

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Noción

El Derecho Comunitario Andino como ordenamiento jurídico al que está sujeto todo Estado miembro, entre ellos Colombia, es producto del sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática, que extiende sus raíces a ámbitos de regulación normativa en los que los principios de supranacionalidad, subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa constituyen el fundamento tanto para los operadores jurídicos, como también el sustento para la interacción entre los órdenes jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales, sin que en caso alguno representen la renuncia a la soberanía, a la Constitución de cada país o a las mínimas garantías de todos los ciudadanos (Convención Americana de Derechos Humanos).

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Rasgos

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

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Características

El orden jurídico requerido por esta nueva forma de gestión de las relaciones entre Estados habrá de caracterizarse, entonces, por que (i) los Tratados constitutivos de los acuerdos de integración dan lugar a la existencia de un sistema y a unos cuerpos normativos propios que se incorporan en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigencia de aquéllos Tratados y que resultan obligatorios para sus respectivas jurisdicciones internas; (ii) el orden jurídico comunitario, además de contener normas aplicables por sí mismas, dota a las instituciones comunitarias de competencias y de instrumentos jurídicos encaminados a proseguir el proceso integracionista y (iii) comoquiera que la organización comunitaria no constituye un Estado —aunque sí se trata de un sujeto de Derecho Internacional—, carece de fuerzas militares o de policía, de aparatos coercitivos, de suerte que sus mecanismos de aplicación eficaz no pueden ser otros que la obligatoriedad y la superioridad de su Derecho respecto de los ordenamientos nacionales, características debidamente aseguradas por la conjunción de precisos cauces o canales de control de la legalidad de sus decisiones y de garantía de cabal cumplimiento de las mismas.
[...]

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

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Principio

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

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

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Carácter vinculante – Supremacía

Con apoyo en las referidas bases constitucionales, la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, ha reconocido el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional, en lo que atañe a las materias para cuya regulación el Estado colombiano ha transferido competencias normativas a la Comunidad Andina, en el entendido de que la integración comunitaria responde a una concepción moderna de la noción de soberanía que la relativiza y no la reconoce ya como un atributo supremo e ilimitado en cabeza del Estado, sino como un concepto limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional que implica la resignación de específicas competencias de los Estados en favor de los organismos comunitarios, con el fin de viabilizar los procesos de integración; a este respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente [...]

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de aplicación directa el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina; la referida incorporación en el derecho interno tiene lugar de manera automática, es decir que opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la disposición comunitaria respectiva; así lo ha explicado, de manera detallada y nuevamente en referencia con el Derecho Comunitario Europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [...]

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Principios

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

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Tribunal – Naturaleza – Jurídica – Institucional

En consideración a lo anterior, se ha sostenido que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal en comento puede caracterizarse a través de los siguientes rasgos: (i) se trata de un órgano principal del sistema institucional del programa de integración de la Comunidad Andina; (ii) tiene la función básica de asegurar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena; (iii) ejerce las competencias de declarar el Derecho Comunitario, de dirimir las controversias que se susciten a propósito de su aplicación y de interpretar el ordenamiento jurídico subregional asegurando que dicha interpretación sea uniforme y, (iv) en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, debe actuar con autonomía e independencia respecto de las autoridades nacionales de los Estados Miembros y respecto de los otros órganos del Acuerdo.

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

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

Tratado o con el Derecho Comunitario Derivado". (As. 39/72, Comisión contra Italia, Rec. 1973, pág. 11)".

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA – Fallo – Cumplimiento

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

Han tenido lugar casos en los cuales el Tribunal ha resuelto imponer sanciones para lograr el cumplimiento coercitivo de las sentencias de incumplimiento que profiere, el actual sistema de sanciones ha abierto paso a la imposición de dos tipos de correctivos: **(i)** la autorización a los Países Miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco productos del país incumplidor o **(ii)** la orden de introducir limitaciones respecto de las normas de origen o suspensión de la emisión de certificados de origen, por manera que el Estado sancionado pierde la ventaja que se deriva del Programa de Liberación y debe pagar el arancel que se exige a terceros países.

LAUDOS ARBITRALES – Recurso extraordinario – Anulación – Características – Objeto

La formulación del recurso extraordinario de anulación se encuentra sujeta a las estrictas y taxativas causales que la ley expresamente ha previsto, esto es por los errores *in procedendo* en los cuales hubiese podido incurrir el respectivo Tribunal de Arbitramento.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que se deben desestimar, por antitécnicos e improcedentes en el trámite del recurso extraordinario de anulación, los cargos que se dirijan a reabrir el examen de fondo, es decir a pretender que se determine si al expedir el laudo correspondiente el Tribunal acertó, o no, en la aplicación del derecho sustancial pertinente.

Según lo ha destacado esta Corporación, el recurso extraordinario de anulación fue instituido para estudiar los yerros de orden procesal en los que hubiese podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, pero, desde luego, no puede admitirse que este recurso pase a constituir una nueva instancia, en la cual sea dado al juez del recurso extraordinario reexaminar los argumentos y las razones que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento al momento de dirimir la controversia que las partes sometieron a su conocimiento.

LAUDOS ARBITRALES – Recurso extraordinario – Anulación – Potestades del juez

Bajo las anteriores premisas, resulta pertinente señalar que los poderes o potestades del juez del recurso de anulación se encuentran delimitados por el llamado "*principio dispositivo*", en virtud del cual, específicamente, no le es permitido al juzgador indagar en lo expresado por el recurrente, en su impugnación, para inferir la causal invocada y menos aún adentrarse a estudiar aspectos omitidos en la formulación y argumentación del recurso; por tanto, su estudio deberá realizarse únicamente respecto de los cargos expresamente planteados.

LAUDOS ARBITRALES – Recurso extraordinario de anulación – Generalidades

De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades:

i) El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos.

ii) El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in judicando*, lo cual implica que

no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal.

iii) En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló, cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

iv) Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra.

v) Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

Por lo anterior, se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión”.

LAUDO ARBITRAL – Causales de nulidad – Controversias – Contratos estatales

De conformidad con lo prescrito por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 —compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998—, norma vigente para la fecha en la cual fue interpuesto el recurso de anulación que resolvió la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia sobre la cual recae el presente pronunciamiento, constituyen causales de anulación del laudo las siguientes:

“**Artículo 72.** (...) Son causales de anulación del laudo las siguientes:

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

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (norma que recopiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989) consagró, además de las causales previstas en el artículo 72 del Estatuto de Contratación Estatal, ya referido, cuatro causales más, contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 5.

LAUDO ARBITRAL – Causales de nulidad – Controversias – Contratos estatales

El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 consagra nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos que se profieran en procesos arbitrales originados con ocasión de controversias correspondientes a contratos estatales, con lo cual se elimina la limitación que había impuesto el derogado artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

LAUDO ARBITRAL – Causales de nulidad – Controversias – Contratos estatales – Inobservancia de la obligación – Derecho Comunitario Andino – Jueces nacionales

[...] con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal, las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino, por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento, constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad, durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante, ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.

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

El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito total.

LAUDO ARBITRAL – Causales de nulidad – Controversias – Contratos estatales – inobservancia de la obligación – Derecho Comunitario Andino – Jueces nacionales – Acciones

Ahora bien, una vez que el juez extraordinario anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar alguna de las siguientes acciones:

Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (09) de agosto de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281)

Actor: COMCEL S.A.

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA - E.T.B. S.A. E.S.P.

Referencia: CUMPLIMIENTO A FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 26 DE AGOSTO DE 2011

Procede la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en su condición de Juez Comunitario y dentro del marco determinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina TJCA, a dar cumplimiento a aquello que dispuso dicho Tribunal de Justicia a través de la sentencia que profirió el 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de noviembre 15 del mismo año en el proceso identificado con el No. 03-AI-2010.

Comoquiera que las decisiones que profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de una sola sentencia y un único auto aclaratorio, se refirieron a tres (3) fallos diferentes e independientes que en su debida oportunidad adoptó la Sección Tercera de la Corporación, dentro de los expedientes identificados con los números de radicación 10001-03-26-000-2007-00008-00 (33.643), 11001-03-26-000-2007-00009-00 (33.644) y 11001-03-26-000-2007-00010-01 (33.645), la Sala precisa que en esta ocasión dictará sendas decisiones para acatar lo que ordenó dicho Tribunal, una dentro de cada proceso, pero igualmente señala que tales providencias mantendrán uniformidad en cuanto a su concepción, su estructura y su contenido, sin perjuicio de las particularidades propias de cada expediente, habida consideración de la identidad de materia y de partes que caracteriza a dichos asuntos.

I. ANTECEDENTES

1.- El día 7 de diciembre de 2004 la empresa COMCEL S.A. presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –E.T.B. S.A., E.S.P.–, con el fin de obtener la constitución de un Tribunal de Arbitramento que resolviera las controversias surgidas con ocasión del contrato de interconexión celebrado el 13 de noviembre de 1998 para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA (1ª).- Que la EMPRESA DE COMUNICACIONES (sic) DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP., está obligada a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., por concepto de “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por Minuto”, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

SEGUNDA (2ª) - Como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, condenar a la EMPRESA DE COMUNICACIONES (sic) DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP., a pagar (sic) COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de dos mil dos (2002) y hasta la fecha en que se profiera el Laudo o la más próxima a éste. En subsidio, hasta la fecha de la presentación de la corrección de la demanda.

En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses.

El valor total de las sumas anteriores, será el que se establezca en el curso del proceso”.

2.- Surtidos los trámites prearbitral y arbitral, el Tribunal de Arbitramento respectivo profirió laudo el día 15 de diciembre de 2006, mediante el cual resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Por las razones que se exponen en la parte considerativa de este laudo, no prosperan las excepciones propuestas por la ETB S.A. ESP en la contestación de la reforma integrada de la demanda.

SEGUNDO: Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP, está obligada a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., por concepto de CARGOS DE ACCESO los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso por Minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

TERCERO: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que el presente laudo quede ejecutoriado, por concepto de la diferencia entre lo que ha pagado y lo que ha debido pagar por Cargos de Acceso por el uso de la red de telecomunicaciones de COMCEL S.A., para la terminación de llamadas de larga distancia internacional, la suma de TREINTA Y DOS MIL VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS DIECISEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$32.021.416.748.00).

[Aclarado por el numeral primero del Auto No. 27 de 15 de enero de 2007, en el sentido de “... que la condena del numeral tercero de la parte resolutive del laudo arbitral proferido en el presente proceso, corresponde a cargos de acceso causados entre enero 2002 y enero de 2006, inclusive los dos meses. Dicha suma involucra actualización hasta el 30 de noviembre de 2006...”]

CUARTO: Condenar a (sic) EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP a pagar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que el presente laudo quede ejecutoriado por concepto de costas y agencias en derecho la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$45.548.982.00).

QUINTO: Negar la condena de intereses moratorios contenido (sic) en la pretensión segunda.

SEXTO: En firme el presente laudo, el expediente se protocolizará en una notaría de la ciudad.

SÉPTIMO: Una vez en firme esta providencia, expídanse copias auténticas (sic) con destino a las partes y al Ministerio Público.”

2.1.- El 15 de enero de 2007, el laudo arbitral fue aclarado, mediante auto No 27 en el sentido de “ *que la condena del numeral tercero de la parte resolutive del laudo arbitral proferido en el presente proceso, corresponde a cargos de acceso causados entre enero de 2002 y enero de 2006, inclusive los dos meses. Dicha suma involucra actualización hasta el 30 de noviembre de 2006*”

3.- En contra de la anterior decisión arbitral, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., interpuso recurso extraordinario de anulación, el cual fue resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través **de sentencia de fecha 27 de marzo de 2008**, providencia sobre la cual recaen ahora las decisiones que adoptó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

4.- El aludido recurso extraordinario se declaró infundado por la Sección Tercera del Consejo de Estado porque, en síntesis, <<*se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación interpuesto, carece de prosperidad, por cuanto no se probó alguna de las causales invocadas*>>, conclusión cuyo fundamento jurídico quedó debidamente sentado en el cuerpo de la correspondiente providencia.

5.- Posteriormente, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., promovió acción de incumplimiento contra la República de Colombia, ante el referido Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con fundamento en lo siguiente:

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

En los tres casos, el 15 de diciembre de 2006, el Tribunal Arbitral profirió los laudos, en los cuales omitió la aplicación de las normas andinas acerca de ‘conflictos de interconexión (...)’; por ello la ETB “inició proceso de única instancia de anulación de laudo, ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera”.

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

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

Existió un error in procedendo o error de competencia:

En efecto, el procedimiento no se puede iniciar válidamente si no se tiene la competencia para dirimir el conflicto por lo tanto el Consejo de Estado no debía

negar la solicitud de IP, pues el asunto de la IP versaba sobre normas andinas de procedimiento, la competencia para resolver el asunto técnico de la interconexión.

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

Dentro de la demanda que en ejercicio de la acción de incumplimiento instauró la E.T.B., se indicó:

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

“.....

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

“.....

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

6.- Contestación a la demanda de la acción de incumplimiento.

La realizó la República de Colombia por conducto del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con base, entre otros, en los siguientes argumentos de defensa:

“En los tres casos bajo examen efectivamente se emitieron sentencias dentro de tres procedimientos de recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, por el H. Consejo de Estado sin solicitar Interpretación Prejudicial como lo pretendía la ETB, por cuanto no existe una norma originaria o derivada que disponga que 'el arbitramento' es una materia o competencia transferida del orden nacional a la Comunidad Andina. Por lo antes expuesto, en dichos procesos de anulación de laudos no estaba en discusión ni debían aplicarse o interpretarse normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, siendo razonable, legal y procedimentalmente correcto no tramitar las consultas de Interpretación Prejudicial ante el H. Tribunal Andino, como efectivamente ocurrió.

“.....

“(…) es evidente la extemporaneidad en la solicitud tanto de suspensión de los procesos como de consulta de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal Andino, ya que estas solicitudes nunca se formularon en los escritos de anulación del laudo, sino cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había fallado los tres recursos presentados por ETB (…) Igualmente, estas solicitudes nunca se plantearon ante el Tribunal de Arbitramento.

“

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

7.- La decisión dictada el 26 de agosto de 2011.

Del conjunto de normas comunitarias cuya interpretación prejudicial consideró relevante la ETB, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina centró su argumentación en la trascendencia, para el caso concreto, del artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, a propósito de lo cual expuso lo siguiente:

“La demandante, la ETB ha alegado que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Normas Comunes sobre Interconexión) como "norma procesal andina" vulnerada, la misma que señala lo siguiente: "Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta”.

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

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

Posteriormente, el proceso fue conocido por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia para resolver la solicitud de anulación de los tres laudos arbitrales ya mencionados. En el transcurso de estos procesos, las partes pidieron se solicitara las interpretaciones prejudiciales de normas que se han debido aplicar por los árbitros en dichos procesos; sin embargo, el Consejo de

Estado no atendió esta solicitud y emitió su respectiva decisión de nulidad de los laudos arbitrales”.

Con base en lo anterior, el referido Tribunal de Justicia concluyó que

“... en aplicación de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 123 de su Estatuto, esta Corporación considera que debe quedar claro que el Consejo de Estado de la República de Colombia, al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debió actuar como un verdadero juez comunitario, es decir, ha debido velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y solicitarle al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial, en relación con dos temas fundamentales:

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

2. Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral, generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso.

“.....

Al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el Consejo de Estado configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto.

“.....

“Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio in procedendo de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral ...

“.....

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

En los siguientes apartes del fallo, el Tribunal se ocupó de *“explicar los motivos por los que el Tribunal Arbitral debió solicitar la interpretación prejudicial...”*, motivos que se contraen a indicar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha admitido para los efectos de determinar quiénes pueden solicitar una interpretación prejudicial, *“están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego deben solicitar la*

interpretación prejudicial al TJCA de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales”.

A modo de conclusión, en el pronunciamiento en comento se señaló que

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

En virtud de lo expuesto:

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

DECIDE:

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

8.- La solicitud de enmienda y, en subsidio, de aclaración del fallo proferido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La Nación Colombiana solicitó enmendar la anterior decisión y –de manera subsidiaria– pidió su aclaración con arreglo a los argumentos que en esencia se transcriben a continuación y corresponden a aquellos apartes transcritos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de la decisión que resolvió sobre tales peticiones:

“(…) resulta necesario solicitar comedidamente al TJCA ... la enmienda de la sentencia proferida dentro del proceso 03-AI-2010, toda vez que en la misma son identificables ‘inexactitudes evidentes’ ... y, de manera subsidiaria, la aclaración del referido pronunciamiento ... Las conclusiones a las cuales arribó el TJCA en los apartados finales de la parte motiva de su providencia ... no arrojan claridad suficiente y, de hecho, resulta contradictorios o contienen inexactitudes evidentes respecto de cuál es el sujeto específico a quien debe endilgarse –y, por lo tanto, a quien concierne subsanar– el desconocimiento de la normativa comunitaria –si al Tribunal de Arbitramento, a la Sección Tercera del Consejo de Estado o a los dos (...).

“.....

Comedidamente se solicita al TJCA que enmiende la aludida sentencia en el sentido de excluir de la obligación de adelantar trámite alguno en relación con la solicitud de Interpretación Prejudicial que en dicho fallo se considera perentorio realizar por parte del Estado Colombiano a la Sección Tercera del Consejo de Estado pues, como antes se explicó, la regulación normativa del recurso de anulación contra laudos arbitrales que dicha Corporación resuelve, impide llevar a cabo procedimientos y/o tener en cuenta la interpretación por fuera de lo que

dispone dicha regulación. El fallo del TJCA incurre, entonces, en una inexactitud evidente al imponer al Estado Colombiano, por causa de la actuación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cumplimiento de una obligación que se encuentra fuera de su alcance de acuerdo con el marco jurídico vigente en Colombia ... Por lo expuesto y en el marco de la enmienda solicitada, comedidamente reitero mi petición al Honorable Tribunal de tener en cuenta que el Estado Colombiano sólo puede subsanar la situación presentada a futuro y no frente a la situación pasada específica que fuera de conocimiento de los Tribunales de Arbitramento y que posteriormente fuera examinada por el Consejo de Estado en recurso extraordinario de anulación (...).

“.....

Tampoco se precisa con claridad en qué consiste el proceder que debe desplegar el Estado Colombiano para dar cumplimiento a la providencia –y, según el propio TJCA, a la normatividad comunitaria– pues a tal efecto los apartes antes destacados de la providencia del TJCA dan lugar a contemplar varias alternativas cuya materialización no es posible ... la falta de claridad es de tal talante que no se puede determinar con precisión el alcance de la falla en la que incurrió el Consejo de Estado, haciendo imposible para la República de Colombia proceder conforme lo establece el artículo 111 de la Decisión 500 ... afirma que el incumplimiento del Consejo de Estado radica en que no solicitó la interpretación prejudicial al verificar que la misma no fuera solicitada en el proceso arbitral ... Esta afirmación resulta ambigua y dudosa puesto que no es claro sobre qué norma de derecho comunitario y sobre qué materias debió versar la solicitud de interpretación prejudicial, que fuera omitida por el Consejo de Estado, máxime cuando de la lectura de la providencia se desprende que la naturaleza andina de la norma, cuya referencia no es clara, obligaba a la corporación nacional a elevar la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sobre ese particular, la República de Colombia considera que la sentencia del Tribunal debió precisar la norma incumplida, así como los límites temporales, espaciales y materiales dentro de los cuales se produjo el incumplimiento (...).”

9.- La decisión mediante la cual se resolvieron las peticiones de enmienda y subsidiaria de aclaración.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de decisión calendada el pasado 15 de noviembre de 2011, determinó lo siguiente:

“Primero: No ha lugar a la enmienda de la Sentencia de 26 de agosto de 2011, dictada dentro del Proceso 03-AI-2010, solicitada por la República de Colombia.

Segundo: Sí ha lugar a la aclaración de la Sentencia de 26 de agosto de 2011, dictada dentro del Proceso 03-AI-2010, solicitada por la República de Colombia, de acuerdo a la parte considerativa del presente auto, **en especial la relacionada con las acciones que debe adelantar el H. Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera**” (se destaca).

Las anteriores determinaciones, según lo explicó el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se adoptaron con base en lo siguiente:

“Que, el objetivo de la enmienda, contenida en el artículo 92 del Estatuto del Tribunal, es la de subsanar la Sentencia emitida, si ésta contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda, este Tribunal

considera que en el presente caso la Sentencia de 26 de agosto de 2011, emitida dentro del Proceso 03-AI-2010, al no contener errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes, no encaja dentro del supuesto del artículo 92, por lo tanto no es procedente la enmienda de la misma.

Que, sin embargo, de acuerdo al artículo 93 del Estatuto del Tribunal, este Órgano Comunitario considera oportuno aclarar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, en aquello en lo que considera que el contenido de la misma es ambiguo o dudoso, lo que significa que el Tribunal únicamente puede referirse a aspectos secundarios de la sentencia y no puede, ni está facultado, para modificar el fondo de la misma.

Que, sobre todo lo expuesto, el Tribunal reitera y aclara los siguientes aspectos con el fin de lograr una adecuada ejecución dentro de la Sentencia de 26 de agosto de 2011, emitida dentro del Proceso 03-AI-2010.

Que, este Tribunal, fue muy claro al manifestar que el incumplimiento de la Sentencia de 26 de agosto de 2011, dentro del Proceso 03-AI-2010, recae sobre el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, que al resolver los tres (3) laudos arbitrales objeto del proceso, no solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial a la que estaba obligado de acuerdo a los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto, respecto a la solicitud de interpretación prejudicial que debía haber realizado el Tribunal de Arbitramento al emitir los tres (3) laudos arbitrales y al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral”.

A continuación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina transcribió parte de las consideraciones expuestas en la sentencia materia de aclaración, para determinar:

*“Que, tratándose de una acción de incumplimiento en un Sistema de Integración Supranacional, la conducta objeto de vulneración del ordenamiento jurídico comunitario puede darse por la acción u omisión de cualquiera de los órganos o de las instituciones que hacen parte de los poderes públicos del Estado; en este caso, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la forma como ya se determinó, fue quien incumplió tal como quedó establecido en la Sentencia de 26 de agosto de 2011; **en consecuencia, debe el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, realizar las siguientes acciones:***

- ***De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano, dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación.***

- *De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia de 26 de agosto de 2011, el Consejo de Estado debería solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consultando si los Tribunales Arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal considera que la presente Sentencia ya contiene las pautas rectoras que le permitirán al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales.*

- ***Es decir, en este momento la obligación que tiene el Consejo de Estado es dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, tomando dichas***

determinaciones como la interpretación prejudicial en los mencionados procesos, debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente.

Que, ahora bien, la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

*Que, finalmente, de acuerdo al artículo 111 del Estatuto del Tribunal, **el País Miembro que incumplió una norma comunitaria quedará obligado dentro de los noventa (90) días siguientes a la notificación de la Sentencia a adoptar las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia, descrita en el presente auto.***

Que, por lo señalado, el Tribunal, reitera el contenido de la Sentencia emitida el 26 de agosto de 2011, dentro del Proceso 03-AI-2010” (se deja destacado).

10.- Mediante escrito fechado el 28 de noviembre de 2011 –recibido por el Grupo de Gestión Documental del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el día 2 de diciembre del presente año–, la Presidencia del Consejo de Estado le solicitó al señor Ministro de esa Cartera remitir a esta Corporación, en copia auténtica e íntegra, tres (3) ejemplares tanto de la plurimencionada sentencia de 26 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 03-AI-2010, como del auto por medio del cual dicho Tribunal de Justicia resolvió las peticiones de enmienda y subsidiaria de aclaración, elevadas por la República de Colombia respecto de la primera decisión, cuyo contenido se acaba de exponer.

11.- A través de oficio OALI 344, recibido en esta Corporación el 5 de diciembre de 2011, el Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo remitió la documentación requerida.

12.- Dada la importancia jurídica que el presente asunto reviste, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación, a través de una primera decisión que se profirió el 9 de febrero de 2012, dispuso de manera previa adelantar unas actuaciones encaminadas a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a saber:

12.1.- Se ordenó crear un encuadernamiento e incorporar en él esa decisión primigenia que adoptó la Sala el 9 de febrero de 2012, los documentos remitidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al Consejo de Estado relacionados con las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso No. 03-AI-210, así como aquellos escritos y oficios que con ocasión de dichas decisiones se allegaron al Consejo de Estado por parte de distintas personas interesadas en el asunto.

12.2.- Se dispuso la expedición, autenticación y la consiguiente incorporación al expediente de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2008 por la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de la cual recaen las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

12.3.- Se decidió informar al Despacho de la señora Consejera de Estado **Martha Teresa Briceño**, acerca de la decisión adoptada el 9 de febrero de 2012, por

cuanto en dicho Despacho cursaba un recurso extraordinario de revisión en contra de la decisión materia de pronunciamiento del referido Tribunal Andino de Justicia.

12.4.- Se ordenó notificar a los representantes legales de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y de la compañía Comunicación Celular COMCEL S.A. así como al agente del Ministerio Público, de la actuación que inició la Sección Tercera del Consejo de Estado con ocasión de las providencias adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el propósito de que conocieren de la misma, tuvieran acceso a la documentación que allí reposa y, si lo estimaban pertinente, realizaran sus manifestaciones al respecto.

12.5.- Se dispuso, en forma inmediata, el envío de una copia auténtica de la decisión de 9 de febrero de 2012 a la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para que tuvieran conocimiento de la actuación que dispuso el Consejo de Estado a partir de las decisiones que profirió dicho Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

13.- La decisión que adoptó la Sección Tercera del Consejo de Estado fue objeto de algunas peticiones elevadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. –E.T.B–, razón por la cual la Sala debió analizar cada una de ellas y, en tal sentido, proferir una segunda decisión dentro de este asunto el día 19 de abril de 2012 en el sentido de resolver, una a una, las solicitudes que hizo la E.T.B.

Dentro de esa misma decisión, la Sala estimó *<<importante disponer unas nuevas actuaciones, con el propósito de que el Consejo de Estado cuente con la mayor información, necesaria y adecuada, de cara al pronunciamiento que deba emitirse con ocasión o por causa del fallo emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina>>*.

La anterior determinación encontró fundamento en las siguientes consideraciones:

“(…) conviene precisar que frente a las decisiones que adopte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concretamente respecto de aquellas que le impongan al Estado Colombiano –y, en especial, al Consejo de Estado de la República de Colombia–, adelantar *<<acciones>>* encaminadas a cumplir tales decisiones, no existe en el ordenamiento jurídico interno un procedimiento específico, claro y debidamente detallado, para tal efecto, de allí, precisamente, que la Sala hubiese dispuesto –y lo hará de nuevo– unas actuaciones previas, especiales y muy específicas, de cara a adoptar la(s) decisión(es) a que haya lugar, en Derecho, en relación con las providencias que profirió el aludido Tribunal de Justicia Internacional, dentro del proceso número 03-AI-2010.

Por esa potísima razón el Consejo de Estado estima procedente e importante recaudar y, por ende, contar con la mayor información posible por parte de distintos entes del Estado, con el propósito de que le permitan a la Corporación contar con la mayor cantidad de elementos de juicio para determinar el alcance y los efectos de las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina frente a la República de Colombia y, en tal sentido, establecer la incidencia de tales providencias en los fallos dictados por el Consejo de Estado”.

Por consiguiente, se dispuso:

13.1.- Comunicar al Gobierno Nacional, por conducto 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, de la actuación que en el Consejo de Estado se inició con ocasión de las providencias que emitió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para efectos de que, si lo estimaban pertinente, suministraran al Consejo de Estado la información, los puntos de vista y demás consideraciones o reflexiones de índole jurídico que, desde sus diversos campos y especialidades, dichos entes pudieran aportarle al desarrollo del tema que ahora se define.

13.2.- En ese sentido, se les concedió a los referidos Ministerios y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el traslado respectivo y se actuó de la misma manera frente a la ETB, COMCEL y el Ministerio Público, para que pudieran contar con una oportunidad adicional para presentar las consideraciones que estimaren pertinentes respecto de las intervenciones que hasta ese momento se hubieren efectuado.

14.- La anterior determinación fue objeto de impugnación por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., la cual se opuso a las actuaciones dispuestas por la Sala, pues según dicha empresa el Consejo de Estado estaría inobservando las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del expediente número 03-AI-2010, dado que la Corporación “... *ha decidido que este asunto se resuelva a través de un trámite que no prevé ninguna ley*”.

15.- El recurso interpuesto por la ETB impuso la expedición de una nueva –y tercera– decisión por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para analizar los argumentos expuestos por la compañía recurrente frente a las actuaciones ordenadas por la Sala.

Como consecuencia de ello se dictó el proveído de 30 de mayo de 2012, en cuya virtud la Sala Plena de la Sección Tercera reiteró, explicó y enfatizó en las razones por las cuales el Consejo de Estado había de la forma en la cual lo hizo hasta ese momento, para cuyo propósito se acogieron, nuevamente, las consideraciones expuestas a lo largo de las dos decisiones anteriores y se agregaron unas nuevas con el fin de que la ETB y aquellos entes o personas relacionadas con el asunto pudieran comprender la importancia de la actuación que ahora se pretende definir y, por ende, de la necesidad de contar con el mayor acervo de información, argumentativo y explicativo de cara al análisis y conclusión del asunto en referencia.

Para mejor ilustración, la Sala estima importante transcribir las consideraciones que se tuvieron en cuenta tanto para denegar el recurso de reposición que interpuso la ETB como para proseguir con la actuación:

“(..) como primera consideración, la Sala estima conveniente enfatizar y reiterar, **porque así lo ha expuesto a lo largo de las decisiones proferidas en el presente asunto, que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe un procedimiento específico, claro y debidamente detallado que determine la manera en la cual deben cumplirse las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concretamente en punto a aquellas que le impongan al Estado Colombiano –y, en especial, al Consejo de Estado de la República de Colombia–, adelantar <<acciones>> encaminadas a cumplir tales decisiones; de allí que la Sala hubiere decidido surtir, en forma previa,**

unas actuaciones encaminadas a emitir una decisión judicial en relación con lo que dispuso el referido Tribunal de Justicia Internacional.

*Precisamente ante la ausencia de normas específicas que regulen y establezcan el procedimiento a seguir por parte del Consejo de Estado para dictar decisiones por razón y con ocasión de lo que dispuso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Sala ha pretendido ser –y así se mantendrá– **cuidadosa, prudente y responsable frente a cada una de las decisiones que hasta ahora se han proferido y, en particular, respecto de la providencia que haya de dictarse dentro del presente asunto.***

De allí que, como lo ha venido explicando la Sección a lo largo de la actuación, se estime pertinente contar con las razones y fundamentos suficientes para emitir la decisión que corresponda en relación con las providencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, razón por la cual existe la necesidad de crear un escenario que permita escuchar y hacer partícipes de este caso a quienes pueden facilitar y colaborar, desde los distintos ángulos, en la obtención de la información que se requiere para tal finalidad.

Conviene precisar que de conformidad con lo normado en el artículo 237 de la Constitución Política, el Consejo de Estado funge como Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, motivo por el cual es una Corporación Judicial de cierre y, en tal sentido, frente a sus decisiones está llamado a predicarse, con mayor sustento, el principio de inmutabilidad o intangibilidad de sus decisiones (artículo 309 del C. de P. C.), en cuya virtud la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció, en orden a garantizar la seguridad jurídica, por cuanto con el fallo respectivo se agota el ejercicio de la función Jurisdiccional del Estado.

Lo anterior constituye una razón adicional para que la Corporación estime necesario analizar los efectos y la incidencia de la determinación que adoptó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina frente a las decisiones dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado y, ello, naturalmente, debe efectuarse bajo la acepción de que el Estado Colombiano hace parte del Tratado que dio paso a lo que hoy es la Comunidad Andina de Naciones, Tratado que le genera compromisos de naturaleza internacional al país y, en tal sentido, también se impone la necesidad –advertida desde el inicio de la actuación– de evaluar y considerar los razonamientos y las bases que permitan arribar a un plano sólido que sustente la decisión de fondo que en su momento habrá de dictar la Sala en relación con las tantas veces aludidas decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso número 03-AI-2010.

“.....

(...) se reitera que el propio Tribunal de Justicia [Comunitario] precisó que el Consejo de Estado adoptaría “... las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia ...” y que ello se efectuaría <<De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano>>, **aspectos estos que pueden y deben entenderse dentro del orden lógico de las actuaciones judiciales, habida consideración de que mal haría en emitir, de plano, una o varias providencias por parte de la Sala en cuya virtud se dejen sin efectos sus propias decisiones, pues al margen de que el presente asunto revista naturaleza especial y excepcional, lo cierto es que se trata, en todo caso, de una actuación de índole judicial frente a la cual existe el imperativo**

constitucional de sujeción y aplicación al Debido Proceso, el cual, además, se encuentra previsto en la Constitución Política como Derecho Fundamental de aplicación inmediata (artículo 85)¹.

“.....

Resultaría completamente inadmisibles, reprochables, arbitrarios y sin duda alguna desconocedores de las garantías y principios fundamentales que integran el Debido Proceso, que la Sala procediese a adoptar decisiones de fondo de entrada y, peor aún, que las mismas no fuesen notificadas ni mucho menos comunicadas a quienes tendrían interés directo en su contenido y a quienes naturalmente resultarían afectados con ellas, razón por la cual se impone la necesidad de crear –como en efecto se hizo– un nuevo encuadramiento en el cual obren y, por ende, se encuentren a disposición de los distintos entes o personas que de una u otra forma dicen relación con el asunto, todos aquellos instrumentos que dieron paso la actuación judicial de la que ahora se ocupa la Sala, partiendo, ineludiblemente, de las providencias que dictó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los proveídos sobre los cuales recayeron dichas decisiones.

Y es que aquellas garantías que el Consejo de Estado, a través de la aplicación del Derecho-principio Fundamental del Debido Proceso, ha decidido tener en cuenta y desde luego poner en marcha en el caso sub examine, están llamadas a materializarse frente a todas las entidades que pudieren tener interés en la presente actuación, incluida, claro está, la propia E.T.B., por cuanto no se trata de decisiones o actuaciones que en forma alguna excluyan los derechos y facultades que le asisten a dicha empresa, pues precisamente en ejercicio de tales prerrogativas el apoderado judicial de la referida empresa ha formulado las solicitudes y/o recursos que ha estimado procedentes frente a las dos decisiones que le preceden a ésta.

Así las cosas, el Consejo de Estado de manera alguna pretende, a través de la actuación que aquí se surte, revivir un proceso que el Estado Colombiano ya afrontó, sino que, de conformidad con lo que se dejó expuesto en precedencia, se procura recaudar la visión autorizada de los entes a quienes se les solicitó su opinión, concepto u orientación, porque conocen y pueden examinar con propiedad el tema y sus implicaciones desde sus distintos campos de ejercicio, nada de lo cual puede entenderse como el desconocimiento de las obligaciones a cargo de la República de Colombia derivadas del aludido Tratado que dio lugar a la conformación de la Comunidad Andina de Naciones”. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

16.- Las intervenciones.

16.1- El Ministerio de Justicia y del Derecho (fls. 448 a 455).

Esta Cartera, no por conducto de su titular sino a través del Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, señaló que las disposiciones proferidas en el marco de la Comunidad Andina constituyen un Derecho Supranacional de carácter especializado y, por consiguiente, están llamadas a prevalecer sobre el Derecho Interno de cada país miembro.

¹ Al respecto puede consultarse, entre muchas otras decisiones de la Sala, la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010, exp. 18.394, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Indicó que el referido grado de preeminencia con el cual cuentan las normas comunitarias respecto de las disposiciones jurídicas de los países miembros, fue reconocida en Colombia por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de sentencia C 155 de 1998.

Sostuvo que al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le compete aplicar el Derecho Comunitario Andino y, por lo tanto, surtir la correspondiente interpretación <<judicial>>, a lo cual agregó que los fallos que dicte dicho Tribunal son de obligatorio cumplimiento.

Expuso, de otro lado, aquello que frente a la figura de la interpretación prejudicial consideran algunos doctrinantes en la materia, para concluir que ese mecanismo “... *constituye un presupuesto procesal, sin el cual el Juez nacional (Juez, Tribunal, Corte, Árbitros) no podrían (sic) pronunciarse de fondo acerca del asunto sometido a su consideración, por estar en medio la aplicación de normas propias del Derecho Comunitario Andino ...*”.

De cara al caso concreto, la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho consideró que la sentencia del Consejo de Estado, por medio de la cual se desató el recurso extraordinario de anulación interpuesto por una de las partes en contienda en el proceso arbitral, carece del aludido presupuesto procesal –la interpretación prejudicial– y, por esa razón, <<*puede considerarse en un momento dado, que padece de un vicio de nulidad*>>.

En punto a los efectos de las sentencias que profiere el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Ministerio de Justicia y del Derecho expresó que poseen los mismos efectos que las sentencias que dictan los Jueces Nacionales, habida consideración de que el artículo 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina prevé que para el cumplimiento de las sentencias y laudos expedidos por dicho Tribunal, así como los laudos que profiera su Secretaría General, no requerirán de homologación o exequátur alguno por parte de los países miembros, por manera que en sentir de ese Despacho las providencias que profirió el Tribunal de Justicia Internacional frente a éste son de aplicación inmediata y además gozan de un efecto coercitivo, amén de que constituyen una declaración de interpretación prejudicial obligatoria.

Adicionó que debe analizarse la validez de la sentencia que profirió el Consejo de Estado el 27 de marzo de 2008, con el propósito de dejarla sin efectos, comoquiera que tal actuación la ordenó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que para ello debe acudir al recurso extraordinario de revisión, dado que este mecanismo, de conformidad con el ordenamiento jurídico, “... *es el que procedería a la hora de establecer la posible nulidad ...*”, impugnación de la cual debe conocer la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con exclusión de la Sección que adoptó la decisión materia de revisión.

Consideró que la causal por cuya configuración podría proceder el recurso extraordinario de revisión corresponde a aquella prevista en el numeral 6 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, consistente en “*Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación*”.

Y concluyó:

“Consideramos entonces que sería esta instancia la que debería pronunciarse sobre la posible nulidad referenciada, y la que podría eventualmente (a través del Recurso Extraordinario de Revisión) dejar sin efectos la Sentencia recurrida y pronunciarse de fondo sobre la materia. Esto, teniendo en cuenta ya las Sentencias, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 26 de Agosto y del 15 de Noviembre de 2011, como interpretación prejudicial.

Asimismo, a nuestro juicio, la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, ya ha cumplido con lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al haber enviado copia del pronunciamiento del fallo del 9 de febrero de 2012. Esto teniendo en cuenta que la determinación del Tribunal es la de dar un término de 90 días para que el país adopte las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia”.

Posteriormente, a través de un documento suscrito de manera conjunta por el señor Ministro de Justicia y del Derecho y el Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se efectuó una reseña de las actuaciones que dieron lugar a la expedición de las decisiones por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para luego reiterar lo expuesto en precedencia acerca del carácter vinculante de las decisiones adoptadas por dicho Tribunal frente a los Estados miembros.

De otro lado y como señalamiento adicional, los funcionarios firmantes aludieron al artículo 90 constitucional como fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado y a la adopción de políticas y mecanismos que el Gobierno Nacional propende por adoptar e implementar para defender el erario (fls. 448 a 455).

Por otra parte, de manera conjunta el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, según oficio radicado el 23 de mayo de 2012 (f. 473-476), aseguraron que el Derecho Comunitario Andino resulta vinculante para los Estados Miembros y su aplicación debe prevalecer sobre las normas nacionales que regulen materias similares y, por lo mismo, las decisiones adoptadas por Organizaciones Supranacionales son de aplicación directa y de obligatorio cumplimiento para los Estados que las integran. Agregaron que, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, resulta de suma importancia identificar oportunamente los riesgos que puedan causar perjuicios al patrimonio público, de modo que *“la debida defensa de los intereses patrimoniales del Estado y el deber de salvaguardia del ordenamiento jurídico hacen imperioso para todos los servidores públicos evitar, a lo sumo, aquellas acciones y omisiones generadoras de daños antijurídicos imputables al Estado”*.

16.2- El Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 458 a 464).

Este Ministerio, a través de un escrito que elaboró su Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales, llevó a cabo algunas consideraciones generales por medio de las cuales se refirió, en primer lugar, al Derecho Comunitario Andino, así:

“La conformación de una organización supranacional de integración requiere la voluntad de los Estados de transferir, a favor de aquella, su capacidad de configuración normativa sobre determinadas materias.

En tal sentido, la Constitución Política de la República de Colombia contempla la posibilidad de aprobar tratados que conlleven la transferencia parcial de

determinadas atribuciones a organizaciones internacionales que tengan por objeto promover o consolidar procesos de integración económica con otros Estados.

La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse se cumple mediante el perfeccionamiento de un tratado constitutivo o fundacional que, además de dar vida jurídica a un nuevo sujeto de derecho internacional, sirve de marco normativo referencial para la aplicación y desarrollo de su mandato.

Las determinaciones adoptadas por las organizaciones supranacionales de integración a través de sus órganos, están destinadas a armonizar, mediante disposiciones comunes, la heterogénea normatividad que regía, previamente a su constitución, respecto de las materias de su competencia en cada uno de los Estados Miembros.

Dichas disposiciones son, en los casos expresamente establecidos, de obligatorio cumplimiento para los Estados que la integran (hard law), característica que conlleva, a su vez, la aplicación directa de su contenido en el ordenamiento interno de los Estados Miembros.

“.....

Corresponde precisar que, los artículos 2 y 3 del Acuerdo de Cartagena establecen una clara distinción entre la obligatoriedad y la aplicabilidad directa del derecho comunitario derivado o secundario, en virtud de la cual, las decisiones adoptadas por los órganos del sistema vinculan a los Estados Miembros a partir del momento de su expedición, en tanto que la aplicación interna de las mismas se difiere a la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Lo anterior se explica por la necesidad de garantizar a los particulares el derecho a conocer el contenido de las determinaciones comunitarias mediante su publicación en el medio de información comunitario, medida ésta que resulta innecesaria en el caso de los propios Estados concernidos, quienes por intermedio de sus representantes participan en el proceso de elaboración y adopción del ordenamiento de la comunidad”.

Dentro del referido marco general, también se consignó un acápite acerca de la clasificación de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino, en los siguientes términos:

“El conjunto de tratados adoptados en el marco del proceso de integración subregional andina, que conllevan la constitución, reforma y complementación de la organización, y las disposiciones, con carácter vinculante, emanadas de los diferentes órganos que la integran, constituyen el ordenamiento jurídico de la comunidad o derecho comunitario andino.

“.....

Constituyen normas del derecho comunitario andino: el Acuerdo de Integración Subregional Andino; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos e instrumentos adicionales; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de complementación industrial suscritos por los diferentes Estados Miembros.

Los instrumentos internacionales que establecen, adicionan o modifican las competencias o la estructura de la Comunidad Andina son denominados por la doctrina y la jurisprudencia como 'derecho comunitario primario u originario', mientras que las disposiciones con fuerza vinculante, expedidas por sus organismos, han sido llamadas 'derecho comunitario o secundario'.

“.....

El derecho comunitario primario deriva su fuerza vinculante de la naturaleza misma de los tratados fundacionales, adicionales o modificatorios, adoptados en el marco del proceso de integración, mientras que, el derecho comunitario secundario fundamenta su existencia en el artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, norma primaria que, conforme se expuso en el numeral 1 supra, establece de manera expresa el carácter obligacional de las disposiciones adoptadas por determinados órganos del Sistema Andino de Integración”.

De otra parte, la funcionaria de la Cancillería hizo alusión a la función jurisdiccional que le asiste al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para efectos de garantizar la supremacía del Ordenamiento Jurídico Comunitario y a la figura de la acción de incumplimiento que, con tal propósito, existe dentro de ese sistema normativo internacional.

Finalmente, ese Ministerio adujo que las sentencias de incumplimiento emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en contra de los países miembros comprometen la responsabilidad internacional de éstos, quienes se obligan a adoptar las medidas internas pertinentes –de hecho y de derecho– para garantizar la <<*intangibilidad del ordenamiento jurídico comunitario*>>.

Y añadió:

“El contenido de las medidas por las cuales se acata las órdenes impartidas por el Tribunal estará condicionado por la naturaleza misma de la infracción objeto de censura. En tal sentido, si el desconocimiento de la norma comunitaria se produjo como resultado de acciones de hecho, corresponde al Estado infractor garantizar la cesación inmediata de las mismas.

De otro lado, si el Estado desconoció la normatividad comunitaria mediante la expedición de un acto jurídico, es pertinente proceder a su revocatoria o derogación. No obstante, [si] la vulneración a la normativa comunitaria acaeció como consecuencia de una omisión, será necesario adoptar todas las medidas tendientes a hacer efectiva la aplicación de la norma que fue desconocida”.

Indicó, además, que las medidas encaminadas a acatar el fallo de incumplimiento deberán adoptarse en un término no superior a 90 días a partir de la notificación de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y además deberán consultar los fines perseguidos por los procedimientos judiciales comunitarios, a saber:

- Asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su (sic) jurisdicción;
- Salvaguardar el espíritu de la integración;
- Respetar la igualdad jurídica de las partes, y
- Garantizar el debido proceso.

Sostuvo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de su función interpretativa, emite conceptos <<autoritativos>> en relación con el sentido y el alcance de la normatividad comunitaria, con el propósito de garantizar su aplicación uniforme en los países miembros.

De conformidad con lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores concluyó que constituye deber de los Estados miembros de la Comunidad Andina aplicar el ordenamiento jurídico comunitario, de acuerdo con el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual comporta, a su turno, elegir la manera y los mecanismos idóneos para acatar la decisión de incumplimiento que dicte dicho Tribunal de Justicia Internacional.

16.3- La intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se limitó a remitir, de nuevo, la documentación que dicha Cartera remitió a la Presidencia del Consejo de Estado en el año 2011 con ocasión de las providencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (fl. 457).

16.4.- El Ministerio Público (fls. 536 a 549).

El Procurador Quinto Delegado de la Procuraduría General de la Nación rindió concepto (f. 536-549, c. de la actuación de cumplimiento de las providencias del Tribunal Andino), en el cual precisó: (i) la vinculación del Estado colombiano al derecho comunitario andino (Acuerdo de Cartagena, suscrito por Colombia en 1969 e incorporado a la legislación por la Ley 8 de 1973) y, por tanto la obligatoriedad y aplicación directa del mismo; (ii) la función del Tribunal Andino de Justicia como órgano jurisdiccional creado para hacer cumplir el orden jurídico comunitario, así como la acción de incumplimiento como mecanismo que facilita la sujeción de los Estados miembros a las obligaciones previstas en las normas de la Comunidad Andina; (iii) la vinculación de las sentencias de incumplimiento emitidas por el Tribunal Andino de Justicia, las cuales comprometen la responsabilidad de los Estados miembros de la Comunidad Andina y deben acatarse en el término de noventa (90) días, contados a partir del día siguiente al de su notificación, conforme lo establece el artículo 111 del Estatuto del citado Tribunal de Justicia y constituye título legal para que el accionante solicite a las autoridades nacionales la indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar, como quiera que tiene fuerza obligatoria y de cosa juzgada; (iv) el carácter supranacional de las normas proferidas en el ámbito de la integración de la comunidad, que le otorga un grado prevalente sobre su derecho interno; y (v) la interpretación prejudicial como presupuesto procesal.

De otro lado, al aplicar las consideraciones en relación con los anteriores aspectos al caso concreto concluyó el agente del Ministerio Público que, como la decisión emitida por el Consejo de Estado con ocasión del recurso de anulación, carece del presupuesto procesal de interpretación judicial reclamado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.S.P. ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, debe dejarse sin efectos dicha providencia en acatamiento de lo dispuesto en la sentencia de 26 de agosto de 2011; pero, como el ordenamiento jurídico colombiano no prevé un procedimiento para dar cumplimiento a la misma, señaló que es menester acudir por analogía (art. 8 de la Ley 153 de 1887) al cauce procesal del recurso extraordinario de revisión, establecido en el artículo 188 del C.C.A. y que en este evento ya viene conociendo el Consejo de Estado, lo cual sería concordante con el principio de legalidad, pues este recurso es una excepción al principio de la cosa juzgada formal que ampara a todas las sentencias y permite enmendar todos los errores cometidos en su expedición.

16.5.- El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones conforme al informe secretarial de 9 de julio de 2012 no emitió pronunciamiento alguno en relación con la presente actuación (fl.573)

16.6.- La empresa Comunicación Celular - Comcel S.A. (fls. 550 a 562).

COMCEL S.A. por conducto de uno de sus representantes legales², quien además se identificó con la tarjeta profesional de Abogado No. 28.613 del Consejo Superior de la Judicatura, señaló que no fue parte dentro del proceso que instauró la ETB en contra de la República de Colombia ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y no pretende serlo dentro de este asunto.

Realizó una reseña de las actuaciones surtidas ante los Jueces de la República de Colombia, esto es antes de que se suscitare el referido proceso que se adelantó ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto del cual también efectuó un relato de lo que allí se surtió y decidió.

De otra parte, COMCEL S.A. aludió a la aplicación de la normativa Andina y sostuvo en este punto que el conflicto que se produjo entre dicha compañía y la ETB fue “doméstico” y que éste encontró su definición a través de la sentencia que dictó el Consejo de Estado con ocasión del recurso extraordinario de anulación que se interpuso contra el correspondiente laudo arbitral.

Se refirió, además, a las decisiones que en su momento adoptó la Sección Tercera del Consejo de Estado por medio de las cuales denegó la petición de interpretación prejudicial que elevó la ETB, así como a la firmeza de las providencias que profirió esta Corporación, por cuanto las mismas fueron objeto de sendas acciones de tutela, las cuales se denegaron, en primera y en segunda instancia, sin que hubieren sido seleccionadas para su revisión por parte de la Corte Constitucional, todo lo cual, según COMCEL S.A., comporta el agotamiento de la jurisdicción colombiana en relación con este asunto.

Dentro de este libelo, COMCEL S.A.,ratificó el contenido del escrito inicial que la misma representante legal de esa compañía presentó al inicio de la actuación (fls. 558 a 562) y que la Sala, a través de auto de 19 de abril de 2012, se abstuvo de considerar hasta tanto se observare el *ius postulandi*, toda vez que en aquella oportunidad la aludida representante legal no expresó y mucho menos acreditó su condición profesional de Abogada, requisito previsto como regla general en el ordenamiento jurídico colombiano para intervenir en las actuaciones judiciales.

Comoquiera que dentro de la segunda intervención que efectuó la señora representante legal de COMCEL S.A. acreditó su condición de Profesional del Derecho mediante la exhibición de su respectiva Tarjeta Profesional, además de efectuar, como a través del presente proveído se realizará, el correspondiente reconocimiento de personería para actuar ante esta Corporación dentro del asunto de la referencia, la Sala tendrá por satisfecho el requerimiento que en ese sentido produjo en el auto de 19 de abril de 2012 y, por tal razón, también tendrá en

² Esta persona señaló que ostenta la representación legal de COMCEL S.A., lo cual está corroborado en el certificado de existencia y representación legal de dicha compañía que obra a folios 482 a 489. Dentro de dicho documento se registró el nombre de la señora Hilda María Pardo Hasche como Suplente (Segunda) del Presidente (fl. 484) y en punto a la representación legal de la referida sociedad se consignó –a folio 483 vto.– que estará a cargo del Presidente, quien tendrá 4 suplentes <<QUIENES PODRAN ACTUAR A NOMBRE DE LA SOCIEDAD EN CUALQUIER TIEMPO>>.

cuenta la primera intervención, la cual, bueno es precisarlo, guarda total simetría con lo que ahora se expuso y que se contrae a lo siguiente:

“La jurisdicción colombiana ya se ha pronunciado hasta el hartazgo sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento, la cual ha reiterado en ésta en ocho ocasiones: (a) tutela contra el laudo arbitral y sus correspondientes recursos y su no escogencia por la Corte Constitucional; (b) sentencia del recurso de anulación; (b) (sic) tutela contra ésta y sus correspondientes recursos y su no escogencia por la Corte Constitucional.

El Tribunal de Arbitramento, el Consejo de Estado en todas sus Salas, la Corte Suprema de Justicia en sus Salas Civil y Laboral y la Corte Constitucional han resuelto el mismo asunto. Como se ve, han quedado exhaustivamente recorridos todos los jueces de la República.

La jurisdicción colombiana ya se ha pronunciado en las mismas ocho ocasiones acerca de la aplicación de normas nacionales al conflicto y no de las supranacionales.

Conclusión

Hay agotamiento de jurisdicción para pronunciarse sobre el asunto para los efectos mencionados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. (fls. 560 a 562).

16.7.- La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (fls. 508 a 529).

Finalmente, la ETB se refirió a las decisiones que adoptó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y a la orden que, según su juicio, allí se le impartió al Consejo de Estado.

Aludió a los procesos que con ocasión de los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra los fallos que resolvieron los recursos extraordinarios de anulación respectivos cursan en la actualidad ante el Consejo de Estado y también enunció los 3 expedientes que con ocasión de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina abrió la Sección Tercera de la Corporación.

La ETB se refirió a las intervenciones que realizaron los distintos Ministerios a los cuales se les dio traslado dentro de esta actuación. En relación con lo expuesto por la Cancillería sostuvo que sus explicaciones corroboran lo que ha expuesto la misma ETB acerca de la obligatoriedad y el cumplimiento inmediato del fallo que dictó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En punto a lo expuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho señaló que a esta Cartera tampoco le asiste duda alguna acerca de la obligatoriedad de las decisiones que adopta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, amén de que también comparte el señalamiento según el cual la falta de interpretación prejudicial genera la nulidad de la sentencia correspondiente.

Respecto de la intervención –conjunta– del Ministerio de Justicia y del Derecho y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, indicó que de ese escrito se infiere que de no anular los laudos arbitrales, sería el Estado Colombiano el llamado a responder con su patrimonio.

No obstante que en realidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no intervino dentro del sub lite, dado que se limitó a aportar nuevamente una documentación relacionada con las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la ETB señaló que dicha Cartera fue la encargada de representar al Estado Colombiano ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que, por lo tanto, conoce con total claridad el tema que aquí se debate, su importancia y más aún la obligación que le asiste al Consejo de Estado en acatar la decisión que dictó dicho Tribunal de Justicia Internacional.

En relación con la intervención del Ministerio Público, la ETB, en su entender, sostuvo –aunque ello en realidad no lo dijo la Procuraduría– que dicho ente de control estimó que el Consejo de Estado <<ha venido incumpliendo>> lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que, por consiguiente, “... *deberá encaminarse al cumplimiento de la norma comunitaria ...*”.

Frente a lo expuesto por COMCEL S.A. la ETB adujo que si bien no puede realizar una consideración acerca de lo que planteó dicha compañía en su intervención, por cuanto el traslado que se surtió frente a COMCEL S.A. y la propia ETB fue el mismo –conjunto–, lo cierto es que pudo esgrimir que la aludida sociedad conoció en forma directa del proceso que se surtió ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sólo que se abstuvo de intervenir, así como también se le dio a conocer el fallo definitivo que adoptó ese Tribunal, por manera que tal decisión le resulta oponible.

Posteriormente, la ETB, en su intervención, dedicó un acápite a la que considera la obligación en la cual se encuentra el Consejo de Estado de acatar lo que ordenó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sin que para ello se hubiere tenido que “*inventar*” un trámite diferente para cumplir con dicho fallo.

Y concluyó en este punto de la manera siguiente:

“(...) el Consejo de Estado además de acatar la sentencia declarando nulos los laudos arbitrales, como ya se solicitó, deberá además ordenarle al Estado colombiano que reembolse a la ETB lo que debió pagar a COMCEL como consecuencia del cumplimiento de los laudos arbitrales, o que tome las medidas pertinentes para que imponga esa carga a la entidad beneficiaria de tales pagos. En efecto, la labor del juez ha de ir hasta la precisión de las consecuencias de su decisión, pues, en este caso, anulándose inclusive los laudos arbitrales desaparece la causa legal que invocó COMCEL para obtener el pago de una prestación impuesta en ese fallo arbitral que ha de quedar sin vigencia. Lo contrario sería patrocinar el cobro de lo no debido y la misma ilegalidad”.

De otro lado, la ETB efectuó unas consideraciones en punto a las consecuencias que se generarían ante la inejecución de la sentencia que dictó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para sostener que ello se traduciría en el desacato del Estado Colombiano, razón por la cual la orden judicial que para el efecto emita el Consejo de Estado debe dirigirse, según el libelista, a anular los laudos arbitrales respectivos puesto que de no hacerlo, la Corporación <<*habrá escogido indemnizar a la ETB*>>.

Agregó que no acatar lo que dispuso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina comprometería la responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto que del fallo de dicho Tribunal de Justicia se desprende una obligación clara, expresa y exigible a favor de la ETB, “... *consistente en anular los laudos arbitrales en cuya ejecución ETB tuvo que pagarle a COMCEL más de \$137.000.000.000, y como*

consecuencia natural, ordenarle a esta última compañía que restituya la suma recibida”.

Adujo que el incumplimiento al fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también habilitaría a los accionistas de la ETB para acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de denunciar la violación del Estado Colombiano respecto de los artículos 10 y 21 de la Convención.

Finalmente, la ETB alegó que el trámite de los recursos extraordinarios de revisión que se interpusieron en contra de las sentencias que dictó la Sección Tercera del Consejo de Estado no impide el cumplimiento de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, toda vez que al anularse los laudos arbitrales correspondientes, en acatamiento a lo que dispuso dicho Tribunal, quedarían sin efecto las sentencias que desataron los recursos extraordinarios de anulación y, por sustracción de materia, se terminarían los procesos iniciados con ocasión de los aludidos recursos extraordinarios de revisión.

17.- Recurso extraordinario de revisión.

La Sala advierte que en relación con el laudo arbitral objeto de esta providencia cursa actualmente en el Despacho de la Consejera de Estado Martha Teresa Briceño, recurso extraordinario de revisión contra el fallo que dictó la Sección Tercera de la Corporación el 27 de marzo de 2008.

18.- De otro lado, la señora Consejera de Estado **Olga Mélida Valle de De La Hoz** manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, por considerar que se halla incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, dado que su hija *“quien desde marzo de 2007 se encuentra vinculada a TELMEX COLOMBIA S.A., asumió a partir del 3 de julio de 2012 el conocimiento de todos los procesos en trámite del cual hace parte la sociedad COMCEL”* (Hoy Claro Colombia) (fl. 464).

19.- A su turno, el señor Consejero de Estado **Danilo Rojas Betancourth** también manifestó su impedimento para intervenir dentro de la presente actuación, con fundamento en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil – C. de P. C.–, dado que en oportunidad pasada adquirió acciones de la ETB y, por consiguiente, ostenta la condición de accionista particular de dicha compañía.

20.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió una nueva decisión el pasado 18 de julio de 2012, por medio de la cual se refirió a los alcances de la decisión que ese mismo Tribunal dictó el 26 de agosto de 2011 dentro de este asunto, así:

“Que, para dar cabal cumplimiento a la sentencia a la sentencia de 26 de agosto de 2011, la República de Colombia a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debe realizar las siguientes acciones:

Proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que surgió la obligación para el Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial, es decir, antes de la emisión de las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

Continuar el proceso tomando la Sentencia de 26 de agosto de 2011, expedida en el marco del proceso de incumplimiento 03-AI-2010, como la interpretación prejudicial que debió solicitar el Consejo de Estado. Esta providencia, por

economía procesal, se debe tomar como la interpretación prejudicial que fija el sentido y alcance de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto.

Anular los laudos arbitrales y, como efecto, devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que, de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo, acogiendo, para tal fin, la providencia que expida en su momento el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

II. CONSIDERACIONES

1.- Impedimento de la señora Consejera de Estado Olga Mélida Valle de De La Hoz.

En relación con la naturaleza de los impedimentos, esta Corporación ha considerado³:

“Los impedimentos están instituidos como garantía de la imparcialidad que deben tener los funcionarios judiciales en el desempeño de su labor. Así lo ha explicado la doctrina:

‘Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y que, por lo mismo, eventualmente, pueden perder la imparcialidad que debe presidir toda actividad jurisdiccional, o si de hecho así no ocurre, al menos dar pie para que se piense que la han podido perder, con el fin de evitar toda suspicacia en torno a la gestión desarrollada por los jueces y garantizar a las partes y terceros el adelantamiento de los procesos con un máximo de equilibrio, ha consagrado una serie de causales que permiten al juez competente para actuar en un determinado proceso, sustraerse de su conocimiento, para lo cual debe manifestarlo y, en caso de que no lo haga, faculta a quienes intervienen dentro del proceso para que, sobre la base de la causal pertinente, busquen la separación del juez, denominándose lo primero impedimento y lo segundo recusación’.⁴

Dado que en asuntos relacionados con las causales de impedimento no existe regulación expresa en el Código Contencioso Administrativo, se aplicarán las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, en virtud de lo que al respecto ordena el artículo 160 del C.C.A.

De este modo, el artículo 150 del C. de P. C., prevé como causales de impedimento, entre otras, aquella que precisamente ha invocado la señora Magistrada **Olga Mélida Valle de De La Hoz**, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 150. CAUSALES DE RECUSACION Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso”.

³ Ver Por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Autos de mayo 8 de 2007, exp. 33.390; M.P. Dr. Alier Hernández Enríquez y de 24 de abril de 2008. exp. 16.335.

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pp. 231 y 232.

Por consiguiente, el impedimento que manifestó la señora Magistrada **Olga Mélida Valle de De La Hoz** se aceptará, razón por la cual dicha señora Consejera de Estado no participa en la discusión y adopción de la presente providencia.

2.- Impedimento del señor Consejero de Estado Danilo Rojas Betancourth.

Comoquiera que el referido Magistrado, según lo manifestó, es accionista privado de la ETB, aunque con una participación minoritaria, para la Sala resulta claro que le asiste un interés directo en las resultas de la presente actuación, en la medida en que la complejidad y la importancia del asunto a resolver podría tener incidencia directa en el patrimonio financiero de dicha empresa, cuestión que, de igual manera, estaría llamada a reflejarse en la valorización y/o desvalorización, según fuere el caso, de las acciones en que está representado su capital social, razón por la cual su impedimento se aceptará y, por tanto, se deja constancia de que el aludido Consejero de Estado no participa en la discusión y adopción de la presente providencia.

Con ocasión de la aceptación de este impedimento, según se desprende del Acta de la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado del día 9 de agosto de 2012, el asunto pasó a conocimiento del suscrito Magistrado Ponente, Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que le sucede en turno al impedido, conforme lo preceptuado en el reglamento de la Corporación.

3.- La garantía del debido proceso y de los derechos de defensa y contradicción en la presente actuación.

La Sala estima conveniente enfatizar, porque así lo ha expuesto a lo largo de las decisiones proferidas en el presente asunto, que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe un procedimiento específico, claro y debidamente detallado que determine la manera en que deben cumplirse las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concretamente por cuanto respecta a aquellas que le impongan al Estado Colombiano –y, en especial, al Consejo de Estado de la República de Colombia– la obligación de adelantar “*acciones*” encaminadas a cumplir tales decisiones; de allí que la Sala hubiere decidido surtir, en forma previa, unas actuaciones encaminadas a proferir una decisión judicial encaminada a dar cumplimiento a lo que dispuso el referido Tribunal Comunitario de Justicia en su sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de noviembre 15 de la misma anualidad.

En este sentido conviene subrayar que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó que el Consejo de Estado debía adoptar “...*las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia...*” y que ello se efectuaría “[d]e conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano”, aspectos éstos que pueden y deben entenderse dentro del orden lógico de las actuaciones judiciales, habida consideración de que mal habría hecho la Sala al proferir de plano, esto es sin adelantar previamente trámite alguno, una o varias providencias en cuya virtud se dejen sin efectos sus propias decisiones, pues al margen de que el presente asunto revista naturaleza especial y excepcional, lo cierto es que se trata, en todo caso, de una actuación de índole judicial respecto de la cual rige el imperativo constitucional de sujeción y aplicación del principio rector del debido proceso —artículo 29 C.P.—, el cual, además, se encuentra consagrado en la Constitución Política como derecho fundamental de

aplicación inmediata —artículo 85 C.P.⁵— y en numerosos instrumentos internacionales que vinculan al Estado colombiano a su aplicación, protección y respeto⁶, lo cual se cumplió a cabalidad en la presente actuación al brindar las garantías inherentes a dicho derecho fundamental.

En línea con lo expuesto, destaca igualmente la Sala que si bien la demanda de incumplimiento fue instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. —ETB— contra la República de Colombia —Sección Tercera del Consejo de Estado—, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante oficio 389 SG-TJCA-2010, notificó a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P., de la demanda, como tercero interesado en el resultado del proceso, razón por la cual le corrió traslado de la misma y le puso en su conocimiento que disponía “*de 40 días continuos para proceder a su contestación*”, sin embargo, COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P., no hizo uso de ese derecho.

Asimismo, dentro del curso de las actuaciones a las cuales se pone fin con el presente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó que se notificara de la existencia de las mismas a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P. y que se le pusiera en conocimiento del auto del 22 de febrero de 2012, por medio del cual se dispuso la realización de unas actuaciones encaminadas a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en las providencias proferidas el 26 de agosto y el 15 de noviembre de 2011, de modo que dicha empresa tuvo la oportunidad de ser escuchada en el trámite de este asunto, al punto que, en efecto, se pronunció mediante sendos escritos presentados por conducto de su representante legal y abogada, según se refirió en el acápite de antecedentes de este proveído; por lo tanto, la decisión que deba proferirse en este caso, en cumplimiento de la orden impuesta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le es oponible.

4.- La competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el presente asunto.

Precisa la Sala que mediante el presente pronunciamiento ejerce su competencia como Juez Comunitario, en los precisos términos del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 472, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y teniendo en cuenta lo señalado por este Tribunal Comunitario en sus mencionadas providencias de agosto 26 y noviembre 15 de 2011 y con el exclusivo propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por el referido Tribunal Comunitario en dichos pronunciamientos, los cuales, por consiguiente, determinan de manera puntual el ámbito material de las atribuciones y de la competencia en cuya virtud la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado expide la presente decisión y adopta las determinaciones que en ella se contienen.

5.- Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, estima la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón de las providencias fechadas los días 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011,

⁵ Al respecto puede consultarse, entre muchas otras decisiones de la Sala, la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010, exp. 18.394, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Actualmente, entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículos 10 y 11; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año en el artículo XXVI; el Pacto Interamericano de Derechos Políticos y Civiles de 1966, artículo 14; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, artículos 8 y 9.

proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el caso *sub judice*, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

(i) Identificar las características que acompañan al Derecho Comunitario Andino con el fin de establecer el grado de obligatoriedad tanto de las disposiciones que lo integran como de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios —especialmente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina— para las autoridades de los Estados Miembros de dicha organización supranacional.

(ii) Establecer, a partir de la regulación normativa interna colombiana en punto de los rasgos distintivos, del objeto y del elenco de causales que pueden ser invocadas como fundamento del ejercicio del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, la forma en que dicha reglamentación debe armonizarse con el Derecho Comunitario Andino para efectos de resolver casos como el *sub lite*. Con base en tales premisas, habrá de decidirse el presente asunto concreto.

6. El Derecho Comunitario Andino. Propósitos, características y elementos integrantes. Obligatoriedad de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para las autoridades de los Estados Miembros de la misma.

6.1.- Los procesos de integración entre Estados, por regla general, dan lugar a la estructuración de un sistema de relaciones entre los sujetos que intervienen en ellos que escapan a los rasgos distintivos tradicionales del Derecho Internacional, circunstancia que ha conducido a la construcción de una nueva disciplina jurídica a la cual ha dado en denominarse Derecho Comunitario o Derecho de la Integración, precisamente con el propósito de destacar que se trata de procesos de armonización o unificación que, con origen en el ámbito puramente económico, en veces apuntan a alcanzar también otros órdenes como el jurídico y el político, de suerte que tiene lugar la configuración de un nuevo campo de interrelación entre países, distinto de las antiguas y generalizadas prácticas de comercio exterior, que demanda de la confección de un ordenamiento jurídico especializado, provisto de unas reglas y de unos principios propios y diferentes de los consustanciales al Derecho Internacional clásico fundado en la reciprocidad igualitaria, en la negociación y asentimiento previo a cada paso de la interacción, en los conceptos de soberanía nacional, de libre determinación de los Estados y de predominio de los intereses nacionales.

El Derecho Comunitario Andino como ordenamiento jurídico al que está sujeto todo Estado miembro, entre ellos Colombia, es producto del sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática⁷, que extiende

⁷ “La ampliación de la democracia en los procesos de internacionalización económica, responde a la exigencia común de encontrar patrones similares que permitan comprometer la voluntad de los Estados, en el desenvolvimiento de reglas claras y previsibles acordes con la ideología política de la organización Estatal. En efecto, el ideario de la democracia internacional, supone la existencia de dos obligaciones. Una de contenido tácito o implícito, que se encuentra en el pacto mutuo de no agresión, y otra de contenido positivo, la cual se resume en la voluntad de los contrayentes de las obligaciones internacionales de establecer reglas de solución pacífica a los conflictos venideros. Esos compromisos resultan acordes a una ideología con marcada preponderancia de la democracia, en cuanto entienden que la prohibición de la fuerza, permite la protección de las libertades y derechos inalienables de los individuos y, a su vez, facilita las prácticas para el desarrollo del comercio exterior, a contrario sensu, de lo que sucede con las ideologías de los gobiernos autocráticos o aquellos cuya presunta legitimidad resulta del uso de la coacción. En la actualidad, existe la tendencia a consolidar dichos procesos de integración sobre la base común de la existencia formal y material de un régimen político conexo, principalmente a través del ideario universal de la democracia internacional. Pero la exigibilidad de la democracia como presupuesto esencial para avanzar hacia la intensificación de los procesos de integración económica, no puede conducir a la imposición de un modelo de régimen político que contradiga la voluntad soberana del pueblo manifestada en una Constitución y, en especial, los derechos a la

sus raíces a ámbitos de regulación normativa en los que los principios de supranacionalidad⁸, subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa⁹ constituyen el fundamento tanto para los operadores jurídicos, como también el sustento para la interacción entre los órdenes jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales, sin que en caso alguno representen la renuncia a la soberanía, a la Constitución de cada país o a las mínimas garantías de todos los ciudadanos (Convención Americana de Derechos Humanos).

Así mismo, cabe reconocer que el derecho comunitario andino, como se afirma del derecho comunitario europeo, tiene los siguientes rasgos: **a.)** se trata de un derecho internacional regional¹⁰, o propio a una sub-región como la andina; **b.)** es un derecho cuya producción normativa deriva del seno de una organización internacional (Comunidad Andina); **c.)** la razón de ser de las normas comunitarias andinas se encuentran en los Tratados constitutivos y en los procedimientos de elaboración normativa; y, **d.)** el derecho comunitario andino es una rama, o sub-materia del derecho internacional público¹¹.

libre autodeterminación e independencia política del poder soberano. Por ello, es trascendente que los tratados internacionales que se dirijan a la obtención del citado fin, delimiten con suma atención y precisión las materias atinentes a la integración económica y a las sanciones derivadas por su incumplimiento, sin incluir disposiciones que conduzcan o se orienten a exigir una transformación política del Estado soberano, no asumida directamente por el poder constituyente originario”. Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2004.

⁸ “Como es sabido, el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena- implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como *preemption*- a la norma nacional”. Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996. Puede verse: Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de septiembre de 1979.

⁹ “La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995.

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

¹⁰ Puede verse: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Madrid, Tecnos, 2003, p.81.

¹¹ ACOSTA ESTEVEZ, José. “El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea”, en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet

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

“[E]n un proceso de integración, que no es otra cosa que un programa de unificación, de tendencia a crear comunidades, uniones de países en lo económico, se desdibujan aquellos perfiles políticos de las relaciones internacionales, buscando compatibilidades y generando síntesis superadoras de los antagonismos nacionalistas. El multilateralismo, la confluencia, la convergencia, es el espíritu que dinamiza el derecho de la integración, en busca de la identidad comunitaria que inclina a los países para integrarse en su obrar conjunto”¹².

El orden jurídico requerido por esta nueva forma de gestión de las relaciones entre Estados habrá de caracterizarse, entonces, por que **(i)** los Tratados constitutivos de los acuerdos de integración dan lugar a la existencia de un sistema y a unos cuerpos normativos propios que se incorporan en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigencia de aquéllos Tratados y que resultan obligatorios para sus respectivas jurisdicciones internas; **(ii)** el orden jurídico comunitario, además de contener normas aplicables por sí mismas, dota a las instituciones comunitarias de competencias y de instrumentos jurídicos encaminados a proseguir el proceso integracionista y **(iii)** comoquiera que la organización comunitaria no constituye un Estado —aunque sí se trata de un sujeto de Derecho Internacional—, carece de fuerzas militares o de policía, de aparatos coercitivos, de suerte que sus mecanismos de aplicación eficaz no pueden ser otros que la obligatoriedad y la superioridad de su Derecho respecto de los ordenamientos nacionales, características debidamente aseguradas por la conjunción de precisos cauces o canales de control de la legalidad de sus decisiones y de garantía de cabal cumplimiento de las mismas¹³.

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

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

Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>.

¹² SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 2, Ediciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p. 11.

¹³ SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., p. 12.

reemplazarlo por el de soberanía compartida en cada materia, lo que se ajusta más al concepto actual de derecho comunitario”¹⁴.

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de enero de 2000, Radicación: 4630.

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

6.2.- Es bien sabido que los principios del derecho internacional obligan a los Estados a respetar los tratados que los vinculan y, especialmente, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales con el propósito de evitar que se comprometa su responsabilidad internacional. Acerca de este aspecto, la Corte Constitucional ha argumentado que el artículo 93 de la Constitución establece la prevalencia de los Tratados Internacionales, específicamente los que consagran la protección de los derechos humanos. Sin embargo, la misma Corporación en su jurisprudencia considera que el derecho comunitario no tiene prevalencia sobre la Carta Política, sino primacía o prioridad dentro de su función integradora.

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

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

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

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

tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”¹⁵.

Lo que indica, sin duda, que no puede el órgano interno so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los Tratados Internacionales de respeto a los derechos humanos de todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “*cesión voluntaria*” que los Estados miembros han acordado, por lo que, si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución, esto no implica que pueda invocarse ésta “*para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone*”¹⁶. Todo lo anterior significa, sin duda, que entre el derecho comunitario andino y el derecho interno se produce una plena integración como un todo al que quedan sujetos los Estados miembros, esto es el ordenamiento jurídico andino, al que se da cabal cumplimiento por medio de esta decisión judicial.

Acerca del Derecho Internacional Público, cabe decir que el mismo no se ocupa de regular directamente la manera en que las normas contenidas en los tratados han de integrarse con los ordenamientos jurídicos de los Estados y defiere tan importante materia a lo que cada sistema jurídico nacional prevea soberanamente, en función de la concepción de las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno que en cada país se prohíje, de entre las dos grandes opciones que se presentan respecto de dicho propósito: *dualismo* o *monismo*¹⁷.

¹⁵ “De donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, al tenor de lo previsto en el artículo 93 de la Carta, carece de fundamento. Sin embargo, de manera excepcional ha admitido la Corte que algunas normas comunitarias puedan integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de normas de esta naturaleza que de manera explícita y directa reconozcan y desarrollen derechos humanos”. Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2006.

¹⁶ SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

¹⁷ “En atención a las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos sobre la recepción de las normas convencionales internacionales, cabe dividirlos en ordenamientos jurídicos dualistas y monistas. En los sistemas dualistas no cabe la posibilidad de que los órganos internos apliquen los tratados internacionales mientras que no hayan sido transformados mediante un acto normativo interno, ya que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos jurídicos internos. Esta postura tiene su razón de ser en el hecho de que el Derecho internacional y los Derechos internos son concebidos como ordenamientos jurídicos separados e independientes. Desde esta perspectiva, “una norma internacional incorporada a un ordenamiento interno lo será en virtud de algún mandato legal establecido en el ordenamiento interno, pero al incorporarse pierde su naturaleza internacional para convertirse en norma interna. En realidad la norma será internacional por su origen, pero plenamente interna en cuanto a su naturaleza y aplicabilidad” (RODRÍGUEZ CARRIÓN, A: Lecciones de Derecho internacional público, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 26). El sistema monista, al contrario que el dualista, proclama la unidad de todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que expresiones diferenciadas del fenómeno jurídico, y, por tanto, los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno una vez obligatorios en el ámbito internacional pues, como señala MANGAS MARTÍN, no puede existir “una disociación entre la validez internacional de la norma y la validez interna” (MANGAS MARTÍN, A: La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos, en “Instituciones de Derecho internacional público”, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 221). ACOSTA ESTEVEZ, José. “El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea”, en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of

La concepción *dualista*, durante mucho tiempo prevalente, considera que el orden jurídico internacional y los ordenamientos nacionales constituyen sistemas independientes y separados que coexisten de forma paralela, de suerte que un tratado perfeccionado, es decir regularmente ratificado, sólo producirá efectos en el ordenamiento internacional, pues para que resulte imperativamente aplicable en el sistema jurídico de un Estado parte resultará necesario que éste recoja las disposiciones del tratado en una norma nacional —usualmente la ley— o las incorpore por medio de alguna fórmula jurídica que opere la correspondiente recepción. Así opera una auténtica *nacionalización* del tratado que lo hace aplicable por las autoridades nacionales en su calidad de norma de derecho interno y no como precepto de derecho internacional.

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

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

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

De esto hay que deducir que si los Estados miembros son libres de conservar su concepción dualista respecto del derecho internacional, el dualismo, por el contrario, es rechazado de las relaciones Comunidades/Estados miembros y que el derecho comunitario, original o derivado, es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o, según una fórmula

mejor del Tribunal, forma “parte integrante ... del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros” (TJCE, 9.3.1978, caso Simmenthal, as. 106/77, Rec. 609), lo que implica tres consecuencias:

- el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción;
- las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario;
- los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario¹⁸ (subrayas fuera del texto original).

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

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

Admitiendo estas influencias, no se puede negar que, al mismo tiempo, existen visibles diferencias entre las dos instituciones. Esta diversidad proviene, sin duda, de la índole de los respectivos procesos de integración económica, así como de la naturaleza de sus órdenes normativos e institucionales.

(...)

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

(...)

¹⁸ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 190-191.

Salta a la vista que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal europeo es similar a la del Tribunal andino. Se trata de dos instituciones de carácter permanente y provistas de suficiente independencia, cuya misión consiste en aplicar, por la vía jurisdiccional, los ordenamientos jurídicos comunes de dos procesos de integración económica. Para esto están dotados de competencias para controlar la legalidad de los actos de los órganos comunes que tienen facultades normativas y ejecutivas, para dirimir las controversias que se presenten como consecuencia de la conducta de los Estados miembros y de los órganos de ambos sistemas de integración y, finalmente, para interpretar de manera uniforme el derecho común”¹⁹.

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

Por cuanto respecta a **(i)** la **supranacionalidad** como rasgo identificativo del Derecho Comunitario, se refiere a una acepción del término que se aleja de su significado etimológico, el cual podría reducirse a lo que está encima o sobre la Nación, pues se trata de una característica que comporta la transferencia de parte de las competencias estatales reguladoras respecto de determinadas materias, hacia órganos comunitarios autónomos cuyas decisiones y fallos serán aceptados por los países miembros. Así, pues, el rasgo de la supranacionalidad equivale a la técnica de distribución de competencias dentro de un sistema de integración por virtud de la cual, si bien es verdad que los Estados miembros continúan siendo los titulares del poder político, también lo es que parte de dicho poder lo ceden parcialmente para determinado propósito a los órganos comunitarios, los cuales, con el fin de ejercer las correspondientes atribuciones, se incorporan en un entramado provisto de personalidad jurídica.

La supranacionalidad, pues, no implica la renuncia a la soberanía, sino la limitación a la misma a partir del “voluntario sometimiento expresado en tratados internacionales”, como fue adverbido en la “sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 5 de febrero de 1963 en el caso ‘Vand Gend y Loos’ (...) la Comunidad (Europea) constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos”. Lo anterior significa “que los

¹⁹ ZELADA CASTEDO, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Montevideo, 1985, pp. 144-145; en idéntico sentido, véase URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, pp. 123-124. El citado autor, a este mismo respecto, sostiene lo siguiente:

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

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

Estados pueden pactar mediante tratados cuantas limitaciones a su soberanía se estimen oportunas, sin que ello signifique, de ningún modo, transferencia de soberanía, especialmente cuando estos tratados establecen procedimientos u órganos supranacionales por cuyo medio y en cuyo ámbito han entendido encauzar mejor los asuntos de su recíproco interés”²⁰.

Esa personalidad jurídica, de todos modos, no es plena —como la de los Estados—, sino que se encuentra limitada al propósito de procurar los objetivos y de ejercer las funciones que le fueron confiadas a la organización comunitaria desde sus actos y normas fundacionales, por manera que se le brinda autonomía al nuevo ente, pero afectada por el principio de atribución²¹. Se trata, en últimas, del voluntario sometimiento, por parte de los Estados miembros de la Comunidad Andina, a un orden jurídico integrado²², lo que constituye el objetivo y el límite a las competencias de los órganos que integran a esta última, por manera que aquéllos —los Estados— están dispuestos a subordinar sus intereses nacionales y su jerarquía nacional de valores a los referidos intereses y finalidades que dieron origen al ente comunitario²³.

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

²⁰ VASQUEZ, Adolfo Roberto. “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr16.pdf>].

²¹ “En efecto, para conseguir los objetivos mencionados y para desarrollar mediante unas normas jurídicas propias y autónomas el mercado interior único y las políticas que lo complementan, la Unión Europea tiene atribuidas una serie de funciones y de competencias. En este sentido, cabe destacar a título preliminar, como la Unión Europea y las Comunidades europeas sobre las que se sustenta, no gozan de competencias ilimitadas y ello a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vasto alcance, puesto que, a diferencia de los Estados y a semejanza de las demás Organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una simple competencia de atribución”. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

²² “Esta idea es la que inspira a la doctrina jurisprudencial comunitaria en la materia desde la ya lejana Sentencia Costa c. ENEL de 1964, cuando el TJCE afirmaba que: “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que se impone a sus jurisdicciones”. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, en [Impulso, No.31, pp.119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>].

²³ TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric, “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, en *Revista Oasis, Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 328-329.

uniforme, esto es idénticos efectos tanto frente a los Estados mismos como frente a sus habitantes.

Así entendido el concepto de supranacionalidad, como distinto de las nociones de internacional, interestatal o intergubernamental, entraña una manera de obrar independiente y conjunta, en ejercicio de los poderes cedidos por los Estados miembros a los órganos encargados de la integración e *“implica una superación del principio del do ut des, que entrañaba reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, para ser sustituido por la idea de comunidad, de unión cooperativa, de co-participación en un proceso, de pertenencia a un todo mayor en la realización de cuyos fines se realizan también los de las partes”*²⁴, idea cuya materialización se sustenta en la utilización de los siguientes mecanismos:

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

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

(...)

*Viene, de esta manera, a ser la integración, desde el punto de vista jurídico, una verdadera redistribución de poderes entre los Estados intervinientes en el proceso y los órganos de la comunidad creada, pues quedan capacitados todos para generar un derecho derivado de su tratado constitutivo, común a toda el área y que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior al de la ley nacional, a la que desplaza o sustituye, en forma directa y automática, con la consecuencia adicional de que la organización que anima el nuevo ordenamiento se personaliza con calidad de sujeto de derecho internacional, al lado y a la par de sus organizadores”*²⁵.

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

²⁴ SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., p. 15.

²⁵ *Idem*, pp. 14-15.

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

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

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

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

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

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros”²⁶ (énfasis añadido).

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

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

*superior. Esta norma es perfectamente aplicable para resolver un conflicto entre una norma comunitaria andina y una norma interna. Si se acepta el principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, la autoridad nacional tendrá que aplicar preferentemente la norma comunitaria, sin que esta aplicación (...) implique la derogación de la norma nacional*²⁷ (subrayas añadidas).

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

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

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

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

.....

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

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

“Preeminencia de la Norma Comunitaria.- Algunos autores hacen derivar la preeminencia o prevalencia del efecto directo (Muñoz Machado, Santiago, 'Principios de Articulación de las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Constitucionales para su aplicación Efectiva', en 'Tratado de Derecho Comunitario Europeo', obra citada, págs. 503 y ss) y definen a aquella

²⁷ ANDUEZA, José Guillermo, “La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, en VVAA, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, cit., pp., 39-43.

como la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar sobre una norma de derecho interno que se le oponga, cualquiera sea el rango de esta última.

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

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

El Tribunal Andino en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: 'tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias'²⁸.

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

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

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

²⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.

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

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

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

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

Con apoyo en las referidas bases constitucionales, la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, ha reconocido el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional, en lo que atañe a las materias para cuya regulación el Estado colombiano ha transferido competencias normativas a la Comunidad Andina, en el entendido de que la integración comunitaria responde a una concepción moderna de la noción de soberanía que la relativiza y no la reconoce ya como un atributo supremo e ilimitado en cabeza del Estado, sino como un concepto limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional que implica la resignación de específicas competencias de los Estados en favor de los organismos comunitarios, con el fin de viabilizar los procesos de integración; a este respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

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

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

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la Interpretación Prejudicial 115-2005 (fl. 244) rendida en este proceso, sostuvo que en virtud de los

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

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

(...)

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

(...)

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

Fuerza es, entonces, declarar la nulidad del Decreto 635 de 16 de abril de 2001, por las razones expuestas²⁹.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de abril de 2010; Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso; Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00163-01; Actor: Dorian Rocha Ávila. En otra ocasión, la Sección Primera de esta Corporación, sobre el mismo punto en cuestión, sostuvo lo siguiente:

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

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

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

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

En virtud de lo anterior, no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria. Podrá desarrollarla, pero esta facultad es excepcional y sólo es posible ejercerla cuando sea necesario para lograr la aplicación de aquella”³⁰.

Como se viene de indicar, en estrecha conexión con los principios o características del Derecho Comunitario hasta ahora desarrollados se encuentra el de (iii) la **aplicabilidad directa** de los elementos que lo integran, al cual suele ir anudada también la particularidad consistente en que tales disposiciones comunitarias producen **efectos directos o inmediatos**. Por lo que tiene que ver con la aplicabilidad directa, resulta menester recordar que la gran mayoría de los tratados internacionales no se encuentran acompañados de ese elemento identificador, pues para que el mencionado efecto tenga lugar respecto de un concreto instrumento internacional, el criterio decisivo es la intención de las partes contratantes y ésta no debe presumirse comoquiera que se trata de una excepción

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

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

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

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1998; Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

a la regla del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto primordial es la regulación de las relaciones entre Estados, de suerte que resulta, entonces, de interpretación estricta y restrictiva esa posibilidad de que las normas de Derecho Internacional Público penetren el ámbito de las relaciones jurídicas internas de los países.

Por lo anterior, suele afirmarse que el Derecho de la Integración supera al Derecho Internacional Clásico, toda vez que aquél crea un orden jurídico al cual se encuentran sujetos tanto los Estados Miembros en su condición de tales, como además, directamente, resultan destinatarias de sus normas todas las personas naturales y jurídicas de la comunidad nacional, razón que conduce a distinguir *“entre un orden “super-estatal”, que se refiere únicamente a los Estados, y un orden “supra-nacional”, estatuido por organismos comunitarios y directamente aplicable a todos los habitantes de la subregión”*³¹. De otro modo no existiría y menos operaría de forma eficaz el derecho común como instrumento *sine qua non* del proceso integracionista; en el Derecho Comunitario *“se cumple así el llamado más propiamente proceso de “articulación”, llamado también de “incardinación”, cuyo objetivo es implantar el derecho común en las distintas jurisdicciones nacionales, en condiciones de igualdad”*³², lo cual, en el caso de la integración andina, supone que la misma *“conciene a los individuos de la subregión, y el Acuerdo y las normas derivadas del mismo no pueden entenderse como un compromiso que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Países Miembros contratantes, sino que constituye un nuevo orden jurídico, cuyos sujetos son tanto los Estados como sus justiciables”*³³.

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de aplicación directa el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina; la referida incorporación en el derecho interno tiene lugar de manera automática, es decir que opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la disposición comunitaria respectiva; así lo ha explicado, de manera detallada y nuevamente en referencia con el Derecho Comunitario Europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

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

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

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

³¹ URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, cit., p. 53.

³² *Idem*, p. 81.

³³ PACHON MUÑOZ, Manuel, *Propiedad industrial y Derecho Comunitario Andino*, Ediciones Legales, Bogotá, 1990, pp. 43-45.

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

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

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

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

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

En la sentencia de 10 de junio de 1987, este Tribunal expresó que 'ha de tenerse en cuenta además, que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino'. (Gaceta Oficial N° 21, de 15 de julio de 1987, Proceso 2-N-86)"³⁴.

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

"Es bien conocido que la República de Colombia es signataria del Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, mediante el cual se constituyó la Comunidad

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.

Andina de Naciones. En tal virtud, son aplicables en nuestro medio las disposiciones del mencionado Acuerdo, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado Constitutivo y sus protocolos modificatorios; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional.

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

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

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

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

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

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”³⁵
(destacado en el texto original).

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

“3. El derecho comunitario y el derecho nacional.

El pacto Andino surgió como una necesidad de los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela) de instaurar un sistema de integración de sus intereses económicos, destinado a lograr el desarrollo equilibrado y armónico

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de mayo de 2009; Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00464-01; Actor: Ramiro Rodríguez López.

de la subregión y a acelerar su crecimiento, mediante la armonización de sus políticas económicas y la coordinación de los planes de desarrollo.³⁶

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

Sobre el alcance vinculante de las decisiones de los órganos comunitarios, tuvo ocasión la Corte Suprema de Justicia de pronunciarse en sentencia del 27 de Febrero de 1975, así:³⁷

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

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

(...)

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

"Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales".³⁸

³⁶ Nota original de la sentencia citada: 1. Acuerdo de Cartagena firmado el 26 de Mayo de 1969 y aprobado por la ley 8a. de Abril 14 de 1973.

³⁷ Nota original de la sentencia citada: M.P. José Gabriel de la Vega.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995; Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Y en relación con los mencionados **efectos directos o inmediatos** como propiedad inherente al Derecho Comunitario, ella consiste en que una vez adoptada y publicada una norma comunitaria, la misma se constituye en fuente de derechos y de obligaciones tanto para las autoridades públicas como para los habitantes del territorio de los Países Miembros; esto es, que el Derecho Comunitario se inserta automáticamente en el ordenamiento interno de los Estados Miembros y además cuenta con la virtualidad de pasar a formar parte, también de manera inmediata, del patrimonio jurídico de los particulares, por manera que se constituye para ellos en fuente de derechos y/o de obligaciones tanto en sus relaciones con otros particulares, como en su interacción con las autoridades públicas internas; así las cosas, el efecto directo de las normas comunitarias comporta *“el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende”*³⁹ (negritas añadidas).

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

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

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

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

*Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales”*⁴⁰.

Y, finalmente, debe hacerse alusión, en el elenco de características que distinguen al Derecho Comunitario, a **(iv) su intangibilidad y autonomía**; la autonomía explica que los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración cuentan

³⁹ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario general*, cit., p. 194.

⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.

con la independencia necesaria, frente a las autoridades de los Países Miembros, para cumplir cabalmente con sus funciones, en aplicación de reglas y de principios que en modo alguno se encuentran condicionados por lo establecido en las disposiciones del derecho interno de los Estados y que únicamente se hallan al servicio de los objetivos comunes que justifican la existencia del modelo integracionista, como lo ha explicado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

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

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

Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía”⁴¹.

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

“El Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, a su vez establece el Principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: 'La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia.' Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones”⁴².

6.4.- En cuanto a los distintos niveles normativos que pueden identificarse en el Derecho Comunitario Andino, debe hacerse referencia a los siguientes cuatro⁴³:

(i) Sus normas fundamentales o constitutivas —el llamado *derecho primario u originario*— contenidas en los Tratados públicos suscritos por los Países Miembros

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 89-AI-2000.

⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 5-IP-95.

⁴³ SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, cit., pp. 16-18.

del proceso de integración, así como en sus protocolos adicionales y modificatorios, los cuales constituyen tradicionales actos de Derecho Internacional y, en ese orden de ideas, están sujetos en su formalización y efectos a las reglas del Derecho de los Tratados; se les cataloga como Tratados-marco o “Constitución comunitaria”, comoquiera que crean los órganos del Sistema de Integración, les transfieren las competencias que ejercen, les fijan los objetivos por los cuales deben propender y diseñan tanto el sistema de producción de normas como los procedimientos de ejecución de las mismas;

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal principio de jerarquización según el comentarista Felipe Paolillo se desprende del propio artículo primero del Tratado de Creación de este Tribunal, del cual es fácil deducir una relación de subordinación entre 'el derecho originario' constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, frente al 'derecho derivado' contenido en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta [actualmente denominada Secretaría General] (citado por Zelada Gástelo Alberto, en 'El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena', pág. 152)⁴⁴.

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

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

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

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

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

⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 1-AN-97.

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

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

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

“Las razones enunciadas en la parte motiva de aquel Tratado para justificar la creación del Tribunal, se concretaron en éstas: 1o. la necesidad de “garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena”; declaración que fija la materia de sus competencias; 2o. la “complejidad de su ordenamiento jurídico”, alusión a los niveles, el primario, el secundario, y a su difícil relación con los ordenamientos nacionales, y 3o. la salvaguardia del ordenamiento por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, “con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”, a fin de que la integración económica alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de aquellos Países”⁴⁵.

En consideración a lo anterior, se ha sostenido⁴⁶ que la naturaleza jurídica e institucional del Tribunal en comento puede caracterizarse a través de los siguientes rasgos: **(i)** se trata de un órgano principal del sistema institucional del programa de integración de la Comunidad Andina; **(ii)** tiene la función básica de asegurar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena; **(iii)** ejerce las competencias de declarar el Derecho Comunitario, de dirimir las controversias que se susciten a propósito de su aplicación y de interpretar el ordenamiento jurídico subregional asegurando que dicha interpretación sea uniforme y, **(iv)** en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, debe actuar con autonomía e independencia respecto de las autoridades nacionales de los Estados Miembros y respecto de los otros órganos del Acuerdo.

⁴⁵ SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario andino*, cit., p. 133.

⁴⁶ ZELADA CASTEDO, Alberto, “El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino”, en VV.AA., *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, INTAL-BID, Montevideo, 1985, p. 147.

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

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

*“Sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, **órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino**”⁴⁷ (se deja destacado).*

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

“Se sostiene que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal. Este recurso es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados. Es una acción autónoma, propia, independiente y sui-générés derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas. El Abogado General Mayrás del Tribunal Europeo, estima que el incumplimiento se produce también como consecuencia de que “... un Estado Miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el Derecho Comunitario Derivado”. (As. 39/72, Comisión contra Italia, Rec. 1973, pág. 11)”⁴⁸.

Incluso, el artículo 30 del Tratado de creación del Tribunal señala expresamente que “[L]a sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos

⁴⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.

⁴⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 03-AI-96.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

Han tenido lugar casos en los cuales el Tribunal ha resuelto imponer sanciones para lograr el cumplimiento coercitivo de las sentencias de incumplimiento que profiere, el actual sistema de sanciones ha abierto paso a la imposición de dos tipos de correctivos: **(i)** la autorización a los Países Miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco productos del país incumplidor o **(ii)** la orden de introducir limitaciones respecto de las normas de origen o suspensión de la emisión de certificados de origen, por manera que el Estado sancionado pierde la ventaja que se deriva del Programa de Liberación y

debe pagar el arancel que se exige a terceros países⁴⁹. Por vía de ejemplo, se cita a continuación la parte resolutive del pronunciamiento mediante el cual se decidió el procedimiento sumario por desacato adelantado dentro del proceso No. 72-AI-2000:

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

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

7. Regulación normativa interna colombiana respecto de las características, el objeto y las causales que pueden ser invocadas como fundamento del ejercicio del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales.

7.1 Características y objeto.

Por disposición de la Constitución Política de Colombia, los particulares se encuentran autorizados para administrar justicia transitoriamente, previa habilitación de las partes y en los términos señalados por la ley, a efectos de resolver los conflictos que terceros les han confiado. La institución del arbitramento, en cuanto atañe a su trámite, a las causales en que debe fundamentarse y a la competencia de los árbitros, se encuentra reglada por varias disposiciones legales que, en su mayor parte, compila el Decreto 1.818 de 1.998.

La formulación del recurso extraordinario de anulación se encuentra sujeta a las estrictas y taxativas causales que la ley expresamente ha previsto, esto es por los errores *in procedendo* en los cuales hubiese podido incurrir el respectivo Tribunal de Arbitramento.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que se deben desestimar, por antitécnicos e improcedentes en el trámite del recurso extraordinario de anulación, los cargos que se dirijan a reabrir el examen de fondo, es decir a pretender que se determine si al expedir el laudo correspondiente el Tribunal acertó, o no, en la aplicación del derecho sustancial pertinente.

Según lo ha destacado esta Corporación, el recurso extraordinario de anulación fue instituido para estudiar los yerros de orden procesal en los que hubiese podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, pero, desde luego, no puede admitirse que este recurso pase a constituir una nueva instancia, en la cual sea dado al juez del recurso extraordinario reexaminar los argumentos y las razones que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento al momento de dirimir la controversia que las partes sometieron a su conocimiento.

Bajo las anteriores premisas, resulta pertinente señalar que los poderes o potestades del juez del recurso de anulación se encuentran delimitados por el

⁴⁹ SASAKI OTANI, María Ángela, “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 301-337.

llamado “*principio dispositivo*”, en virtud del cual, específicamente, no le es permitido al juzgador indagar en lo expresado por el recurrente, en su impugnación, para inferir la causal invocada y menos aún adentrarse a estudiar aspectos omitidos en la formulación y argumentación del recurso; por tanto, su estudio deberá realizarse únicamente respecto de los cargos expresamente planteados.

Sobre el particular la Sala ha sostenido:

“De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado⁵⁰, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades:

i) El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos.

ii) El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal.

iii) En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló, cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

iv) Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “*principio dispositivo*”, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra.⁵¹

v) Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria

⁵⁰ Nota original de la sentencia citada: Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809 y el 24 de octubre de 1996, Exp. 11632. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797, de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencias 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en este última se hace una descripción de los límites a los que está sometido el juez de anulación.

⁵¹ Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández; y Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo⁵²; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política⁵³.

Por lo anterior, se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión”⁵⁴.

7.2.- Causales de nulidad del laudo arbitral en controversias originadas en contratos estatales.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 —compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998—, norma vigente para la fecha en la cual fue interpuesto el recurso de anulación que resolvió la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia sobre la cual recae el presente pronunciamiento, constituyen causales de anulación del laudo las siguientes:

“**Artículo 72.** (...) Son causales de anulación del laudo las siguientes:

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

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (norma que recopiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989) consagró, además de las causales previstas en el artículo 72 del Estatuto de Contratación Estatal, ya referido, cuatro causales más, contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 5⁵⁵.

⁵² Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 8 de junio de 2000, Exp.16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁵³ Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 19 de junio de 2000. Exp. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp.19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2.006, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Radicación: 11001-03-26-000-2006-00008-00(32398).

⁵⁵ “El artículo 163, señala como causales de anulación adicionales a las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 las siguientes:

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

Significa entonces que en el ordenamiento jurídico, para la fecha de los hechos ocurridos durante el trámite del aludido recurso extraordinario de anulación, existieron dos sistemas de causales de anulación para impugnar los laudos arbitrales, cuya aplicación fue admitida por la jurisprudencia de la Sala según se tratara de controversias derivadas de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 o de contratos de las entidades estatales amparados bajo el régimen del derecho común, según se evidencia en el siguiente pronunciamiento:

“El ordenamiento jurídico establece dos sistemas de causales para la procedencia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, uno en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y otro, consagrado en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 de aquel decreto, que se aplican dependiendo de la materia o asunto objeto de la controversia, esto es, si se trata de controversias derivadas de contratos regidos por el derecho privado o de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, pero, es dable afirmar que ambas regulaciones están enderezadas a corregir los errores y vicios por el procedimiento adelantado por los árbitros, sin entrar, en principio, al fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros.

(...)

Como puede apreciarse, si bien coinciden algunas de las causales de que tratan los artículos 163 y 230 del Decreto 1818, no son totalmente idénticas, porque para los recursos de anulación de laudos arbitrales dictados en conflictos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 son menos que aquellas establecidas para contratos con régimen de derecho diferente. Coinciden las consagradas en los numerales 4, 6 y 9 del 163 y no coinciden las de los numerales 1, 2, 5, que no pueden ser invocadas en sede del recurso de anulación contra laudos arbitrales que versen sobre contratos a los que se les aplica la Ley 80 de 1993.

“En este sentido, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las normas transcritas, dependiendo claro está de sí se trata de contratos estatales de que trata la Ley 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 ora las del artículo 230 del mismo Decreto 1818 que compiló el artículo 72 de la Ley 80 de 1993”⁵⁶ (se ha subrayado).

Queda entonces claro, según las orientaciones de la Sala, que las causales de anulación susceptibles de invocarse para impugnar un laudo arbitral mediante el cual se hubiere dirimido la controversia surgida de un contrato estatal sometido al

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

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

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

(...)

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

(...)

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Expediente:29476.

régimen de derecho común, eran las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, norma que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, mientras que si se trataba de la impugnación del laudo que hubiere resuelto una diferencia suscitada en un contrato estatal sometido al régimen del Estatuto de Contratación Estatal, las causales que podían ser alegadas eran las consagradas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007⁵⁷ quedó superada la dualidad de los regímenes legales contentivos de las causales de anulación que pueden ser invocadas para impugnar los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias suscitadas en contratos de las entidades estatales, toda vez que el artículo 22⁵⁸ de la citada ley dispuso que las casuales de anulación de los laudos arbitrales serán las que se encuentran previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989⁵⁹, es decir, las mismas previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, de tal suerte que ya no resulta determinante si el régimen jurídico que gobierna el correspondiente contrato estatal es el que establece el Estatuto de Contratación Estatal o el previsto en el derecho común, porque en todos los casos las únicas causales que podrán invocarse serán, de manera unificada, las que consagra el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989⁶⁰ consagra nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos que se

⁵⁷ La Ley 1150 de 2007 fue promulgada el 16 de julio del mismo año, en el Diario Oficial No. 46691 fecha en la cual entraron en vigencia los artículos 9º y 17; los demás artículos empezaron a regir 6 meses después de su publicación, con excepción del artículo 6º que entrará en vigor después de 18 meses.

⁵⁸ El artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, modificadorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, prescribe lo siguiente:

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

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

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

⁵⁹ Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

⁶⁰ *“Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

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

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

3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia. (Derogado expresamente por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998).

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

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

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

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

profieran en procesos arbitrales originados con ocasión de controversias correspondientes a contratos estatales, con lo cual se elimina la limitación que había impuesto el derogado artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

7.3 Causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven.

No obstante lo anterior, las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en agosto 26 y noviembre 15 de 2011, con ocasión del presente asunto, han puesto de presente que, con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶¹ y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal⁶², las

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

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

⁶¹ “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”.

⁶² “Artículo 121.- Objeto y finalidad

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

Artículo 122.- Consulta facultativa

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

Artículo 123.- Consulta obligatoria

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

Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno

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

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

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

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

Artículo 126.- Trámite

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

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

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

Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante

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

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

8. El caso concreto.

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

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

Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial

Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial”.

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

Empero, no debe olvidarse: **(i)** los principios y características que acompañan al Derecho Comunitario propio del Sistema de Integración Andino, a las cuales se ha hecho extensa referencia en el presente proveído —en particular, de un lado, la supremacía de las normas comunitarias en la materia de la cual se ocupan, respecto del derecho interno colombiano, lo cual obliga a las autoridades nacionales a adoptar todas las medidas necesarias para brindar eficacia a las disposiciones comunitarias y, de otro, la aplicabilidad directa de estas últimas en el sistema jurídico patrio—;

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

(iii) la indiscutible fuerza obligatoria —dada su naturaleza jurisdiccional y de pronunciamiento que hace tránsito a cosa juzgada— de las decisiones adoptadas por el TJCA en procesos de incumplimiento adelantados en contra de los Estados Miembros de la Comunidad Andina de Naciones, como en particular de las resoluciones proferidas en el citado proceso identificado con el No. 03-AI-2010, en el cual se declaró el incumplimiento de normas comunitarias andinas por parte del Consejo de Estado de Colombia, y

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

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

Por consiguiente, en el asunto *sub examine* el Consejo de Estado mal podría disponer cosa distinta a acatar lo que falló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia y su respectivo auto aclaratorio, de fechas 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011, para tener que “*dejar sin efectos*” entonces la sentencia que en su oportunidad dictó la Sección Tercera de esta Corporación, el día 27 de marzo de 2008 —dentro del proceso con Radicación: 1100103260002007-000010-00; Expediente: 33.645—, la cual tuvo como propósito resolver el recurso de anulación que interpuso la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., contra del laudo arbitral de 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 que surgieron entre dicha entidad y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito el 11 de noviembre de 1998.

Así lo dispuso expresamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando en el parcialmente transcrito auto de 15 de noviembre de 2011, aclaratorio de su sentencia de agosto 26 de ese mismo año, puntualizó:

“ ... en consecuencia, debe el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, realizar las siguientes acciones:

- ***De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano, dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación.***

“

- ***Es decir, en este momento la obligación que tiene el Consejo de Estado es dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación ...”.***

8.2.- Ahora bien, además de “*dejar sin efectos*” el fallo en comento, se impone destacar que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también resolvió que el Consejo de Estado debía adoptar otras determinaciones, esta vez relacionadas directamente con el laudo arbitral que fue sometido a examen de la Sección Tercera por conducto del referido recurso extraordinario de anulación, a propósito de lo cual señaló que sus pronunciamientos de agosto 26 y de noviembre 15, ambos del año 2011, debían tenerse como la propia interpretación prejudicial que en este caso debería solicitar el Consejo de Estado antes de resolver sobre el correspondiente recurso extraordinario de anulación, interpretación prejudicial que por razones de economía procesal debe tenerse por surtida y ocurre que a través de esa misma interpretación prejudicial, el TJCA concluyó que el correspondiente Tribunal de Arbitramento inobservó la obligación que tenía de solicitar la interpretación prejudicial antes de fallar sobre el litigio sometido a su conocimiento, todo según lo reflejan los siguientes apartes:

“ ...

- ***De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia de 26 de agosto de 2011, el Consejo de Estado debería solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consultando si los Tribunales Arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal considera que la presente Sentencia ya contiene las pautas rectoras que le permitirán al Consejo***

de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales.

- *Es decir, en este momento la obligación que tiene el Consejo de Estado es dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, tomando dichas determinaciones como la interpretación prejudicial en los mencionados procesos, debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente”.*

De las providencias en cita, para la Sala, se desprende con claridad que en esta ocasión el Consejo de Estado también se encuentra en el deber de declarar la nulidad del correspondiente laudo arbitral, determinación que encuentra apoyo adicional en la pauta jurisprudencial que sentó el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el reciente pronunciamiento que, referido a un caso análogo a aquél respecto del cual versa la presente decisión, fijó los parámetros que deben tenerse en cuenta cuando haya lugar a decidir recursos extraordinarios de anulación promovidos contra laudos arbitrales en aquellos eventos en los cuales los correspondientes Tribunales de Arbitramento, estando obligados a ello por las circunstancias inherentes al caso sometido a su estudio, no hubieren satisfecho la exigencia de solicitar al TJCA una interpretación prejudicial respecto de normas andinas de imperativa aplicación al supuesto específico bajo examen⁶³:

“Teniendo en cuenta que la presente consulta se realizó en el marco de un recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral, y que el Consejo de Estado manifestó que sólo es competente para conocer de los posibles defectos por “errores in procedendo” que pudieren afectar la validez de la decisión arbitral, quedando impedido, por lo tanto, de analizar aspectos sustanciales del caso particular, el Tribunal estima conveniente aclarar algunos puntos en relación con la figura de la interpretación prejudicial en el marco de los recursos extraordinarios, y en especial del recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral.

(...)

Ahora bien, en el evento en que estemos en frente de un recurso extraordinario con las características ya anotadas, surge un interrogante: ¿si se presenta un recurso extraordinario sin que se hubiere solicitado la interpretación prejudicial en la última instancia, qué debe hacer el juez de conocimiento?

Se presentarían dos hipótesis:

- Que el recurso extraordinario se sustente en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia.

En este caso el juez competente, una vez verificada la ausencia de la consulta prejudicial, debe declarar la nulidad o invalidez de la sentencia. De conformidad

⁶³ El TJCA denominó el pronunciamiento en cuestión de la siguiente manera: “*Interpretación prejudicial, de oficio, de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de la Decisión 500 de 22 de junio de 2001 (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), con fundamento en la consulta solicitada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia – Proceso 57-IP-2012–*”. En el proceso que cursó ante el Consejo de Estado en el caso citado, las partes fueron las siguientes: Demandante: COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.; Demandada: EPM TELECOMUNICACIONES S.A., E.S.P.

con lo que disponga su normativa procesal interna, deberá tomar alguna de estas acciones:

- Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia, para así poder emitir en debida forma la sentencia.
- Que el recurso extraordinario no se sustente en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiera a la interpretación de normas comunitarias o, de conformidad con la naturaleza del asunto, se deban aplicar éstas.

(...)

En este orden de ideas, el Consejo de Estado al conocer de un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. Es muy importante reiterar una vez más, que la falta de interpretación prejudicial, de conformidad con los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normativa interna.

El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de Arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.

Ahora bien, una vez que el juez extraordinario anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar alguna de las siguientes acciones:

- Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia.

(...)

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

CONCLUYE:

Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

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

Cuando la corte nacional, en este caso el Consejo de Estado, se enfrente a un recurso extraordinario, que para el caso particular sería el de anulación de un laudo arbitral, debe tener en cuenta las siguientes hipótesis: *[las anteriormente referidas dentro de este mismo pronunciamiento]*.

Por consiguiente, además de “*dejar sin efecto*” la mencionada sentencia por cuya virtud la Sección Tercera del Consejo de Estado, a su turno, declaró en su momento infundado el recurso de anulación que se interpuso contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, y su aclaratorio de 15 de enero de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento que en su oportunidad se constituyó con el fin de dirimir las controversias surgidas entre las E.T.B. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre ellas el 13 de noviembre de 1998, en el presente pronunciamiento también deberá declarar la nulidad del mencionado laudo arbitral.

En consecuencia, a través de la presente providencia, en cambio, se declarará la nulidad del referido laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, con fundamento en la causal de anulación precedentemente mencionada, consistente en la omisión en que incurrió el Tribunal de Arbitramento, en relación con el deber de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso que fue sometido a la decisión de dicho Tribunal de Arbitramento.

8.3.- Ahora bien, después de cumplir la decisión de declarar la nulidad del correspondiente laudo arbitral de diciembre 15 de 2006, y su aclaratorio de 15 de enero de 2007, cabe preguntar si la Sección Tercera del Consejo de Estado deberá adoptar alguna decisión adicional para dar total y adecuado cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del presente asunto, cuestión que resulta de la mayor importancia tanto por razón del marco normativo y jurisprudencial que se ha expuesto, del cual se derivan en forma evidente los efectos vinculantes de las decisiones del TJCA, como por razón del propósito decidido que anima a la Sección Tercera del Consejo de Estado para cumplir a cabalidad con dichas decisiones.

En el anotado sentido de dilucidar el último interrogante que se deja planteado, la Sala encuentra dos pronunciamientos, en este mismo asunto, que provienen del mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que resultan antagónicos o al menos disímiles entre sí, a propósito de un mismo punto.

En efecto, de un lado se tiene que en el auto de noviembre 15 de 2011, aclaratorio de la sentencia de agosto 26 de ese mismo año, el TJCA hizo expresa referencia al hecho de que la Interpretación Prejudicial que deba solicitarse en relación con las normas andinas que deban aplicarse directamente a los aspectos sustanciales de la litis que fue sometida a conocimiento del correspondiente Tribunal de Arbitramento será cuestión que deberá cumplirse en su debida oportunidad, “... **una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas ...**”, según los siguientes términos:

“- Es decir, en este momento la obligación que tiene el Consejo de Estado es dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, tomando dichas determinaciones como la interpretación prejudicial en los mencionados procesos, debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente.

Que, ahora bien, la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (subrayas añadidas).

De otro lado, sin embargo, tal como se indicó en el apartado de antecedentes de esta providencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió una nueva decisión el pasado 18 de julio de 2012, por medio de la cual se refirió a los alcances de lo que dispuso ese mismo Tribunal el 26 de agosto de 2011 dentro de este asunto para señalar, en esta nueva oportunidad, que después de anular los correspondientes laudos arbitrales, el Consejo de Estado debería “... **como efecto, devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que, de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo ...**”, ello en los siguientes términos:

“Que, para dar cabal cumplimiento a la sentencia a la sentencia de 26 de agosto de 2011, la República de Colombia a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debe realizar las siguientes acciones:

Proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que surgió la obligación para el Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial, es decir, antes de la emisión de las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

Continuar el proceso tomando la Sentencia de 26 de agosto de 2011, expedida en el marco del proceso de incumplimiento 03-AI-2010, como la interpretación prejudicial que debió solicitar el Consejo de Estado. Esta providencia, por economía procesal, se debe tomar como la interpretación prejudicial que fija el sentido y alcance de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto.

Anular los laudos arbitrales y, como efecto, devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que, de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo, acogiendo, para tal fin, la providencia que expida en su momento el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

Ante la situación que se deja expuesta y siempre con el ánimo de cumplir de la mejor y más adecuada manera con las decisiones proferidas en este caso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Sección Tercera del Consejo de Estado estima que es su deber efectuar una interpretación razonable de las decisiones comentadas, consultando básicamente el ordenamiento constitucional colombiano como los principios que lo informan, el cual –según se explicó ampliamente– en modo alguno resulta desplazado o modificado por el ordenamiento andino que, bueno es precisarlo, no contiene regulación positiva alguna acerca del régimen arbitral aplicable en la subregión.

Pues bien, en ese sentido resulta fundamental destacar que si bien la Constitución Política de Colombia, en su artículo 116, contempla y autoriza a los particulares para que, en su condición de árbitros debidamente habilitados por las partes, puedan ser investidos de la función de administrar justicia, lo hace sobre la base de concebir dichas facultades de manera esencialmente **transitoria**, razón por la cual, según el régimen arbitral vigente en el país, la jurisdicción y competencia que asisten a cada Tribunal de Arbitramento desaparecen –al igual que acontece con el Tribunal mismo, comoquiera que se desintegra–, entre otras razones, en cuanto cobra firmeza el laudo expedido, independientemente de que con posterioridad pueda ser anulado por el juez del recurso extraordinario.

A este diseño constitucional se aviene perfectamente, en criterio de la Sala, la postura que asumió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de su auto de noviembre 15 de 2011, aclaratorio de su sentencia de agosto 26 de ese mismo año, en cuanto nada ordenó de manera específica y adicional a la decisión de anulación de los laudos correspondientes, sobre la base, según se dejó explicado, de considerar que “... *la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria*”.

Por el contrario, la decisión adoptada por el TJCA el 18 de julio de 2012 para efecto de señalar que una vez anulado el laudo el Consejo de Estado debería “**devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial**”, esto es al Tribunal que profirió el laudo cuya nulidad será declarada mediante este pronunciamiento, resultaría abiertamente contraria a tales postulados constitucionales como al régimen legal colombiano que se ha encargado de su desarrollo.

Ciertamente, según la normativa colombiana en materia de arbitramento, la competencia del Tribunal Arbitral, originada en la habilitación que las partes le otorgan con arreglo a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, es una atribución competencial que desaparece cuando el Tribunal cesa en sus funciones –y, por consiguiente, se disuelve o desintegra, como antes se indicó– lo cual acontece –en lo que al presente asunto interesa– “por la ejecutoria del laudo, o de

la providencia que lo adicione, corrija o complemente”⁶⁴, de lo cual se desprende que la exigencia que aparentemente contendría el aludido auto de julio 18 de 2012, del TJCA, determinaría una obligación de imposible cumplimiento toda vez que, en estricto rigor, el Tribunal de Arbitramento que expidió el laudo que aquí se anulará ya dejó de existir para el mundo jurídico y aun en el supuesto hipotético de que volvieran a reunirse quienes en su momento integraron dicho Tribunal de Arbitramento, lo cierto es que no podrían obrar en ejercicio de la competencia que les fue conferida por las partes para emitir un nuevo laudo en reemplazo de aquel cuya nulidad será declarada mediante esta decisión, comoquiera que esa competencia desapareció con la cesación, por parte del Tribunal Arbitral de marras, en el ejercicio de sus funciones.

Asumir que el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo que ha de anularse pueda continuar sesionando y funcionando en cualquier tiempo, a pesar de haber cesado en sus funciones y a pesar de haberse disuelto como tal, sólo significaría entender la existencia de dicho Tribunal de Arbitramento como una institución con vocación de permanencia, cuestión que –bueno es reiterarlo– reñiría abiertamente con el postulado constitucional que concibe, tutela y autoriza la existencia de la denominada justicia arbitral pero sobre la base de su transitoriedad.

Acerca del carácter eminentemente transitorio de las funciones judiciales que están llamados a cumplir los árbitros, la Corte Constitucional puntualizó:

“En relación con este tema es pertinente recordar que, de conformidad con lo establecido en el inciso 4° del artículo 116 superior, la habilitación para que particulares administren justicia en calidad de árbitros es eminentemente temporal, “en los términos que determine la ley”. Así, es forzoso entender que los árbitros designados por las partes sólo tienen la calidad de tales dentro de los límites temporales que hayan sido previstos, por fuera de los cuales conservan su habitual calidad de personas particulares”⁶⁵.

Así las cosas y, se insiste, con el fin de alcanzar la mejor, la más razonable y la más coherente interpretación posible a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el presente caso, para efectos de asegurar su efectivo y adecuado cumplimiento, la Sala entiende que, como bien lo expresó el auto aclaratorio del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en noviembre 15 de 2011, después de anulado el laudo sólo procedería –cuestión que consulta perfectamente el ordenamiento constitucional y legal colombiano– la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento, convocatoria que debería efectuarse con sujeción a las normas que regulan la materia, nuevo Tribunal de Arbitramento que tendría, por tanto, el deber de satisfacer la exigencia impuesta por el ordenamiento andino en el sentido de solicitar la Interpretación Prejudicial que resulta imperativa en el caso sub examine para que, posteriormente, con apoyo en dicha Interpretación Prejudicial y de haber lugar a ello, se profiera el correspondiente laudo arbitral.

⁶⁴ El artículo 167 del Decreto 1818 de 1998, a este respecto, establece lo siguiente: *“El Tribunal cesará en sus funciones:*

- 1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en el presente decreto.*
- 2. Por voluntad de las partes.*
- 3. Por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente.*
- 4. Por la interposición del recurso de anulación.*
- 5. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga”.*

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1031 del 3 de diciembre de 2007. MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Por las mismas razones expuestas, esto es que el mismo Tribunal Arbitral que profirió el pluricitado laudo de diciembre 15 de 2006 en la actualidad carece de existencia tanto jurídica como ontológica, la Sección Tercera se limitará a ordenar que se envíe copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento a los árbitros que lo integraron y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

8.4.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del laudo arbitral de 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 ETB y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre ellas el 13 de noviembre de 1998 y para evitar que la decisión que se adopta mediante el presente proveído —que pone fin a las actuaciones iniciadas con ocasión de este específico y excepcional caso concreto— pueda dar lugar a la consolidación de algún tipo de enriquecimiento sin causa en favor de alguna de las partes involucradas en el proceso arbitral respectivo, en el presente pronunciamiento se dispondrá la restitución, debidamente indexadas - entre la fecha del pago y la de su efectiva devolución- de conformidad con las fórmulas acogidas para tal efecto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de las sumas de dinero que hubiere pagado la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P. en cumplimiento del laudo arbitral cuya nulidad aquí se declara.

Debe precisarse, de todos modos, en primer lugar, que no resulta procedente, en este proveído, ordenar a COMCEL la devolución de suma concreta de dinero alguna comoquiera que no obra prueba en las actuaciones iniciadas para dar cumplimiento a lo resuelto por el TJCA en su sentencia de 26 de agosto y en su auto aclaratorio de 15 de noviembre de 2011, de que la ETB hubiere realizado pago alguno en favor de COMCEL por el anotado concepto y menos se tuvo la posibilidad de que el material probatorio hipotéticamente encaminado a demostrar tal circunstancia hubiere sido controvertido por los eventualmente interesados en hacerlo; adicionalmente y en segundo término, debe indicarse que tampoco resulta viable jurídicamente ordenar el pago de intereses comerciales y/o moratorios sobre tales sumas de dinero, toda vez que la obligación de pago, en la modalidad de reintegro, a cargo de COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P., surgiría como consecuencia de la presente providencia.

La Sala no hará pronunciamiento alguno acerca del reintegro de las sumas de dinero que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., hubiere pagado por concepto de gastos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo del 15 de diciembre de 2006, incluidos los honorarios de los árbitros, en primer lugar, porque tanto el ordenamiento andino como el interno no tienen prevista esa consecuencia para los eventos en los cuales se configure la referida causal de anulación que se debe aplicar en este caso y, en segundo lugar, porque a ese respecto las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina **nada** decidieron y **nada** manifestaron, cuestión que limita la competencia que en esta oportunidad ha asumido el Consejo de Estado como Juez Comunitario llamado únicamente a asegurar el cumplimiento efectivo de las decisiones del referido Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

8.5.- Bien merece la pena subrayar en este lugar que si bien es verdad que la demanda de incumplimiento que origina el presente proveído fue instaurada ante

el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., contra la República de Colombia —Sección Tercera del Consejo de Estado—, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante oficio 389 SG-TJCA-2010, notificó a COMCEL de dicho libelo como tercero interesado en el resultado del proceso, razón por la cual le corrió traslado de la misma y le comunicó que disponía “*de 40 días continuos para proceder a su contestación*”.

Asimismo, una vez fueron comunicadas a esta Corporación la sentencia de 16 de agosto y el auto del 15 de noviembre proferidos por el TJCA en el presente asunto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó que se notificara a y se pusieran en conocimiento de COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P. las actuaciones que fue menester iniciar con el propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de modo que la sociedad comercial en cuestión, según se refirió en detalle en el apartado de antecedentes de este pronunciamiento, tuvo la oportunidad —de la cual efectivamente hizo ejercicio— de ser escuchada en el trámite del asunto *sub lite*; por tanto, la presente decisión se profiere con pleno respeto y garantía de los derechos de audiencia y de contradicción de los cuales es titular la compañía COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P. la cual se encuentra obligada a cumplir lo que se dispondrá en la parte resolutive de este proveído, en acatamiento de lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

8.6.- Por último, se impone señalar que para la Sección Tercera del Consejo de Estado no son de recibo las posturas expuestas tanto por el Ministerio de Justicia y del Derecho como por el Ministerio Público, según las cuales la forma de cumplir con las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estaría constituida por el trámite del recurso extraordinario de revisión, con el propósito de que a través del mismo se pudiese obtener la información del fallo que en su oportunidad dictó esta misma Corporación el resolver el tantas veces mencionado recurso extraordinario de anulación, por varias razones, a saber:

En primer lugar, porque resulta evidente que el recurso de revisión se encuentra sometido al principio dispositivo, en cuya virtud el Consejo de Estado mal podría tramitarlo o resolverlo de manera oficiosa y, por tanto, si la parte interesada no lo promoviere dentro de los plazos legales establecidos para el efecto o lo hiciera sin observar las exigencias y la técnica que lo caracterizan según el ordenamiento vigente, se quedarían entonces sin cumplimiento efectivo las decisiones de carácter judicial y que con fuerza de cosa juzgada ya profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuestión que resultaría inaceptable para la Sala en la necesidad de contribuir al respeto, cumplimiento y consolidación del ordenamiento comunitario andino.

En segundo lugar, porque la precisión y las restricciones que para el recurso extraordinario de revisión representan las causales taxativamente establecidas para su prosperidad, también suponen el riesgo de que las hipótesis fácticas de tales causales no se configuren plenamente a propósito de circunstancias como las que han dado lugar al presente pronunciamiento, situación que igualmente generaría el riesgo, inadmisibles para la Sala, de que las decisiones judiciales y en firme del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pudieran quedarse sin cumplimiento.

Y en tercer lugar, porque el trámite legal del recurso extraordinario de revisión supone y exige unos términos cuya observancia suponen, por su propia naturaleza, la imposibilidad de cumplir con celeridad, eficiencia y eficacia

decisiones que ya fueron adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En los anteriores términos la Sala considera que se cumplen y satisfacen en su totalidad las decisiones que fueron adoptadas y los requerimientos que se desprenden de la Sentencia y su Auto Aclaratorio, fechados en agosto 16 y noviembre 15, respectivamente, ambos del año 2011, proferidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en su condición de Juez de la Comunidad Andina y en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia del 26 de agosto de 2011 y su respectivo auto aclaratorio del 15 de noviembre del mismo año, así como en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento que manifestó la señora Consejera de Estado **Olga Mélida Valle de De La Hoz** y, en consecuencia, separarla del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: ACEPTAR el impedimento que manifestó el señor Consejero de Estado **Danilo Rojas Betancourth** y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del presente asunto.

TERCERO: RECONOCER personería a la doctora **Hilda María Pardo**, portadora de la tarjeta profesional de Abogado No. 28.613 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la compañía **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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.

Las indexaciones a que hubiere lugar se harán aplicando la fórmula $R_a = R_h (if/ii)$, donde (R_a) es cada de las sumas a pagar, (R_h) es cada una de las sumas históricas que deberán actualizarse, (if) es el índice de precios al consumidor del mes anterior a esta providencia e (ii) es el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** efectuó el pago de las sumas mencionadas a **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**

SÉPTIMO: ORDENAR que por Secretaría se remita una copia íntegra y autenticada de la presente decisión con destino al expediente del recurso extraordinario de revisión que en la actualidad cursa en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, bajo la conducción del señora Magistrada **Martha Teresa Briceño**, promovido contra la sentencia que dictó la Sección Tercera de la Corporación el 27 de marzo de 2008, al resolver el recurso extraordinario de anulación promovido contra el laudo arbitral fechado en diciembre 15 de 2006, mediante el cual se dirimieron 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.

OCTAVO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas e íntegras de la presente providencia con destino tanto a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, como a la compañía **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**

NOVENO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas e íntegras de la presente providencia con destino a cada uno de los titulares o representantes legales de los Ministerios de Justicia y del Derecho, de Relaciones Exteriores, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de Comercio Industria y Turismo y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

DÉCIMO: ORDENAR que por Secretaría se remita copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

DÉCIMO PRIMERO: ORDENAR que por Secretaría se remita copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y por conducto de dicho Centro de Arbitraje a todos y cada uno de los profesionales del Derecho que, en su condición de árbitros, integraron el correspondiente Tribunal de Arbitramento y a quien fungió como secretaria del mismo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y CÚMPLASE,

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente