

Sentencia SU263/15

Referencia: Expediente T-4230120

Acción de tutela instaurada por Comunicación Celular S.A. (Comcel S.A.) en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Contexto y hechos previos a la tutela: El 20 de septiembre de 2012 la representante legal suplente de Comunicación Celular S.A. (en adelante Comcel) presentó demanda de acción de tutela contra tres providencias proferidas el 9 de agosto de ese año por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹, mediante las cuales esa autoridad judicial acató la sentencia 3-AI-2010 y su auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011, pronunciados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. A través de estas decisiones el órgano comunitario declaró en incumplimiento a la República de Colombia por no haber efectuado la interpretación prejudicial en el trámite de anulación de unos laudos arbitrales dictados el 15 de diciembre de 2006, dentro de la controversia suscitada entre Comcel y ETB, en razón a los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos entre ellos. Las decisiones arbitrales

¹ De acuerdo a la demanda, los expedientes cuentan con las siguientes radicaciones: 11001032600020120001300 (43045), 11001032600020120001800 (43195) y 11001032600020120002000 (43281).

favorecieron las pretensiones de Comcel y ello llevó a que ETB promoviera las anulaciones respectivas las cuales, una vez declaradas infundadas, condujeron a que la misma empresa ejerciera la acción de incumplimiento ante la autoridad comunitaria.

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

“CUARTO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 27 de marzo de 2008, dentro del proceso con radicación: 1100103260002007-00010-00; Expediente: 33.645, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación impetrado contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, y su aclaratorio de 15 de enero de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de noviembre de 1998.

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

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

Para sustentar el amparo, en la demanda de tutela se ponen de presente los siguientes hechos². Con el objetivo de dar mayor claridad, ellos se han organizado en cuatro acápite:

(i) Los referidos al laudo del tribunal de arbitramento que decidió la controversia suscitada entre Comcel y ETB, así como el trámite de anulación adelantado ante la Sección Tercera del Consejo de Estado;

(ii) Los adscritos al inicio de la acción de incumplimiento que dio como resultado la sentencia 3-AI-2010 y su auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011, proferidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

(iii) Aquellos que refieren a las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012 que se dictaron para dar cumplimiento a las decisiones del Tribunal de Justicia y que se controvierten en la presente tutela.

(iv) Criterios de procedibilidad de la acción de tutela invocados por Comcel contra las providencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

1. Hechos referidos al laudo del tribunal de arbitramento que decidió la controversia suscitada entre Comcel y ETB, así como el trámite de anulación adelantado ante la Sección Tercera del Consejo de Estado.

1.1. Comcel narra que el 15 de diciembre de 2006 fueron proferidos tres laudos arbitrales que resolvieron las diferencias entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (ETB) y Comcel, con base en los contratos de interconexión que se habían celebrado con las empresas Comcel, Ocel y Celcaribe, las cuales se fusionaron en el año 2004.

1.2. Precisa que todas esas decisiones fueron favorables a Comcel y que ETB interpuso recurso de anulación contra ellas. Estos requerimientos fueron declarados infundados por el Consejo de Estado en el año 2008.

2. Hechos adscritos al inicio de la acción de incumplimiento que dio como resultado la sentencia 3-AI-2010 y su auto aclaratorio del 15 de

² Para una comprensión integral de los antecedentes es importante remitirse a la sentencia T-783 de 2013. En este fallo se estudiaron tres acciones de tutela instauradas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (E.T.B.) contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien había dado trámite a la solicitud de Comcel de convocar tres tribunales de arbitramento ante la decisión de anular los laudos, impartida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. El fallo llevó a que se confirmaran todos los fallos revisados por la siguiente razón: “6.4. A partir de lo argumentado esta Sala de Revisión concluye que las decisiones de instancia deben ser confirmadas en la medida en que denegaron la protección de los derechos fundamentales invocados por ETB, aunque se debe aclarar, para todos los casos, que la razón fundamental de esta decisión es la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir el principio de subsidiariedad”.

noviembre de 2011, proferidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- 2.1. Comcel relata que sobre 2 de los 3 recursos de anulación la ETB pidió la suspensión de cada proceso y su remisión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina debido a que se había omitido solicitar la “interpretación prejudicial” correspondiente. Expone que el Consejo de Estado rechazó esa petición y ordenó la notificación de las sentencias que desestimaron la anulación de los laudos arbitrales.
 - 2.2 La ETB presentó acciones de tutela contra las decisiones del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y los tribunales de arbitramento, las cuales fueron resueltas desfavorablemente. También interpuso los recursos extraordinarios de revisión ante el Consejo de Estado contra las sentencias que resolvieron denegar la anulación de los laudos.
 - 2.3 En mayo de 2010, en virtud de la acción de incumplimiento consagrada en el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la ETB radicó demanda en contra de la República de Colombia. Comcel advierte que nunca fue mencionada como parte en ese trámite, ni se pidió una declaración o condena en su contra por no ser una autoridad pública. Explica que la ETB alegó el desconocimiento de las normas comunitarias al omitir la interpretación prejudicial obligatoria dentro de los procesos arbitrales y en la decisión de los recursos de anulación.
 - 2.4 El 26 de agosto de 2011, mediante sentencia 3-AI-2010, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declaró el incumplimiento de la República de Colombia por no haber efectuado la interpretación prejudicial en el trámite de anulación de los laudos, sin que se hubiera tomado alguna decisión sobre su nulidad o que se refiriera a Comcel.
 - 2.5 La Nación, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la enmienda o, en subsidio, la aclaración de la sentencia.
 - 2.6 Indica que mediante auto del 15 de noviembre de 2011 dicho Tribunal aclaró la sentencia, precisando las acciones que debía adelantar la Sección Tercera del Consejo de Estado. Comcel considera que allí no se le ordenó la devolución de suma de dinero alguna a ETB.
- 3 *Hechos que contextualizan las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 9 de agosto de 2012, que se dictaron para dar cumplimiento a las decisiones del Tribunal de Justicia.*
- 3.1. El 9 de agosto de 2012 la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió tres decisiones para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Comcel explica que el Consejo de Estado reconoció que no existe un procedimiento legal “claro, específico

y *detallado*” para atender las órdenes del órgano comunitario y, como consecuencia, *“inventó”* una actuación que denominó *“encuadernamiento”*. Sobre el particular, advierte lo siguiente: *“A COMCEL nunca se la trató como parte dentro de esta actuación, ni ella aceptó intervenir como tal, pues este proceso ad-hoc no proviene de una norma procesal de orden público que hubiese sido previamente adoptada por ley de la República, como exige la Constitución Política”*.

3.2 Reproduce la parte resolutive de una de las decisiones proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado y luego expresa las contradicciones o irregularidades en las que habría incurrido.

4 *Criterios generales y específicos de procedibilidad que se invocan en contra de las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 9 de agosto de 2012, expedidas en virtud del cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.*

4.1. Comcel considera que no cuenta con otros medios de defensa judicial para proteger sus derechos. Afirma que en el ámbito internacional presentó la solicitud de revisión de la sentencia 3-AI-2010 y de su aclaración en los términos del artículo 2º del Tratado del TJCA y 95 a 907 de la Decisión 500. Sin embargo, indica que este recurso es insuficiente porque mediante este sólo se revisa la sentencia por hechos nuevos y no tiene la capacidad de amparar su derecho al debido proceso. Sobre la utilidad de la normatividad, los recursos y las acciones judiciales comunitarias a su caso expresa lo siguiente:

“Ninguna de estas acciones, recursos o incidentes es un mecanismo judicial idóneo o eficaz para que COMCEL pueda obtener la tutela constitucional de sus derechos fundamentales en Colombia, pues el TJCA no tiene jurisdicción ni competencia para corregir violaciones de derechos fundamentales constitucionales en la jurisdicción interna de cada País Miembro de la Comunidad Andina.”

En el ámbito interno Comcel advierte que existe una *“indeterminación deliberada”* en las decisiones proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, lo que *“impide conocer a ciencia cierta qué tipo de recursos o acciones judiciales deben agotarse para controvertirla”*, violando su derecho de acceso a la administración de justicia y colocándola en estado de indefensión. Explica que no sabe si esas providencias tienen el carácter de una sentencia o un auto, lo que limita su posibilidad de controvertirlas, y relata que sobre este aspecto solicitó la aclaración ante la autoridad judicial demandada, que fue despachada desfavorablemente el 10 de septiembre de 2012.

Concluye que no se puede sostener que Comcel esté obligada a agotar el recurso de revisión para proteger sus derechos, debido a la indeterminación de las providencias cuestionadas, así como a la falta de idoneidad y eficacia para

amparar el derecho fundamental invocado. Anota que ese recurso no asegura la protección oportuna de sus atribuciones y explica lo siguiente:

“Por una parte, su trámite no se surte en el efecto suspensivo y por otra, en la estructura procesal del recurso no se cuenta con la posibilidad de invocar medidas provisionales o cautelares dirigidas a suspender las órdenes contenidas en los fallos acatados, razón por la cual a pesar de llegarse a interponer los efectos de las providencias cuestionadas quedarían en firme, materializando los efectos de la violación al debido proceso que con esta acción de tutela se pretenden evitar. Por último, tampoco puede considerarse un recurso eficaz, cuando la duración de este trámite en la práctica puede superar los cinco (5) años, por lo que someter el caso a este procedimiento alternativo necesariamente conduciría a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental al debido proceso cuya protección se demanda con esta tutela”.

Adicionalmente, Comcel manifiesta que no interpone la tutela para reactivar términos u oportunidades judiciales de defensa. Aclara que en los trámites de “encuadramiento” se pronunció en dos ocasiones indicando que: *“(i) los tribunales de arbitramento con la ETB ya constituyen cosa juzgada pues cumplieron todas las instancias jurídicas ordinarias y extraordinarias dispuestas en el ordenamiento colombiano (...) (ii) COMCEL nunca había sido parte demandada dentro del proceso de incumplimiento del TJCA, pues el demandado fue la República de Colombia y que sólo le fue comunicado el proceso en el TJCA para que actuara como tercero coadyuvante dentro del mismo; de igual manera indicó, que se manifestaba en el trámite efectuado en el Consejo de Estado no como Parte y no pretendía serlo (iii) El TJCA nunca solicitó al Consejo de Estado anular los laudos arbitrales, lo que ordenó fue dejar sin efectos la decisión adoptada sobre los recursos de anulación.”*

Arguye que ha actuado con diligencia y apego a las disposiciones internas y comunitarias y argumenta que la acción de incumplimiento tramitada ante el TJCA no procede contra particulares sino contra los Estados y sus autoridades, por lo que la actuación de Comcel se limitaba a la coadyuvancia de alguna de las partes. Sobre el particular afirmó lo siguiente:

“Es decir, y como se puede ver en los textos del TJCA, las órdenes se dirigen contra el Estado Colombiano, por lo cual se cuestiona que el Consejo de Estado en su tarea de buscar dar cumplimiento al TJCA perjudicara e hiciera extensibles las decisiones a un tercero. En la misma dirección, en relación con la participación de COMCEL S.A. en el proceso ad hoc inventado por el Consejo de Estado para dar supuesto cumplimiento a la orden del TJCA, el margen de sus intervenciones era limitado en la medida que tampoco le era dable prever que la Sección Tercera el (sic) Consejo de Estado iba a adoptar una orden en su perjuicio cuando nunca tuvo vocación de ser parte en ninguna de las dos instancias mencionadas. Es con base en estas

razones, que no puede decirse, bajo ninguna circunstancia que COMCEL S.A. dejó pasar, vencer intencionalmente o por negligencia oportunidades procesales de defensa, por lo cual no puede considerarse este motivo como una causal de improcedencia que imposibilite el estudio de fondo de la presente acción de tutela.”

Por otra parte, argumenta que el caso tiene relevancia constitucional en la medida en que conlleva al análisis de la creación de unas normas procesales con el “pretexto” de cumplir una orden del TJCA y al estudio de la pérdida de utilidad de unas decisiones que se habían dictado dentro de un litigio. Asimismo, afirma que cumple con el requisito de inmediatez ya que las providencias de la Sección Tercera datan del 9 de agosto y el 10 de septiembre de 2012, y la tutela fue presentada el 20 de septiembre siguiente. Asegura que las irregularidades que se alegan tienen una entidad suficiente para vulnerar los derechos al debido proceso y el acceso a la justicia, y reitera que las irregularidades no fueron alegadas “*porque no era previsible que iba a resultar condenado como resultado de un proceso de incumplimiento andino en el cual no fue parte; además que no existen disposiciones a nivel interno que facultaran al Consejo de Estado a tomar las decisiones que adoptó contra COMCEL sin que el TJCA se lo ordenara, y sin que COMCEL hubiese sido parte en cualquiera de las actuaciones que tuvieron lugar ante el TJCA.*”

4.2. A manera de síntesis, Comcel invoca los siguientes criterios específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en contra de las decisiones tomadas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado:

“(i) Las decisiones cuestionadas son resultado de un <<defecto orgánico>> en la medida en que el Consejo de Estado carecía absolutamente, de competencia para determinar, sin intervención previa del Presidente de la República, cómo debían cumplirse las decisiones del TJCA y adoptar las decisiones que tomó para hacerlo;

(ii) Las decisiones cuestionadas violan el principio de cosa juzgada constitucional, puesto que las sentencias de tutela que declararon improcedente la reclamación de la ETB no fueron seleccionadas por la Corte Constitucional, y con ello quedaron en firme.

(iii) Las providencias cuestionadas mediante esta acción de tutela son resultado de un <<defecto orgánico>> en tanto contienen órdenes que van más allá de los que fue, efectivamente, ordenado por el TJCA;

(iv) Las providencias cuestionadas son producto de un <<defecto procedimental absoluto>> en la medida en que fueron adoptadas con base en un procedimiento judicial inexistente que además desconoció las garantías al debido proceso de mi representada, y el derecho de acceso a la administración de justicia.”

Considera que las decisiones del Consejo de Estado constituyen violaciones graves y arbitrarias a sus derechos fundamentales y solicita se dejen sin efecto las providencias del 9 de agosto de 2012, proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Al mismo tiempo, requiere que se ordene a esa corporación que se abstenga de tomar cualquier decisión tendiente a cumplir el mandato del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por carecer de competencia para ello o, en su defecto, se disponga que el Consejo de Estado rehaga el trámite sin afectar los derechos de Comcel; puntualmente se decrete la reconstitución de los tribunales de arbitramento para que cumplan con la interpretación prejudicial y que ellos determinen si hay lugar a la devolución de alguna cantidad de dinero.

II. RESPUESTAS DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DEMANDADA Y LOS INTERVINIENTES

La acción de tutela fue admitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante auto del 1º de octubre de 2012, en el cual se ordenó la notificación a los magistrados de la Sección Tercera y al presidente de la ETB.

1. Respuestas del Consejo de Estado.

Los Consejeros de Estado que hicieron parte de las decisiones que son censuradas por Comcel, respondieron la demanda de tutela de la siguiente manera:

1.1 El magistrado Mauricio Fajardo Gómez precisó que la decisión tomada dentro del expediente 43045 fue producto del cumplimiento de las providencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso número 03-AI-2010. Relacionó los hechos que antecedieron el acto judicial demandado, comenzando por la solicitud que en marzo de 2005 elevó Comcel ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Hizo énfasis en los argumentos que componen las decisiones del órgano judicial comunitario y luego enlistó las actuaciones que se surtieron una vez la Sala Plena de la Sección Tercera avocó el conocimiento del asunto:

Creó un “encuadernamiento” e incorporó todos los documentos allegados como consecuencia de las providencias dictadas por el Tribunal de Justicia.

Notificó a los representantes legales de la ETB y de Comcel, así como al agente del Ministerio Público, “*con el propósito de que conocieran de la misma, tuvieren acceso a la documentación que allí reposa y, si lo estimaban pertinente, realizaran sus manifestaciones al respecto*”.

Informó del inicio de la actuación a la Secretaría del Tribunal de Justicia y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Posteriormente, atendiendo algunas solicitudes elevadas por ETB, informó al Gobierno Nacional a través de los ministerios de Relaciones Exteriores, de Justicia y del Derecho, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y de Comercio, Industria y Turismo, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre el trámite que se estaba surtiendo para dar cumplimiento a las decisiones del Tribunal de Justicia.

Otorgó un traslado adicional a las partes, incluida Comcel, “*para que también pudieren contar con una oportunidad **adicional** a la ya prevista a su favor, para presentar las consideraciones adicionales que estimaren pertinentes respecto de las intervenciones que llegaren a realizar los referidos entes estatales*”.

La ETB se opuso a las actuaciones que se habían iniciado porque consideró que solo se debía dictar de plano una decisión de cumplimiento y la Sección Tercera ratificó el fundamento del trámite para lo cual tuvo en cuenta la “*aplicación y preservación*” del debido proceso de las partes. En esta medida, en su respuesta el magistrado Fajardo Gómez reproduce algunos párrafos de las providencias dictadas por la Sección Tercera el 30 de mayo y el 9 de agosto de 2012.

Atendió las “*peticiones y señalamientos*” elevados por Comcel antes y después del fallo que concluyó con el acatamiento de las decisiones emitidas por el Tribunal Andino de Justicia, para lo cual cita un auto proferido por el Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2012.

1.2 El magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera explicó que teniendo en cuenta que no existe un “*procedimiento específico, claro y detallado*” para atender las órdenes impartidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Sección Tercera decidió surtir unas actuaciones previas de conformidad con lo dispuesto por esa autoridad comunitaria. Consideró que ello implicaba que no podía proferirse una decisión de plano, “*pues al margen de que el asunto revestía naturaleza especial y excepcional, lo cierto es que se trataba de una actuación de índole judicial respecto de la cual necesariamente debía observarse el principio rector del debido proceso ...*”.

Señaló que el Consejo de Estado sí tenía competencia para adelantar el trámite de cumplimiento, debido a las órdenes impartidas por la autoridad comunitaria. Argumentó que no se desconoció la cosa juzgada constitucional teniendo en cuenta que las decisiones del Tribunal de Justicia prevalecen en el orden interno, de conformidad con los artículos 2 y 3 del Tratado de creación del TJCA, así como el artículo 15 de la Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y la

jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (reproduce unos apartes de la sentencia C-155 de 1998).

Advirtió que de no haber atendido las órdenes del Tribunal de Justicia el Estado colombiano habría quedado sometido a sanciones de carácter internacional en los términos del artículo 27 de su Tratado de creación, para lo cual cita dos sentencias (procesos 13-AI-2002 y 01-AI-97).

Retomó el cargo de desconocimiento de la cosa juzgada y recalcó que ella no se desconoce en la medida en que adicional a la acción de tutela una de las partes inició el trámite de incumplimiento ante el Tribunal Andino de Justicia. Agregó que tampoco se incurrió en un defecto orgánico ya que la actuación de la Sección Tercera cumplió lo decidido por la autoridad comunitaria en lo que se refiere a “*dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación*”. Aclaró que las demás determinaciones tomadas por el órgano comunitario implicaron que el Consejo de Estado también anulara los laudos, para lo cual tuvo en cuenta los argumentos del proceso 57-IP-2012.

Explicó que no se presenta el defecto procedimental absoluto, para lo cual refiere las normas comunitarias que obligan la interpretación prejudicial. Al contrario –dedujo– esa anomalía se presenta cuando se omite el deber de acudir al Tribunal Andino, lo que “*afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad, durante el trámite del recurso extraordinario de anulación*”. Al respecto, concluyó:

“Por consiguiente, además de las causales de anulación de laudos arbitrales previstas en el ordenamiento jurídico interno, 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. Dicha causal de anulación fue, precisamente, la que sirvió de fundamento para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, declarara la nulidad del mencionado laudo arbitral que se profirió en diciembre 15 de 2006.

En ese orden de ideas, resulta evidente que la anulación del laudo arbitral en cita tuvo como sustento normas andinas, toda vez que, como se vio, se omitió un requisito de procedibilidad, esto es, la falta de solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, por lo mismo, dicha decisión estuvo ajustada a derecho”.

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación del debido proceso, el magistrado Zambrano Barrera expuso que a Comcel se le pusieron en conocimiento todas las actuaciones, que ella tuvo la oportunidad de ser

escuchada en el trámite y que, de hecho, intervino a través de su representante legal. Asimismo, aclaró que a través del oficio 389 SG-TJCA-2010 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina notificó y dio traslado a Comcel S.A. de la demanda, como tercero interesado en el resultado del proceso. Señaló que aunque la ahora demandante dispuso de 40 días para pronunciarse sobre la acción de incumplimiento, decidió no intervenir y en esa medida “*no es posible alegar ahora que se le violó el debido proceso*”.

1.3. El magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa destacó que la decisión tomada por la Sección Tercera del Consejo de Estado fue producto del cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de providencias del 26 de agosto y del 15 de noviembre de 2011. Relató que fue esa autoridad la que precisó que el Consejo de Estado debía adoptar “*(...) las medidas que estimen convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia (...) de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano*”. Explicó, en relación con el trámite denominado “ *encuadernación*”, que previo a acatar la sentencia del TJCA y debido a la “*naturaleza excepcional y especial de la operación judicial*”, se dispuso adelantar las actuaciones necesarias para garantizar el debido proceso de todas las partes.

Calificó como sorprendente que Comcel alegue la vulneración de ese derecho fundamental en la medida en que en su momento manifestó que no quería hacer parte del proceso. Al respecto, afirmó lo siguiente: “*... mediante una actitud temeraria y contraria a la lealtad procesal ahora alega que sus derechos al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia fueron conculcados, lo que, a todas luces, es un contrasentido, pues como quedó debidamente probado en la decisión impugnada, esta Sala no hizo nada distinto que proteger todas las garantías constitucionales de la compañía de comunicaciones COMCEL S.A. E.S.P., empezando por la más simple y elemental de todas, esto es, citar a todo aquel que se pudiera ver afectado con la decisión judicial que se iba a proferir.*”

Relacionó las entidades que hicieron parte del trámite de cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que, por tanto, acompañaron el procedimiento que llevó a la decisión del 9 de agosto de 2012, y reiteró que Comcel intervino en diversas oportunidades y sus argumentos fueron objeto del pronunciamiento correspondiente. En estos términos, reafirmó las consideraciones de esas providencias y analizó que en lo que se refiere al defecto orgánico, en momento alguno la Sección Tercera cuestionó o desconoció las competencias del Presidente de la República como supremo director de las relaciones internacionales. Sobre el particular explicó lo siguiente:

“Sin embargo, ello no guarda relación alguna con su afirmación sobre la carencia absoluta de competencia del Consejo de Estado para determinar como debían cumplirse las decisiones del TJCA y la necesidad de que esta alta Corte se sometiera a la orden o autorización

del Presidente de la República en cuanto al momento y los procedimientos o mecanismos para cumplir y hacer efectivas las decisiones del TJCA, pues, en primer lugar, una orden proveniente del Primer Mandatario del estado en esta materia no estaría enmarcada en el manejo de las relaciones internacionales; por el contrario, carecería del cualquier sustento jurídico y resultaría transgresora de los principios de separación de poderes (C.P., artículo 113), de autonomía e independencia judicial (C.P., artículo 228 y 230), de la aplicación directa del derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico (Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, artículo 3) y de la obligación de los Estados miembros de la Comunidad Andina de cumplir de manera inmediata, sin necesidad de procedimiento especial alguno, las decisiones de los órganos de la mencionada Comunidad (Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, capítulo iv).”

El magistrado Santofimio Gamboa concluyó que la Sección Tercera sí tenía competencia para adoptar la providencia del 9 de agosto de 2012, “*toda vez que esta Corporación también actúa como juez comunitario, en los precisos términos del artículo 472 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*” y en la medida en que procedió a dar cumplimiento a las decisiones 3-AI-2010 del 26 de agosto y a la aclaración del 15 de noviembre de 2011.

Adicionalmente consideró que no se desconoció la cosa juzgada constitucional. Planteó que Comcel no encuadró esta censura en una de las causales específicas de la acción de tutela contra providencias judiciales, reconoció la importancia de esa figura y estimó que es errado extender sus efectos equiparando una providencia de la jurisdicción constitucional a la acción de incumplimiento tramitada ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que estos son “*mecanismos judiciales con naturaleza y finalidades completamente distintas y los asuntos que se sometieron a decisión por ambas autoridades judiciales, esto es, el juez de tutela y el TJCA, son completamente diferentes*”. Agregó que el cargo es “*totalmente improcedente*” teniendo en cuenta que la naturaleza de la decisión tomada por la Sección Tercera no es declarativa sino solo de ejecución.

En lo que se refiere al defecto orgánico por haber excedido el alcance de las órdenes del Tribunal de Justicia, explicó que el cumplimiento de los mandatos de este conllevaba la nulidad de las providencias que habían resuelto los recursos de anulación así como de los laudos y, por tanto, era necesario ordenar “*las devoluciones a que hubiera lugar de los dineros que se hubiesen entregado en cumplimiento de tales laudos, pues no hacerlo sería patrocinar un enriquecimiento sin causa.*”

Calificó de falaz la postura de Comcel en la medida en que el Consejo de Estado sí tuvo en cuenta que el cumplimiento de la sentencia comunitaria conllevaba la afectación de sus derechos y por eso decidió vincularla al

trámite aunque ella decidió no participar. Adicionalmente, con base en la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y el artículo 111 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dedujo lo siguiente:

“En consecuencia, no existe la extralimitación del Consejo de Estado endilgada, y no se ha vulnerado derecho alguno, puesto que la incorporación de la legislación comunitaria al ordenamiento interno colombiano vuelve destinatarios de las ordenes (sic) del TJCA, a todos los particulares que actúan dentro de dicho ordenamiento, en virtud de la característica de la “integración” entre el derecho comunitario andino y el ordenamiento colombiano y de la aplicación inmediata y el efecto inmediato del primero, las cuales se explican a espacio a propósito del siguiente cargo.”

Finalmente, sobre el acaecimiento de un defecto procedimental absoluto por adoptar las decisiones del 9 de agosto de 2012 a partir de un procedimiento inexistente que habría desconocido el debido proceso de Comcel, el doctor Santofimio Gamboa afirmó que el Consejo de Estado no creó una nueva causal de anulación sino que dio aplicación a las normas comunitarias, las cuales tienen vigencia desde la promulgación de la ley 453 de 1997, y a las providencias del 26 de agosto y del 15 de noviembre de 2011, proferidas por el TJCA, en las cuales se declaró en incumplimiento a la República de Colombia por no haber efectuado la interpretación prejudicial de las normas comunitarias.

Advirtió que tampoco inventó un procedimiento para cumplir el mandato del Tribunal de Justicia y recordó que, al contrario, a partir de la integración del derecho comunitario, su aplicación inmediata y su obligatoriedad, en las decisiones de la Sección Tercera se derivó lo siguiente:

- (i) La necesidad de coordinar la sentencia y el auto aclaratorio del TJCA con el ordenamiento interno respetando el debido proceso, para lo cual se dio aplicación a los numerales 1 y 2 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, y se notificó a Comcel del inicio del trámite.
- (ii) Los destinatarios de las sentencias no son solamente el Estado colombiano sino también las demás autoridades y los particulares que hicieron parte del proceso en donde se incumplió la normatividad comunitaria. Por esa razón, se dio traslado a Comcel, quien pudo haber hecho efectivo su derecho de defensa.
- (iii) No era obligatorio aplicar el numeral 3º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, porque la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no tiene término de caducidad y, por tanto, *“la posibilidad de ordenar la pérdida de los efectos de una decisión, puede ser alegada en cualquier momento, es decir, estamos frente a una causal de nulidad que no tienen (sic) un término perentorio para ser alegada, por mandato del ordenamiento comunitario que ha sido integrado al derecho interno”*.

Además, sobre la posibilidad de ordenar la reconstitución de los tribunales de arbitramento expuso lo siguiente:

“En efecto, los Tribunales de arbitramento en Colombia, como claramente lo establece el inciso 4° de la Constitución y lo ratificó la Corte Constitucional, y como bien se explicó en el fallo objeto de tutela, pierden definitivamente sus atribuciones jurisdiccionales cuando expira el término previsto por la ley para proferir el respectivo laudo, y no existe mecanismo alguno para reconstruirlo; ante una realidad normativa de tal claridad, mal habría hecho el Consejo de Estado en ordenar que se invistiera nuevamente de jurisdicción a unos particulares que tuvieron tal investidura por un tiempo que ya expiró.”

1.4. La magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, como presidenta de la Sección Tercera del Consejo de Estado, también destacó que las decisiones censuradas por Comcel tuvieron como objeto dar cumplimiento a las órdenes dadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Solicitó que se integrara el contradictorio con los ministerios de Relaciones Exteriores y de Comercio, así como de Industria y Turismo, para que se pronunciaran sobre las pretensiones de la tutela, ya que ellos conocieron de la demanda de incumplimiento interpuesta por la ETB.

Sobre el defecto orgánico estimó que no se presenta debido a que la Sección Tercera sí tenía competencia para adoptar las determinaciones ordenadas por el TJCA, ya que, como se precisó en la decisión de cumplimiento del 9 de agosto de 2012, actuó como juez comunitario conforme al Acuerdo de Cartagena y la Decisión 472. Para probar su tesis citó el ordinal 1° de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia y varios párrafos de su aclaración.

De la misma manera, para justificar el trámite adoptado para dar cumplimiento a las órdenes de la autoridad comunitaria, refirió que era necesario respetar los parámetros de la decisión y garantizar el debido proceso de las partes, lo que impidió que se profiriera una providencia de plano.

Acerca del desconocimiento de la cosa juzgada, explicó que la acción de tutela, el recurso de anulación y la acción de incumplimiento son mecanismos judiciales de naturaleza diferente. Al respecto concluyó lo siguiente:

“En consecuencia, mal se haría en estimar que las decisiones de tutela proferidas en las acciones incoadas por la ETB contra el Consejo de Estado y los tribunales de arbitramento, impedían a la Sección Tercera de esta Corporación dar cumplimiento a las providencias proferidas el 26 de agosto y el 15 de noviembre de 2011 por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, más aún, que con ello la Sala incurrió en una vía de hecho”.

En lo que se refiere al defecto orgánico por exceder las órdenes dadas por el Tribunal de Justicia, advirtió que una vez se evidenció que Comcel se vería afectada por el trámite de acatamiento, fue notificada para que ejerciera su derecho de defensa. Asimismo refirió el artículo 111 de la Decisión 500, en el que se establece que las autoridades deben *“adoptar las medidas necesarias para el adecuado cumplimiento de la decisión del organismo supranacional”*.

2. Intervención de la ETB

El apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB- advirtió que la verdadera pretensión de Comcel es eludir la devolución de las sumas de dinero que fueron pagadas en cumplimiento de los laudos arbitrales que se declararon nulos por el Consejo de Estado. Afirmó que la demandante contó con todas las garantías para hacer valer sus derechos ante el Tribunal de Justicia y ante la Sección Tercera. Consideró que esta fue *“en extremo cuidadosa del derecho de contradicción en cada una de sus actuaciones que iba adelantando”*.

Expresó que las decisiones de anular las sentencias y los laudos no son un invento sino que constituyen el cumplimiento de las órdenes del Tribunal de Justicia. Aclaró que en realidad la tutela se dirige contra las decisiones del TJCA y a *“reactivar oportunidades procesales que voluntariamente no ejerció y negligentemente dejó vencer ante la jurisdicción andina”*. Manifestó que sería abiertamente contrario a los postulados constitucionales acceder a la pretensión de la tutela, ya que conllevaría a no cumplir el mandato de la autoridad comunitaria. Estimó que Comcel pretende crear una tercera instancia para ventilar aspectos que pudo haber planteado ante la jurisdicción contenciosa administrativa. A continuación advirtió lo siguiente:

“La demanda hay que decirlo, está plagada de imprecisiones fácticas e impropiedades jurídicas, sin duda orientadas a manipular los antecedentes y el convencimiento de los Honorables Consejeros, y constituye una actuación más de la estrategia desplegada por Comcel en el larguísimo conflicto que ha mantenido con ETB, que parte de la convocatoria de unos tribunales arbitrales, en el año 2004, para que dirimieran una supuesta controversia con ETB, y se afirma que supuesta por cuanto Comcel fundó esa controversia desde un comienzo en una norma – la Resolución 463 de 2001- que se encontraba derogada más de dos años antes de que se iniciaran los procesos arbitrales”.

Esgrimió que las decisiones atacadas cuentan con respaldo constitucional, para lo cual se refirió a las sentencias C-231 de 1997 y C-227 de 1999, que estudiaron la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados de creación de la Comunidad Andina y del Tribunal de Justicia. Puntualmente explicó que la sentencia C-227 de 1999 declaró la exequibilidad de la interpretación prejudicial y su carácter obligatorio.

Adicionalmente reprodujo unos párrafos de la sentencia 3-AI-2010, en la que considera que se establecen las facultades del Consejo de Estado para “*garantizar con el cumplimiento del orden andino*”. Aseguró que las decisiones de control abstracto mencionadas desestiman la necesidad de que exista una ley previa que defina la forma para cumplir la providencia del Tribunal Andino de Justicia e infirió que esta se debe “*cumplir y aplicar de manera directa, sin necesidad de homologación o exequátur*”. Agregó que la entidad de las órdenes comunitarias llevó a que se reconociera que constituye una causal de nulidad de los laudos el haber omitido la interpretación prejudicial y aclaró que ese fundamento está incorporado al régimen procesal y arbitral colombiano desde la creación del TJCA.

Insistió en que la Sección Tercera fue excesivamente garantista, ya que a pesar de la obligación surgida de la orden del Tribunal de Justicia, procedió a dar la oportunidad para pronunciarse sobre el asunto. Acerca de la devolución de dineros, expresó que ni la Constitución ni las leyes autorizan el enriquecimiento sin causa que surge de la declaratoria de nulidad de los laudos en los que se sustentó el pago.

Luego estimó que la demanda de Comcel no cumple con varios de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre el primero, la relevancia constitucional, consideró que el asunto se reduce a los efectos patrimoniales de la anulación de los laudos y a desconocer el fallo comunitario. Reiteró que no hay vulneración del debido proceso o del derecho de defensa ya que, al contrario, el Consejo de Estado se excedió en la concesión de oportunidades para la intervención de las partes.

Agregó que la accionante no agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance ante el Tribunal de Justicia o ante la Sección Tercera del Consejo de Estado teniendo en cuenta respecto de este, que puede acudir al recurso extraordinario de revisión (art. 185 CCA, causales 6 y 8) o interponer una acción de reparación directa por falla del servicio derivada del error judicial. Indica que, respecto de la autoridad comunitaria, pudo haber acudido a la demanda de revisión establecida en el artículo 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del año siguiente al fallo, oportunidad que precluyó. Además, arguyó que a pesar de contar con todas las garantías procesales, Comcel decidió no hacer uso de ellas o fue negligente, por lo que concluye lo siguiente:

“COMCEL tuvo oportunidad de defender su interés jurídico sustancial en el proceso que terminó con la Sentencia 3-AI-2010, puesto que fue notificado oportunamente del auto admisorio de la demanda para que de conformidad con la Decisión 500 interviniera contestándola, pidiera pruebas, propusiera excepciones (artículo 56) dentro de los 40 días siguientes a su notificación, alegara nulidades procesales (artículo 64) y presentara los recursos de reconsideración contra los autos de sustanciación que se dictaran durante el proceso (artículo

88), presentara alegatos de conclusión y participara en la audiencia de alegatos. Pero prefirió abstenerse de intervenir.

Adicionalmente, luego de la notificación que se le hizo con entrega de copia de la sentencia por parte de la secretaría de TJCA y conocida las decisión (sic) de dejar sin efectos las providencias de las Sección Tercera que declararon infundados los recursos de anulación, así como de los laudos, por violación del debido proceso al haberse pretermitido en ambos trámites la consulta o interpretación prejudicial, todo lo cual afectaba sus intereses, pudo también COMCEL haber solicitado la enmienda o adición de la sentencia (artículo 92), o su aclaración (artículo 93), pero decidió libremente no hacerlo y dejar vencer los términos”.

Explicó que es lógico que una vez decretada la nulidad de un acto se proceda a restituir los pagos que se efectuaron con base en él. Luego precisó que Comcel negó su condición de parte ante el trámite iniciado en la Sección Tercera, aunque sí interpuso la revisión de la sentencia 3-AI-2010 ante el TJCA.

Acerca de los requisitos específicos de procedibilidad, el apoderado de ETB señaló las obligaciones que se generaron en cabeza de la Sección Tercera del Consejo de Estado como consecuencia del fallo del Tribunal de Justicia, y advirtió que este no requiere homologación. Además refirió las medidas que él puede tomar cuando evidencia el incumplimiento, las cuales se extienden a cualquier rama del poder público. Luego enlistó los argumentos que componen el fallo comunitario y anotó que la orden del TJCA está claramente dirigida a la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia. Al respecto afirmó lo siguiente:

“Una cosa es la representación que, efectivamente, tuvo el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo durante todo el proceso ante el TJCA donde actúa como el abogado de Colombia, y otra, muy diferente, la obligación de cumplimiento del fallo del TJCA por parte de la República de Colombia, en este caso por parte del Consejo de Estado, para adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento y restablecimiento, que como señalamos antes, la Corte Constitucional considera ajustado a la Constitución”.

Adujo que el Consejo de Estado no desconoció el orden jurídico colombiano sino que aplicó la prevalencia del derecho comunitario, ya que tenía competencia para decretar la nulidad de las sentencias y de los laudos arbitrales, para lo cual citó el artículo 162 del decreto 1818 de 1998 y los artículos 127 y 128 de la Decisión 500.

Sobre el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, la ETB manifestó que esta no impedía que, a pesar de los fallos de tutela, la autoridad comunitaria declarara el incumplimiento de la interpretación prejudicial.

Aclaró que ese atributo imposibilitaba que la empresa impetrara una nueva acción de tutela por los mismos hechos y las mismas pretensiones.

Explicó que no se presenta el defecto procedimental absoluto debido a que el Consejo de Estado se limitó a acatar la decisión comunitaria, refirió los argumentos del Tribunal de Justicia en los que se ordenó la anulación de los laudos y afirmó que la Sección Tercera no creó una nueva causal de anulación, sino que esto es consecuencia de la aplicación del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA que obliga a los jueces a solicitar la interpretación prejudicial. Adicionalmente, insistió en que la restitución de las sumas de dinero es una consecuencia lógica y obvia de la nulidad de los laudos, para lo cual refirió el artículo 1746 del Código Civil y 43 de la ley 1563 de 2012.

Finalmente, acerca del desconocimiento del procedimiento establecido, expuso que el propósito de los “encuadernamientos” fue legítimo, en la medida en que, en lugar de decidir de plano, optó por permitir que las partes se pronunciaran sobre el asunto.

3. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Justicia respondió la acción de tutela y manifestó que como quiera que la parte demandada es el Consejo de Estado, es su deber acatar y obedecer las providencias de todos los jueces, “*sin poder entrar a pronunciarse respecto de la presunta violación de derechos fundamentales del actor*”.

4. Intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores

La jefa de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores consideró que carece de interés jurídico para actuar dentro de esta acción de tutela. Al respecto explicó lo siguiente:

“En ese sentido vale la pena resaltar que el Ministerio de Relaciones Exteriores actúa como canal diplomático, esto es, ente interlocutor entre las entidades del sector estatal y gobiernos de otros países, lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 3355 de 2009, el cual prevé como funciones entre otras las siguientes:

(...)

En ese orden de ideas, si bien el Ministerio de Relaciones Exteriores intervino dentro de los expedientes Nos. 43281, 43195 y 43045, adelantados ante el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, fue en cumplimiento del auto de fecha 19 de abril de 2012 y con el ánimo de dar luces frente al derecho comunitario andino y el acatamiento de las sentencias proferidas por el Tribunal Andino de Justicia, razón por la cual la

Dirección de asuntos jurídicos internacionales emitió las correspondientes consideraciones jurídicas.”

5. Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El representante judicial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en respuesta a la acción de tutela, remitió cuatro pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proferidos dentro del proceso 03-AI-2010.

6. Intervención del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones relacionó los requisitos de la acción de tutela contra providencias judiciales y refirió que las pretensiones de Comcel incumplen el requisito de subsidiariedad, ya que “*COMCEL no instauró el recurso extraordinario de revisión, tendiente a solicitar la nulidad de las providencias del demandado*”. Luego refirió el carácter vinculante de las normas adoptadas por la Comunidad Andina y concluyó que el Consejo de Estado tenía competencia para dar cumplimiento a las normas de carácter supranacional.

7. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Directora General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado aclaró que su respuesta tiene sustento en el auto del 18 de enero de 2013, mediante el cual el Consejo de Estado la notificó del proceso y consideró que ello no lleva a que se le catalogue como una intervención procesal en los términos del artículo 610 del Código General del Proceso. Argumentó que en otras ocasiones ha afirmado que el Estado colombiano se encuentra obligado a acatar las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los términos allí previstos, sin necesidad de homologación y sin que exista la posibilidad de reabrir el debate. Culminó afirmando que no encuentra que se hayan vulnerado los derechos de Comcel, ya que esta fue notificada por el TJCA.

III. TRÁMITE PROCESAL

1. Primera Instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante providencia del 28 de febrero de 2013, denegó por improcedente la acción de tutela. Luego de referir los requisitos para que el amparo proceda contra providencias judiciales, halló que Comcel incumple con el agotamiento de los mecanismos de defensa judicial, en la medida en que puede proponer la misma pretensión a través del recurso extraordinario de revisión, teniendo en cuenta que sus causales ostentan un alcance procesal y no sustancial, pudiendo invocar la siguiente: “*nulidad originada en la sentencia que puso fin al*

proceso y contra la que no procede el recurso de apelación”, así como las previstas en los numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil.

2. Impugnación

La representante legal de Comcel reiteró los argumentos de la demanda e insistió en que la naturaleza indeterminada del procedimiento a través del cual se dictaron las providencias de cumplimiento de lo ordenado por el TJCA proferidas el 9 de agosto, impide que se determine qué recursos proceden contra ellas, a pesar de que en su momento se le solicitó esa aclaración al Consejo de Estado.

Consideró que el medio contemplado por el juez de primera instancia no es idóneo en la medida en que el transcurso del tiempo *“haría inútil su ejercicio frente a las consecuencias adversas que se producirían contra Comcel”*; además no garantiza la definición del derecho controvertido y no asegura su protección. Expuso que a pesar de que se asumió que la Sección Tercera promulgó una verdadera sentencia cuando dio cumplimiento a la decisión del Tribunal Andino, no existe un argumento que sustente esa postura y, por tanto, la indefinición permanece.

Posteriormente se refirió a la relevancia constitucional del caso, específicamente lo concerniente a las condiciones que se generan en la relación entre el derecho comunitario y el ordenamiento jurídico interno, para luego afirmar que *“el fallo comunitario versa sobre un punto de procedimiento sin un impacto decisivo en el caso nacional, la tesis de la necesidad de plantearle la cuestión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue invocada a última hora por la parte que resultó vencida en el proceso arbitral, y el fallo comunitario es ajeno al derecho sustancial ya que no se pronuncia definitivamente sobre el derecho que tiene una de las partes a recibir en pago una suma de dinero.”* Consideró que la afectación de los derechos de Comcel es extremadamente alta ya que no accede a la justicia, no tiene derecho a que se ejecuten los laudos y se ordenó la devolución de un dinero que los árbitros concedieron a Comcel y cuya devolución no fue ordenada por el TJCA.

Estimó que las decisiones de la Sección Tercera no tuvieron en cuenta los derechos de Comcel al tomar la decisión de incorporar el fallo del Tribunal de Justicia sin dar la oportunidad de defenderse; argumentó que la obligación constitucional se remite al agotamiento de los recursos internos y no se extiende a los medios judiciales supranacionales, y planteó la existencia de varios errores en el fallo de tutela de primera instancia: (i) confundió la supranacionalidad del derecho comunitario con la prevalencia en el orden interno que se le otorga a los tratados internacionales de derechos humanos, anulando el acceso a la administración de justicia; (ii) equivocó el alcance de los fallos del TJCA, debido a que, a diferencia de la legislación comunitaria, las decisiones de él no tienen un *“efecto de incorporación automática (...) especialmente si la incorporación automática puede atentar contra los*

derechos fundamentales de personas que quedan entonces indefensas (...) Para preservar el debido proceso y el derecho de defensa de COMCEL, la incorporación de la sentencia del TJCA no podía tener efectos retroactivos y aplicarse a los laudos arbitrales proferidos en 2008”.

3. Segunda Instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, mediante providencia del 23 de octubre de 2013, modificó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto en relación con el derecho de acceso a la administración de justicia, porque los tribunales de arbitramento objeto de litigio ya se encuentran constituidos para resolver de fondo la controversia.

Para tomar esta decisión estudió el régimen jurídico de los tratados internacionales y, particularmente, el derecho comunitario y la naturaleza del Tribunal de Justicia y sus decisiones.

Dentro de los requisitos de procedibilidad de la tutela, juzgó que el recurso extraordinario de revisión no es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta que el litigio lleva trece años sin resolverse.

Estimó que la Sección Tercera sí tiene competencia para hacer cumplir la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina atendiendo que este así lo dispuso de manera expresa y directa. Asimismo, consideró que aunque el trámite de “encuadernación” no está regulado legalmente, era necesario adoptarlo para lograr la observancia de la orden comunitaria. Afirmó que no existe vulneración del derecho a la defensa, teniendo en cuenta que Comcel fue vinculada al trámite comunitario y no quiso intervenir. Puntualizó que una hermenéutica sistemática permite erigir como causal de nulidad el incumplimiento de la interpretación prejudicial.

Finalmente adujo que la Sección Tercera no vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia debido a que ella no podía volver a reconstituir los mismos tribunales de arbitramento cuyos laudos habían sido anulados y que, en su lugar, era necesario convocar unos nuevos. De hecho, atendiendo que estos ya fueron constituidos, estimó que ese derecho se encontraba satisfecho.

IV. TRÁMITE DE REVISIÓN AL INTERIOR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El expediente de tutela T-4230120, fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección número cuatro, el 30 de abril de 2014. A partir de ese momento al expediente fueron allegadas las siguientes intervenciones de las partes:

1. Solicitud de interpretación prejudicial elevada por la ETB y la respuesta de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Mediante memorial radicado el 13 de junio de 2014, el apoderado de ETB solicitó que previo a tomar una decisión de fondo y en virtud del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el 123 de la Decisión 500, se elevara consulta de interpretación prejudicial.

2. Otras intervenciones de las partes

2.1. A través de un **escrito radicado el 11 de junio de 2014** el apoderado de la ETB solicitó revocar la sentencia de segunda instancia para en su lugar negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por Comcel o, en su defecto, pidió se confirmen las sentencias proferidas en el trámite de la presente tutela.

Argumentó que a Comcel no se le ha desconocido derecho fundamental alguno ya que en todos los procesos en los que ha sido parte se le han respetado sus garantías procesales. Puso de presente que esa sociedad ha acudido a “*maniobras de discutible juricidad*” para no pagar las sumas adeudadas a la ETB en los términos de lo ordenado por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Preciso que aunque la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo tenía 90 días para cumplir la sentencia del Tribunal Andino, ella acudió a un lapso mayor porque dio la oportunidad de que todas las partes pudieran velar por todos sus intereses. Señaló que el incumplimiento de Comcel en perjuicio de los derechos de la ETB puede llevar a comprometer la responsabilidad internacional y patrimonial del Estado colombiano en los términos del artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA.

La ETB también planteó que esta acción constitucional busca envilecer el papel de la justicia nacional y comunitaria ya que con ella se quiere desconocer la orden imperativa del TJCA. Calificó como una equivocación que Comcel acuda a la acción de tutela para desconocer 5 providencias judiciales: 2 internacionales y 3 nacionales proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Advirtió que si se toma alguna decisión a favor de Comcel, se fallaría en contra del más alto órgano de lo contencioso administrativo, así como del Tribunal Andino de Justicia, autoridad esta sobre la que ningún juez colombiano tiene el poder para definir la legalidad de sus fallos. Indicó que Comcel impetró el recurso de revisión para cuestionar la sentencia comunitaria, pero que este no prosperó. Dedujo que darle la razón a la demandante afectaría la seguridad jurídica y pondría en riesgo la responsabilidad internacional del Estado.

La ETB invocó las sentencias C-227 de 1999 y C-231 de 1997 para sustentar el carácter vinculante de las decisiones del TJCA y para advertir que esa

jurisprudencia no puede ser cambiada por una Sala de Revisión so pena de incurrir en una causal de nulidad conforme al Auto 228 de 2012. Luego refirió el alcance de los pronunciamientos del Tribunal Andino en los siguientes términos:

“La prevalencia del orden jurídico comunitario andino, para que no sea letra muerta, debe aplicarse de manera completa, es decir, respecto de sus disposiciones jurídicas, sus instituciones judiciales, y las decisiones e interpretaciones que estas profieren. De lo contrario, se estaría sepultando esa misma supremacía que el Estado colombiano se comprometió garantizar mediante un tratado internacional que, de ser incumplido, ocasionaría la responsabilidad internacional y patrimonial del país.”

Citó los artículos 91 y 101 del estatuto del TJCA para sustentar la obligatoriedad de las decisiones judiciales comunitarias, seguido de una referencia a las sentencias C-227 de 1999 y C-256 de 1998 para demostrar que no existe un problema de fuentes y jerarquías con el derecho de la Comunidad Andina. Por el contrario, para lo cual invocó el origen del Tribunal de Justicia, afirmó que el carácter vinculante de sus sentencias está soportado en la voluntad soberana del Estado y en el artículo 226 de la Carta Política, lo cual ha permitido que se reconozca la jurisdicción de varios tipos de tribunales internacionales. Concluyó que la prevalencia y preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario no excluye a corporación judicial alguna— inclusive la Corte Constitucional— y tampoco a los tribunales de arbitramento.

La ETB reiteró su censura sobre las pretensiones de Comcel, refirió que el éxito de estas constituiría un fraude a la ley nacional y comunitaria, y argumentó que debido a la supranacionalidad de las decisiones del TJCA, la Corte Constitucional *“no puede emitir ningún juicio de valor en relación con lo decidido por el Tribunal de Justicia; hacerlo significaría, sin más, la negación de la voluntad soberana del Estado colombiano que concurrió a la creación de los órganos de la comunidad Andina.”* Siguiendo esa idea, aseveró que el juez de tutela no tiene permitido evaluar las razones que tuvo el Tribunal Andino para ordenar que la Sección Tercera del Consejo de Estado anulara los laudos arbitrales.

Aclaró que la acción de tutela busca que Comcel sea premiada por su negligencia a pesar de que el Consejo de Estado respetó todos sus derechos fundamentales y que ella dejó vencer los términos para interponer el recurso de revisión ante el Tribunal Andino como quedó definido en el auto del 17 de abril de 2013. En esta medida, consideró que este amparo de los derechos fundamentales es improcedente por dejar vencer los términos para recurrir la providencia que le *“mortifica”*.

Agregó que Comcel está usando este mecanismo como una alternativa paralela a otros medios de defensa, teniendo en cuenta que interpuso tres recursos de revisión ante la Sección Quinta contra las decisiones tomadas por

la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo (procesos 2013-02042, 2013-02008 y 2013-02043).

2.2. Mediante **memorial del 9 de julio de 2014** el apoderado de Comcel desarrolló los fundamentos que según su criterio llevarían a conceder la acción de tutela interpuesta contra las decisiones proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2012.

Explicó que su escrito se divide en tres partes: la primera relaciona los hechos, define los problemas jurídicos y demuestra que no se está en presencia de un hecho superado; la segunda prueba la vulneración de los derechos fundamentales de Comcel por parte de la Sección Tercera; la última propone la solución adecuada para proteger los derechos fundamentales invocados.

2.2.1. En este apartado Comcel recordó que la acción de tutela es interpuesta contra las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado que fueron denominadas “*providencias de encuadernamiento*”, en las que se dejaron sin efecto las sentencias de anulación y se declararon nulos los laudos arbitrales proferidos a su favor.

Señaló que en la actualidad están en funcionamiento tres tribunales de arbitramento en los que se tramita la controversia surgida entre la ETB y Comcel. Aclaró que dos de ellos elevaron consultas prejudiciales ante el Tribunal Andino mientras que el tercero se encuentra en etapa de pruebas. Consideró que los derechos fundamentales invocados se encuentran gravemente vulnerados porque:

- (i) Existe la posibilidad de que se surtan las etapas del trámite arbitral y no de que simplemente se dicte un nuevo laudo, lo que desconocería la tutela judicial efectiva de Comcel ya que se postergaría la decisión de fondo y se iniciaría un nuevo debate probatorio que no fue anulado por el Consejo de Estado.
- (ii) No hay certeza de que los árbitros apliquen las normas que estaban vigentes al momento de los hechos, lo que violaría el derecho al debido proceso de Comcel.
- (iii) En paralelo al trámite arbitral, en contra de Comcel se adelanta un proceso ejecutivo sobre un monto de dinero que se decidirá en los laudos correspondientes. Arguye que la ejecución no cumple con uno de sus requisitos esenciales: “*que se trate de un derecho sobre el cual no exista incertidumbre*”.
- (iv) Es posible que los “jueces” que tramitan la controversia vuelvan a solicitar la interpretación prejudicial, lo que constituye una amenaza a la tutela judicial efectiva de Comcel.

Además, reiteró que las “providencias” del Consejo de Estado vulneran los derechos fundamentales en razón a que aplicaron un procedimiento inexistente en el ordenamiento jurídico nacional, crearon una nueva causal de anulación de los laudos arbitrales y atentaron contra la cosa juzgada.

Luego indicó que los laudos anulados habían reconocido a favor de Comcel y a cargo de la ETB unas sumas de dinero ya que la última había desconocido unas normas sobre cargos de acceso establecidas en dos resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Telefonía. Adujo que los laudos encontraron que la ETB había aplicado un esquema tarifario a Comcel diferente a las demás empresas que compiten con esta.

En este documento Comcel también reiteró la relación de hechos que precedieron y se desprendieron de la interpretación prejudicial invocada por la ETB. Sobre el particular expresó lo siguiente:

“Entonces, el 10 de abril de 2008, 15 días después de que la Sección Tercera del Consejo de Estado negara anular el laudo arbitral favorable a COMCEL, y un punto en que el litigio sobre los cargos de acceso había sido decidido y todos los recursos habían sido resueltos en su contra, ETB decidió invocar normas de la Comunidad Andina que trataban el tema de las telecomunicaciones, pero que no eran relevantes para la controversia entre COMCEL y ETB sobre la integralidad de la elección del esquema de cargos de acceso. Incluso, las normas no habían sido invocadas por parte de ETB de manera oportuna durante el procedimiento ante los Tribunales Arbitrales, o de manera oportuna ante el Consejo de Estado. (...) Dado que ETB, como particular, no tiene legitimación para plantear una interpretación prejudicial al Tribunal Andino, esta empresa decidió usar la acción de incumplimiento prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como último recurso para obstaculizar el pago de la diferencia de cargos de acceso no pagados a COMCEL.”

Aclaró que el TJCA estimó que el Consejo de Estado violó el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (relativo a la interpretación prejudicial) y luego citó algunas ideas de esa providencia así como de la decisión aclaratoria. Asimismo expuso que sin estimar las consecuencias de la incorporación automática de ese fallo, la Sección Tercera dejó sin efectos el carácter infundado de los recursos de anulación y declaró la nulidad de los laudos arbitrales.

Más adelante el apoderado de Comcel reiteró los defectos en los que habrían incurrido esas providencias y agregó que el Consejo de Estado le otorgó al ordenamiento comunitario una jerarquía normativa que no tiene, es decir un estatus de ‘supraconstitucionalidad’, en la medida en que no respetó los derechos fundamentales de Comcel al incorporar automáticamente las sentencias comunitarias sin efectuar la correspondiente ponderación. Al respecto concluyó lo siguiente:

“Con esto, el Consejo de Estado otorgó a la sentencia del Tribunal Andino un estatus constitucional que no tienen ni siquiera las normas

de derecho internacional de ius cogens que forman parte del bloque de constitucionalidad: permitió que la sentencia andina primara de manera automática y absoluta sobre la Constitución, en especial, sobre los derechos constitucionales fundamentales del Comcel.”

Con base en esas consideraciones solicitó que se dejen sin efectos las decisiones tomadas por la Sección Tercera o, en su lugar, se ordene la terminación del proceso ejecutivo en contra de Comcel, se definan las directrices para la incorporación de los fallos del Tribunal Andino y se impartan mandatos que rijan la actuación de los tribunales de arbitramento.

A continuación Comcel planteó la existencia de varios problemas jurídicos adscritos a este caso. El primero lo desarrolla proponiendo la imposibilidad de que los fallos del TJCA sean incorporados automáticamente. Argumenta que debe seguirse un procedimiento que dé oportunidades reales de defensa a las personas afectadas y teniendo en cuenta las características especiales de la sentencia comunitaria, es decir, atendiendo a que solamente se refirió a “materias procesales andinas” y no a aspectos sustantivos del litigio entre ETB y Comcel.

Bajo ese contexto, estima que la Sección Tercera debió haber aplicado un “juicio estricto de razonabilidad” lo que habría dado como resultado que *“el Consejo de Estado no debió haber anulado los laudos y mucho menos debió haberse pronunciado sobre el fondo del litigio como si fuera un tribunal de segunda instancia. Especialmente porque el Consejo de Estado fue más allá de lo solicitado por el Tribunal Andino”*. Aprecia que este caso no cumple con el subprincipio de idoneidad ya que lo único que han logrado las decisiones de encuadernamiento es *“obstaculizar la decisión definitiva de una controversia”*. Agrega que bajo el subprincipio de necesidad se debió evitar la anulación de los laudos y solo *“anunciar reglas hacia el futuro para la interpretación prejudicial o permitir al Gobierno Nacional determinar la manera de incorporar el fallo del Tribunal Andino”*. Finalmente, enlista cuatro dilemas que, en virtud del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto debieron haber sido estudiados por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, para luego concluir que la omisión de todos esos razonamientos es la fuente de los defectos procedimental y orgánico.

Comcel considera que la aplicación de ese test habría llevado a que no se adelantara el proceso de encuadernamiento, a que no se desconocieran los fallos de tutela en firme, a que no se creara una causal de nulidad de los laudos y tampoco habría posibilitado que la Sección Tercera fuera más allá de lo ordenado por el Tribunal Andino. Insiste en el acaecimiento de los defectos señalados y esgrime que ningún juez de la república puede crear procesos judiciales o causales de nulidad en virtud del principio de legalidad, la supremacía de la Constitución y la primacía de los derechos fundamentales. Agrega que al anular los laudos se desconoció el

precedente constitucional, ya que esa misma solicitud había sido denegada a través de acciones de tutela presentadas por ETB y que no fueron seleccionadas por la Corte Constitucional.

Comcel también manifestó que cumple con los requisitos generales de procedibilidad en la medida en que la incorporación automática del fallo del TJCA desconoce sus derechos fundamentales y genera una tensión con los principios de integración y supranacionalidad. Sobre el agotamiento de los medios de defensa judicial, aclaró que los recursos ante el Tribunal Andino no son idóneos para obtener una protección certera de los derechos fundamentales; al respecto señaló lo siguiente:

“Por un lado, la acción de incumplimiento solamente puede establecer que la República de Colombia no ha cumplido obligaciones bajo las normas comunitarias, no bajo la Constitución Política de Colombia que garantiza los derechos fundamentales. De igual forma, el recurso de revisión ante el TJCA no puede tampoco enmendar las violaciones de los derechos que no fueron cometidas por parte de este Tribunal, sino por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante las “providencias” que afectaron desproporcionadamente los derechos de COMCEL.

Adicionalmente, como se estableció ya en el escrito de impugnación, la Constitución Política no exige para la procedencia de una acción de tutela el agotamiento de recursos ante instancias internacionales, sino únicamente que se acuda previamente a los mecanismos internos de defensa.”

Adicionalmente mencionó que el recurso de revisión no debe ser agotado, principalmente porque no procede en este caso. Citó el artículo 248 del Código de Procedimiento Administrativo y aclaró que las providencias dictadas por la Sección Tercera no son sentencias porque no ponen fin a un proceso sino que finalizan un encuadernamiento adelantado arbitrariamente y manifestó que los defectos alegados no pueden encuadrarse dentro de las causales taxativas previstas en ese estatuto. Esta última noción fue soportada en las sentencias T-649 de 2011, T-960 de 2003 y la decisión de segunda instancia. Por último, Comcel también afirmó que cumple con el principio de inmediatez debido a que las providencias censuradas fueron proferidas el 9 de agosto de 2012 y la tutela fue presentada en septiembre de ese año.

Sobre las causales especiales de procedibilidad reiteró que las providencias proferidas por la Sección Tercera incurrieron en los defectos: (i) orgánico y procedimental por la creación de un proceso judicial especial; (ii) el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional; (iii) orgánico por ir más allá de lo ordenado por el Tribunal Andino y (iv) sustantivo por la incorporación automática, carente de ponderación del fallo del TJCA.

Sobre la primera anomalía afirmó que el Consejo de Estado no era el competente para implementar las decisiones del Tribunal Andino sino que ello debía ejecutarse por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a partir de las facultades que le transfiere el Presidente de la República y de conformidad a los artículos 2º, numeral 16 y 10-10 del decreto ley 210 de 2003.

Sobre el segundo defecto reiteró que no existe un procedimiento para implementar la sentencia comunitaria y que la Sección Tercera procedió a crear uno, así como una nueva causal de nulidad de los laudos arbitrales, atentando contra el principio de legalidad.

En cuanto al desconocimiento del principio de cosa juzgada constitucional insistió en que la ETB había presentado acciones de tutela contra las decisiones que negaron la anulación de los laudos. Infiere, para lo cual cita la sentencia T-185 de 2013, que como las pretensiones de esos procesos fueron denegadas y no seleccionadas para revisión por la Corte Constitucional, hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional.

Sobre el defecto orgánico derivado de *“ir más allá de los ordenado por el Tribunal Andino”*, refirió que el Consejo de Estado extendió sus decisiones a Comcel, quien quedó *“imposibilitado dentro del derecho interno para cuestionar la manera en que se implementaron las órdenes andinas”*, lo que implicó un exceso en el cumplimiento de lo ordenado por el órgano comunitario. Sobre este aspecto presentó una tabla comparativa de las dos providencias y concluyó que *“queda claro cómo al tenor literal de lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no se desprenden necesariamente todas las consecuencias que surgieron para COMCEL a partir de lo ordenado posteriormente por el Consejo de Estado.”*

Adicionalmente consideró que se presenta un defecto sustantivo y una violación directa de la Carta que se desprende de haber otorgado un carácter supraconstitucional al fallo del TJCA, en la medida en que esta posición es contraria a los artículos 4 y 5 de la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por último, Comcel estimó que no existe un hecho superado sino que, al contrario, la vulneración de sus derechos sigue proyectándose en la medida en que continúa un proceso ejecutivo adelantado por la ETB y se ha reabierto la controversia en los tribunales de arbitramento en donde se ha solicitado una nueva interpretación prejudicial.

2.2.2. Como fundamento de la vulneración de los derechos fundamentales, Comcel invocó el alcance del debido proceso y reiteró la prohibición de ser juzgado bajo un procedimiento inexistente o extralegal. Citó las sentencias T-158 de 1993, T-072 de 2008, T-1082 de 2012 y T-987 de 2012 y

concluyó que al aplicar el trámite inexistente, denominado “encuadernamiento”, se desconoció esa atribución constitucional, la legalidad y la seguridad jurídica. Agregó que también se violó la cosa juzgada debido a que sobre el caso fue decidida una acción de tutela que no fue seleccionada por la Corte Constitucional y que ratifica la intangibilidad de los laudos arbitrales³ e, inclusive, de las sentencias de anulación y del proceso ejecutivo que adelantó Comcel contra ETB y que fue convalidado en la sentencia T-904 de 2009. También argumentó que las causales de anulación de los laudos son taxativas y limitadas, ya que solo están circunscritas a determinados errores⁴, y que esta máxima fue desconocida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Sobre los derechos al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, Comcel indicó que se vulneran en la medida en que las decisiones del Consejo de Estado impiden que obtenga una providencia en firme que pueda ejecutar⁵ y que le implican someterse nuevamente a un proceso arbitral. Todo esto como consecuencia de la incorporación automática del fallo del TJCA sin efectuar una ponderación con los derechos de los terceros y sin establecer cómo se ejecutan las sentencias internacionales en el ordenamiento jurídico interno. Rechazó que el Consejo de Estado ostente la calidad de “juez comunitario” y en su lugar aclaró que tiene la categoría de un juez constitucional que tiene la obligación de respetar el artículo 4º de la Carta Política. Advirtió que la autoridad judicial demandada hace “*una lectura manifiestamente equivocada del derecho comunitario y sus efectos en el ordenamiento interno*” en la medida en que en la práctica negó que la Constitución sea la norma suprema del ordenamiento⁶.

Agregó que la nueva causal de nulidad de los laudos fue soportada en una sentencia del TJCA posterior a la que se dictó “*con ocasión del proceso entre COMCEL y ETB*” y manifestó que esto es contrario al artículo 2º de la Decisión 500 que señala las normas que componen el derecho comunitario⁷. Asimismo, estimó que la Sección Tercera erró al aplicar las consideraciones del Tribunal Andino referentes a la aplicación de las normas andinas en los procesos de anulación de los laudos, en la medida en que ellas no son vinculantes debido a que constituyen pronunciamientos sobre el derecho procesal interno colombiano.

Esos argumentos fueron complementados por el desarrollo de las características del derecho comunitario que conllevan –de acuerdo al memorialista- a que la “prevalencia” de esa legislación no implique un

³ Al respecto, refirió las sentencias SU-174 de 2007, T-466 de 2011, el auto 122 de 2006 y luego las sentencias T-151 de 2012 y SU-1219 de 2001

⁴ Para el efecto invoca las sentencias T-058 de 2009 y SU-174 de 2007.

⁵ Este argumento es soportado en las sentencias T-821 de 2010, C-621 de 2002 y principalmente en la sentencia C-1195 de 2001 y T-247 de 2007.

⁶ Sobre el particular cita la sentencia C-231 de 1997.

⁷ Para este punto señala lo siguiente: “*En ninguna parte de esa disposición se encuentran las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y mucho menos aquellas que pretenden regular de manera directa el derecho procesal colombiano*”.

rango de ‘supraconstitucionalidad’. Para esto aludió al artículo 3 de la Decisión 500⁸, del que deriva el efecto de ‘supranacionalidad’ que –anotó– es muy distinto a la ‘supraconstitucionalidad’ aplicada por el Consejo de Estado. Menciona las sentencias C-137 y 331 de 1996, así como la C-155 de 1998 de donde concluyó que “*la prevalencia implica que la legislación interna no puede cambiar la legislación comunitaria*” pero no conlleva a “*que entonces cualquier decisión emanada de la Comunidad Andina debe ser aplicada en el ordenamiento interno nacional sin necesidad de tener en cuenta el efecto de la misma frente a los derechos fundamentales de terceros, o la posible afectación que pueda realizarse a la Constitución Política.*” Adicionalmente aclaró que esa atribución solo se refiere a la aplicación directa de las normas mas no incluye a las sentencias andinas ni a la “*transferencia de las funciones judiciales*”.

Sumado a ello planteó que las normas de la Comunidad Andina, por regla general, no pertenecen al bloque de constitucionalidad ya que en el artículo 93 superior no se incluye a los tratados de integración económica⁹, lo que deriva en que el Consejo de Estado incurrió en dos errores: (i) entender que la Constitución no puede ser invocada para evitar que una norma andina viole los derechos fundamentales y (ii) actuar como juez comunitario sin atender sus obligaciones constitucionales. Añadió que la aplicación automática de los fallos ha sido desechada por la Corte Constitucional inclusive para aquellos que son dictados en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos que sí conforman el bloque de constitucionalidad lo que, lógicamente, conlleva a que tampoco gocen de esa atribución las sentencias dictadas por el TJCA¹⁰. Sobre este particular concluyó lo siguiente:

“Así las cosas, las sentencias del Tribunal deben necesariamente pasar por el filtro de la Constitución. No puede invocarse una sentencia del Tribunal Andino para evadir el cumplimiento de la Constitución o desplazar a un segundo plano un derecho fundamental.”

Sumado a lo anterior, Comcel reconoció que los fallos del Tribunal Andino no requieren exequátur y que por ello pueden ser aplicados sin necesidad de un acto adicional en el ordenamiento interno. Sin embargo, puntualizó que los jueces colombianos tienen dos ámbitos reservados: (i) el primero se refiere a la potestad de inaplicar el fallo comunitario cuando sea contrario a los principios de la Carta Política conforme a lo establecido en la sentencia C-231 de 1997; (ii) el otro está adscrito al ejercicio de la interpretación prejudicial, ya que el operador judicial tiene autonomía para determinar el objeto del litigio y la importancia del derecho comunitario en cada asunto. Sobre este último evento refirió el auto 054 de 2004 en el que se concluyó

⁸ Esta norma dispone lo siguiente: “*Las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se aplican en el territorio de los Países Miembros a todos sus habitantes*”.

⁹ Sobre este aspecto cita las sentencias C-256 de 1998 y C-988 de 2004.

¹⁰ Para probar su tesis transcribe un párrafo de la sentencia C-442 de 2011 y refiere algunos casos registrados en la jurisprudencia alemana.

que la intervención del TJCA solo es obligatoria cuando la normatividad andina es relevante para resolver el caso.

De hecho, Comcel consideró que el origen de la vulneración de sus derechos se encuentra en la sentencia por incumplimiento de la interpretación prejudicial y en que ese fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contraviene el principio de supranacionalidad. Por esta razón presentó una sección dedicada a estudiar esa figura en cuanto a su concepto, finalidad y fuentes, haciendo énfasis en que se trata de un mecanismo que garantiza la interpretación uniforme de la normatividad comunitaria y que de ninguna manera implica la subordinación de los jueces nacionales. Del análisis de sus elementos derivó los siguientes conceptos:

(i) *“La interpretación prejudicial pueden plantearla exclusivamente los jueces nacionales pero no los Tribunales Arbitrales”*¹¹ y la determinación diferente del TJCA en este caso constituyó un desconocimiento de los principios de supranacionalidad y de soberanía nacional.

(ii) Esa figura no debe plantearse si las normas comunitarias no son aplicables al litigio¹²; en el conflicto entre Comcel y ETB esas disposiciones no fueron controvertidas en los tribunales arbitrales o en los recursos de anulación por lo que no era necesario solicitar ese trámite.

(iii) La interpretación prejudicial solo es obligatoria en el trámite de los procesos de última instancia de carácter ordinario y no en el de los recursos de naturaleza extraordinaria. Para esto invocó el artículo 123 de la Decisión 500 y la sentencia 149-IP-2011 del TJCA, a partir de los cuales concluyó lo siguiente: *“Esto quiere decir que para el caso colombiano, el uso el (sic) mecanismo de interpretación prejudicial queda excluido cuando se trata de recursos extraordinarios tales como la casación, la revisión o, por supuesto, el de anulación de laudos arbitrales, contrario a lo que sucedió en el presente caso”*.

(iv) La Corte Constitucional ha señalado la importancia de que los procesos no se extiendan hasta el infinito, así como el respeto por las decisiones proferidas por los órganos de cierre.

(v) Los jueces nacionales cuentan con un margen razonable para determinar el objeto del litigio y fijar los hechos de conformidad con las obligaciones contraídas en el Tratado de Creación del TJCA, especialmente los artículos 33 y 34. En paralelo, a partir de este último, infirió que esta autoridad comunitaria *“sobrepasó sus funciones en el presente caso al expedir órdenes más que declarativas”*, lo que se evidencia en el mandato de dejar sin efectos las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

¹¹ Como soporte relaciona la sentencia dictada dentro del proceso I-93 del TJCAN.

¹² Refiere el fallo dictado dentro del proceso 2 IP-91, TJCAN y la Resolución 210 de la Secretaría General de la CAN.

Agregó que la Sección Tercera del Consejo de Estado debió haber verificado la compatibilidad de esa decisión con la Carta Política y que no hacerlo llevó a una vulneración de la soberanía colombiana y de sus derechos fundamentales.

Más adelante Comcel presentó un estudio sobre la interpretación prejudicial en la Unión Europea atendiendo a que en ambos sistemas el propósito del mecanismo es el mismo y a que el fenómeno de la integración en esa región es más profundo. Citó el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y derivó que allí la ‘interpretación judicial’ no aplica a tribunales arbitrales¹³ y solo es obligatoria para los procesos en los que el fallo no sea apelable, siempre que la cuestión sea pertinente o necesaria¹⁴ y haya sido planteada por la parte interesada desde el inicio de la controversia¹⁵. En este contexto, señaló los criterios para determinar si existe responsabilidad estatal por la violación al deber de elevar las “cuestiones prejudiciales”¹⁶ y concluyó lo siguiente:

“Lo citado anteriormente de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es relevante también para el presente caso. Primero, el Tribunal Europeo carece de competencia para anular una sentencia de un órgano judicial nacional, mucho menos del máximo órgano de una jurisdicción. En caso de que el derecho comunitario haya sido violado, es necesario demostrar que esa violación ocurrió en circunstancias que desencadenan la responsabilidad del Estado, para lo cual el Tribunal Europeo ha sentado varios requisitos concurrentes. (...) En este orden de ideas, no hay base para invalidar una sentencia por la omisión de plantear una cuestión prejudicial, si no se analiza previamente que en efecto la decisión habría cambiado en virtud de una norma sustantiva y específica de derecho comunitario”.

Por último Comcel señaló que en el marco europeo los jueces nacionales tienen un margen de discreción, es decir, no están obligados a plantear la cuestión prejudicial en todos los casos en que una norma comunitaria les sea invocada. Reiteró que el juez debe determinar la pertinencia de la solicitud de interpretación, así como su necesidad cuando quiera que la aplicación de la disposición comunitaria genere una duda real.

Enseguida, enlistó sus “conclusiones” acerca del ejercicio de la interpretación prejudicial y unas “conclusiones” generales que incluyen los criterios que se debieron aplicar para adelantar una ponderación en este caso. Lo anterior lo justificó, en resumen, en los siguientes parámetros: (i) “este caso no plantea una verdadera amenaza o restricción a la uniformidad del derecho comunitario andino”; (ii) “el litigio no fue ante una autoridad que hiciera parte de la estructura jurisdiccional del Estado sino ante unos tribunales arbitrales”; (iii) las normas andinas no fueron

¹³ Al respecto refirió el caso Nordsee fallado el 23 de marzo de 1982

¹⁴ El memorialista mencionó las sentencias de los casos 126/80 Salonia y 297/93 Grau-Hupka

¹⁵ Sobre el particular citó el caso Cilfit del año 1982

¹⁶ Aludió el caso Köbler.

propuestas por las partes o aplicadas por alguno de los tribunales; (iv) tampoco existía una controversia sobre las normas andinas; (v) el objeto del litigio fijado por los árbitros y el Consejo de Estado no incluyó las normas andinas.

Comcel agregó que la ponderación es el método adecuado para resolver la “colisión” entre las actuaciones del TJCA y sus derechos fundamentales, manifestó que es errado darle prevalencia absoluta al principio de integración, lo que conllevaba a efectuar un juicio estricto de proporcionalidad a partir del cual se hubiera concluido que la medida judicial del Consejo de Estado no fue idónea, necesaria, ni proporcionada. Sobre el particular, incluyó la siguiente conclusión: *“La ponderación constitucional lleva a una sola conclusión: la incorporación del fallo del Tribunal Andino no puede prevalecer sobre los derechos fundamentales de una de las partes en la controversia relevante, que en este caso, además, era un tercero en el proceso desatado por la acción de incumplimiento. Por lo tanto, se debe buscar la armonización de los ordenamientos jurídicos de tal forma que los derechos fundamentales no sean afectados de manera desproporcionada.”*

2.2.3. Por último, en el tercer capítulo de su escrito, Comcel planteó el que considera el remedio adecuado para este caso. Afirmó que las “providencias de encuadernamiento” deben ser anuladas atendiendo a que siguen produciendo efectos. En su lugar, propuso que el Consejo de Estado expida nuevas decisiones en las que realice la ponderación referida y tenga en cuenta los nuevos hechos que se han presentado a partir de la interposición de la tutela: (i) la ETB inició un proceso ejecutivo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (ii) se reconstituyeron los tribunales de arbitramento a pesar de unas acciones de tutela que fueron interpuestas por ETB y decididas por la Corte Constitucional en la sentencia T-783 de 2013; (iii) dos de esos tribunales elevaron la interpretación prejudicial ante el TJCA y, en lugar de resolver la consulta de los árbitros ha aceptado resolver las preguntas elevadas por la ETB; (iv) las solicitudes al TJCA han modificado la actuación de los árbitros y han permitido que la ETB solicite que se falle con base en normas distintas a las vigentes al momento de la controversia.

Bajo esas condiciones propuso que la decisión de la Corte Constitucional no se puede limitar a anular las providencias del Consejo de Estado sino que además se debe extender a otros procesos judiciales que están ligados al caso. Para este efecto citó el principio de efectividad de la acción de tutela, la sentencia SU-913 de 2009 en la que se evidenció la existencia de múltiples fallos contradictorios en el concurso de méritos notarial y puso de presente que algunos de los procedimientos señalados tienen un sentido opuesto. Es más, advirtió que debido a la “postura” del Consejo de Estado, las nuevas providencias del Tribunal Andino podrán ser incorporadas automáticamente vulnerando sus derechos. En esa medida estimó que se hace necesario impartir directrices y elevar advertencias que hagan parte de

la anulación de las decisiones de encuadernamiento o establecer reglas ciertas hacia el futuro dirigidas a las partes y a las autoridades judiciales correspondientes. Refirió que es necesario: (i) dejar sin efectos las “providencias de encuadernamiento”; (ii) definir directrices para la incorporación de fallos del TJCA; (iii) ordenar la terminación del proceso ejecutivo iniciado por la ETB; (iv) advertir a los tribunales arbitrales que profieran los laudos con base en las normas vigentes al momento de la controversia y sin abrir el debate probatorio.

Finalmente previno que los tribunales arbitrales elevaron interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que existe el riesgo de que este sostenga que los árbitros carecen de competencia para resolver la controversia, lo que dejaría a Comcel sin acceso a la justicia.

2.3. En la sesión del 25 de junio de 2014, la Corte Constitucional, de acuerdo a lo señalado en el artículo 54A del Reglamento Interno de esta corporación, dispuso que el caso fuera fallado por la Sala Plena. A través de auto del 13 de agosto de 2014 se declaró esa situación y se decretó la suspensión de términos para fallar.

2.4. El 21 de agosto de 2014 Comcel allegó nuevo memorial en el que reiteró la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso a la administración de justicia debido a recientes sentencias interpretativas proferidas por el TJCA como consecuencia de las solicitudes elevadas por los tribunales de arbitramento. Al respecto señaló:

“Los fallos tienen cuatro características que acentúan la amenaza contra los derechos fundamentales de COMCEL: (1) se pronuncian sobre preguntas no hechas por los tribunales sino planteadas por ETB, (2) se pronuncian sobre aspectos no contenidos en el derecho andino sino relacionados con el derecho nacional, (3) se pronuncian sobre aspectos que no corresponden a la interpretación del derecho andino sino a la implementación del fallo, y (4) al sugerir en obiter dicta que los tribunales de arbitramento no son competentes, crean la posibilidad de una contradicción con el artículo 116 de la Constitución Política”.

Reitera que la incorporación automática de esos fallos materializará una vulneración adicional de sus derechos fundamentales e insiste en las diferentes causas y amenazas de ese desconocimiento poniendo de presente que se trata de una estrategia de ETB para frustrar sus atribuciones.

2.5. Mediante escrito del 15 de octubre de 2014 Comcel allegó el laudo arbitral dictado dentro de la controversia entre Comcel (antes Ocel) y ETB, en el que en virtud de la interpretación prejudicial del TJCA, el Tribunal de Arbitramento declaró que no es competente para resolver el asunto. Al respecto el memorialista advirtió lo siguiente:

“Ahora, esta amenaza clara e inminente se ha convertido en una vulneración evidente del derecho de acceso a la justicia y a obtener una tutela judicial efectiva. El Tribunal Arbitral en el caso mencionado decidió que no tenía competencia para resolver la controversia económica, a pesar de que el Consejo de Estado, al anular el laudo anterior, expresamente había dicho que era necesario convocar un tribunal arbitral para que procediera a laudar.”

Bajo esos términos Comcel insistió en el desconocimiento de sus atribuciones constitucionales y relacionó las anomalías en las que habrían incurrido los árbitros.

2.6. El 10 de noviembre de 2014 ETB allegó memorial en el que manifestó que Comcel pretender confundir a los Magistrados, debido a que las afirmaciones contenidas en el memorial del 15 de octubre no son ciertas. En primer lugar afirmó que el Consejo de Estado no ordenó convocar nuevos tribunales arbitrales; luego aseveró que resulta inane controvertir la naturaleza jurídica de la CRC porque la tutela fue interpuesta contra las tres decisiones del máximo juez de lo contencioso administrativo; agregó que también es extraño a este proceso la supuesta vulneración de derechos que haya surgido del nuevo laudo arbitral y concluyó que ello no puede ser tenido en cuenta para resolver esta tutela; estimó que no es cierto que se vulnere el derecho de acceso a la administración de justicia ya que Comcel tuvo la oportunidad de formular su demanda ante el tribunal arbitral y además, en el caso en el que se declaró la incompetencia para solucionar, elevó la solicitud de anulación correspondiente; citó el auto 056 de 2007 y la sentencia C-227 de 1999 para dar alcance a las competencias del Tribunal Andino y afirmar que en lugar de desconocer la Constitución, el laudo reconoce el efecto prevalente del ordenamiento andino.

2.7. El 5 de diciembre de 2014 Comcel puso de presente la respuesta a un derecho de petición por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en el que se materializaría la vulneración de su derecho de acceso a la administración de justicia. En efecto, de acuerdo a la actora, en ese documento la CRC sostuvo que sólo ejerce funciones administrativas, carece de competencias jurisdiccionales y sus decisiones no prestan mérito ejecutivo. Todo esto implica—asegura— que Comcel se haya quedado completamente sin acceso a la justicia.

2.8. El 19 de diciembre de 2014 la ETB allegó memorial en el que responde el documento presentado por Comcel el 5 de diciembre. Manifestó que rechaza la estrategia de la entidad demandante tendiente a cuestionar no sólo las tres decisiones del 9 de agosto de 2012 sino también *“todas las providencias judiciales, arbitrales y comunitarias contrarias a sus intereses, sin importar que sobre estas no haya formulado tutela ni agotado los medios judiciales de defensa”*. Reiteró que el objeto del presente proceso es determinar si las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado han vulnerado los derechos fundamentales y advirtió que la respuesta de la CRC

carece de fuerza vinculante de conformidad con los artículos 25 del CCA y 28 de la Ley 1437 de 2011.

Calificó que los argumentos de Comcel son distractores porque en la tutela siempre alegó la vulneración de sus derechos y no la existencia de una amenaza, de la misma forma en que constantemente únicamente cuestionó las providencias dictadas por el Consejo de Estado a través de cuatro “*cargos de inconstitucionalidad*”. Estimó que abordar el análisis de las nuevas decisiones arbitrales desconocería la independencia judicial y arbitral, así como la subsidiariedad de la acción constitucional. Al respecto afirmó lo siguiente:

“9.- El argumento del COMCEL de que con la decisión inhibitoria de los árbitros se materializó la supuesta violación al derecho de COMCEL a acceder a la justicia, no es más que un nuevo intento de generar confusión en la controversia; esa ha sido su estrategia desde el comienzo. En efecto, lo que prefiere no recordar COMCEL es que habiendo podido formular demandas de nulidad contra las resoluciones de la CRC que resolvieron el conflicto de interconexión con ETB, prefirió no hacerlo o se le olvidó hacerlo. En otras palabras, si COMCEL renunció a ejercer tales derechos en contra de las citadas resoluciones, ello no se puede traducir en menoscabo de su derecho de acceso a la justicia, pues nada ni nadie le impidió hacerlo cuando debía haber accionado.”

Advirtió que en el derecho de petición elevado ante la CRC no se puso de presente la normatividad comunitaria y la sentencia 181 IP-2013 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, expedida dentro del caso ETB vs Comcel en la que “*se manifestó en relación con el punto objeto de consulta relativo a la autoridad competente para resolver conflictos relacionados con la interconexión entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones , que en caso de desacuerdo entre las partes: \\\ ‘[T]odo lo relacionado con conflictos que surjan en la “ejecución de la interconexión” es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva. Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten’.*” (subraya el memorialista).

ETB insistió en que la competencia de la CRC para solucionar la controversia no constituye un desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia, citó el fallo 79-IP-2014 (dictado dentro del conflicto entre Comcel y UNE) e infirió que Comcel no ha acudido a ese mecanismo porque en el pasado tuvo un resultado desfavorable.

V. PRUEBAS

1.- Certificado de existencia y representación legal de Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. (folios 39 a 46 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela¹⁷).

2.- Fotocopia simple de la decisión pronunciada por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012, que dio cumplimiento a la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio, proferidos por el TJCA, dentro del expediente con radicación 43281 (folios 47 a 116 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

3.- Fotocopia simple de la decisión pronunciada por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012, que dio cumplimiento a la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio, proferidos por el TJCA, dentro del expediente con radicación 43045 (folios 117 a 178 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

4.- Fotocopia simple de la decisión pronunciada por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012, que dio cumplimiento a la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio, proferidos por el TJCA, dentro del expediente con radicación 43195 (folios 180 a 232 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

5.- Fotocopia simple de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de septiembre de 2012, dictada dentro del expediente 43281, en la que atiende las solicitudes elevadas por Comcel S.A. (folios 234 a 265 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

6.- Fotocopia simple de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de septiembre de 2012, dictada dentro del expediente 43045, en la que atiende las solicitudes elevadas por Comcel S.A. (folios 266 a 332 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

7.- Fotocopia simple de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de septiembre de 2012, dictada dentro del expediente 43195, en la que atiende las solicitudes elevadas por Comcel S.A. (folios 334 a 393 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

8.- Fotocopia de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 03-AI-2010, el 26 de agosto de 2011, dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado (folios 394 a 411 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

9.- Fotocopia de la decisión de aclaración de la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 03-AI-2010,

¹⁷ La numeración de este cuaderno inicia en el número 39 y termina en el número 807.

el 15 de noviembre de 2011 (folios 413 a 420 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

10.- Fotocopia de la providencia dictada dentro del “procedimiento sumario por incumplimiento de sentencia”, pronunciada dentro del proceso 03-AI-2010 el 18 de julio de 2012 (folios 422 a 428 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

11.- Fotocopia del laudo arbitral dictado el 15 de diciembre de 2006 dentro del proceso promovido por Comunicación Celular S.A., Comcel S.A., en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (folios 429 a 500 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

12.- Fotocopia del laudo arbitral dictado el 15 de diciembre de 2006 dentro del proceso promovido por Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A., en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (folios 501 a 575 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

13.- Fotocopia del acta de audiencia de lectura del laudo dictado dentro del conflicto entre Ocel S.A. y la ETB, así como de las solicitudes que fueron elevadas por varias de las partes como consecuencia de este y la respuesta del tribunal de arbitramento (folios 576 a 595 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

14.- Fotocopia del laudo arbitral dictado el 15 de diciembre de 2006 dentro del proceso promovido por Comunicación Celular Comcel S.A.- Celcaribe en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (folios 596 a 665 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

15.- Fotocopia de la decisión dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de marzo de 2008, dentro del expediente 33644, en la que se resuelve el recurso de anulación interpuesto por la ETB contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, proferido dentro del conflicto sostenido con Comcel-Celcaribe (folios 666 a 692 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

16.- Fotocopia de la decisión dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de marzo de 2008, dentro del expediente 33645, en la que se resuelve el recurso de anulación interpuesto por la ETB contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, proferido dentro del conflicto sostenido con Comcel (folios 693 a 771 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

17.- Fotocopia de la decisión dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 21 de mayo de 2008, dentro del expediente 33643, en la que se resuelve el recurso de anulación interpuesto por la ETB contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, proferido dentro del conflicto sostenido con Comcel-Ocel S.A. (folios 772 a 807 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

18.- Certificado de existencia y representación legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, ETB (folios 117 a 142 del cuaderno de primera instancia).

19.- Fotocopia del oficio emitido por la secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 26 de agosto de 2010, dentro del proceso 03-AI-2010 en la que se le notifica el inicio del proceso de acción de incumplimiento al representante legal del Comcel, Ocel y Celcaribe (folio 175 del cuaderno de primera instancia).

20.- Fotocopia de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 26 de agosto de 2011, dentro del proceso 03-AI-2010, acción de incumplimiento interpuesta por la ETB contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado (folios 178 a 213 del cuaderno de primera instancia).

21.- Fotocopia del oficio emitido por la secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 12 de septiembre de 2011, en la que se entrega copia certificada de la sentencia proferida en el proceso 03-AI-2010 a la representante legal de Comcel, Ocel y Celcaribe (folio 214 del cuaderno de primera instancia).

22.- Fotocopia de la decisión tomada por el TJCA dentro del proceso 03-AI-2010 el 15 de noviembre de 2011, en razón a la solicitud de aclaración de la sentencia (folios 216 a 223 del cuaderno de primera instancia).

23.- Fotocopia del oficio fechado 16 de noviembre de 2011, en el que la secretaria general del TJCA notifica el contenido del auto emitido el 15 de noviembre de 2011 a la representante legal de Comcel, Ocel y Celcaribe (folio 224 del cuaderno de primera instancia).

24.- Fotocopia del oficio fechado 10 de febrero de 2012, en el que la secretaria general del TJCA notifica el contenido del auto emitido el 2 de febrero a la representante legal de Comcel, Ocel y Celcaribe (folio 226 del cuaderno de primera instancia).

25.- Fotocopia del auto dictado el 18 de julio de 2012, por parte del TJCA, dentro del proceso 03-AI-2010, en el que se formula el cargo de incumplimiento de la sentencia emitida el 26 de agosto de 2011 (folios 228 a 234 del cuaderno de primera instancia).

26.- Fotocopia del oficio fechado 25 de julio de 2012, en el que el secretario general del TJCA notifica el contenido del auto emitido el 18 de julio a la representante legal de Comcel, Ocel y Celcaribe (folio 226 del cuaderno de primera instancia).

27.- Fotocopia del recurso de reconsideración presentado ante el TJCA por el representante legal de Comcel, contra el auto proferido el 18 de julio de 2012 dentro del proceso 3-AI-2010 (folios 1 a 21 del cuaderno de primera instancia).

28.- Fotocopia del auto proferido por el TJCA el 28 de agosto de 2012, en respuesta al recurso de reconsideración presentado por el representante legal de Comcel (folios 275 a 277 del cuaderno de primera instancia).

29.- Fotocopia de varias facturas cambiarias de compraventa presentadas por Comcel a ETB, en las que se incluyen las sumas correspondientes a la condena incluida en los laudos arbitrales. (folios 286 a 296 del cuaderno de primera instancia).

30.- Fotocopia del oficio del 24 de agosto de 2012 en el que la ETB rechaza las facturas presentadas por Comcel (folios 297 a 300 del cuaderno de primera instancia).

31.- Fotocopia de la remisión de cuentas de cobro de ETB a Comcel en razón a la decisión del Consejo de Estado de fecha 9 de agosto de 2012, efectuada el 18 de septiembre de 2012 (folios 301 a 304 del cuaderno de primera instancia).

32.- Fotocopia del oficio fechado 21 de septiembre de 2012, mediante el cual Comcel rechazó las cuentas de cobro presentadas por ETB (folio 305 del cuaderno de primera instancia).

33.- Fotocopia de la respuesta efectuada por ETB el 24 de septiembre de 2012 al oficio remitido por Comcel el 21 de septiembre (folio 306 del cuaderno de primera instancia).

34.- Fotocopia de oficio del 25 de septiembre de 2012 en el que Comcel reitera el rechazo de las cuentas de cobro presentadas por la ETB (folio 307 del cuaderno de primera instancia).

35.- Fotocopia del memorial presentado por la representante legal de Telmex Telecomunicaciones SA ESP, ante el TJCA, dentro del proceso 3-AI-2007, en que se presenta como tercero coadyuvante de la República de Colombia (folios 308 a 363 del cuaderno de primera instancia).

36.- Fotocopia del documento elaborado por el Ministerio de Relaciones Exteriores titulado “*Consideraciones jurídicas en relación con el derecho comunitario andino y el acatamiento de las sentencias de incumplimiento proferidas por el Tribunal Andino de Justicia*”, de fecha 11 de mayo de 2012 (folios 390 a 396 del cuaderno de primera instancia).

37.- Fotocopias de las providencias dictadas dentro del proceso 3-AI-2010, por el TJCA el 18 de julio de 2012, el 15 de noviembre de 2011, el 26 de

agosto de 2011 y el 20 de noviembre de 2012 (folios 421 a 479 del cuaderno de primera instancia).

38.- Fotocopia de la demanda extraordinaria de revisión presentada por la representante legal de Comcel ante el TJCA, dentro del proceso 3-AI-2010 (folios 5 a 43, cuaderno anexo a la primera instancia).

39.- Fotocopia del auto proferido por el TJCA el 15 de marzo de 2013, en respuesta al recurso extraordinario de revisión presentado por Comcel contra la sentencia del 26 de agosto de 2011, dictada dentro del proceso 3-AI-2010, en el que se decide rechazar *in limine* esa demanda “*por haber vencido el término de caducidad de la acción*” (folios 65 a 73 del cuaderno anexo a la primera instancia).

40.- Fotocopia del auto proferido por el TJCA el 19 de junio de 2013 en el que se declara “sin lugar” el recurso de reconsideración, la nulidad y la modificación de la demanda presentada por Comcel S.A. dentro del proceso 3-AI-2010 (folios 624 a 631 del cuaderno de segunda instancia¹⁸).

41.- Fotocopia del oficio enviado por el apoderado de Comcel al director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el que manifiesta el retiro de la convocatoria del tribunal arbitral número 2842 (folio 676 del cuaderno de segunda instancia).

42.- Fotocopia de la comunicación enviada a la ETB por parte del director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en la que se entera del retiro de la demanda arbitral (folio 677 del cuaderno de segunda instancia)

43.- Constancias expedidas por las secretarías de dos de los tribunales de arbitramento de Comcel (antes Ocel) y Comcel contra la ETB en las que se indica la fecha de instalación, las partes y los árbitros que fueron designados (folios 688 y 689 del cuaderno de segunda instancia).

44.- Fotocopias de las actas número 6 y 7 del 5 y el 23 de septiembre de 2013 respectivamente, y de los autos 11, 12, 13, 14 y 15 dictados dentro del trámite arbitral convocado por Comcel contra la ETB (folios 704 a 736 del cuaderno de segunda instancia).

45.- Fotocopia del mandamiento de pago librado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 4 de junio de 2013, dentro del proceso ejecutivo adelantado por la ETB contra Comcel (folios 737 a 743 del cuaderno de segunda instancia).

46.- Fotocopia de la providencia dictada el 15 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la que se resuelve el recurso de reposición presentado contra el mandamiento de

¹⁸ O cuaderno de impugnación. Este fascículo consta de los folios numerados desde el número 600 al 867.

pago por parte de Comcel (folios 744 a 752 del cuaderno de segunda instancia).

47.- Fotocopia auténtica de las solicitudes elevadas por Comcel a los dos tribunales de arbitramento, en las que se incluyen consideraciones acerca de su competencia (folios 755 a 805 del cuaderno de segunda instancia).

48.- Fotocopia de los tres expedientes conformados por la Sección Tercera-Sala Plena del Consejo de Estado, para dar cumplimiento a la sentencia proferida el 26 de agosto de 2011(constan de 872 [proceso 43045], 914 [proceso 43195] y 891 [proceso 43281] folios).

49.- Fotocopia del auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado de fecha 21 de abril de 2014, que resuelve la solicitud de medida cautelar presentada por Comcel dentro del trámite del recurso de revisión de la decisión del 9 de agosto de 2012 proferida por la Sección Tercera (folios 26 a 32 del cuaderno número 1 de revisión).

50.- Fotocopia del oficio del 11 de julio de 2014, emitido por el secretario general del TJCA, en el que se envía al presidente del Tribunal de Arbitramento de Comcel contra ETB la interpretación prejudicial generada dentro del proceso 255-IP-2013, así como el texto de la providencia citada (folios 197 a 233 del cuaderno número 1 de revisión).

51.- Fotocopia del oficio del 11 de julio de 2014, emitido por el secretario general del TJCA, en el que se envía al presidente del Tribunal de Arbitramento de Comcel contra ETB la interpretación prejudicial generada dentro del proceso 14-IP-2014, así como el texto de la providencia citada (folios 234 a 255 del cuaderno número 1 de revisión).

52.- Fotocopia autenticada del laudo arbitral dictado el 10 de octubre de 2014 dentro del conflicto entre Comcel (antes Occel) y la ETB (folios 273 a 321 del cuaderno número 2 de revisión).

53.- Respuesta al derecho de petición elevado por una ciudadana por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) el 13 de noviembre de 2014 (folios 347 a 352 del cuaderno número 2 de revisión).

54.- Fotocopia de la interpretación prejudicial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 13 de mayo de 2014, dentro del proceso 181-IP-2013, en respuesta a la consulta solicitada por el tribunal arbitral conformado para dirimir las controversias entre la ETB y Coltel (folios 360 a 390 del cuaderno número 2 de revisión).

55.- Fotocopia de la interpretación prejudicial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 25 de agosto de 2014, dentro del proceso 79-IP-2014, en respuesta a la consulta solicitada por el tribunal arbitral

conformado para dirimir las controversias entre la Comcel y UNE EPM Telecomunicaciones (folios 360 a 390 del cuaderno número 2 de revisión).

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos materia de revisión. El estudio por la plenaria fue decidido bajo los lineamientos del artículo 54 A del Reglamento Interno de esta Corporación.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Entre Comcel, Ocel, Celcaribe, por separado, se suscribieron tres contratos de acceso, uso e interconexión con la ETB, en noviembre de 1998. En ellos consignaron una cláusula compromisoria para el arreglo de las diferencias que se llegaren a presentar. En diciembre de 2004 y marzo de 2005 las primeras solicitaron la convocatoria de tres tribunales de arbitramento y estos dictaron los laudos correspondientes en contra de la ETB en diciembre de 2006. La convocada presentó recursos de anulación contra esas decisiones y en sentencias de marzo y mayo de 2008 la Sección Tercera del Consejo de Estado los declaró infundados.

Posteriormente, en mayo de 2010, la ETB entabló acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina porque durante el trámite arbitral se omitió solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias. Ese juez, mediante sentencia número 3-AI-2010 del 26 de agosto de 2011 dio la razón a la demandante y esto llevó a que el Consejo de Estado dejara sin efectos sus decisiones y anulara los laudos proferidos. La orden del TJCA se cumplió el 9 de agosto de 2012 y dio pie para que se elevaran algunas solicitudes que fueron denegadas por el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El 20 de septiembre de 2012 la representante legal suplente de Comunicación Celular S.A. (en adelante Comcel) presenta acción de tutela contra las tres providencias proferidas el 9 de agosto de ese año por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante las cuales se acató la sentencia 3-AI-2010 y su auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011, pronunciados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Mientras tanto, en diciembre de 2012 Comcel presentó otras solicitudes de convocatoria al Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias acaecidas con ETB ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, lo que ha llevado a que se dicten nuevos pronunciamientos en el caso.

Comcel considera que las decisiones del máximo tribunal de lo contencioso administrativo incurren en los siguientes defectos: (i) orgánico en la medida en que el Consejo de Estado carecía de competencia para cumplir las decisiones del TJCA y en que, además, aquel excedió los límites de lo ordenado por la autoridad comunitaria; (ii) procedimental absoluto ya que las providencias fueron producto de un trámite inexistente, y (iii) desconocimiento de la cosa juzgada constitucional consagrada en las sentencias que declararon la improcedencia de una tutela interpuesta por la ETB.

Además, considera que la tutela contra las decisiones de la Sección Tercera es procedente debido a que el caso cumple con los criterios generales de procedibilidad:

(i) Tiene relevancia constitucional en la medida en que se refiere al cumplimiento de una sentencia del TJCA a partir de normas procesales inexistentes.

(ii) Respeto la subsidiariedad del amparo constitucional ya que no existen más medios de defensa judicial teniendo en cuenta que la revisión y los demás recursos ante el TJCA no tienen el poder de proteger sus derechos; asimismo el recurso extraordinario de revisión ante el propio Consejo de Estado no tiene idoneidad ni eficacia porque las providencias censuradas tienen naturaleza indeterminada y esa etapa dura más de cinco años lo que llevaría a la “*consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental*”.

(iii) Cumple con la inmediatez debido a que la tutela fue interpuesta dentro de los dos meses siguientes a la expedición de las decisiones que cumplieron la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

(iv) Las irregularidades alegadas tienen una vinculación directa con el debido proceso y el acceso a la justicia.

(v) Hace una relación de los hechos que generan la violación y advierte que esta no fue alegada porque no era previsible que fuera condenada en el procedimiento comunitario y por las decisiones del Consejo de Estado teniendo en cuenta que en ninguno de los procesos fue parte.

Los magistrados que presentaron las ponencias que dieron cumplimiento a la sentencia 3-AI-2010 del TJCA se opusieron a las pretensiones de la acción de tutela y negaron la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Relacionaron los hechos que precedieron la presentación del amparo de los derechos fundamentales e hicieron énfasis en que su actuación tuvo como fuente y soporte las órdenes de la autoridad comunitaria. Aclararon que no generaron una decisión de plano y que, en su lugar, se decidió conformar un “*encuadramiento*” para incorporar todos los documentos y notificar a todos los sujetos interesados, así como darles la oportunidad de presentar las consideraciones que estimaren pertinentes. Consideraron que no se

desconoció la cosa juzgada porque la tutela y la acción de incumplimiento comunitaria son trámites diferentes y las providencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina prevalecen en el orden interno. Advirtieron que no cumplir con el fallo del TJCA habría implicado la imposición de sanciones de carácter internacional en contra de la República de Colombia e insistieron en que la anulación de los laudos fue consecuencia de las órdenes impartidas por dicha autoridad comunitaria. Explicaron que la Sección Tercera no desconoció las competencias del Presidente de la República y que aunque a Comcel se le dio la oportunidad de participar del trámite, ella misma decidió no ejercer sus derechos.

La ETB también se opuso a las pretensiones de la acción de tutela, señaló que Comcel persigue eludir el pago de unas sumas de dinero y explicó que la demandante pudo haber ejercido sus derechos ante el TJCA y ante el Consejo de Estado. Puso de presente que el amparo se dirige a cuestionar las órdenes de la autoridad comunitaria y, de esta manera, a reactivar oportunidades procesales que ya vencieron. Advirtió que aceptar la protección de los derechos conllevaría a vulnerar la Constitución, en la medida en que se desconocería el mandato del juez internacional. Refirió el sustento normativo y jurisprudencial que soporta las competencias del Tribunal Andino y a partir de la sentencia 3-AI-2010 derivó las facultades de la Sección Tercera y las formas que rigen la ejecución de las decisiones de aquel, las cuales no requieren ley previa, homologación, ni *exequatur*.

Posteriormente consideró que la Sección Tercera fue “excesivamente garantista” y anotó que esta acción no cumple con varios requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Expresó que no existe relevancia constitucional porque el asunto sólo tiene un contenido de carácter patrimonial y no se evidencia la vulneración de derecho fundamental alguno. Agregó que Comcel no agotó todos los medios judiciales de defensa ante el TJCA y el Consejo de Estado ya que tiene a su disposición el recurso extraordinario de revisión y la acción de reparación directa. Señaló que aunque Comcel negó su condición de parte, sí interpuso la revisión de la sentencia 3-AI-2010.

En primera instancia la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción. Indicó que Comcel cuenta con el recurso extraordinario de revisión y precisó la causal que puede invocar.

Comcel impugnó ese fallo y reiteró que la indeterminación de las decisiones de la Sección Tercera impide que se concreten los recursos que proceden contra ellas. Asimismo, insistió en que esa herramienta no es idónea ya que no tiene el poder de proteger sus derechos o de frenar las consecuencias adversas de las providencias cuestionadas. Resaltó la relevancia constitucional del caso, específicamente sobre la falta de trascendencia de la interpretación prejudicial ante el TJCA y repitió que la afectación de sus derechos es alta porque no accede a la justicia, no se ejecutaron los laudos y se ordenó la devolución de unos dineros. Argumentó que la corporación demandada no

tuvo en cuenta sus derechos y no le dio la oportunidad de defenderse. Transformó su planteamiento y afirmó que no existe la obligación constitucional de agotar los recursos supranacionales sino solo los internos y relacionó como errores del fallo de primera instancia: (i) otorgó prevalencia a las normas comunitarias lo cual solo es aplicable a los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad y (ii) equivocó el alcance de las sentencias del Tribunal Andino en la medida en que estas no cuentan con efecto de incorporación automática.

En segunda instancia la Sección Quinta del Consejo de Estado modificó el fallo de primera instancia y declaró la carencia actual de objeto del amparo respecto del derecho de acceso a la administración de justicia, debido a que los tribunales de arbitramento ya se encuentran constituidos. Estimó que el recurso extraordinario de revisión no es eficaz debido a que el litigio lleva trece años sin resolverse y concluyó que el Consejo de Estado sí tenía competencia para hacer cumplir el fallo debido a que así lo dispuso el propio juez comunitario. Consideró que el trámite de encuadernación era necesario establecerlo para acatar la sentencia del TJCA y concluyó que no existe vulneración del derecho de defensa en la medida en que Comcel fue vinculada al proceso. Por último, dedujo que la interpretación de las normas aplicables conllevaba a erigir una nueva causal de nulidad de los laudos y precisó que no hay desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia ya que la ley impide que se reconstituyan los mismos tribunales de arbitramento, por lo que era necesario convocar unos nuevos.

Los hechos que componen este caso exigen que la Corte previamente determine el cumplimiento de los criterios generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Teniendo en cuenta las sentencias de primera y segunda instancia se hará énfasis especial en la satisfacción del requisito de subsidiariedad. En esa medida y una vez se hayan observado todas y cada una de esas exigencias, se procederán a estudiar los defectos que Comcel le ha endilgado a las providencias que el 9 de agosto de 2012 profirió la Sección Tercera del Consejo de Estado en cumplimiento del fallo 3-AI-2010 dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Adicionalmente, de ser procedente, se analizará si los nuevos reproches que fueron presentados por Comcel a lo largo del trámite de revisión pueden ser despachados en esta sentencia o si, por el contrario y como asegura la ETB, ellos deben ser propuestos a través de una nueva acción en la que se integre el contradictorio y se cumplan todas las etapas del proceso constitucional.

3. La procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia¹⁹ y análisis de las cuestiones previas de procedibilidad en el caso. Improcedencia del presente caso por incumplir el requisito de subsidiariedad.

3.1. Generalidades.

¹⁹ Argumentos contenidos principalmente en la sentencia SU-768 de 2014.

Desde los primeros pronunciamientos de esta Corporación²⁰, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política de 1991 (art. 241), se ha venido señalando que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales²¹. Esta postura descansa sobre un sólido fundamento normativo, los artículos 2 y 86 de la Carta que reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “*resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”, así como el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la obligación de los Estados parte de proveer un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos.

La supremacía de la Constitución se traduce en la “*omnipresencia*”²² del texto Superior en todas las áreas jurídicas y en la responsabilidad de las autoridades judiciales dentro de los procesos ordinarios, como primer escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente, podrá el juez constitucional intervenir cuando advierta la trasgresión del mandato constitucional.

La Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia C-543 de 1992, si bien declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, previó también la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales al afirmar lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...) En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (Subrayado fuera del original).

No obstante, es evidente un desarrollo jurisprudencial sobre la materia. En un comienzo, la Corte Constitucional recurrió al concepto de la “*vía de hecho*”,

²⁰ Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

²¹ Recientemente la Sala Plena reiteró esta línea jurisprudencial en la sentencia SU-195 de 2012.

²² Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

definida como la actuación judicial absolutamente caprichosa o carente de cualquier fundamento jurídico. Posteriormente, el precedente se rediseñó para dar paso a los “*criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*” e incluir aquellas situaciones en las que “*si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales*”²³. Esta nueva aproximación fue sistematizada por la sentencia C-590 de 2005, mediante la cual la Corte explicó que el juez constitucional debe comenzar por verificar las condiciones generales de procedencia, entendidas como “*aquellas cuya ocurrencia habilita al juez de tutela para adentrarse en el contenido de la providencia judicial que se impugna*”²⁴. Tales requisitos genéricos son:

*“(i) si la problemática tiene relevancia constitucional; (ii) si han sido agotados todos los recursos o medios –ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos, a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable o que los recursos sean ineficaces en las circunstancias particulares del peticionario; (iii) si se cumple el requisito de la inmediatez (es decir, si se solicita el amparo pasado un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación); (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hubieran tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales; (v) si el actor identifica debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y si –de haber sido posible- lo mencionó oportunamente en las instancias del proceso ordinario o contencioso; (vi) si la providencia impugnada no es una sentencia de tutela”*²⁵.

A continuación, el juez de tutela podrá conceder el amparo solicitado si halla probada la ocurrencia de al menos una de las causales específicas de procedibilidad, que la Corte ha organizado de la siguiente forma²⁶:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*

²³ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2012.

²⁵ Corte Constitucional, sentencias T-282 de 2009 y T-015 de 2012.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

Ahora bien, tratándose de tutelas contra sentencias proferidas por Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, esta Corporación ha reconocido que el amparo resulta “*más restrictivo, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional*”²⁷.

En estos eventos, particularmente excepcionales, la intervención del juez constitucional no debe entenderse como un argumento de autoridad²⁸. El control realizado en sede de revisión de tutela no supone una corrección del fallo ordinario o administrativo desde un punto de vista legal, sino desde una perspectiva constitucional, a diferencia del ejercicio de otras Altas Cortes cuya labor inmediata gira en torno a la aplicación del marco legal vigente. Este diseño institucional es el que realmente legitima a la Corte Constitucional como órgano de cierre en los temas constitucionales:

*“[S]i bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquella, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales”*²⁹.

3.2. Cuestión previa: cumplimiento de los criterios generales de procedibilidad en este caso.

²⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-917 de 2010 y SU-131 de 2013.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-726 de 2012.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-691 de 2011.

3.2.1. Relevancia constitucional.

En la sentencia C-590 de 2005 se definió este requisito de la siguiente manera:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones³⁰. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.”

A juicio de la Sala este asunto tiene una relevancia constitucional indudable. En efecto, contrario a lo manifestado por la ETB, el estudio de los defectos invocados por Comcel no se limita a la devolución de los dineros entregados en virtud de los laudos arbitrales, sino que implica la valoración de las condiciones básicas bajo las cuales se pueden ejecutar las sentencias proferidas por el Tribunal Andino de Justicia, sobre todo atendiendo que aparentemente no existe una ley procesal que aplique al caso. Es claro que los parámetros que rigen el cumplimiento de las órdenes de la autoridad comunitaria enfrenta valores como la integración de Colombia con otros países (preámbulo, arts. 9º, 150-16, 227 Constitución Política) con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 *ejusdem*).

3.2.2. Agotamiento de todos los recursos o medios –ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos³¹. Importancia del recurso extraordinario de revisión.

3.2.2.1. El inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991³², revisten a la acción de tutela de un carácter *subsidiario* por cuanto sólo es procedente cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto la norma superior en cita establece:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales,

³⁰ Sentencia 173/93.

³¹ La parte dogmática de este capítulo está constituida en buena parte de la reiteración de los fundamentos de las sentencias T-103 y T-291 de 2014.

³² “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...). (Subrayas al margen del texto).

En desarrollo del anterior precepto, el artículo 6° del Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece:

“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...)” (Subrayas al margen del texto).

El carácter *subsidiario* de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido señalado por la Corte desde sus primeros pronunciamientos. Así, en la sentencia C-543 de 1992 se sostuvo que *“tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (...) Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales(...) tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso...”*

Esa decisión fue reiterada en la sentencia SU-622 de 2001 y posteriormente en la sentencia C-590 de 2005, en las que se insistió en esa característica del amparo constitucional y en las que se concretó que las acciones judiciales ordinarias constituyen, por regla general, vías legítimas de reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales³³.

³³ En igual sentido, la Sala Plena en la sentencia SU-026 de 2012, señaló lo siguiente: *“Es necesario resaltar que la acción de tutela no es, en principio, el instrumento judicial adecuado para solicitar la protección de los derechos que eventualmente sean lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues el ordenamiento jurídico ha diseñado para este efecto la estructura de órganos de la rama judicial, estableciendo un modelo jerárquico cuyo movimiento se activa a partir de la utilización de una serie de mecanismos judiciales que buscan garantizar la corrección de las providencias judiciales”*. Por otra parte, en la sentencia SU-424 de 2012 se destacó: *“(...) a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues*

Como complemento, la jurisprudencia ha advertido cuál es la implicación de ampliar la procedibilidad de la tutela en perjuicio de los medios ordinarios de defensa. Al respecto en la sentencia T-406 de 2000 se expuso:

“En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”³⁴

En efecto, el carácter subsidiario y residual del amparo constitucional de los derechos fundamentales surge del deber de *“colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia”* (art. 95-7 superior) y hace parte de la obligación de preservar la institucionalidad como medio para asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º *ejusdem*). En la sentencia C-590 de 2005 se concretó que es una carga constitucional del demandante en tutela seguir el plan procesal definido para atender su conflicto y se previno que no seguir esa pauta llevaría al desborde institucional del Estado. En esa providencia se afirmó lo siguiente:

“De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.”

Como consecuencia de las normas y el precedente citado, la Corte debe reiterar que no es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales cuando el actor no ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales. En otras palabras, el agotamiento de esas herramientas constituye un requisito ineludible para que el juez pueda entrar a determinar la vulneración invocada y no constituye una excusa atendible la simple intención de obtener una decisión más ágil o expedita. Al respecto, en la sentencia T-161 de 2005 esta corporación enfatizó que:

con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.

³⁴ Esta posición ha sido reiterada en diversas sentencias como T-313 de 2005, T-335 de 2007, T-611 de 2009, T-525 de 2010, T-333 de 2011, T-683 de 2012, T-583 de 2013, T-783 de 2013, entre otras.

“[L]a tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.”

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha destacado que no basta con la mera existencia de otro mecanismo de defensa judicial para determinar la improcedencia de la tutela, sino que el juez debe valorar la idoneidad y la eficacia de esa herramienta para cada caso. En esta medida, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir a los mecanismos ordinarios y extraordinarios³⁵, y excepcionalmente, cuando se compruebe que estos carecen de idoneidad o eficacia procederá la acción de tutela como fórmula para resguardar sus intereses.

Bajo esas condiciones, la Corte Constitucional ha precisado que el carácter excepcional de la acción de tutela puede llegar a tener algunas excepciones que se presentan cuando³⁶:

- (i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;
- (ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.
- (iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.

En cuanto a la primera excepción, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la idoneidad y eficacia implican que el medio ordinario de defensa otorgue claridad, definición y precisión sobre la protección de las atribuciones iusfundamentales. Sobre el particular, en la sentencia T-795 de 2011 se expuso:

³⁵ Cfr. Sentencias SU-544 de 2001, T-803 de 2002, T-227 de 2010 y T-742 de 2011.

³⁶ Ver entre otras, las sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003.

“Es así como en aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela³⁷. Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento alternativo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”³⁸ a las pretensiones que se ponen a consideración del debate iusfundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados.”

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio de defensa alternativo, entre otros aspectos: “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”³⁹. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados.”

En lo que tiene que ver con la segunda salvedad, esta corporación ha sostenido que es viable valerse de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el cual se materializa cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia⁴⁰ y de manera grave⁴¹ su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas urgentes⁴² e impostergables⁴³ que lo neutralicen⁴⁴.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha aclarado que, a pesar de la informalidad de la acción de tutela, el actor debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales pretende derivar un perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia del amparo. En la sentencia T-436 de 2007 se

³⁷ El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

³⁸ Sentencia T-803 de 2002.

³⁹ Sentencia T-822 de 2002., reiterando lo dicho en la sentencia T-569 de 1992 la cual señaló lo siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

⁴⁰ La amenaza está por suceder prontamente. Deben existir evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.

⁴¹ Equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas.

⁴² Se debe buscar una medida de pronta ejecución. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud.

⁴³ Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos.

⁴⁴ Ver sentencia T-634 de 2006.

explicó:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable⁴⁵.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado ‘explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión’⁴⁶”.

Los beneficios derivados de la acción de tutela dependen de la observancia estricta del principio de subsidiariedad. En esa medida, reemplazar mecánicamente el procedimiento ordinario con la herramienta constitucional, llevaría a una lesión de los valores orgánicos y dogmáticos de la Carta Política, incluyendo la desnaturalización de ese instrumento. La jurisprudencia sólo ha establecido que de manera excepcional puede justificarse la interposición directa o paralela del amparo cuando se evidencie que: (i) el trámite ordinario no protege los derechos de manera idónea y eficaz; (ii) se compruebe el acaecimiento de un perjuicio irremediable y/o (iii) las atribuciones en disputa afecten a un sujeto de especial protección constitucional. De otra manera, en los casos en los que no presente alguno de estos tres eventos, será imperativo acudir a las acciones procesales de carácter legal y en caso de incoarse la tutela, esta deberá ser declarada improcedente⁴⁷.

3.2.2.2. El recurso extraordinario de revisión como mecanismo defensa judicial idóneo y eficaz.

En múltiples ocasiones, especialmente en la sentencia C-520 de 2009, en la que se estudió una demanda contra el artículo 57 (parcial) de la Ley 446 de

⁴⁵ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999, T-1155 de 2000 y T-290 de 2005.

⁴⁶ Sentencia T-290 de 2005.

⁴⁷ Ver sentencia T-649 de 2011.

1998, la Corte Constitucional ha establecido que el recurso extraordinario de revisión constituye una excepción al principio de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas y que su finalidad es permitir enmendar los errores o irregularidades que se presentan en una providencia. Esas anomalías otorgan la potestad de proferir una nueva decisión que constituya una aplicación de la justicia material y resulte acorde al ordenamiento jurídico⁴⁸.

Es así como el legislador ha previsto el recurso de revisión para los procesos adelantados ante las jurisdicciones civil⁴⁹, penal⁵⁰, laboral⁵¹, y contencioso administrativa⁵², como medio extraordinario para cuestionar la validez de las sentencias ejecutoriadas cuando sea evidente que estas se soportaron en errores, ilicitudes o hechos incompletos, que hacen de la providencia un pronunciamiento contrario a los valores fundantes del Derecho. Para ello, se han definido en cada caso unas causales taxativas de revisión. En la sentencia C-871 de 2003 la Corte puntualizó:

“Con todo, el principio de la cosa juzgada no tiene carácter absoluto pues puede llegar a colisionar con la justicia material del caso concreto. Para enfrentar tal situación se ha consagrado la acción de revisión, la cual permite en casos excepcionales dejar sin valor una sentencia ejecutoriada en aquellos casos en que hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial revelan que ésta es injusta. En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio “res iudicata pro veritate habetur” para evitar que prevalezca una injusticia, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido. Su fin último es, entonces, buscar el imperio de la justicia y verdad material, como fines esenciales del Estado”.

El recurso de revisión está sujeto a unas causales taxativas que limitan su alcance a las anomalías de alta trascendencia y constituye una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios, en la cual no hay lugar a la reapertura del debate jurídico o probatorio, ni espacio para discutir el sentido del razonamiento del juez dirigido a adoptar una decisión determinada, sino únicamente a la presentación de cargos relativos a extremas injusticias o ilicitudes dentro de la decisión. En definitiva, esta institución y las causales que dan lugar a su solicitud, están diseñados como una institución procesal dirigida a la protección de los derechos a acceder a la justicia y al debido proceso.

La naturaleza y relevancia de ese recurso fueron relacionados en la sentencia C-520 de 2009 de la siguiente manera:

⁴⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-418 de 1994, C-372 de 1997, C-090 de 1998, C-269 de 1998, C-680 de 1998 y C-252 de 2001, SU-858 de 2001, C-207 de 2003, T-1013 de 2001, T-1031 de 2001, T-086 de 2007, T-825 de 2007, T-584 de 2008, C-520 de 2009 y T-649 de 2011.

⁴⁹ Artículos 379 y s.s. Código de Procedimiento Civil, 354 y s. s. Código General del Proceso.

⁵⁰ Artículos 192 y s.s. Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal.

⁵¹ Artículo 62 Código de Procedimiento Laboral.

⁵² Artículo 185 y s.s. Código Contencioso Administrativo, 248 y s. s. de la Ley 1437 de 2011.

*“La Corporación ha precisado la naturaleza del recurso extraordinario de revisión señalando que “la revisión no pretende corregir errores “in judicando” ni puede fundamentarse en las mismas pruebas que sirvieron de soporte a la decisión que puso término al proceso, pues para estos yerros están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del propio proceso. La revisión, que no es un recurso sino una acción, pretende, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana. La acción de revisión, en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas. Y esta taxatividad es razonable, pues se trata de “una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada”, y por ello “las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido”⁵³”.*⁵⁴

La Corte Constitucional en diversas oportunidades también ha destacado la relevancia del recurso como garantía del derecho de defensa dentro de los procesos de pérdida de investidura.⁵⁵ “Ha puesto de presente la Corporación que, tal como fue previsto por el legislador, el recurso no se limita a los eventos propios de la acción de revisión, que son, generalmente, externos al proceso y sobrevinientes al mismo, sino que además procede para corregir el eventual error judicial,⁵⁶ aspecto sobre el cual el Consejo de Estado ha manifestado que “[e]n este orden de ideas, el recurso extraordinario especial de revisión participa de la naturaleza del recurso de casación en cuanto puede implicar un análisis de los vicios in judicando o in procedendo en que pueda haberse incurrido en la sentencia de pérdida de investidura, a través de la invocación del debido proceso; pero, además, conserva las características propias de la acción de revisión en cuanto permite revivir la controversia inicial, al allegar otros medios de prueba que no fueron conocidos al tiempo de dictarse el fallo. ‘Así, el recurso de revisión se convierte en vía apta para resolver, no sólo asuntos externos y generalmente sobrevinientes al proceso, sino también aquellos que se deriven del error judicial en el curso mismo del proceso’⁵⁷. ”⁵⁸ ”⁵⁹”. (negrilla fuera de texto original).

La Corte ha reconocido que el recurso de revisión tiene una conexión con la tutela judicial efectiva. En efecto, el hecho de que su naturaleza sea la de proteger la justicia material pese a que el trámite judicial haya finalizado, concede a los ciudadanos un recurso efectivo que permite *“propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento*

⁵³ Sentencia C-680 de 1998, Fundamento 4.2. En el mismo sentido, ver sentencia T-039 de 1996.

⁵⁴ Sentencia C-004 de 2003.

⁵⁵ Ver Sentencias C-247-1995 y SU-858 de 2001.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional SU-858 de 2001.

⁵⁸ Radicación número 11001-03-15-000-2001-0280-01(REVPI-004) de agosto 13 de 2002.

⁵⁹ Sentencia C-207 de 2003.

de sus derechos e intereses legítimos”⁶⁰. Igualmente, la posibilidad legal de que el recurso sea instaurado contra toda sentencia ejecutoriada, garantiza que ese principio sea reconocido a todas las personas en condiciones de igualdad. Aunado a ello, puede afirmarse que el recurso de revisión está encaminado a garantizar el derecho al debido proceso en cuanto se ordena a garantizar que las actuaciones judiciales se desarrollen observando plenamente las formas propias de cada juicio, aun cuando ello implique cuestionar la ejecutoriedad de las sentencias.

En la sentencia C-520 de 2009 se incluyeron los criterios hermenéuticos que el Consejo de Estado ha aplicado a ese recurso. Allí se reiteró que este constituye una herramienta para ajustar las decisiones a la justicia material y restituir el derecho del afectado a través de una nueva sentencia. Los párrafos incluidos en el fallo de inconstitucionalidad y que hacen parte de la jurisprudencia de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, son los siguientes:

*“Este medio de impugnación ha sido erigido por el Legislador como una excepción al principio de la inmutabilidad de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material; y con él se abre paso a la posibilidad de controvertir un fallo ejecutoriado, en relación con los hechos y sus pruebas, siempre que el mismo resulte contrario a la Justicia y al Derecho, y de acuerdo con las causales establecidas y con único fin de que se produzca una decisión ajustada a la ley. Es presupuesto del citado medio extraordinario, que constituye una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios, que exista una relación procesal cerrada y por lo mismo no se pueden discutir los asuntos de fondo (fuente de la mencionada relación), ni se pueden fiscalizar las razones fácticas y jurídicas debatidas en el proceso que dio lugar al apareamiento del fallo que se impugna. **Dicho recurso se dirige contra un fallo en firme cuando después de su firmeza aparecen situaciones de hecho, con su prueba, que pueden hacer evidente que el fallo fue erróneo o injusto.***

(...)

*Desde otro punto de vista el recurso extraordinario de revisión no puede confundirse con una nueva instancia, pues presupone que exista una sentencia ejecutoriada, de única o de segunda instancia, creadora de la cosa juzgada material, la cual sólo podría ser desconocida con la comprobación de una de las causales legales taxativas indicadas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y con la necesaria y concurrente conclusión de que el fallo atacado es erróneo o injusto por esa causa, es decir que la prosperidad de la causal conduciría en la realidad, a otra decisión distinta.”*⁶¹. (Negrilla fuera de texto original).

⁶⁰ Sentencia C-426 de 2002.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de octubre de 2005, Radicación número: 11001-03-15-000-1998-00173-00 (REV-173). Actor: Sociedad Urbanización Las Sierras del Chicó Limitada.

Asimismo, en la sentencia citada, la Corte Constitucional estudió el alcance de las causales de revisión establecidas en el artículo 188 del CCA de la siguiente manera:

“Como puede observarse, las causales consagradas en los numerales 1, 2 (parcial), 5, y 7 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo se fundan en la necesidad de obtener una sentencia conforme a derecho frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos: la detección de documentos falsos o adulterados o de peritajes fraudulentos, que fueron decisivos en la adopción de la sentencia que se busca dejar sin efectos, la aparición de documentos que no pudieron ser conocidos porque la contraparte los ocultó, o el señalamiento penal de que la sentencia fue producto de cohecho o violencia.

Por su parte, las causales consagradas en los numerales 2 (parcial), 3, y 4, permiten corregir errores por circunstancias no conocidas al momento de proferir la sentencia cuestionada, que de haber sido conocidas, hubieran dado lugar a una sentencia distinta: la aparición de documentos esenciales que no pudieron ser conocidos por fuerza mayor o caso fortuito, la existencia de un tercero con mejor derecho que el beneficiado con la sentencia cuestionada, o la desaparición, al momento del reconocimiento, de las circunstancias que justificaban que se hubiera decretado una prestación periódica.

La causal del numeral 6, busca restablecer el debido proceso, al permitir corregir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso que no era susceptible del recurso de apelación. Finalmente, la causal del numeral 8, protege tanto el debido proceso como la intangibilidad de la cosa juzgada, desconocida con la sentencia que es objeto de revisión.

En todos los eventos previstos en el artículo 188 CCA, se garantiza al perjudicado con una sentencia que desconoce la justicia material, la posibilidad de acceder a la justicia y obtener la protección de sus derechos. Tal como lo ha señalado esta Corporación en distintas oportunidades, el recurso extraordinario de revisión constituye un desarrollo armónico del derecho a acceder a la administración de justicia. (...) (Negrilla fuera de texto original)

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

fundamental que el accionante considera vulnerado y las causales de revisión previstas en el ordenamiento legal⁶².

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

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

Comcel consideraba que no podía interponer ese recurso, por cuanto el carácter indeterminado de las decisiones del 9 de agosto de 2012 le impide considerarlas como una sentencia que podría ser impugnada a través de la revisión, en los términos del artículo 185 del CCA. Además, ha puesto de presente que ese trámite se puede extender por más de cinco años, lo que descarta la idoneidad del medio de defensa frente al derecho de acceso a la administración de justicia.

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

En efecto, a folio 26 del cuaderno de revisión consta la providencia en la que se resuelve la medida cautelar invocada por Comcel, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 21 de abril de 2014⁶³, en la que se lee lo siguiente:

“1.1. Demanda

Comunicaciones Celular S.A. - Comcel a través de apoderada judicial, presentó recurso extraordinario de revisión contra la decisión del 9 de agosto de 2012 proferida por la Sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aclarada mediante providencia de 6 de septiembre de la misma anualidad, dentro del proceso de encuadernación con radicado No. 1100110326000210200018-00.

⁶² Cfr. Sentencia T-649 de 2011.

⁶³ Radicación número 110010315000201302042-00. Revisada la base de datos de la Rama Judicial en el portal web correspondiente (13 de febrero de 2015), se puede evidenciar que el 26 de septiembre de 2013 se admitió la demanda del recurso extraordinario y la última actuación, del 9 de julio de 2014, correspondió a un auto en el que se decide dejar sin efectos la fijación en lista de 4 de junio de 2014 y ordena a la Secretaría dar trámite al recurso de súplica que obra a folio 329 a 331, en los términos del artículo 246 del CPACA.

(...)

La entidad accionante para fundamentar su petición indicó que se deben diferir o modular los efectos de la sentencia de encuadernación objeto de revisión porque:

a. Dio origen a ocho procesos judiciales y arbitrales los cuales se enlistan a continuación:

(...)

b. Activó un proceso arbitral en el cual no existe claridad respecto de las etapas que dentro de él se deben surtir.

c. Vulneró la inmutabilidad de una sentencia ejecutoriada y que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

d. Incurrió en nulidad por las siguientes cuestiones (i) Desconoció los derechos al debido proceso y a la defensa de las partes, ii) omitió la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para anular las sentencias ejecutoriada (sic) proferidas por las Secciones o Subsecciones, iii) creó un proceso particular para resolver el caso, transgrediendo con esto el principio de legalidad; y iv) incumplió las normas del derecho comunitario andino pues hasta ahora no ha habido solicitud de interpretación judicial por parte del tribunal de arbitramento que ordenó constituir.”

A pesar de la “indeterminación” alegada por Comcel a lo largo de este caso, es posible corroborar que ella misma ha considerado que las providencias dictadas el 9 de agosto de 2012 por la Sección Tercera del Consejo de Estado tienen la entidad para ser censuradas a través de la acción de revisión.

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

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

extraordinario determinara la existencia de una vulneración de sus derechos; hay que tener en cuenta que en ninguna ocasión Comcel demostró que la devolución de esa cantidad puede llegar a impedir que cumpla con su objeto social o cualquiera de sus obligaciones.

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

Basta con agregar que lo anterior también permite inferir que en este caso no se reúnen los requisitos para deducir el acaecimiento de un perjuicio irremediable que pudiera hacer procedente la tutela de manera transitoria. Recientemente, en la sentencia SU-712 de 2013, esta Sala dio alcance a los requisitos del perjuicio irremediable de la siguiente manera:

“Cuando se hace uso de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable la jurisprudencia ha fijado los criterios de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la intervención, como los referentes para aceptar la procedencia del amparo ante la presencia de otras vías de defensa judicial, cuyo alcance ha sido explicado en los siguientes términos:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto

es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁶⁴.”

Es evidente que en este proceso no se probó el carácter inminente del perjuicio en la medida en que Comcel puede ejercer todos sus derechos en los trámites arbitrales o administrativos que se lleguen a adelantar, así como interponer los recursos que correspondan; además, esta empresa no demostró que la devolución de las sumas de dinero a la ETB le genere algún tipo de menoscabo. En la misma medida, la gravedad no se puede deducir, menos cuando los recursos objeto de litigio no impedirán el desarrollo del objeto social o cualquiera de los deberes adscritos al giro ordinario de su negocio. Lo anterior, conlleva a que no se requieran medidas urgentes o impostergables que justifiquen la procedencia de la acción tutela.

El daño referido tampoco se puede evidenciar a partir de la supuesta vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia. En efecto, contrario a lo alegado por la actora, lo cierto es que en el proceso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el Trámite ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, Comcel fue debidamente notificado, se le brindaron espacios para que presentara sus argumentos e interpusiera los recursos

Sin perjuicio de lo anterior, si la demandante llegara a considerar que ha sido víctima de un daño antijurídico, podría acudir a la acción de reparación directa. Este mecanismo ha sido considerado por la Corte como un medio apto para reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente por los hechos ocasionados por una entidad estatal⁶⁵.

Bajo los criterios expuestos, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la acción de tutela presentada por Comcel S.A. dentro del asunto de la referencia es improcedente. En consecuencia, revocará el fallo de segunda instancia y, en su lugar, procederá a confirmar la decisión del a quo.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T- 015 de 19 95, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010, entre muchas otras.

⁶⁵ En la sentencia T-916 de 2005 se argumentó lo siguiente: “*En efecto, esta Corporación ha reconocido de manera reiterada que es la acción de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el medio judicial idóneo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, para demandar a las entidades estatales que se consideren responsables del daño antijurídico sufrido por una persona en razón de la acción u omisión de alguna de las autoridades públicas. A través de esta acción, y con fundamento en el artículo 90 Superior, la víctima es reparada integralmente por el Estado si el juez contencioso encuentra que la entidad o las entidades demandadas tienen responsabilidad en la ocurrencia del daño antijurídico. (...) Es el proceso ordinario ante la jurisdicción administrativa, el escenario procesal idóneo para resolver la pretensión planteada por el actor en relación con la reparación del daño antijurídico, no siendo la acción de tutela la vía señalada en el ordenamiento jurídico para estos efectos. Adicionalmente, y como quiera que no se reúne el primer requisito señalado por la jurisprudencia constitucional, consistente en la procedencia del amparo, esta Sala no accederá a la petición referente al pago de los perjuicios compensatorios y moratorios.*”

3.3. La improcedencia de la acción de tutela conlleva a que no hay necesidad de elevar la solicitud de interpretación prejudicial requerida por la ETB.

Mediante memorial radicado el 13 de junio de 2014, el apoderado de ETB solicitó que previo a tomar una decisión de fondo y en virtud del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el 123 de la Decisión 500, se eleve consulta de interpretación prejudicial. Allega un cuestionario para que sea resuelto por esa autoridad comunitaria y sustenta la petición en el siguiente argumento:

“Como ya lo habrán advertido los H. magistrados, la decisión de la tutela supone la aplicación de normas andinas. En efecto, en la medida en que COMCEL ha cuestionado a la Sección Tercera del Consejo de Estado por ejecutar la orden dada por el TJCA en la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio, es forzoso que se revisen las disposiciones que soportan dicha decisión, y que impiden a las autoridades nacionales, incluidas las judiciales, juzgar lo decidido por el TJCA y contravenir el derecho comunitario”.

Como fundamento de la petición plantea la interpretación prejudicial de las siguientes disposiciones: artículos 4, 27, 30, 31, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 4, 5, 91, 111, 123, 127 y 128 de la Decisión 500.

3.3.1. Dentro de los procesos adelantados al interior de la Corte Constitucional la regla general es que no opera la prejudicialidad. En efecto, en el Auto 303 de 2009 la Sala Plena determinó lo siguiente:

“Acerca de la prejudicialidad, brevemente debe manifestar la Corte que la misma se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca.

(...)

1. En primer lugar el Decreto 2067 de 1991 no contempla la figura de la prejudicialidad ni regula la excepción de pleito pendiente, de ahí que esta figura no sea expresamente aplicable en los procesos de control constitucional.

2. En segundo lugar el proceso de control constitucional tiene un carácter autónomo frente a otros procesos judiciales, y esta autonomía radica en el objeto y la naturaleza del control abstracto de la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, proceso que no pretende establecer responsabilidades penales o disciplinarias por la infracción de la normatividad vigente, sino un pronunciamiento con

efectos erga omnes sobre la constitucionalidad de una disposición sometida a examen constitucional.

3. *La Corte Constitucional ejerce un control concentrado sobre los actos normativos enunciados en el artículo 241 constitucional y el ejercicio de esta competencia no depende del actuar de otras Corporaciones Judiciales.*

4. *Los breves plazos del proceso de control constitucional también son un argumento en contra de la prejudicialidad, porque de admitirse esta podría convertirse en una herramienta que atenta en contra de la economía y celeridad procesal.”*

3.3.2. No obstante, en el marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), acordado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, se expidió el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual fue aprobado por Colombia mediante la Ley 457 de 1998 y declarado exequible a través de la sentencia C-227 de 1999.

La interpretación prejudicial se encuentra regulada en la Sección Tercera de ese Tratado. El artículo 33 dispone lo siguiente:

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

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

Asimismo, la Decisión 500 o “Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”⁶⁶, establece en sus artículos 122 y 123:

“Artículo 122.- Consulta facultativa

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

⁶⁶ Dado en la ciudad de Valencia, Venezuela, a los 22 días del mes de junio del año dos mil uno por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en virtud del artículo 13 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

Artículo 123.- Consulta obligatoria

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

3.3.3. Esta corporación ha definido los componentes de la interpretación prejudicial de la siguiente manera:

En la sentencia C-227 de 1999, en la que se revisó la Ley 457 de 1998, “*Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena’*”, esta corporación efectuó los siguientes razonamientos relacionados con esa competencia del Tribunal Andino:

“Las disposiciones de esta sección se ajustan a la Constitución Política. La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario en los países miembros, obliga a articular un sistema que permita unificar su interpretación. El principio de igualdad demanda que la aplicación de las normas que componen este ordenamiento se realice de manera homogénea. De lo contrario, la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario.”

Adicionalmente, en el Auto 054 de 2004⁶⁷, en el que fueron reiterados los fundamentos de la sentencia C-228 de 1995⁶⁸, se estableció la base constitucional de la interpretación prejudicial en los siguientes términos:

⁶⁷ Incidente de nulidad en el proceso iniciado por la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 3 (parcial), 4 (parcial) y 6 (parcial) de la Ley 822 de 2003 “*Por la cual se dictan normas relacionadas con los agroquímicos genéricos*”.

“12.- De conformidad con lo anterior, la Corte se acogió a las normas constitucionales relativas al derecho comunitario y a la integración latinoamericana y del Caribe. En la sentencia C-228 de 1995 afirmó que la integración comunitaria derivada del Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado y las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un respaldo constitucional en el preámbulo, pues el Constituyente consignó como elemento esencial "la integración latinoamericana", aspecto reiterado en el artículo 8 inc. 2o. Inclusive la posibilidad de una "comunidad latinoamericana de naciones" fue prevista por el Constituyente (art. 227).

La Carta también contempla la posibilidad de aprobar 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. El constituyente también reconoció la necesidad de que el Estado promueva la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (art. 226).”

De otra parte, en la sentencia T-477 de 2012⁶⁹ la Corte valoró la procedencia de la interpretación prejudicial dentro del trámite de tutela. Con base en la sentencia C-228 de 1995, determinó el alcance preferencial, directo e inmediato de las normas comunitarias y estimó que sí es necesario acudir al Tribunal Andino cuando quiera que deba aplicarse o controvertirse una norma comunitaria. Sin embargo, en el caso concreto no accedió a acudir a esa corporación debido a que el amparo solo procedía como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, en esa medida, no se iba a dar una decisión definitiva del asunto. Al respecto vale la pena citar el siguiente párrafo:

“Frente a esta situación, considera la Sala que la ausencia de concepto no limita a esta Corporación a desatar la acción de tutela propuesta, por cuanto esta acción constitucional, como se verá más adelante, sería procedente como mecanismo transitorio al constatar la existencia de un perjuicio irremediable y es precisamente el hecho de no resolver definitivamente el conflicto lo que hace que el concepto del Tribunal no sea necesario, como sí lo sería para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual como se ha dicho es el canal adecuado para definir esta controversia.”

⁶⁸ Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 44 de 1993, artículos 61 y 62, “Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944”.

⁶⁹ En esa acción los actores interpusieron la tutela basados en el desconocimiento de varios derechos fundamentales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, debido al registro de una marca.

3.3.4. De manera similar a como se resolvió en la sentencia T-477 de 2012, esta Sala concluye que en la medida en que esta acción de tutela será declarada improcedente, no se hará referencia a ninguna norma comunitaria y que, por tanto, no es necesario elevar la solicitud de interpretación prejudicial requerida por la ETB.

En mérito a lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional

IV. RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos para fallar decretada mediante auto del 13 de agosto de 2014.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dictada el 23 de octubre de 2013, que negó la protección de los derechos invocados dentro de la acción de tutela presentada por Comcel S.A. en contra de la Sección Tercera de esa misma corporación. En su lugar, **CONFIRMAR** el fallo proferido en primera instancia por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que declaró la improcedencia del amparo constitucional.

TERCERO.- NEGAR la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, presentada por la ETB el 13 de junio de 2014.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Impedimento aceptado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Ausente con excusa

ANDRES MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)