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera el 2 de mayo de 2008. Radicación N°. 2007-0009 (folios 90 a 98).

10. Copia del auto de 31 de julio de 2008, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por medio del cual se niega la suspensión del proceso y la remisión de consulta para la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Radicación N°. 2007-0009 (folios 99 a 101).

11. Copia de la Consulta de Procesos Judiciales, obtenida de la página web de la Rama Judicial de la República de Colombia. Radicación N°. 2007-0009 (folios 102 a 103).

12. Copia de la comunicación de 29 de mayo de 2008, emitida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dirigida al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura para que de conformidad con la obligación que emana de los artículos 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 128 de su Estatuto, velara por el cumplimiento de las obligaciones andinas en materia de interpretación prejudicial por parte del Consejo de Estado de la República de Colombia (folio 104).

**Al escrito de demanda, se adjunta, además, como anexo:**

1. Poder especial, amplio y suficiente concedido por Efraín Alberto Becerra Gómez apoderado general de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB S.A. ESP) al doctor José Manuel Álvarez Zárate, para que en nombre y representación de la sociedad indicada presente y lleve hasta su terminación en etapa judicial la demanda de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y certificado en Notaría 65 del Circuito de Bogotá (folios 22 y 23).

2. Certificado de existencia y representación legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 5 de abril de 2010 (folios 24 a 46).

3. Copia del dictamen 02-2010 de 24 de marzo de 2010, emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina (folios 47 a 61).

**Por parte de la República de Colombia:**

1. Copia del laudo arbitral, emitido por el Tribunal de Arbitramento el 15 de diciembre de 2006, promovido por OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL contra la ETB (folios 321 a 468; libro número 1).

2. Copia del laudo arbitral, emitido por el Tribunal de Arbitramento el 15 de diciembre de 2006, promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. contra la ETB (folios 469 a 607; libro número 2).
3. Copia del laudo arbitral, emitido por el Tribunal de Arbitramento el 15 de diciembre de 2006, promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL como absorbente de CELCARIBE S.A. contra la ETB (folios 609 a 750; libro número 3).
4. Copia del dictamen 02-2010 de 24 de marzo de 2010, emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina (folios 753 a 767; libro número 4).
5. Copia del fallo de la acción de tutela, de 27 de agosto de 2008, instaurado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 1100103150002008-00793-00 (folios 807 a 822; libro número 4).
6. Copia del fallo de impugnación, de 16 de octubre de 2008, contra el fallo de tutela de 27 de agosto de 2008, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 1100103150002008-00793-00 (folios 788 a 806; libro número 4).
7. Copia del fallo de la acción de tutela, de 27 de agosto de 2008, instaurado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 11001-03-15-000-2008-00191-00 (folios 823 a 836; libro número 4).
8. Copia del fallo de impugnación, de 16 de octubre de 2008, contra el fallo de tutela de 27 de agosto de 2008, emitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 1100103150002008-00791-00 (folios 768 a 787; libro número 4).

**Asimismo adjunta como anexos:**

1. Poder especial conferido por el doctor Sergio Díazgranados Guida, Ministro de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia al doctor Juan Carlos Sarmiento Umbarila, para que actúe como apoderado de la República de Colombia, dentro del proceso 03-AI-2010 (folios 211, 212 y 217).

2. Decreto Número 2978 de 7 de agosto de 2010, emitido por la Presidencia de la República de Colombia, por medio del cual, en el artículo 8, se nombra al doctor Sergio Díazgranados Guida como Ministro de Comercio, Industria y Turismo (folios 213 y 214).

3. Tabla de relación de pruebas (Folio 315).

4. Los cuatro libros con las pruebas relacionadas en la Tabla de Relación de Pruebas (folios 319 a 836).

### **3. Regularidad del procedimiento administrativo previo.**

Dando cumplimiento a los artículos 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB. S.A. E.S.P., por comunicación de 5 de noviembre de 2008, presentó reclamo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina por posible incumplimiento de la República de Colombia de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 del Estatuto al emitir “sentencia sin solicitar interpretación prejudicial, a pesar de mediar solicitud expresa de ETB, en tres procesos de anulación de laudos arbitrales sobre interconexión en telecomunicaciones”.

El 25 de noviembre de 2008, la Secretaría General admitió a trámite el reclamo de la ETB y lo notificó a la República de Colombia y a los demás Países Miembros, a fin de que presentaran la contestación e información que consideraran pertinente, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes.

Una vez adelantado el trámite administrativo la Secretaría General, el 24 de marzo de 2010, emitió el Dictamen N<sup>o</sup>. 02-2010 mediante el cual concluyó que:

“(…) la Secretaría General, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los motivos expuestos en el presente Dictamen, considera que no ha quedado demostrado que la República de Colombia, actuando a través del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, haya incumplido obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

Por lo que, de acuerdo al último párrafo del artículo 24 del Tratado de Creación la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB, acudió directamente al Tribunal Comunitario para que se pronuncie al respecto. De lo expuesto se tiene, que la demandante cumplió con el procedimiento administrativo previo para acudir directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

## **7. Objeto del incumplimiento.**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, declara que el objeto de incumplimiento en el presente proceso, es determinar si la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido las obligaciones contenidas en el Ordenamiento Jurídico Andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva del envío a Interpretación Prejudicial a este Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de su Estatuto, de las normas comunitarias aplicables en el proceso interno de anulación de laudo arbitral.

Sin embargo y como se tiene ya manifestado, la acción de incumplimiento, persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena, por su parte este Tribunal asegura el acatamiento de la normativa jurídica andina así como el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo; por lo tanto, este Tribunal considera necesario abordar otros temas relacionados con el caso concreto y con el hecho específico de la obligatoriedad en la solicitud de interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales de los Países Miembros.

## **8. La interpretación prejudicial obligatoria.**

De acuerdo a la normativa comunitaria, la consulta obligatoria se da cuando un juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controviertan temas regulados por las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar de manera directa y mediante simple oficio la interpretación prejudicial al Tribunal Comunitario. Esta solicitud puede ser de oficio o a petición de parte.

En cuanto a la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial, este Órgano Jurisdiccional reitera que “La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la ‘teoría del acto claro’ no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino” (Proceso 04-IP-94, publicado en la G.O.A.C. N° 189, de 15 de septiembre de 1995, caso: EDEN FOR MAN (etiqueta)).

En los casos en que la consulta de interpretación prejudicial es obligatoria — jueces nacionales de única o de última instancia ordinaria—, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta el

pronunciamiento del Tribunal Comunitario, el cual se constituye en un presupuesto procesal de la sentencia de obligatorio cumplimiento (Proceso 06-IP-99, publicado en la G.O.A.C. N° 468, de 12 de agosto de 1999, caso: HOLLYWOOD LIGHTS) que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo (Caso: Nombres de publicaciones periódicas, programa de radio y televisión y estaciones de radiodifusión, y cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales (Proceso 11-IP-96, publicado en la G.O.A.C. N° 299, de 17 de octubre de 1997, caso: BELMONT).

En efecto, en el caso de la consulta obligatoria, la inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia.

En este 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, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los Países Miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso.

#### **9. Actuación del Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en el caso concreto.**

Establecido, de acuerdo a la demanda y a la contestación de la misma, que el supuesto incumplimiento versa sobre la omisión que llevo a la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplir las obligaciones contenidas en el Ordenamiento Jurídico Comunitario, en particular las relacionadas con la obligación objetiva prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de su Estatuto, que le imponía consultar la Interpretación Prejudicial de las normas andinas que se debían aplicar dentro de un proceso nacional de anulación de laudo arbitral.

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

Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta”.

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

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

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

¿La Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de anulación de los tres laudos arbitrales, tenía la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que eran aplicables por los Tribunales Arbitrales, o si al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debía limitar su actuación a *errores in procedendo*?

Este Tribunal considera que el tema va más allá, como se explica a continuación.

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

Andina la interpretación prejudicial, en relación con dos temas fundamentales:

1. Si el Tribunal de Arbitramento, al conocer la controversia y advertir de la existencia de normas comunitarias aplicables a los casos en cuestión (de oficio o a pedido de parte), debió solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para resolver los laudos arbitrales y así agotar el debido proceso.
2. Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral, generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso.

El Juez Nacional, en este caso el Consejo de Estado de la República de Colombia, de conformidad con los principios del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, en especial los principios de primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial, es el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional. Son ciertamente jueces comunitarios, ya que en colaboración con el Tribunal Supranacional tienen la ardua labor de garantizar la validez y eficacia de todo el sistema jurídico comunitario. Su labor no sólo se limita a aplicar una norma a determinado caso concreto, sino que su actividad consiste en estructurar su quehacer judicial dentro del escenario jurídico subregional, aplicando, balanceando y armonizando la normativa nacional con la comunitaria, dándole la primacía a la segunda sobre temas específicos reglados por la misma.

En este marco, el juez nacional debe garantizar que todos los operadores jurídicos nacionales cumplan en debida forma el orden comunitario y, para ello, se encuentran investidos de todas las prerrogativas que pudieran darse para cumplir dicha labor. En el caso concreto, no sólo bastaba que el Consejo de Estado argumentara que las causales de nulidad son taxativas y que su función tiene como límite dichas normas, sino que con base en toda la carga que proviene del orden supranacional comunitario hiciera evidente que en el proceso arbitral era necesario y obligatorio la solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de lo contrario, existirían operadores jurídicos con funciones judiciales aplicando el derecho comunitario sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario, lo que sin duda alguna afectaría la validez y eficacia del orden supranacional.

En otras palabras, el Consejo de Estado, dado su carácter de juez comunitario debió dar noticia, mediante la figura de la interpretación prejudicial, al Tribunal Supranacional del hecho de que el Tribunal Arbitral,

aún cuando debía aplicar normas comunitarias andinas, no había enviado la correspondiente solicitud.

Si bien la normativa comunitaria habla de juez nacional, el alcance de dicho término le corresponde al Tribunal Supranacional y, en este sentido el Consejo de Estado ha debido consultar al Tribunal sobre la posible obligación que le asistía al Tribunal Arbitral en relación con la solicitud de interpretación prejudicial. Al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el Consejo de Estado configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto.

Sobre el doble carácter que poseen los jueces nacionales, es decir, como jueces nacionales y jueces comunitarios, el Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los Tribunales de cada uno de los Países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho Comunitario, con base a la interpretación del contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en forma privativa, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto de lograr su aplicación uniforme en los Países Miembros.” (Proceso 131-IP-2003, publicado en la G.O.A.C. N°. 1041 de 4 de marzo de 2004, marca, COLIBRÍ y logotipo).

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

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

## **10. Naturaleza del arbitraje. Alcance del término juez nacional. La obligatoriedad de solicitar interpretación prejudicial en los procesos de arbitraje.**

A continuación, el Tribunal pasa a explicar los motivos por los que el Tribunal Arbitral debió solicitar la interpretación prejudicial al emitir los laudos arbitrales impugnados, para lo cual, este Tribunal considera oportuno analizar la naturaleza del arbitraje y de esta manera el alcance del término juez nacional previsto en las normas comunitarias.

### **Naturaleza del arbitraje.**

Debemos partir de la idea de que el arbitraje responde a la necesidad mundial de encontrar sistemas alternos para una más ágil e independiente administración de justicia. Los juicios pueden durar años bajo la justicia ordinaria, entonces, el arbitraje se presenta como una alternativa válida para dirimir las controversias.

Recordemos, que el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los Tribunales de Arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para resolver dichas controversias.

La diferencia anterior, se explica en tanto que el arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a una Ley de Arbitraje y a normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje. Por el contrario el arbitraje es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten.

Al iniciarse un procedimiento de arbitraje las partes podrán señalar si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho. Esta diferenciación, inclusive, permite actuar analizando los hechos, más que la norma jurídica cuando se trata de un arbitraje por equidad, pues los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender atendiendo los principios universales de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Para el caso del arbitraje fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Para los arbitrajes en derecho, quiénes lo ejercen deberán ser obligatoriamente abogados.

### **Alcance del término juez nacional.**

Con ocasión de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, este Tribunal Comunitario amplió el concepto de juez nacional, a efectos de determinar

quiénes podían solicitar una interpretación prejudicial. En este sentido, se incluyó dentro de este concepto a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, como era el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, que solicitó la interpretación prejudicial.

Es decir, el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria. En este contexto, deriva necesario determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior.

Ahora bien:

“Etimológicamente el término jurisdicción proviene del latín "jurisdicti", que quiere decir "acción de decir el derecho", no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces, sean éstos integrantes del Poder Judicial estadual o designados por las partes para un contrato en particular. También, significa, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio; si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido” (OSSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires. 1974, pág. 409).

En relación con lo anterior, la jurisdicción es la potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente, los ciudadanos pueden sustraer de la justicia ordinaria determinados casos y otorgarlos a árbitros independientes o a institucionales para que diriman un conflicto transable, con iguales facultades que las otorgadas a los jueces ordinarios, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del "*imperium*" del que disponen éstos últimos.

Se debe considerar, además, que los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos pero sí ejecutarlos.

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.

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.

### **La obligatoriedad de solicitar interpretación prejudicial en los procesos de arbitraje.**

Si la calidad de juez nacional alcanza a los árbitros, no se encuentra impedimento para que ellos lo soliciten directamente, máxime si con este medio de solución de controversias se persigue una justicia más rápida y sin dilaciones. No se puede olvidar, la duración excesiva de muchos juicios bajo la justicia ordinaria, ni la imposibilidad física de que los organismos judiciales atiendan oportunamente dichos requerimientos y la necesidad de evitarlos perjuicios que ocasiona la demora en su despacho.

Otro elemento a tener en cuenta, es el momento procesal en el cual se debe solicitar la interpretación prejudicial. Para ello, se debe distinguir la etapa de decisión del laudo, de la etapa de ejecución del mismo, como también, el momento en que se decide el derecho del de ejecutar el derecho. Ya que los árbitros, al igual que los jueces, tienen el "*iudicium*" o sea la facultad de juzgar, de decidir el derecho pero para ejecutarlo se debe recurrir a los jueces ordinarios, quienes son los únicos depositarios del "*imperium*".

De lo anterior, si en la ejecución del mismo, el juez encuentra que debe aplicar normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, debe solicitar la interpretación prejudicial al único organismo con competencia para hacerlo.

En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria.

En virtud de lo expuesto:

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

### DECIDE:

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

Notifíquese la presente sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto del Tribunal, y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

Ricardo Vigil Toledo  
**PRESIDENTE**

Leonor Perdomo Perdomo  
**MAGISTRADA**

Carlos Jaime Villarroel Ferrer  
**MAGISTRADO**

José Vicente Troya Jaramillo  
**MAGISTRADO**

Isabel Palacios Leguizamón  
**SECRETARIA**

Proceso 03-AI-2010