

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Procedencia / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Excepción al principio de cosa juzgada

De lo establecido en los artículos 248 y siguientes del CPACA así como lo dispuesto en la sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009, se concluye que el recurso extraordinario de revisión, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por todas las autoridades judiciales que integran la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art.248) y debe interponerse por medio de demanda que reúna los requisitos prescritos por el artículo 252 de ese mismo Estatuto Procesal, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañado de los documentos necesarios y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y pretenda hacer valer. La revisión es entonces un mecanismo extraordinario de impugnación que se erige como excepción al principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada material porque recae sobre una relación procesal cerrada, en tanto posibilita controvertir un fallo ejecutoriado con la única finalidad que se produzca una decisión ajustada a la ley, pero siempre y cuando no se discutan aspectos de fondo adoptados en la decisión o las razones jurídicas que llevaron al fallador de instancia a proferir la sentencia. Por ello, su aplicación está supeditada a la rigurosa y estricta configuración de las causales previstas en la ley que giran en torno a asuntos procedimentales. En efecto, las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, según las voces del artículo 250 del CPACA, son de naturaleza taxativa y de exclusivo corte procedimental o probatorio

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 248 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causal octava. Violación del principio de la cosa juzgada / COSA JUZGADA – Importancia / COSA JUZGADA – Presupuestos configurativos

La cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales dentro del Estado de Derecho y, concurre en forma inseparable con otros principios como son la seguridad jurídica, la unidad jurisdiccional y la intangibilidad de las decisiones judiciales en firme, y convergen en imposibilitar la existencia de dos o más decisiones judiciales con identidad absoluta sobre las cuestiones de las cuales se pronuncian, es decir, sobre la misma materia, frente a las mismas partes, con la misma causa y objeto. La importancia de ese principio se materializa al ser elevado a rango constitucional, como se observa en el mandato superior 243 de la Constitución Política, respecto de los fallos de la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional, y esta Alta Corte ha decantado cómo manejar la figura dentro del ámbito del derecho constitucional, tomando como referente y base el alcance de la figura utilizada por años desde la óptica del derecho procesal. (...) La cosa juzgada, conforme a la regulación y a las directrices jurisprudenciales y dentro del marco de la controversia contractual, laudatoria arbitral, que es la subyacente a todo este periplo de decisiones, y la extraordinaria de anulación contra la decisión de los árbitros, requiere para su configuración, conforme el artículo 189 del CPACA, tres presupuestos, cuya concurrencia debe ser absoluta, para dar cabida a la prosperidad del vocativo de cosa juzgada. Esos tres presupuestos, que se advierten claramente la regulación procesal contencioso administrativa y en la procesal civil, son: Un aspecto subjetivo, materializado en la identidad de partes, circunscrito a quienes son sujetos procesales obligatorios, es decir, sujetos pasivo y activo y litisconsortes necesarios, es decir, que sean los mismos en ambos procesos. Un aspecto de propósito, como es la identidad de

objeto, es decir, el tema del litigio sobre lo cual recae. En este evento, es necesario tener en cuenta la causa petendi o el petitum, que coincidan entre los procesos, aunado a ello que las decisiones en ambos procesos converjan en su identidad. En este punto es importante tener en cuenta que mientras las decisiones judiciales hayan decidido aspectos diferentes de la causa petendi, no puede predicarse cosa juzgada, salvo que -parafraseando las palabras de la Corte Constitucional- a partir de un estudio minucioso por parte del operador jurídico que analiza la existencia de esta figura, evidencie en forma razonable, que existe cosa juzgada material porque su contenido sustancial, sí se evidencia igual aunque no se está ante una decisión formalmente idéntica con la que se compara. Un aspecto de génesis, reflejado en la identidad de causa o motivación por la cual se incoó y se trabó la litis, el por qué el litigio, es decir, que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente y sea el fundamento jurídico de una segunda. (...) Finalmente, para la Sala de Decisión, es en la identidad de causa, en el porqué del proceso, en el que emerge más evidente como elemento no idéntico dentro de los presupuestos para predicar la cosa juzgada, precisamente en recaudo de lo ya considerado, es evidente que la motivación de la sentencia de 9 de agosto de 2011 impugnada en revisión, fue el cumplimiento de la decisión del TJCA, de cuya omisión se estaba responsabilizando al Estado Colombiano por la actuación de sus jueces y árbitros nacionales, mientras que la decisión de 21 de mayo de 2008, tuvo como causa, las divergencias de las partes contractuales puntualmente sobre el cargo de acceso de interconexión dentro del contrato por ellas celebrado y en el que pactaron la cláusula compromisoria. (...) En el presente caso, la Sala constata que la causal invocada por la parte recurrente como fundamento del recurso extraordinario de revisión no está llamada a prosperar, puesto que los presupuestos necesarios para configurar la cosa juzgada no coinciden

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 189 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 243

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causal quinta. Nulidad originada en la sentencia / CAUSAL QUINTA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Elementos configurativos

Para que se configure esta causal resulta necesario que el vicio se genere en el preciso momento en que se dicta la sentencia objeto de censura contra la cual no procede el recurso de apelación, pues si se trata de un reclamo acaecido en una etapa previa a ésta, no tendrá cabida el recurso extraordinario de revisión, salvo, que se trate de circunstancias que aunque ocurrieron con anterioridad no pudieron ser advertidas por el recurrente que solo las conoció con la sentencia. Lo contrario, equivaldría a permitir que el mencionado recurso se convierta en una oportunidad para subsanar la incuria o desidia en que las partes incurrieron en el trámite del proceso ordinario al no proponer las nulidades del caso de acuerdo con las reglas de oportunidad previstas en el artículo 134 del C.G.P. Ahora bien, sobre los supuestos que dan origen a esta causal, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado los siguientes: a. Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque con esto se revive un proceso legalmente concluido. b. Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido. c. Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más, o menos jueces de los requeridos legalmente. d. Pretermitir la instancia, por ejemplo: i) al proferir una sentencia sin motivación o ii) violar el principio de la non reformatio in pejus [como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada].e. Decidir aspectos que no

corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez. En resumen, puede decirse que las causales de nulidad de las sentencias están enmarcadas en dos grupos a saber, el compuesto por las irregularidades originadas en vicios que constituyen causal de nulidad del proceso y solo pudieron ser advertidos en la sentencia y, las relativas a los vicios que contiene la sentencia.(...) Lo que advierte la Sala es que la falta de competencia y/o jurisdicción que la recurrente imputa a la Sección Tercera del Consejo de Estado por los eventos que explicó como fundamento de su segunda censura, no tienen otra causa sino una orden del TJCA quien como máximo órgano jurisdiccional del Derecho Comunitario está investido de esa potestad -lo que es indiscutible y no cuestionable en este recurso extraordinario- y frente al cual nadie desconoce su fuerza vinculante, de aplicación directa e inmediata, lo que implica que el ordenamiento interno simplemente en las materias ya trasladadas a los órganos supranacionales, tiene una función de complementariedad y ello incluye las normas procesales internas. En efecto, la aplicación del derecho procesal interno a temas que son del resorte del derecho comunitario y regentados por las normas comunitarias y en juzgamiento de los jueces nacionales, se hizo evidente ante el encausamiento de una acción que la normativa comunitaria prevé para definir la situación de responsabilidad internacional por incumplimiento a normas supranacionales a las que se estaba viendo abocada la Nación. (...) La Sala de Decisión, insiste nuevamente en que la Sección Tercera, tuvo como propósito acatar la decisión del TJCA, y la restitución de las posibles sumas pagadas devenidas de una decisión que como ya se analizó a lo largo de estas consideraciones fue anulada y considerada por el TJCA como violatoria del debido proceso, razón por la cual en realidad no se trata de una condena sino de una solución acorde a lo acontecido. Es más, lo cierto es que la controversia arbitral será objeto de decisión por la autoridad competente quien, conforme a lo indicado por el TJCA deberá en su potestad y competencia solicitar la interpretación prejudicial de la normativa andina aplicable a la controversia de interconexión entre ETB y COMCEL y, así mismo, el Consejo de Estado, como juez de la anulación del laudo, debe verificar que la autoridad que decide lo haya efectuado, para evitar el yerro de violentar el debido proceso en el ámbito supranacional comunitario. Estas mismas razones no permiten evidenciar la incongruencia por haber fallado extra petita que la revisionista alegó sin mayor carga argumentativa, y que tampoco encuentra prosperidad, pues se reitera la decisión del TJCA ordenó la anulación de las decisiones y retrotraer la actuación, razón por la cual los dineros de condena o que se ordenaron pagar con cargo a las decisiones anuladas y retrotraídas carecen de soporte y no es del caso que la recurrente insista en quedarse con ellas. Visto todo el desarrollo de los acontecimientos, la Sala de Decisión no encuentra que se configure la causal de revisión contenida en el numeral 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 que prescribe “Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación” por las razones previamente expuestas, por lo que corresponde a la Sala Especial de Decisión N° 4 de esta Corporación declarar infundado el recurso extraordinario de revisión por esta causal

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 134 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA CUARTA ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02042-00 (REV)

Actor: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E. S. P

Decide la Sala Especial de Decisión N° 4 el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la sociedad **COMCEL S.A.**, a través de apoderado judicial, el 16 de septiembre de 2013¹, contra la sentencia de 9 de agosto de 2012, aclarada mediante providencia de 6 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del radicado 11001032600020120001800 (43.195)², que dispuso dejar sin efectos tanto la sentencia confirmatoria en recurso de anulación de 21 de mayo de 2008 como el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, que se constituyó para 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 directa de redes celebrado el 13 de octubre de 1998 y, ordenó unas restituciones.

El propósito del recurso extraordinario, según la manifestación expresa de la recurrente es que el Consejo de Estado, revise las decisiones adoptadas “*dentro del trámite sui generis que para el efecto inventó y denominó de ‘encuadernación’ radicado bajo el No. 11001032600020120001800 (43.195)*”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones del recurso extraordinario de revisión

La censora solicitó al juez extraordinario lo siguiente:

“PRIMERO.- Invaldar y/o decretar la nulidad de la providencia de fecha 9 de agosto de 2012, aclarada mediante providencia de 6 de septiembre de 2012, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso de encuadernamiento 11001032600020120001800 (43.195).

¹ Folios 1 a 53 cuaderno principal. Se admitió por auto de 26 de septiembre de 2013 (fls.161 a 162 cdno. ppal) bajo la regulación del CPACA que ya se encontraba vigente al momento de incoar el recurso extraordinario.

² Los Consejeros Enrique Gil Botero y Mauricio Fajardo Gómez salvaron el voto.

SEGUNDO.- Ordenar constituir el tribunal de arbitramento, desde el momento previo a la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y previo al momento de dictar el laudo arbitral”.

La parte recurrente señaló como aspectos previos y de trascendente información, los siguientes:

La Sección Tercera del Consejo de Estado profirió la providencia de 9 de agosto de 2012, sin aclarar la naturaleza jurídica de esa decisión, es decir, si es sentencia o auto. Tampoco lo clarificó en el auto de aclaración de 6 de septiembre siguiente.

Indicó que, interpuso tutela contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, por la violación a sus derechos fundamentales del debido proceso y del acceso a la administración de justicia, para que se dejaran sin efecto las providencias de 9 de agosto y de 6 de septiembre de 2012. El amparo fue denegado por la Sección Cuarta el 28 de febrero de 2013 (rad. 20120178500), al no haberse agotado los mecanismos de defensa judicial ante la falta de interposición del recurso extraordinario de revisión.

Destacó que el juez de amparo, calificó a las providencias impugnadas de sentencia y de auto aclaratorio, respectivamente, al igual que lo hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el mandamiento de pago dictado dentro del proceso ejecutivo que la ETB interpuso contra COMCEL.

Esas las razones por las cuales la recurrente extraordinario en revisión indica que se ve en el deber de entender que se trata de una sentencia y de su respectivo auto aclaratorio.

Sobre los antecedentes indicó los siguientes fundamentos fácticos:

1.2. Dentro de las acciones subyacentes

a. El arbitramento fue convocado por COMCEL en contra la ETB, quien adoptó la decisión el 15 de diciembre de 2006, siendo favorable al convocante y condenando a la ETB a pagarle una suma determinada.

b. La decisión arbitral fue impugnada mediante recurso extraordinario de anulación que interpusiera la ETB y la decisión la adoptó, la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 21 de mayo de 2008, en la que declaró infundado el recurso de anulación, es decir, confirmó la decisión del Tribunal de Arbitramento.

c. La ETB demandó en tutela al Consejo de Estado y al Tribunal de Arbitramento por las decisiones adoptadas dentro del arbitramento y su

respectivo recurso extraordinario, correspondiendo a la Sección Cuarta quien denegó el amparo.

d. La ETB interpuso recurso extraordinario de revisión en contra del fallo que declaró infundado el recurso de anulación.

e. Indicó que luego la Sección Tercera en pleno inició “*la encuadernación*” y mediante decisión de 9 de agosto de 2012, aclarada por auto de 6 de septiembre siguiente, declaró la ineficacia del fallo de 21 de mayo de 2008 que declaró infundado el recurso de anulación y del laudo arbitral.

f. La Sección Tercera justificó su actuación en el cumplimiento de una orden del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y con un trámite que no goza de configuración legal, la Sección Tercera dejó sin efectos providencias judiciales que llevaban más de cuatro años ejecutoriadas. Con su obrar, la Sección Tercera pretermitió la observancia del ordenamiento jurídico que establece, de manera expresa, un trámite mediante el cual se puede revisar la legalidad de las sentencias ejecutoriadas, como lo es, el recurso extraordinario de revisión.

No tuvo en cuenta que la ETB ya había hecho uso del recurso señalado, el cual se encontraba en trámite incluso antes, durante y con posterioridad al trámite de “*encuadernación*”, y sin que hubiera sido sentenciado.

1.3. Del Tribunal de Arbitramento y el Laudo Arbitral

Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. (absorbida por COMCEL S.A.) y ETB S.A. E.S.P. celebraron contratos de interconexión el 13 de noviembre de 1998.

Entre las contratantes surgió una controversia relacionada con los cargos de acceso de la interconexión, que fue dirimida por Tribunal de Arbitramento, quien dictó tres laudos arbitrales el 15 de diciembre de 2006, ordenando a la ETB el pago a favor de COMCEL por concepto de cargos de acceso.

ETB interpuso recurso extraordinario de anulación contra los respectivos laudos arbitrales, siendo el que interesa a esta causa el que corresponde al número 11001032600020070000800 (33.643).

El referido recurso fue decidido por la Sección Tercera en sentencia de 21 de mayo de 2008, declarándolo infundado.

El 10 de abril de 2008, esto es, con posterioridad a las sentencias que resolvieron los recursos de anulación en los casos COMCEL y CELCARIBE

declarando infundados los recursos “y faltando pocos días para que fuera registrado el proyecto final para fallo, la ETB presentó al Consejo de Estado una solicitud de suspensión del proceso y de interpretación prejudicial. Esta solicitud fue denegada por haberse presentado de manera extemporánea y por tratarse de materias ajenas al derecho comunitario”.

La ETB decidió presentar demandas de tutela en contra de la sentencia que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación y contra el laudo arbitral, los cuales fueron denegados y no fueron seleccionadas para revisión por parte de la Corte Constitucional.

El 31 de mayo de 2010, la ETB presentó recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 21 de mayo de 2008 que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación formulado por la ETB contra el laudo arbitral. Este proceso no ha terminado.

El 26 de mayo de 2010, en ejercicio de la acción de incumplimiento consagrada en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la ETB presentó demanda contra la República de Colombia. La demanda de incumplimiento se fundamentó en que el Consejo de Estado no había solicitado al TJCA la interpretación prejudicial, supuestamente obligatoria, de conformidad con los artículos 122 y 123 de la Decisión 500, con respecto a 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. La República de Colombia contestó la demanda dentro del término legal. El 26 de agosto de 2011, el TJCA profirió sentencia dentro del proceso No. 03-AI-210, en el que declaró que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado había incumplido con la normativa andina por “*no haber solicitado oportunamente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres laudos arbitrales*” y, en consecuencia, que la República de Colombia debía cumplir con el artículo 111 de la Decisión 500, por lo cual, la Nación quedaría obligada a adoptar las medidas necesarias para la debida ejecución de dicha sentencia, sin que el TJCA ordenara declarar la nulidad del laudo arbitral ni profirió declaración contra COMCEL, pues no hizo parte de este proceso ni ETB solicitó declaración o condena en contra de ésta.

La Nación (Ministerio de Comercio, Industria y Comercio), solicitó al TJCA la enmienda de la sentencia de 26 de agosto de 2011 y, en subsidio, su aclaración. Esta solicitud se fundamentó en la falta de claridad sobre quién era el responsable de adelantar las medidas necesarias para la ejecución de la decisión y cuáles eran esos trámites; le informó al TJCA que para el Consejo de Estado, en las circunstancias actuales era imposible adelantar el trámite de interpretación prejudicial y en el hecho de que las decisiones del TJCA usualmente ordenan la adopción de medidas a futuro y no para

situaciones fácticas o jurídicas ya consolidadas, como acontecía en el presente caso. Por auto de 15 de noviembre de 2011, el TJCA rehusó enmendar la sentencia y precisó las acciones que debía adelantar la Sección Tercera, en los siguientes términos: *“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 (...)”*.

El TJCA al proferir la providencia de 26 de agosto de 2011, transformó una sentencia de incumplimiento en una decisión de interpretación prejudicial.

Por su parte la Sección Tercera del Consejo de Estado, justificándose en el cumplimiento de la decisión del TJCA, el **22 de febrero de 2012** en auto huérfano de sustento legal, diseñó una figura totalmente extraña a la legislación colombiana, cuando dispuso incorporar en el *encuadernamiento* que para tal efecto crearía: i) la decisión de 22 de febrero de 2012, ii) los documentos remitidos por el Ministerio de Comercio relacionados con las decisiones adoptadas por el TJCA dentro del proceso N° 03-AI-210, iii) copia de la sentencia de 21 de mayo de 2008 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante el cual se resolvió el recurso de anulación contra el Laudo Arbitral. Y ordenó notificar a los representantes legales de ETB y COMCEL de la actuación iniciada con ocasión de las providencias del TJCA, para que se manifestaran, pero en momento alguno notificó a COMCEL para que contestara la demanda o presentara excepciones.

La ETB hizo algunas peticiones y mediante auto de 19 de abril de 2012, la Sección Tercera señaló:

*“...conviene precisar que frente a las decisiones que adopte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concretamente respecto de aquellas que le imponga el 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**”* (negritas en el texto).

El 18 de julio de 2012, el TJCA profirió una nueva decisión en la cual inició procedimiento sumario por incumplimiento en contra de la República de Colombia y formuló cargos por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto

por ese Tribunal el 26 de agosto de 2011, dentro del proceso 03-AI-2010, indicando que luego de la anulación de las decisiones respectivas, el Consejo de Estado debía devolver al Tribunal de Arbitramento la actuación para que solicitara la consulta prejudicial para que así subsanara la omisión en la que había incurrido y profiriera nuevo laudo.

La República de Colombia (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), como país miembro de la Comunidad Andina de Naciones y COMCEL S.A., en su condición de tercero interesado, interpusieron sendos recursos de reconsideración frente a esa decisión, con fundamento en el artículo 88 de la Decisión 500, lo cual suspendía la providencia mientras fuera resuelta, como en efecto aconteció el 28 de agosto de 2012.

Y luego de ello, fue que el Consejo de Estado, en su Sección Tercera, profirió la decisión de 9 de agosto de 2012 que ahora se impugna mediante el recurso extraordinario de revisión, la cual fue notificada por edicto desfijado el 17 de agosto siguiente.

COMCEL S.A. solicitó aclaración y complementación e interpuso recurso de reconsideración, que fueron resueltos en forma desfavorable, en providencia de 6 de septiembre de 2012 notificada el 11 de septiembre siguiente y quedó ejecutoriada el 14 del mismo mes y año.

2. La sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión.

La Sección Tercera del Consejo de Estado profirió decisión el 9 de agosto de 2012, aclarada mediante providencia de 6 de septiembre de 2012, que dispuso entre otras decisiones, las siguientes:

“CUARTO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 21 de mayo de 2008, dentro del proceso con Radicación:11001-03-26-000-2007-0000800; Expediente: 33.643, 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 octubre 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 octubre 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 octubre 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 señor Magistrado **Víctor Hernando Alvarado Ardila**, promovido contra la sentencia que dictó la Sección Tercera de la Corporación el 21 de mayo 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 octubre 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”.³

³ El auto aclaratorio de 6 de septiembre de 2012, en su resolutive negó las solicitudes de aclaración, complementación y enmienda formuladas por COMCEL S.A, declaró improcedente el recurso de reconsideración que ésta interpuso, negó el trámite de solicitud de interpretación prejudicial ante el TJCA, ordenó la remisión de copias de las decisiones adoptadas a COMCEL S.A., ETB S.A: E.S.P., al Ministerio de Justicia y del Derecho, de Relaciones Exteriores, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de Comercio Industria y Turismo y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al TJCA y al Centro de

Como sustento de su determinación, adujo en un primer capítulo nominado la garantía del debido proceso y de los derechos de defensa y contradicción en la presente actuación que dentro de la regulación interna no existe procedimiento específico que determine la forma como deben cumplirse las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en lo que respecta a aquellas que le impongan al Estado Colombiano sobre todo a una autoridad jurisdiccional.

Una primera decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tan solo indicó que el Consejo de Estado debía adoptar las medidas que estimara convenientes para dar cumplimiento a la sentencia y que ello acontecería de conformidad con el derecho procesal interno colombiano.

Destacó que tanto el Tribunal Andino como el Consejo de Estado, le notificó a COMCEL la situación que se presentaba con la decisión supranacional, todo a fin de no proferir de plano las medidas de ejecución de la orden comunitaria, sabiendo que ya existían laudo arbitral y fallo del recurso de anulación adoptados y a fin de no vulnerar el debido proceso y las garantías fundamentales y, así, garantizar su oponibilidad.

Luego se pronunció en un siguiente capítulo sobre la **competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el presente asunto** e indicó que funge como Juez Comunitario, en los 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.

Afrontó el estudio con fundamento en la obligatoriedad de las decisiones y las disposiciones que adoptan y rigen al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a los Estados miembros; las causales que dentro de la normativa interna pueden ser invocadas como fundamento del ejercicio del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales y la forma en que dicha reglamentación debe armonizarse con el Derecho Comunitario Andino.

Indicó que el derecho comunitario o de la integración tiene como propósito armonizar o unificar ámbitos económicos, jurídicos y políticos, dando lugar a un nuevo campo de interrelación entre los países en un escenario de ampliación democrática, por cuanto dan lugar a cuerpos normativos que se incorporan al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y que

resultan obligatorios por la superioridad supranacional sobre las regulaciones internas, las cuales conservan competencias residuales o complementarias de naturaleza legislativa que debe estar acorde con la normativa de la comunidad y en calidad de gestores del interés común y dentro del concepto de soberanía compartida.

Citó la sentencia C-228 de 1995 de la Corte Constitucional para indicar que al sistema comunitario no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen las mismas materias y menos que impidan la aplicación o restrinjan su eficacia y de la particular colaboración que surge entre el juez nacional y el juez comunitario que exigen una interpretación integral y complementaria, sin que exista superposición de una jurisdicción sobre otra.

Destacó 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, pero que el derecho comunitario no tiene prevalencia sobre la Carta Política, sino primacía o prioridad dentro de su función integradora.

El derecho comunitario andino, el cual no tiene prevalencia sobre la Constitución Política, implica que las normas y decisiones de dicho ordenamiento deben sujetarse a las garantías y reglas mínimas, pero en cuanto no se refiere al reconocimiento de derechos humanos sino a la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios o técnicos, etc. (sentencia C-256 de 1998), el Estado miembro no puede sustraerse a las obligaciones del tratado mediante la invocación de la Constitución Política.

Señaló que 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”.

Cuando exista contradicción entre las normas comunitarias y las internas, priman aquellas, que no necesariamente comporta la obligación de derogar la norma interna, pues con ella se resuelven otro tipo de casos. 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 y quedar cobijado por la decisión que adopte el Tribunal Andino a partir de la acción de incumplimiento.

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 imponen, por regla general, la aplicación inmediata de las decisiones del TJCA, salvo *“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”* o la previsión del artículo 15 de la Decisión 425, que prevé: *“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”*.

Con apoyo en las 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.

Explicó las características del derecho comunitario que se traducen en los **efectos directos o inmediatos**, que implica que sean fuente de derechos y de obligaciones tanto para las autoridades públicas como para los habitantes del territorio de los Países Miembros en sus relaciones con otros particulares y en su interacción con las autoridades públicas internas; lo que conlleva *“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”*⁴ (negritas añadidas); en la **autonomía e intangibilidad** que conllevan a que las autoridades de los Países

⁴ [NOTA AL PIE EN EL ORIGINAL] *“ISAAC, Guy, Manual de Derecho Comunitario general, cit., p. 194”*.

Miembros estén imposibilitados de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema de Integración, so pena de que el Estado del cual hacen parte, comprometa su responsabilidad internacional.

Consideró los diferentes niveles normativos dentro del Derecho Comunitario Andino, a saber: normas fundamentales o constitutivas o derecho primario u originario; derecho secundario o derivado que contiene regulaciones proferidas en desarrollo de las atribuciones conferidas a los órganos comunitarios por las mencionadas normas fundamentales; actos y decisiones de los órganos comunitarios cuyo propósito es aplicar, interpretar u orientar en la ejecución del ordenamiento andino y, finalmente, actos y decisiones de apoyo y/o de ejecución por parte de las autoridades de los Estados Miembros, sin los cuales el ordenamiento comunitario carecería de eficacia. Es un derecho interno complementario de las disposiciones emanadas de los órganos del Sistema de Integración.

Luego de definir la normativa aplicable al laudo, con invocación expresa de la Ley 1150 de 2007, consideró que la inobservancia de la obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial sobre las normas comunitarias aplicables al caso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina frente a temáticas específicas que sustentan la controversia, debe entenderse como otra causal, devenida de los artículos 33⁵ y 121⁶ del

⁵ “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”.

⁶ “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;

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del contexto de un **yerro procedimental**, generador de la nulidad del laudo, que puede tener origen en la solicitud de parte o declaratoria de oficio.

Concluyó:

“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, deba declarar la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006”.

Este pronunciamiento de la Sección Tercera como operador jurídico del recurso de anulación y con invocación de su labor como juez comunitario reconoce en forma explícita que la normativa interna no prevé la posibilidad de cuestionar la conformidad de derecho de un laudo en el que el *“(...)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”.*

De tal suerte que justifica la adopción de la decisión en la fuerza coercitiva de los principios y características del Derecho Comunitario que se traducen en su supremacía sobre el derecho interno y en la eficacia de esas disposiciones comunitarias que imponen a las autoridades nacionales a

d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y,

e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.

“Artículo 126.- Trámite. Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal.

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

“Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante. El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

“Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial
Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

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

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

adoptar las medidas necesarias para su aplicación, de conformidad con 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, aunado a las órdenes impartidas, frente a este caso concreto, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 26 de agosto y el 15 de noviembre de 2011, dentro del proceso N° 03-AI-2010, que declaró el incumplimiento del Estado Colombiano por haber omitido la consulta de interpretación prejudicial, decisión vinculante, con fuerza obligatoria, de aplicación directa e intangible para las autoridades judiciales colombianas.

Finalmente, destacó la importancia del Sistema de Integración Andino y su engranaje con el ordenamiento jurídico, que le permiten al TJCA imponer sanciones que resultan gravosas a los Estados que no se avengan a acatar lo decidido mediante la acción de incumplimiento, como aconteció en el presente caso y concluyó:

“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”.

Indicó que no había camino diferente que cumplir la perentoria orden del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la sentencia de 26 de agosto de 2011 y su aclaratorio de 15 de noviembre siguiente de cara a la sentencia de la Sección Tercera de 21 de mayo de 2008 que profirió como juez del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral en el proceso con Radicación 11001032600020070000800, número interno 33.643⁷, de **“dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación”**.

Además, el TJCA indicó que el Consejo de Estado debía tener en cuenta como interpretación propia que el Tribunal de Arbitramento omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial antes de fallar sobre el litigio sometido a su conocimiento y dijo el ente supranacional: *“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*

⁷ La recurrente en anulación fue la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., quien impugnó el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, y su auto 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 13 de octubre de 1998.

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

El Consejo de Estado en su Sección Tercera advirtió la claridad de la orden y para reforzar las consideraciones, se refirió al antecedente que rigió otra de las decisiones que el Tribunal Andino adoptara frente a una de las sentencias que resolvió el recurso de anulación⁸ también contra laudo arbitral entre Comcel y EPM, en un caso análogo por la misma discusión del contrato de interconexión y en el que el TJCA tuvo presente que la consulta se hacía dentro del límite de un recurso extraordinario de anulación. En su literalidad indicó:

“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 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.

⁸ [NOTA AL PIE EN EL ORIGINAL] “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.”]

“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 total.

“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]”.

Todo lo anterior, sirvió de base para que cumpliendo la preteritoria orden del TJCA, dejara sin efecto la sentencia por ella proferida, mediante la cual se declaró infundado el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y su auto aclaratorio de 15 de enero de 2007 proferido por el Tribunal de arbitramento, el cual también anula en virtud de la causal de incumplimiento de la norma supranacional al omitir 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.

Enseguida, procedió a explicar cómo armonizar los efectos consecuenciales de la decisión, por cuanto la justicia arbitral, concretamente el tribunal de arbitramento, no es atemporal como los jueces permanentes que administran justicia, sino limitada en su ejercicio temporal que es de estirpe transitorio, armonizó la decisión del auto aclaratorio del TJCA, al indicar 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 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” y con la decisión que años después asumiera dicha autoridad supranacional dentro de este mismo proceso adiada el 18 de julio de 2012, se refirió a los alcances de lo que dispuso ese mismo Tribunal el 26 de agosto de 2011, y en la que precisó que después de anular los correspondientes laudos arbitrales, el Consejo de Estado debía:

“(...) para dar cabal cumplimiento 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”.*

Consideró que para evitar un posible enriquecimiento sin causa en favor de alguna de las partes involucradas en el proceso arbitral respectivo, dispuso la restitución 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, 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.

Y que no resultaba procedente, ordenar a COMCEL la devolución de suma concreta de dinero, 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. Que tampoco haría pronunciamientos sobre el reintegro de dinero que la ETB hubiera pagado por concepto de gastos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, incluidos los honorarios de los árbitros, porque ni el ordenamiento andino ni el interno tienen prevista esa consecuencia respecto de la causal de anulación de violación a norma supranacional y porque tampoco recibió orden alguna al respecto por parte del TJCA.

Finalmente, manifestó su desacuerdo con las posiciones del Ministerio Público y del Ministerio de Justicia y del Derecho atinentes a que la forma de cumplir con las decisiones del TJCA, era mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión, porque también es un mecanismo típicamente dispositivo de las partes, que el Consejo de Estado no puede tramitar o resolver de oficio y que conlleva la limitante de que la parte recurrente debe observar las exigencias y la técnica estricta que impone la ley y, por ende, era evidente el riesgo de que las órdenes del TJCA no se cumplieran, lo cual resultaba inaceptable.

II. DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

1. Consideración previa de la recurrente

1.1. Indicó que la Sección Tercera, con la decisión censurada, no determinó con claridad si se trataba de un auto o tenía la calidad de sentencia, razón por la cual y para efectos de hacer viable el recurso extraordinario de revisión, se le daría alcance de un fallo.

1.2. Puso de presente que COMCEL, interpuso demanda de tutela por la vulneración de sus derechos al debido proceso y de acceso a la

administración de justicia en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para que el juez del amparo dejara sin efectos las providencias objeto del presente recurso extraordinario de revisión de 9 de agosto de 2012 y de 6 de septiembre siguiente. La decisión fue denegatoria por la Sección Cuarta del Consejo de Estado por existir aún medio de defensa judicial, precisamente, el recurso extraordinario de revisión. COMCEL impugnó la decisión.

2. Las censuras

La recurrente en revisión **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S. A.** (antes **Occidente y Caribe Celular S.A. - OCCEL S.A.**) -parte convocante del Tribunal de Arbitramento y a quien favoreció la decisión arbitral y la confirmatoria en decisión de recurso de anulación, dentro de la controversia con la ETB S.A. ESP por el cargo por el acceso, uso e interconexión directa de la red- pidió se revise y revoque la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6 de septiembre siguiente, proferidos por la Sección Tercera en pleno, mediante la cual dejó sin efecto la sentencia de 21 de mayo de 2008, que declaró infundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, el cual también se anuló, para que se vuelva a convocar a un nuevo tribunal de arbitramento que dirima la controversia, con el cumplimiento previo del deber de solicitar al Tribunal Judicial de la Comunidad Andina, la interpretación judicial de las normas comunitarias referentes a la interconexión que sean aplicables al caso para juzgar la controversia.

Como causales, la recurrente en revisión extraordinaria, invocó las previstas en los numerales 8º y 5º del artículo 250 del CPACA.

Al efecto expuso:

2.1. PRIMERA CENSURA: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA.

Conforme al artículo 250 numeral 8º del CPACA, una de las causales fundamento del recurso extraordinario de revisión es *“ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”*.

A propósito, el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia ha considerado que para que se configure la precitada causal, se requiere la existencia de una decisión judicial previa contraria a la que es objeto de la demanda de revisión, dentro de un proceso en el cual hayan intervenido las

mismas partes, el objeto del debate haya sido el mismo y con identidad de pretensiones.

De tal suerte que en el caso concreto, los elementos de esta censura se encuentran configurados por cuanto: existe una decisión judicial previa ejecutoriada; es una decisión contraria a la que es objeto de la demanda de revisión; en el proceso primigenio (arbitral) intervinieron las mismas personas; el objeto es el mismo pues versa sobre la nulidad del laudo arbitral y v) las pretensiones son las mismas.

Explicó uno a uno los anteriores elementos, desde los siguientes derroteros:

i) Se trata de una decisión judicial previa, debidamente ejecutoriada, por cuanto el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006, interpuesto por la ETB fue decidido declarándose infundado, en **sentencia de 21 de mayo de 2008**, proferida por la Sección Tercera, con ponencia de la Consejera Myriam Guerrero de Escobar, dentro del radicado 11001032600020070000800 (número interno 33.643), la cual quedó ejecutoriada el 11 de julio de 2008, tres días después de su notificación por edicto de 4 de julio de 2008, porque conforme al artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, el Consejo de Estado conoce en única instancia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, en armonía con el ordenamiento procesal contencioso administrativo que dispone que las providencias quedan ejecutoriadas y cobran firmeza, tres días después de notificadas cuando carecen de recursos (arts. 267 CCA y 306 CPACA).

Se presenta también cosa juzgada constitucional, por cuanto todas las demandas de tutela que la ETB interpuso a fin de dejar sin efectos la sentencia objeto de este recurso de revisión, fueron denegadas.

ii) La decisión previa es contraria a la que es objeto de la demanda de revisión. Es decir, el segundo fallo, el de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6 de septiembre siguiente, mediante el cual la Sección Tercera implementó el trámite legal de encuadernación y anuló su propia decisión, es contrario a ese fallo originario, es decir, al de 21 de mayo de 2008, mediante el cual se declaró infundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral.

iii) Existe identidad de partes, porque en el proceso primigenio intervinieron los mismos sujetos procesales, por cuanto se trató del trámite arbitral que consecuentemente el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por COMCEL⁹ en contra de la ETB, para dirimir los conflictos

⁹ [NOTA AL PIE DE LA RECURRENTE] Al referirse a COMCEL, aclara: “*absorbente de Occidente y Caribe Celular S.A. convocante del tribunal de arbitramento*” (fl. 18 cdno. ppal.).

referentes a los cargos de acceso a interconexión, devenidos del contrato celebrado por éstas en 1998. Por su parte, en el proceso de encuadernación que dio origen a la sentencia y auto de aclaración que se impugna en este recurso extraordinario revisión, las partes son las mismas.

iv) Se presenta identidad de objeto del recurso extraordinario de anulación con el del trámite de encuadernación, pues se encaminan a la declaratoria de nulidad del laudo arbitral y agregó: *“Y aún cuando en el trámite de encuadernación no existan propiamente pretensiones, por cuando no existió demanda que lo iniciara, lo cierto es que de conformidad con el efecto obtenido con el pronunciamiento de 9 de agosto de 2012, aclarado mediante auto del 6 de septiembre del mismo año, corresponde íntegramente a las pretensiones formuladas por ETB en el recurso extraordinario de anulación, el cual, como ya se explicó, consiste en la anulación del laudo arbitral”* (fl. 19 cdno. ppal.).

Expuso la censora que es evidente que a través de las providencias judiciales objeto del recurso extraordinario de revisión, la Sección Tercera desconoció el principio constitucional del orden justo y de la seguridad jurídica, porque a través de un procedimiento *sui generis* y huérfano de configuración legal, dejó sin efectos a providencias judiciales que llevaban más de 4 años ejecutoriadas.

2.2. SEGUNDA CENSURA: NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA.

Indicó la recurrente que el numeral 5º del artículo 250 del CPACA previó, dentro de las causales de revisión extraordinaria la existencia de nulidad originada en la sentencia que pone fin al proceso y contra la cual no proceda recurso de apelación.

El desarrollo de esta causal por la jurisprudencia¹⁰ ha decantado los eventos en los cuales se materializa de cara al recurso extraordinario, entre otros: i) cuando el juez provee sobre asuntos frente a los cuales carece de competencia o de jurisdicción; ii) cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, porque ello implica la pretermisión íntegra de la instancia; iii) cuando el demandado es condenado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en ésta y iv) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello se pretermite íntegramente la instancia.

¹⁰ En cita sentencia de 26 de febrero de 2013, Radicación 2008-01289. C.P. Víctor Hernán Alvarado.

Para el caso concreto, los vicios en que se incurrió en la sentencia y que a su juicio generan la prosperidad de la nulidad del fallo son:

i) La Sección Tercera **carecía de jurisdicción y de competencia para proferir las decisiones** que se impugnan porque:

-No podía anular su propia sentencia, por cuanto la competencia era de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con exclusión de los Consejeros de la Sección que profirió la decisión, mediante el recurso extraordinario de revisión, conforme lo prevé el artículo 186 del CCA -norma vigente al momento del trámite de “*encuadernamiento*”- o actualmente en el artículo 249 del CPACA.

-No podía definir cuál era el trámite a seguir para dar cumplimiento a las providencias de la TJCA y menos para configurar el procedimiento, porque las relaciones internacionales están en cabeza de Presidente de la República para nombrar agentes diplomáticos y consulares (art. 189-2 C.P.), en armonía con el Decreto 230 de 2003, artículo 10, que delegó la competencia de estudiar, preparar y revisar las acciones y recursos que ese Ministerio deba presentar ante el TJCA en la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. De tal suerte que correspondía al ejecutivo y no al Consejo de Estado, la representación del país ante el TJCA, y por ende, la de determinar el mecanismo de cumplimiento a las órdenes emitidas por dicho Tribunal. Además, la regulación de los procedimientos judiciales es competencia exclusiva y excluyente del legislador (art. 150 C.P.). En consecuencia, la Sección Tercera no podía crear un procedimiento *sui generis* que denominó ‘encuadernación’, a través del cual, a la postre, emitiría la providencia acusada, por lo tanto se abrogó competencias contra derecho (arts. 6, 113, 150 y 189 de la C.P.).

-No podía emitir condena en contra de COMCEL, toda vez que el marco de la decisión se definió por las pretensiones y las excepciones de las partes (art. 305 CPC), pero en el caso concreto, no existió demanda para que se iniciara el trámite de ‘*encuadernamiento*’, por ende, tampoco pretensiones, no se integró el contradictorio, pues lo cierto es que COMCEL fue citada para que expusiera sus comentarios, y no para que contestara una demanda -por demás inexistente-, ni para que propusiera excepciones. Así las cosas, en estricto sentido, no se trabó una *litis*.

Si en gracia de discusión se afirmara que el trámite de encuadernación devino de las decisiones del TJCA, lo cierto es que éste nunca indicó al Consejo de Estado que le ordenara a COMCEL el pago de suma de dinero a favor de la ETB y, no lo habría podido hacer porque COMCEL no fue

demandada ni sujeto procesal en el trámite de la acción de incumplimiento ante el TJCA y tampoco podía tener fundamento en el enriquecimiento sin causa indicado en la providencia ante la falta de competencia y jurisdicción.

Con base en lo anterior, la providencia demandada, afirmó la censora, está viciada **de incongruencia por haber fallado *extra petita***.

- Tampoco podía obrar como juez comunitario, como lo anunció la Sección Tercera al inicio de la providencia impugnada, aunque luego invocó su competencia de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, pero ninguna de esas dos calidades le facultaban para proferir las providencias acusadas.

Señaló que conforme a la normativa comunitaria, no existe la figura del juez comunitario, pues solo se hace referencia al TJCA, así que el Consejo de Estado no podía abrogarse esa condición de juez comunitario ni dar lugar a la encuadernación porque no existe dicho trámite en la regulación supranacional ni en el ordenamiento de lo Contencioso Administrativo.

ii) **Haber dictado sentencia -como única actuación-, sin trámite previo implica la pretermisión íntegra de la instancia**, por cuanto la Sección Tercera profirió un nuevo fallo sobre la misma materia ya decidida en sentencia de 21 de mayo de 2008 y para ello implementó el trámite de encuadernación con justificación en las órdenes impartidas por el TJCA, pero lo cierto es que no fueron actuaciones procesales válidas y menos que se encuentren establecidas en el ordenamiento jurídico, todo con el propósito de dejar sin efectos la decisión del recurso de anulación y el laudo respectivo.

Las formas procesales hacen parte del debido proceso y son garantía de éste (art. 29 CP), además son de orden público (arts. 121 y 122 ib), así que la Sección Tercera no podía improvisar sobre la marcha y crear un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico, so pretexto de dar cumplimiento a las órdenes del TJCA, pues está sometida al principio de legalidad, al imperio de la ley (arts. 6, 113, 121, 150-2, 230 y 237 ib).

Frente al caso concreto hizo los siguientes cuestionamientos: “¿Cómo puede una persona en el marco de un trámite procesal, ejercer efectivamente su derecho de defensa, cuando el propio trámite adelantado carece de regulación legal?, ¿Cómo ejercer tal derecho cuando no se sabe de antemano cuáles son las etapas procesales pertinentes, cuándo pedir pruebas, cuándo contradecir las presentadas, cuando presentar sus alegatos, qué recursos interponer y cuál es la oportunidad de éstos?” (fl. 30 cdno. ppal.).

Indicó que las actividades desplegadas por la Sección Tercera dentro del *encuadernamiento*, en forma previa a proferir la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio, al carecer de soporte legal, no son vinculantes a los asociados, habida cuenta de la manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad.

Concluyó que la providencia censurada se profirió sin que se adelantara el trámite previo que correspondía, como en efecto, lo es el recurso extraordinario de revisión.

iii) La Sección Tercera **condenó al demandado COMCEL por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente** a la invocada en ésta, es decir, adolece de **incongruencia**.

La razón de esa censura se fundamenta en que el artículo 305 del CPC consagra que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones que se aducen en la demanda y en las demás oportunidades procesales, con las excepciones que aparezcan alegadas y probadas y las condenas no pueden ser superiores o responder a objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha señalado la importancia de la congruencia en el debate procesal, en su incidencia en el principio de contradicción y de defensa judicial.

En el caso que se discute, ni siquiera las providencias del TJCA impusieron a la República de Colombia ni al Gobierno Nacional que condenara a COMCEL, tampoco recibió tal orden la Sección Tercera, razón por la cual COMCEL fue sorprendida en sede de las providencias acusadas, al resultar condenado en el marco de un proceso en el que no era demandada ni el objeto pretensional hubiera sido ese.

La Sección Tercera como ya se mencionó en párrafo anterior, acudió a la figura del enriquecimiento sin causa, que en la realidad de los hechos es carente de sustento porque las sumas que ETB pagó a COMCEL, fueron debidamente ordenadas mediante decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas, no susceptibles de anulación a través del proceso *sui generis* y contrario a nuestro ordenamiento jurídico de encuadernamiento.

iv) Se **condenó a COMCEL quien no había hecho parte en el proceso y con ello se pretermitió íntegramente la instancia**, por cuanto COMCEL no fue citado parte procesal ni fue citado como litisconsorte necesario en el trámite de *encuadernamiento*, pues sólo se le incluyó como demandante para identificación y registro de actuaciones en el sistema informático del expediente en el Consejo de Estado.

Conforme con el auto de 23 de febrero de 2012, según las consideraciones de la Sección Tercera, COMCEL fue citado para que “*realizara sus manifestaciones*”, no para que contestara demanda alguna o propusiera excepciones y en tal alcance estaba limitada su actuación de COMCEL.

En este marco *sui generis* del trámite desplegado por la Sección Tercera, COMCEL fue sorprendido con las decisiones que sobre la marcha iba tomando la Sección Tercera y fue peor cuando se encontró que era parte demandada condenada conforme a las decisiones que se adoptaran en la providencia de 9 de agosto de 2012, mediante el cual resolvió el trámite de *encuadernamiento*.

Por contera, la Sección Tercera pretermitió por completo la instancia frente a COMCEL como demandada y condenada económicamente.

Con base en toda la materialización de eventos vulneradores glosados es que encuentra fundamento la causal de nulidad originada en la sentencia.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO

1. De la admisión

El recurso fue admitido por auto del 26 de septiembre de 2013¹¹, decisión que fue recurrida en reposición por la ETB por falta de poder para formular la demanda extraordinaria de revisión. Por auto de 2 de diciembre de 2013, El Despacho no repuso, en el entendido de que no se demanda a la ETB porque el cuestionamiento es sobre y contra una sentencia del Consejo de Estado, así que aquella, concurre en garantía del debido proceso y, por ello, se legitima su intervención para que pueda oponerse o pedir las pruebas que considera pertinentes, en atención a que fue parte dentro del proceso que dio lugar a la sentencia objeto de revisión y puede resultar afectada con la decisión que se adopte (fls. 238 y vto. cdno. ppal.).

2. De la contestación

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., a través de apoderado judicial, contestó el recurso, mediante memorial obrante de folios 239 a 271 del cuaderno principal; solicitó declarar infundado el recurso, con base en los siguientes planteamientos:

2.1. Afirmó la opositora, que precisamente, la providencia de 9 de agosto de 2012, tuvo como único objeto cumplir con la sentencia de incumplimiento

¹¹ Fls. 161 a 162 cdno. ppal.

proferida por el TAJC de 26 de agosto de 2011, su auto aclaratorio de 15 de noviembre siguiente y las órdenes ejecutivas del auto de 18 de julio de 2012, en los cuales se dispuso de manera expresa e inequívoca a la Sección Tercera del Consejo de Estado dejar sin efectos las sentencias que se desestimaron los recursos de anulación y anular los laudos arbitrales, bajo los presupuestos que el propio TJCA consideró referentes a que los tribunales arbitrales vulneraron el debido proceso: i) al no solicitarle la interpretación prejudicial de las normas andinas sobre interconexión que debían aplicarse al fondo de la controversia y ii) a que la Sección Tercera, antes de decidir el recurso de anulación contra el laudo, debió consultarle sobre la obligación de los árbitros de solicitar la interpretación prejudicial, generándose así nulidades insalvables en ambos procedimientos, como lo señaló el TJCA y demás providencias que ejecutó la Sección Tercera.

2.2. La Sección Tercera del Consejo de Estado era la única destinataria de la orden de ejecución a cumplir con el fallo andino y procedió de conformidad a las órdenes de ejecución impuestas.

2.3. Indicó que un aspecto es el recurso extraordinario de revisión y otra el trámite para cumplir con la decisión del TJCA, frente al cual no existe en el ordenamiento legal reglado un trámite de cumplimiento, pero en modo alguno podía abstraer al Consejo de Estado de ejecutar la orden de la entidad supranacional.

2.4. El recurso extraordinario de revisión resulta inadecuado porque las causales son taxativas y específicas, sin que en ellas se encuentre la de hacer cumplir las decisiones del TJCA. Es más, de aceptarse esa tesis, la ETB hubiera estado en imposibilidad legal de agregar a su recurso de revisión este argumento, por cuanto ya estaba en curso el incoado cuando se proferieron las decisiones de la Sección Tercera. Tampoco se hubiera podido cumplir la orden del TJCA en el plazo impuesto que fue de 90 días, que es el previsto en el artículo 111 de la Decisión 500 del TJCA, como término perentorio para la debida ejecución. Esto sí que hubiera llevado a Colombia a un nuevo incumplimiento de las normas andinas.

2.5. Se opuso al censor extraordinario en su afirmación de que la Sección Tercera no se ajustó a la parte resolutive de la sentencia del TJCA, pues lo cierto es que hizo justamente lo ordenado, a saber, dejó sin efectos la sentencia que desestimó el recurso de anulación y declaró la nulidad del laudo arbitral. Ahora bien, la orden a COMCEL de restituir el dinero recibido de la ETB en ejecución del laudo anulado, es tan solo la consecuencia legal de la nulidad.

2.6. A juicio de la opositora, los planteamientos de la recurrente se dirigen a cuestionar la decisión del TJCA y de las órdenes que le impuso a la

Sección Tercera del Consejo de Estado, es decir, ataca las decisiones comunitarias que no impugnó en tiempo ante el juez natural. Lo cierto es que el Consejo de Estado no puede anular o revocar las sentencias proferidas por el TJCA.

2.7. Concluyó con la insistencia de que es ilegal la solicitud contentiva del recurso extraordinario de revisión presentada por COMCEL, por cuanto con su argumento lo que pretende es que nuevamente el Estado Colombiano entre en situación de incumplimiento frente al ordenamiento jurídico andino.

2.8. Sobre los **HECHOS** de la demanda indicó:

2.9.1. Es una realidad que el Tribunal arbitral no aplicó las normas andinas al caso y que no solicitó al TJCA la interpretación prejudicial de las normas andinas sobre interconexión aplicables al asunto y a ello estaba obligado el Tribunal de arbitramento.

2.9.2. Es cierto que la solicitud de interpretación prejudicial la hizo COMCEL al juez del recurso extraordinario de revisión, es decir, a la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 10 de abril de 2008, antes de que se profiriera la sentencia de anulación en mayo 2008, pero es claro que la petición de interpretación prejudicial al TJCA es deber del Consejo de Estado y del Tribunal Arbitral, no de la ETB, ello rebasa cualquier discusión de si la solicitud de parte fue extemporánea o en tiempo.

2.9.3. si bien contra la sentencia de 21 de mayo de 2008 se presentó recurso extraordinario de revisión, no es cierto que el proceso no haya terminado aún, pues aconteció que esa sentencia fue dejada sin efectos, así que tal recurso por sustracción de materia no fue fallado.

2.9.4. La obligatoriedad de la interpretación prejudicial no es supuesta, como lo da a entender COMCEL, pues el mismo TJCA la determinó obligatoria para todos los jueces que tengan que aplicar, interpretar y decidir la controversia con base en normas andinas.

2.9.5. COMCEL sí fue citada y notificada del trámite que se surtió ante el TJCA.

2.9.6. La decisión del TJCA fue clara en señalar que la nulidad del laudo es la consecuencia de no haber solicitado la interpretación prejudicial en los procesos arbitrales y que lo ordenado a la Sección Tercera era anular el laudo, como se plasmó en el auto de 18 de julio de 2012 del TJCA y por ministerio de la ley, proceder al reembolso de lo pagado al amparo de una providencia luego de anulada.

La orden del TJCA la profiere al encontrar que existe incumplimiento del derecho comunitario y procede a imponer las medidas necesarias para restablecer la vigencia del orden andino y sanear el incumplimiento, dentro de las que se incluye la de retrotraer las cosas al estado anterior al incumplimiento.

2.9.7. El TJCA ejerció su competencia de asegurar el cumplimiento del derecho andino y no deben resultar extrañas las órdenes judiciales porque provienen del TJCA y, por ende, equiparables a las decisiones de un juez de la República, por ello se deben cumplir sin más requisitos ni procedimientos engorrosos.

2.9.8. Señaló que la Sección Tercera, luego de las órdenes impartidas por el TJCA, mediante auto de 22 de febrero de 2012, notificó a COMCEL para dar cumplimiento a lo ordenado y para garantizar el derecho de defensa y agregó *“Bastaba la simple notificación para que COMCEL, si así lo hubiere querido, contestara demanda o propusiera excepciones, aunque en este procedimiento no hubiese surgido con ocasión de una demanda. Como se ha señalado, el objeto del procedimiento adelantado por la Sección Tercera era dar cumplimiento a una orden judicial de superior jerarquía, cumplimiento que no estaba condicionado a la opinión de las partes”* (fl. 247 cdno. ppal).

El tercer numeral de la parte resolutive del auto en cita, en su literalidad así lo daba a conocer a COMCEL, al indicarle: *“...para que ejerza su derecho de postulación a través de un(a) profesional del Derecho y, de esa manera, se asuma en debida forma la representación judicial de dicha compañía en este asunto”* (fl. 247 ib).

2.9.9. Además, en el trámite del proceso ante el Tribunal Andino, COMCEL tuvo todas las oportunidades para contestar la demanda y manifestarse conforme lo considerara, de impugnar la decisión, pero conocedora de los efectos jurídicos que produciría la sentencia del TJCA, fue negligente y no actuó, para en la actualidad argüir la supuesta violación al debido proceso, por cumplir lo ordenado en la sentencia del TJCA que le fue notificada.

Así que no es viable que COMCEL argumente que desconocía para qué había sido citado si ya era conecedor de la decisión del TJCA con respecto a las órdenes impuestas a la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la decisión de incumplimiento 03-AI-2010.

Además, la consecuencia de la nulidad es la restitución de las partes al estado anterior y la ETB había solicitado al Consejo de Estado que le

ordenara a COMCEL la devolución de lo pagado por la ejecución de los laudos arbitrales y, por orden de la misma decisión, la convocatoria de un nuevo tribunal de arbitramento.

2.9.10. Si bien COMCEL y el Estado Colombiano interpusieron sendos recursos de reconsideración contra el auto de formulación de cargos por incumplimiento de la sentencia del TJCA, tales recursos además de haber sido presentados en forma extemporánea, tampoco procedían porque esa clase de impugnación solo es viable contra autos y no contra sentencias.

2.9.11. El trámite y decisión que adelantó la Sección Tercera, cuenta con respaldo legal y tuvo por objeto dar cumplimiento a una orden judicial supranacional, con observancia de las garantías del debido proceso de las partes.

2.9. Sobre las **CAUSALES DE REVISIÓN EXTRAORDINARIA** invocadas por COMCEL, hizo la siguiente oposición:

2.9.1. VIOLACIÓN DE LA COSA JUZGADA, al ser la sentencia contraria a otra anterior.

El argumento soporte de la censura en concreto es falaz, al considerar que siempre es ilegítimo dejar sin efectos una providencia que ya se encuentra ejecutoriada, pues en el caso concreto, la legitimidad de la providencia que se impugna, deriva del derecho supranacional, que obliga a todas las autoridades colombianas a adoptar las medidas necesarias para asegurar la observancia de las normas del derecho comunitario andino y a acatar las decisiones del Tribunal de Justicia.

Colombia hubiera incurrido en desacato de no haber sido por la providencia que ahora ataca COMCEL. Si el TJCA resolvió que el recurso de anulación y el laudo arbitral eran contrarios al orden andino, la Sección Tercera no podía permitir que siguieran produciendo efectos en contra del derecho comunitario.

Resulta contradictorio que COMCEL alegue que no fue parte en el llamado proceso de “encuadernamiento”, pero en vía del recurso extraordinario afirma la existencia de identidad de partes.

Tampoco se evidencia la existencia de cosa juzgada, por cuanto las partes, el objeto y las pretensiones de las dos providencias supuestamente en conflicto no coinciden, pues las causales invocadas (8ª y 5ª) suponen que la decisión previa y la impugnada sean exactamente idénticas, pero a

diferencia de lo afirmado por la recurrente COMCEL, tienen escenarios, propósitos y consecuencias diferentes.

En efecto, el recurso extraordinario de anulación, adelantado contra el laudo arbitral, tuvo por **finalidad** quebrar el laudo arbitral, con fundamento en las causales 1, 6, 7 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, mientras que lo decidido por la Sección Tercera, en la decisión impugnada en revisión, tuvo como objeto cumplir la decisión del TJCA, para lo cual declaró la nulidad del laudo arbitral pero no por idéntico motivo de las causales de anulación que se habían interpuesto en el recurso de anulación. Es decir, que el motivo de anulación de la decisión recurrida es diferente al fundamento que dio lugar al recurso de anulación contra el laudo arbitral.

Indicó que en el proceso llamado de “encuadernación” no existieron propiamente **pretensiones**, porque se trató del cumplimiento de una orden judicial supranacional que se encontraba en firme, razón por la cual tampoco existiría identidad de pretensiones.

Menos aún puede predicarse la **cosa juzgada constitucional** derivadas de las sentencias de tutela interpuestas contra la providencia impugnada, que denegó el amparo solicitado, porque esta decisión, en primer término, se produjo en un asunto en que el actor fue la ETB y los accionados la autoridad judicial Sección Tercera y porque lo que allá se examinó fue si se había violado o no un derecho fundamental, cuestión del todo diferente a lo decidido en la providencia cuya revisión se pretende en este proceso.

No hay **identidad de partes**, por cuanto en el proceso arbitral y en el recurso de anulación contra éste, fueron COMCEL y ETB, mientras que en el trámite del fallo del TJCA, además de COMCEL y ETB, intervino el Estado Colombiano, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, y la Procuraduría.

Existió un presupuesto procesal para predicar la cosa juzgada y es que la causal indica que no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada, pues aunque no hay pretensiones y excepciones, lo cierto es que COMCEL sí planteó en el curso del proceso la existencia de cosa juzgada, solo que la Sección Tercera, en la decisión atacada, al dejar sin efecto la sentencia que desestimó el recurso de anulación, por sustracción de materia, desestimó la propuesta de la cosa juzgada por parte de COMCEL, razón suficiente para desechar la causal de revisión alegada.

2.9.2. NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO Y CONTRA LA QUE NO PROCEDE RECURSO DE APELACIÓN.

Se sustenta en la causal del numeral 5º del artículo 250 del CPACA y en los siguientes fundamentos fácticos:

2.9.2.1. Se opuso a la supuesta carencia de jurisdicción o de competencia, en el entendido de que la decisión recurrida no devino de un trámite de impugnación sino de un procedimiento de cumplimiento de lo decidido por el TJCA. De tal suerte que no eran aplicables al caso, los artículos del CCA y del artículo 249 del CPACA, citados por la recurrente.

Hay un contrasentido en la exposición de la recurrente porque acusa la existencia de irregularidad porque se anuló la decisión por fuera del trámite del recurso extraordinario de revisión, pero a su vez, alega como causal de revisión la violación de las disposiciones aplicables a la revisión extraordinaria.

2.10.2.2. El Consejo de Estado y la Sección Tercera carecían de jurisdicción y competencia para determinar el trámite a seguir para cumplir con las providencias del TJCA ni estaban facultados para configurarlo.

Calificó de inadmisibile el planteamiento de la recurrente de que solo la oficina de asuntos legales internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo estaba facultada para determinar el referido trámite, por cuanto el TJCA otorgó al Gobierno Colombiano tan solo 90 días para dar cumplimiento a su decisión, razón por la cual no era viable a la administración de justicia esperar a que el Congreso regulara el procedimiento correspondiente. Menos podría pensarse en que una entidad ejecutiva despojada de funciones jurisdiccionales, lo que supondría la sustitución de los jueces por los funcionarios administrativos.

Si bien el tema de las relaciones internacionales corresponde a las autoridades ejecutivas y su enlace al Ministerio citado, lo cierto es que la decisión de la Sección Tercera de acatar lo ordenado por el TJCA nada tiene que ver con la dirección de las relaciones internacionales.

La recurrente COMCEL confunde la defensa del Estado colombiano ante el TJCA con el cumplimiento de los fallos proferidos por éste. Además, la orden del TJCA dispuso expresamente que fuera la Sección Tercera la autoridad que debía ejecutarla y precisó las acciones que debía desplegar.

El artículo 10 del Decreto 230 de 2003, le asigna al Ministerio el estudio, preparación y revisión de acciones y recursos que debe presentar ante el TJCA, pero no se trata de facultades jurisdiccionales.

2.10.2.3. La Sección Tercera carecía de competencia para emitir condena en contra del COMCEL.

Se opuso a este argumento, por cuanto sí existió demanda, pues COMCEL fue notificada desde el inicio y durante todo el trámite de la acción de incumplimiento; también se le notificó en el trámite de cumplimiento por parte de la Sección Tercera. Por otra parte, no se impuso condena al pago de una suma de dinero que no hubiese estado prevista en la sentencia del TJCA, porque se trató de una orden implícita en dicho fallo, en cuanto es una consecuencia obligatoria derivada de la nulidad, siendo un resultado más que previsible, pues si se anula el laudo debe haber restitución, de conformidad con el artículo 1.746 del Código Civil y de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 sobre laudos arbitrales anulados.

2.10.2.4. La Sección Tercera carecía de jurisdicción para obrar como juez comunitario.

Se opuso a esta censura porque el mismo fallo del TJCA indicó que el Consejo de Estado como juez colombiano, está obligado a actuar como juez comunitario, como reflejo del deber que los jueces nacionales tienen de velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

2.10.2.5. Al dictar sentencia como única actuación, pretermitió íntegramente la instancia.

Indicó que no se ha pretermitido la instancia, porque COMCEL tuvo la oportunidad de contestar o pronunciarse sobre el trámite, pedir pruebas o presentar alegatos, pues fue citada para que hiciera sus manifestaciones, pues además del Ministerio de Comercio y otros órganos del gobierno nacional, fueron oídos COMCEL y la ETB, sin restricción alguna.

2.10.2.6. El demandado es condenado por objeto distinto del pretendido en la demanda.

El opositor expuso argumentos similares a los de las restituciones obligatorias cuando la decisión arbitral se anula, siendo consecuencial a ésta, la orden de que COMCEL devolviera a la ETB la suma recibida a título de pago de las condenas que fueron anuladas.

De todos modos, aunque la Sección Tercera no hubiera incluido la orden de reembolso, por ministerio de la ley, COMCEL habría tenido que devolver tales dineros, pues es la consecuencia inevitable de la anulación de los actos que en su momento dieron apariencia de legitimidad al hecho de haber recibido un pago.

2.10.2.7. Se condena a quien ni ha sido parte en el proceso, porque con ello se pretermite íntegramente la instancia.

COMCEL fue enterada del trámite y decisión del TJCA, como también de la ejecución de las órdenes de éste por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

3. De los autos subsiguientes

Mediante auto de 2 de diciembre de 2013, el Despacho conductor del proceso no repuso el auto admisorio de 26 de septiembre de 2013 (fls. 238 y vto. cdno. ppal.). Por auto de 24 de enero de 2014, se ordenó correr traslado de la medida cautelar solicitada por COMCEL S.A. a fin de que se modulara o defiriera los efectos de la sentencia impugnada (fls. 296 y vto. ib).

La medida cautelar precitada fue negada por improcedente, en auto de 21 de abril de 2014, por cuanto si bien en la normativa procesal civil que regula el recurso extraordinario de revisión son viables esta clase de medidas, lo cierto es que son taxativas y consisten en la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes, eventos propios del derecho privado, y no procedentes en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dentro del marco del recurso extraordinario de revisión del que conoce (fls. 311 a 317 cdno. ppal.).

Mediante auto de 26 de mayo de 2014, se abrió el proceso a pruebas y se negó a la solicitud de interpretación prejudicial que solicitara la ETB dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión (fls. 319 a 323 cdno. ppal.). Esta última decisión fue objeto de recurso de reposición, que fue negado en auto de 3 de julio de 2014, en el que el Despacho Conductor del Proceso insistió en que era inconducente *“para cumplir con el objeto del recurso extraordinario de revisión, ya que no se estudiará nuevamente el asunto de fondo, sino que se analizará si la decisión de la Sección Tercera debe ser declarada infirme porque se configuró alguna de las causales establecidas en el artículo 250 del CPACA”* (fls. 346 a 350 cdno. ppal.)

La negativa del decreto de algunas pruebas fue objeto de recurso de súplica, llegando el proceso a conocimiento de la Sección Cuarta, en el que

la Consejera instructora de ese trámite, la doctora Martha Teresa Briceño, en auto de 3 de noviembre de 2015, devolvió el expediente a la Sala Cuarta Especial de Decisión para que se repartiera al consejero que seguía en el orden alfabético. Esta decisión fue recurrida en reposición por la ETB, para que el proceso siguiera siendo conocido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y en auto de 9 de diciembre de 2015 fue negado, en el entendido de que la competencia de decisión, conforme a la normativa actual del CPACA y del Acuerdo 320 de 2014, continúa en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, quien encomendó a las Salas Especiales de Decisión, el conocimiento de estos recursos (fls. 374 y vto, 383 a 386 cdno. ppal.).

Devuelto el proceso a la Sala Cuarta Especial de Decisión, por auto de 1º de noviembre de 2016, el auto suplicado es confirmado, con ponencia de la Consejera doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez (fl. 388 a 392 vto. cdno. ppal.).

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante la Sala Especial de Decisión N° 4, sin exclusión de la Sección que profirió la decisión¹², es competente para conocer del Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por COMCEL contra la sentencia dictada el 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6 de septiembre de 2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del CPACA y el artículo 2º del Acuerdo 321 de 2014¹³, porque se trata de una decisión dictada por una de las Secciones del Consejo de Estado que se encuentra ejecutoriada (art. 248 del CPACA).

2. Generalidades del recurso extraordinario de revisión

De lo establecido en los artículos 248 y siguientes del CPACA así como lo dispuesto en la sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009¹⁴, se concluye que

¹² Artículo 249 del CPACA.

¹³ "Por medio del cual se reglamenta la integración y funcionamiento de las Salas Especiales de Decisión de que trata el artículo 107 de la Ley 1437 de 2011" ARTÍCULO SEGUNDO. **Las Salas Especiales de Decisión decidirán los siguientes asuntos de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:**

1. **Los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado.**

2. Los recursos extraordinarios de súplica asignados a las Salas Especiales Transitorias de Decisión creadas por el artículo 30 de la Ley 954 de 2005, mientras estuvo vigente.

3. Los demás procesos que les sean asignados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Parágrafo: Estas Salas Especiales darán prelación a los recursos extraordinarios de revisión contra las sentencias de la Sección Quinta de esta Corporación.

¹⁴ Corte Constitucional. Exp. D-7485. Actor: Javier Domínguez Betancur, por la cual resolvió: "Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión 'dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo

el recurso extraordinario de revisión, procede contra las **sentencias ejecutoriadas** dictadas por todas las autoridades judiciales que integran la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art.248) y debe interponerse por medio de demanda que reúna los requisitos prescritos por el artículo 252 de ese mismo Estatuto Procesal, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañado de los documentos necesarios y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y pretenda hacer valer.

La revisión es entonces un mecanismo extraordinario de impugnación que se erige como excepción al principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada material porque recae sobre una relación procesal cerrada, en tanto posibilita controvertir un fallo ejecutoriado con la única finalidad que se produzca una decisión ajustada a la ley, pero siempre y cuando no se discutan aspectos de fondo adoptados en la decisión o las razones jurídicas que llevaron al fallador de instancia a proferir la sentencia. Por ello, su aplicación está supeditada a la rigurosa y estricta configuración de las causales previstas en la ley que giran en torno a asuntos procedimentales.

En efecto, las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, según las voces del artículo 250 del CPACA, son de naturaleza taxativa y de exclusivo corte procedimental o probatorio.

A excepción de la causal del numeral 4°, referida a la violencia o cohecho en que se pudo incurrir en el pronunciamiento del fallo, ninguno de los yerros que posibilitan la revisión extraordinaria aluden a la actividad interpretativa del operador jurídico de las instancias, ni a la hermenéutica soporte de la decisión; no cuestionan la labor intelectual de juzgamiento, sino irregularidades procesales y probatorias, como se observa en cada una de las causales previstas en el mencionado artículo.

Así las cosas, las causales "*sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada*" (numeral 8) y "*existir nulidad originada en la sentencia*" (numeral 5) **son de índole procedimental**; mientras que "*haberse dictado la sentencia con base en documentos falsos o adulterados*" (numeral 2); "*haberse recobrado (...) documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente*" (numeral 1); "*aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar*" (numeral 6); falta de calidades y aptitud legal a quien se le decretó pensión periódica (numeral 7); haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia', contenida en el artículo 57 de la Ley 446 de 1998".

ilícitos cometidos en la expedición de la experticia (numeral 3), recaen sobre aspectos que atañen a la validez intrínseca o insuficiencia de los elementos de prueba que determinaron el sentido de la decisión.

Esa taxatividad de las causales no sólo abarca los eventos o supuestos fácticos que en forma detallada contiene la disposición, sino las materias intrínsecas en ellas, se reitera -aspectos procesales y probatorios- dada la teleología tanto del recurso extraordinario, como del propósito de respetar el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica, sin que sea cortapisa para restablecer la justicia material.

Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹⁵ *“el recurso extraordinario de revisión conlleva una limitación a la seguridad jurídica que representan las sentencias ejecutoriadas, constituye un medio excepcional de impugnación, que permite cuestionar una sentencia que está amparada por el principio de cosa juzgada material”*. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha concebido al recurso extraordinario de revisión como la herramienta que posibilita el ejercicio de la verdadera acción contra decisiones injustas, a fin de restablecer la justicia material¹⁶. Por ello, dice la Corte, *“El recurso de revisión ha sido establecido para respetar la firmeza de los fallos, con miras a preservar la certeza y obligatoriedad incondicional que acompaña las decisiones de los jueces, sin perjuicio de la necesidad de hacer imperar en ellos los dictados constitucionales y los imperativos legales, artículos 2°, 29 y 230 C.P.”*¹⁷.

3. Las causales alegadas

Dos censuras sustentan este recurso extraordinario de revisión, y que conforme al artículo 250 del CPACA, son del siguiente tenor literal:

“Artículo 250. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20¹⁸ de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

¹⁵ Sentencia del 12 de julio de 2005, expediente REV-00143, con reiteración en sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV-00226.

¹⁶ Sentencia C-418 de 22 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁷ Sentencia T-966 de 22 de septiembre de 2005, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ **“Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.** *Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación. La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.*

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

(...)

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

3.1. PRIMERA CENSURA: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA.

Vistos los extremos planteados por la censora y la oposición, conforme se lee en los antecedentes de este proveído, la Sala de Decisión discurrirá sobre las generalidades y elementos constitutivos de la cosa juzgada, para luego analizar la situación concreta de cara, a las decisiones impugnadas frente a la sentencia que decidió el recurso de anulación contra el laudo arbitral adiada el 21 de mayo de 2008 proferida por la Sección Tercera, que huelga aclarar para ese entonces funcionaba como una sola, al no estar conformada por subsecciones como sucede en la actualidad.

3.1.1. Las generalidades

La cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales dentro del Estado de Derecho y, concurre en forma inseparable con otros principios como son la seguridad jurídica, la unidad jurisdiccional y la intangibilidad de las decisiones judiciales en firme, y convergen en imposibilitar la existencia de dos o más decisiones judiciales con identidad absoluta sobre las cuestiones de las cuales se pronuncian, es decir, sobre la misma materia, frente a las mismas partes, con la misma causa y objeto.

La importancia de ese principio se materializa al ser elevado a rango constitucional, como se observa en el mandato superior 243 de la Constitución Política, respecto de los fallos de la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional, y esta Alta Corte ha decantado cómo manejar la figura dentro del ámbito del derecho constitucional, tomando como referente y base el alcance de la figura utilizada por años desde la óptica del derecho procesal.

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.”

En efecto, de interés resulta, traer a cita la Sentencia C-393 de 18 de mayo de 2011¹⁹, que desarrolló temas como la doble función de la cosa juzgada y sus clases:

*“Se ha sostenido por esta Corte, que la cosa juzgada tiene como **función negativa**, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y **como función positiva**, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico. No obstante, la Corte ha precisado **que los efectos de la cosa juzgada constitucional no son siempre iguales** y que existen varios tipos que pueden, incluso, modular los efectos vinculantes del fallo: “i) **formal**, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) **material**, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; iii) **absoluta**, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confronta la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limita expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta y, iv) **relativa**, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior*

(...).

*Específicamente en relación con la **cosa juzgada formal y material**, la jurisprudencia constitucional ha introducido **diferencias significativas** dentro del propósito de garantizar la seguridad jurídica y el derecho de los demandantes a obtener decisiones materiales.*

*La **cosa juzgada formal** tiene lugar “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos.*

En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma.

*Por su parte, la **cosa juzgada material**, se presenta “cuando la disposición demandada **reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte**. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material.”.*

¹⁹ Expediente D-8267. Demanda de inconstitucionalidad contra el título (parcial) de la Ley 52 de 1975, “por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares” y el literal B (parcial) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. Actor: Alberto Ortiz Saldarriaga. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Resulta entonces de gran ilustración el aparte pretranscrito, pues a partir de los eventos prácticos explicados, se evidencia que más allá de la teoría general muy estructurada por cierto de la figura de la cosa juzgada, no basta para predicarla y dar un mismo trato o rasero, contar con una sentencia en firme o ejecutoriada, como lo reflejan las situaciones referidas dentro del control jurisdiccional frente a las normas.

Por otra parte, en la regulación procesal contencioso administrativa contenida en el actual CPACA, se hizo una mixtura entre la naturaleza de la decisión (niega o accede), los efectos interpartes y *erga omnes*, para conectarlo a la cosa juzgada, determinando que en este último se predica la cosa juzgada con el mismo espectro general, mientras el otro, queda circunscrito a los sujetos procesales. Para los medios de control, como los atinentes a contratos, el legislador optó por la base teórica del derecho procesal puro, al predicar como presupuestos de existencia de la cosa juzgada, la identidad de partes, objeto y causa. Esta norma actual incluso venía de antaño consagrada en el CCA derogado²⁰. En efecto, en la Ley 1437 de 2011, se dispone:

“Artículo 189. Efectos de la sentencia. *La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes”.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

²⁰ **“Cosa juzgada. Artículo 175.** *La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.*

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo interdepartamental, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios”.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley (...)”.

Por su parte, el actual Código General del Proceso, en redacción muy similar a la que contenía el artículo 332 del derogado CPC, dispone en su contenido aspectos de derecho procesal puro frente a la figura de la cosa juzgada:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

El actual Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 12 de julio de 2012 -sin norma de similar redacción en el Decreto 1818 de 1998-, en materia de la cosa juzgada en arbitramento, establece:

“Artículo 36. Integración del contradictorio. *Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.*

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite”.

De acuerdo con lo anterior, la cosa juzgada, conforme a la regulación y a las directrices jurisprudenciales y dentro del marco de la controversia contractual, laudatoria arbitral, que es la subyacente a todo este periplo de decisiones, y la extraordinaria de anulación contra la decisión de los árbitros, requiere para su configuración, conforme el artículo 189 del CPACA, tres presupuestos, cuya concurrencia debe ser absoluta, para dar cabida a la prosperidad del vocativo de cosa juzgada.

Esos tres presupuestos, que se advierten claramente la regulación procesal contencioso administrativa y en la procesal civil, son:

Un aspecto subjetivo, materializado en la **identidad de partes**, circunscrito a quienes son sujetos procesales obligatorios, es decir, sujetos pasivo y activo y litisconsortes necesarios, es decir, que sean los mismos en ambos procesos.

Un aspecto de propósito, como es la **identidad de objeto**, es decir, el tema del litigio sobre lo cual recae. En este evento, es necesario tener en cuenta la *causa petendi* o el *petitum*, que coincidan entre los procesos, aunado a ello que las decisiones en ambos procesos converjan en su identidad. En este punto es importante tener en cuenta que mientras las decisiones judiciales hayan decidido aspectos diferentes de la *causa petendi*, no puede predicarse cosa juzgada, salvo que -parafraseando las palabras de la Corte Constitucional- a partir de un estudio minucioso por parte del operador jurídico que analiza la existencia de esta figura, evidencie en forma razonable, que existe cosa juzgada material porque su contenido sustancial, sí se evidencia igual aunque no se está ante una decisión formalmente idéntica con la que se compara²¹.

Un aspecto de génesis, reflejado en la **identidad de causa o motivación** por la cual se incoó y se trabó la *litis*, el por qué el litigio, es decir, que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente y sea el fundamento jurídico de una segunda.

3.1.2. La solución del caso

²¹ “(...) cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual”. C-393 de 18 de mayo de 2011.

Descendiendo al caso concreto, la Sala de Decisión encuentra un aspecto que se desarrollará en forma más completa en el estudio de la segunda censura de la revisión que se analiza y, es la decisión del Tribunal Andino de Justicia -en adelante TJCA-, derivada de la acción de incumplimiento que la ETB impetrara por el desconocimiento de las normas comunitarias -sobre todo en la del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006- que se contiene en la sentencia 26 de agosto de 2011 y su aclaratorio de 15 de noviembre de 2011 del TJCA y el auto de 18 de julio de 2012.

En criterio de esa autoridad supranacional, al tratarse de interconexión era aplicable el derecho comunitario, así que asumida la competencia de juzgamiento, obligaba a las autoridades arbitrales y al juez del recurso de anulación, en palabras del TJCA, a solicitar la interpretación prejudicial desde diferentes aristas: i) al Tribunal de Arbitramento sobre la aplicación y alcance interpretativo de las normas sustanciales que del derecho comunitario que previeron el tema de la interconexión y liberalización del servicio de telefonía, a fin de dirimir la controversia con base también en esta normativa y ii) al Consejo de Estado en su Sección Tercera, como juez de la anulación del laudo arbitral, para que preguntara a dicho órgano supranacional, si el Tribunal de Arbitramento había omitido la solicitud respectiva y el alcance de esa omisión, de cara al laudo arbitral ya proferido, conforme queda en evidencia en la claridad de las decisiones mencionadas, pronunciamientos que se advierten fueron conocidos por las partes arbitrales, conforme a sus postulaciones dentro del trámite de la acción de incumplimiento y su concurrencia a la misma ante las instancias jurídico procesales del TJCA.

Así pues, la Sala Especial de Decisión, en el contexto de los hechos, encuentra que entre el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y la sentencia del recurso anulación contra éste, adiada el 21 de mayo de 2008, se presentó un evento de rompimiento o de quiebre de las sentencias arbitral y de anulación, devenido de los pronunciamientos del TJCA y que dicho órgano supranacional atribuyó al Estado colombiano, a título de violación del debido proceso comunitario por la inobservancia u omisión de cumplir con un presupuesto procesal *sine qua non* de que las controversias en las cuales se resuelvan aspectos regulados en las normas comunitarias y que son obligatorias y de efectos vinculantes, directos e inmediatos para los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones deben ser falladas con fundamento en el derecho de la comunidad andina y deben observarse las etapas y procedimientos previstos, tales como la solicitud prejudicial ante el TJCA.

Este aspecto se destaca como una circunstancia que expulsa del ámbito de la normalidad o de las disquisiciones que regularmente o en la cotidianidad

procesal caracterizan la *praxis* de la cosa juzgada, al entrar en acción el derecho supranacional de la Comunidad Andina de Naciones.

Por otra parte, el tratamiento de nulidad insaneable que se evidencia de la decisión que el TJCA hiciera, frente a la omisión de solicitar la interpretación prejudicial, conllevaba, en palabras de este Tribunal, transgresión del derecho fundamental al debido proceso y, en últimas la incompetencia tanto de los árbitros como del juez de la anulación, para adoptar las sendas decisiones que ahora COMCEL como recurrente extraordinario busca dejar incólumes mediante este pronunciamiento, por cuanto esa solicitud es considerada un requisito procesal necesario para decidir la controversia puesta en conocimiento de los árbitros y el recurso de anulación del que se pronuncia la autoridad jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo.

Ese es el efecto práctico que procesalmente se advierte del pronunciamiento del TJCA, con ello empezaría a desdibujarse, desde la generalidad, la figura de la cosa juzgada, ante el cuestionamiento de hasta qué punto puede darse una condición de estabilidad jurídica a unas decisiones que adoptaron jueces nacionales (árbitros y juez del recurso de anulación) con fundamento tan solo en normas del derecho interno, que conforme a un Tribunal supranacional no agotaron el requisito obligatorio que se constituye en presupuesto procesal de la acción, en tanto estaba regentada por la regulación supranacional.

Similar situación acontece en el derecho interno cuando el interesado en ingresar a las jurisdicciones, cualquiera que sea, no agota los referidos presupuestos procesales, pues ello permite rechazar la demanda e incluso en caso de no tenerse claridad en ello y la demanda es admitida, llegando a la sentencia y ante la verificación de que no se cumplió con dicha carga, la sentencia, por regla general, tendrá que ser inhibitoria para conocer del fondo del asunto.

Lo anterior, en cuanto a la situación muy particular que rodea el caso en cuestión.

No obstante, limitándose a la triada de presupuestos que concurren para predicar la cosa juzgada, se reitera predicándose respecto a ellos la coincidencia absoluta, tampoco encuentra razón la recurrente.

En efecto, en cuanto al **aspecto subjetivo de identidad de partes**, la sentencia que se cuestiona junto con su auto aclaratorio, si bien conllevó la concurrencia de COMCEL S.A. y la ETB S.A. E.S.P., sujetos procesales por activa y por pasiva en el laudo arbitral y en el recurso de anulación, lo cierto es que el operador jurídico asumió o agregó una investidura que modificó la

condición con la que conoció del proceso en el recurso anulación, pues a más de predicarse como competente en calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, esgrimió “*su condición de Juez Comunitario*”, porque así se lo indicó, explicó y decidió el TJCA, no como nominación creada dentro de una estructura organizacional jurídica sino devenida de la teleología garantista y proteccionista del Derecho Comunitario que todos los Estados Miembros se comprometieron y obligaron a defender.

Esa investidura de juez supranacional, es evidente no fue una condición caprichosa o sin sustento que acogiera la Sección Tercera, sino el acatamiento a la decisión del TJCA y en tal sentido se considera que como está inmersa en ella la decisión supranacional que trajo al proceso al Estado Colombiano y en forma específica a la Sección Tercera como sujeto activo de la observancia del presupuesto procesal del proceso de anulación, permiten que la visión de tener como partes a las dos entidades en contienda arbitral, se ve rebasada con el papel de la Sección Tercera que debió asumir como parte “*causante*” y “*responsable*” del incumplimiento del Estado Colombiano, junto con los árbitros, terminaron como sujetos procesales que debían y deben dar cumplimiento a la orden supranacional, es decir, los sujetos de la sentencia impugnada fueron acrecidos y, en la sentencia impugnada, no se limitan al convocante y convocado o al recurrente y su opositor.

Tampoco se encuentra, la **identidad de objeto**, por cuanto el propósito de la sentencia impugnada fue dar cumplimiento a la decisión del TJCA, que fue perentoria en ordenar dejar sin efecto la providencia que resolvió la anulación, por la omisión ya referida y, ello ocurre excepcionalmente sobre todo en aplicación de normas supranacionales, lejos del pronunciamiento impugnado dirimir las pretensiones o controversias que generó el contrato de interconexión, así se observa del contenido de las consideraciones, que se basaron exclusivamente en una aplicación extensa y profunda del derecho comunitario, sus características y la competencia del TJCA al efecto.

Huelga recordar que en la sentencia impugnada se transcribe la providencia del TJCA, autoridad que al definir el alcance de su decisión comunitaria de 26 de agosto de 2011, mediante auto de 18 de julio de 2012, indicó expresamente la forma cómo el Consejo de Estado en su Sección Tercera, debía respetar la decisión judicial supranacional:

“(…) para dar cabal cumplimiento 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”.

Siendo la consecuencia de esa decisión, anular la decisión arbitral y la decisión del recurso de anulación y retrotraer el trámite, a fin de que cada autoridad del Estado Colombiano cumpliera con la solicitud de la interpretación prejudicial según sus competencias, depurar así el proceso y emitir una decisión saneada en su debido proceso comunitario.

Por otra parte, atendiendo a que para el estudio de este presupuesto (**objeto del proceso**) también incluye en forma conexa la decisión de cara a la *causa petendi*, lo cierto es que en el caso concreto el objeto tampoco resulta idéntico, pues como bien se advierte de la decisión de anulación de 21 de mayo de 2008, el laudo arbitral cuestionado e incluso la decisión adoptada en vía de recurso de anulación, se basaron solo en normas nacionales sin adentrarse en el derecho comunitario.

En contraste, la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su aclaratorio de 6 de septiembre de 2012, tuvo fundamento exclusivo en el tema del derecho comunitario y las normas nacionales que le daban soporte y aplicación, pero ante todo del efecto vinculante de las normas y procedimientos comunitarios.

Así las cosas, el objeto del proceso desde la *ratio* de las providencias que se analizan no son coincidentes y, por ende, no permiten acreditar el presupuesto de la cosa juzgada de identidad del objeto.

Este tema ha sido tratado por el Consejo de Estado, en consideraciones como la que se transcribe, en donde se indica el respeto a la cosa juzgada, desde la filosofía de que se inconcebible que en aplicación de unas mismas normas, en caso idéntico, conduzca a resultados distintos, cuando al referirse a la intangibilidad de la decisión judicial se acotó:

“(...) ésta se vuelve intangible por antonomasia y ningún otro juez puede volver sobre el asunto, pues de hacerlo, sería posible el hallazgo de dos sentencias contradictorias sobre idéntica controversia lo cual desconocería la unidad de jurisdicción y lesionaría la seguridad jurídica, pues la aplicación de unas mismas normas a un caso idéntico, no puede conducir razonablemente a resultados distintos”²² (destacados fuera de texto).

Ello marca la falta de coincidencia con el objeto del asunto decidido en cada una de las decisiones, devenido de las diferencias en su fundamento normativo, que no son iguales en ambas decisiones ni siquiera se evidencia que presenten identidad en su contenido sustancial, pues uno fue planteado por la interesada y decidido exclusivamente conforme a las normas del derecho interno, la segunda, cuestionada en recurso de revisión, tuvo fundamento en las normas comunitarias.

Finalmente, para la Sala de Decisión, es en la **identidad de causa**, en el porqué del proceso, en el que emerge más evidente como elemento no idéntico dentro de los presupuestos para predicar la cosa juzgada, precisamente en recaudo de lo ya considerado, es evidente que la motivación de la sentencia de 9 de agosto de 2011 impugnada en revisión, fue el cumplimiento de la decisión del TJCA, de cuya omisión se estaba responsabilizando al Estado Colombiano por la actuación de sus jueces y árbitros nacionales, mientras que la decisión de 21 de mayo de 2008, tuvo como causa, las divergencias de las partes contractuales puntualmente sobre el cargo de acceso de interconexión dentro del contrato por ellas celebrado y en el que pactaron la cláusula compromisoria. Así las cosas, tampoco este elemento se encuentra presente en esta controversia.

En el presente caso, la Sala constata que la causal invocada por la parte recurrente como fundamento del recurso extraordinario de revisión no está llamada a prosperar, puesto que los presupuestos necesarios para configurar la cosa juzgada no coinciden, aunado a la situación especial y excepcional que aconteció con el TJCA.

La Sala de Decisión observa que la recurrente COMCEL S.A. pretende que el juez del recurso extraordinario de revisión, quiebre la sentencia impugnada, para que cobre validez aquella que le beneficiaba en sus intereses, conducta no reprochable desde el punto de vista del derecho de acción y de postulación, pero que desconoce el estado del arte que acompañó a toda esta causa en la que resultaron involucradas decisiones supranacionales perentorias de imposible desconocimiento y, que en forma clara, dan cuenta de un error en el debido proceso generador de nulidad de la actuación y las decisiones nacionales, conforme a la normativa vinculante del derecho comunitario.

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30 de diciembre de 2014, Exp. 2012-00228-00. C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

En consecuencia, la Sala declarará impróspera, en cuanto hace a este argumento, la causal octava de revisión incoada, consistente en ser la sentencia impugnada, contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, no se encuentra estructurada debido a que no se cumplen los presupuestos normativos para que opere la cosa juzgada.

3.2. SEGUNDA CENSURA. NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO Y CONTRA LA QUE NO PROCEDE RECURSO DE APELACIÓN.

La causal del recurso extraordinario de revisión a la que alude la parte recurrente es la prevista en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

3.2.1. Las generalidades

Para que se configure esta causal resulta necesario que el vicio se genere en el preciso momento en que se dicta la sentencia objeto de censura contra la cual no procede el recurso de apelación, pues si se trata de un reclamo acaecido en una etapa previa a ésta, no tendrá cabida el recurso extraordinario de revisión, salvo, que se trate de circunstancias que aunque ocurrieron con anterioridad no pudieron ser advertidas por el recurrente que solo las conoció con la sentencia²³. Lo contrario, equivaldría a permitir que el mencionado recurso se convierta en una oportunidad para subsanar la incuria o desidia en que las partes incurrieron en el trámite del proceso ordinario al no proponer las nulidades del caso de acuerdo con las reglas de oportunidad previstas en el artículo 134 del C.G.P.

Ahora bien, sobre los supuestos que dan origen a esta causal, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁴ ha señalado los siguientes:

- a. Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque con esto se revive un proceso legalmente concluido.
- b. Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido.²⁵
- c. Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más, o menos jueces de los requeridos legalmente.

²³ Sentencia del 20 de abril de 2004, expediente REV-00132.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 29 de mayo de 2014. Radicado: N° 70001-23-31-000-2005-01422-01(18915).

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 3 de febrero de 2009, Rad. REV-1998-00170.

- d. Pretermitir la instancia, por ejemplo: i) al proferir una sentencia sin motivación²⁶ o ii) violar el principio de la *non reformatio in pejus* [como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada].²⁷
- e. Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez.²⁸

En resumen, puede decirse que las causales de nulidad de las sentencias están enmarcadas en dos grupos a saber, el compuesto por las irregularidades originadas en vicios que constituyen causal de nulidad del proceso y solo pudieron ser advertidos en la sentencia y, las relativas a los vicios que contiene la sentencia²⁹.

3.2.2. La solución del caso

Desde este panorama general, descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala de Decisión, huelga recordar que la parte recurrente sostiene que la sentencia cuestionada incurre en la causal de nulidad, en un argumento que contiene los diferentes eventos o supuestos fácticos que explicó uno a uno, esto es, en la falta de competencia o jurisdicción de la Sección Tercera en pleno del Consejo de Estado para: anular la sentencia de 2008; para implementar un trámite de cumplimiento a la decisión del TJCA; para emitir condena contra COMCEL S.A.; para actuar como juez comunitario, para dictar sentencia como única actuación pretermitiendo las instancias.

Lo cierto es entonces que toda la argumentación gira en torno a la preexistencia de sentencias ejecutoriadas proferidas por árbitros y jueces dentro de sus competencias jurisdiccionales, la primera proveniente del Tribunal de arbitramento acordado por las partes contratantes (COMCEL - ETB) para solucionar las controversias dentro del contrato de acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia y la red de telefonía móvil celular y, la segunda, que en vía de recurso de anulación, una de las subsecciones de la Sección Tercera, confirmó la decisión arbitral.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1º de junio de 2005, Rad. REV-062.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de mayo de 1998, Rad. REV-093.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1º de diciembre de 1997, Rad. REV-080.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección B, sentencia de 16 de julio de 2007, radicación No. 11001-03-15-000-2007-00653-00(AC). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

La causal de nulidad por falta de competencia, entendida como el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez en determinado asunto, se presenta cuando se desconoce el carácter objetivo [naturaleza del proceso y cuantía] subjetivo [la calidad de las personas], territorial [lugar geográfico] o funcional [jerarquía]³⁰ [*non reformatio in pejus*]³¹ previsto en las normas que regulan la materia. Siendo la competencia funcional la única que provoca la existencia de un defecto procedimental de carácter insaneable.

Dentro de los distintos medios de impugnación, ordinarios y extraordinarios, esa competencia debe verse de acuerdo al contexto que los rige, por cuanto mientras los recursos ordinarios trasiegan por la instancia, los extraordinarios se enfrentan a la superación de las instancias y a su imposibilidad de asumir como juez natural del proceso, salvo que encontrando prosperidad las causales extraordinarias, deba asumir como juez de instancia en la sentencia de reemplazo que profiera.

En efecto, dentro de los medios ordinarios de impugnación, a través del recurso de apelación sujeto a las reglas de oportunidad y procedencia (por cuantía, por naturaleza de la acción, etc.), que las partes ejercen su derecho de impugnación frente a una determinada providencia judicial, por ser éste, en los términos del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil el que habilita al superior jerárquico para que *“...estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”* según su análisis y juicio jurídico y en los del artículo 320 del C.G.P. *“...examine la cuestión decidida únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior reforme la decisión”*.

Pero dentro de los recursos extraordinarios, como no se trata de otra instancia, sino de revisar -entiéndase en el concepto amplio del vocablo- si la sentencia incurrió en defectos que el propio legislador ha previsto en forma taxativa, debiendo superar previamente filtros como el despliegue de la técnica adecuada, por cuanto esta clase de medio de impugnación es excepcional y estricto, que como se vio en las generalidades de la revisión

³⁰ La Competencia ha sido definida como “La facultad que tiene un juez para ejercer, por autoridad de la ley y en determinado asunto, la jurisdicción que corresponde a la República o como la medida con base en la cual se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades que la integran y cuya determinación atiende a factores universales que garantizan que el asunto debatido será conocido por el juez más cercano a quienes aspiran a obtener un pronunciamiento de la Rama Judicial del Poder Público. Tales factores guardan relación con la naturaleza del proceso y la cuantía de la pretensión –**objetivo**-; la calidad de las personas que han de ser partes dentro de la litis –**subjetivo**-; la distribución de los asuntos entre las diferentes jerarquías de funcionarios dentro de la jurisdicción, como corolario del principio de la doble instancia –**funcional**-; el reparto de los negocios atendiendo al lugar geográfico dentro del cual el juez o tribunal tiene atribuida la *iuris dictio* –**territorial**- o la acumulación de una pretensión a otra, cuando entre ellas existe conexión y un juez que en principio carece de competencia para conocer alguna de las acumuladas, puede asumir la obligación de decidir respecto de todas por ser legalmente competente para resolver una de las reclamaciones formuladas –**conexión**.”

³¹ Sentencia T-125 de 2010.

extraordinaria, son de estirpe procedimental o *in procedendo*, sin que sea viable ni al censor ni al operador jurídico, adentrarse en los aspectos de fondo, en errores *in iudicando* ni en la hermenéutica del operador jurídico de la instancia, por eso la competencia es restringida, precisamente para dar garantía a los principios de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica.

Todo lo anterior reflejado dentro del campo de los laudos arbitrales y sus medios de impugnación, crean un espacio propio, con características procesales y sustanciales únicas, toda vez que son las partes contratantes quienes optan en sus cláusulas contractuales (cláusula compromisoria) o por compromiso, por abstraerse de la competencia de su juez natural para entregarla a los árbitros, quienes detentarán temporal y exclusivamente para ese caso, la competencia de administrar justicia, a fin de dirimir la controversia, sin que cuenten con recurso de alzada o de apelación ante el juez natural, quedando tan solo disponible el **recurso de anulación** contra el laudo por disposición expresa y específica del legislador para esta clase de proceso -para no ingresar en el recurso de homologación de los laudos de contenido laboral- y el **recurso extraordinario de revisión**, por la regulación general procesal contencioso administrativa que es viable contra las sentencias de única o de segunda instancia que se encuentren ejecutoriadas que es el campo competencial en el que se profiere la decisión de anulación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

3.2.3. La situación especial y única que caracteriza este caso

Dentro de un contexto normal, se advierte que el desarrollo de los hechos, permitiría *a priori* indicar que por la temporalidad de las decisiones arbitral y del recurso que la confirmó, el juez natural –árbitros y juez del recurso extraordinario de la anulación- habrían cesado en sus competencias, los primeros al haber agotado su existencia dada la temporalidad circunscrita a dirimir la controversia y, el segundo, en tanto confirmó la decisión del Tribunal de Arbitramento y, por ende, finiquitó la controversia de cuestionamiento contra esa decisión arbitral.

Pero existen situaciones, cada vez más recurrentes en el desarrollo de la función de administrar justicia, que remecen los estadios de normalidad procesal a los que se manejaban de antaño desde una misma perspectiva, que parecía ya definida e incambiable y que, por regla general, se implementaba a través de los recursos extraordinarios, como testigos excepcionales de la no violación de la inmutabilidad de las sentencias y garantes de la seguridad jurídica que implicaba la decisión judicial ejecutoriada.

La Sala se refiere a eventos como los que acontecen con los medios de

amparo tutelar contra las providencias judiciales, que en principio parecían vulnerar principios de derecho que se advertían inmutables, como la cosa juzgada, la *non reformatio in pejus*, entre otros, pero que debieron dar paso a la protección de los derechos fundamentales, como una de las máximas expresiones del Estado Social de Derecho.

Basta recordar las discusiones que incluso al interior de las Altas Cortes se motivaron en cuanto a la aceptación o no de dicho amparo y, que por años, incluso el Consejo de Estado se negó a aceptar, para luego, dar un giro institucional a darle cabida, con matices, presupuestos y alcances que se han decantado jurisprudencialmente, como la inmediatez.

Pues bien, similar situación acontece en este caso, pues ya no devenido de la orden de un juez de amparo, sino de un órgano supranacional que nos vincula, como es el TJCA y, como en forma profunda lo analizaron todos los casos que se vieron impactados con la decisión de dicho Tribunal, uno de ellos el que dio lugar a esta demanda de revisión extraordinaria y cuya nutrida explicación sobre el alcance del derecho comunitario, las competencias del TJCA y el efecto vinculante en los países miembros, lo que abarca a ciudadanos, autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales, que deben y debemos cumplir con dicho ordenamiento comunitario.

Fácil resulta ahora y después de años de discusión superada, entender que un juez de tutela pueda anular una decisión judicial y ordenar volver a expedir un nuevo fallo, conforme a las directrices que plasma en la parte considerativa y que, por regla general, tienen como propósito que el juez de la causa sane el vicio o error en que incurrió.

Pues así también, debe entenderse que las decisiones proferidas dentro del derecho comunitario pueden recaer sobre los fallos del juez nacional, en tanto la normativa que así lo previó sigue vigente para nuestro ordenamiento jurídico, sin cambio alguno y, por ende, aplicable a todos los protagonistas de la comunidad jurídica de Colombia como país miembro de la Comunidad Andina.

La Sala de Decisión encuentra como verdad ineluctable que la orden impartida por el TJCA dentro de este asunto tuvo un sujeto activo único y expreso sobre quien recaía la orden de cumplir las normas de derecho comunitario, fue la Sección Tercera del Consejo de Estado, a nombre del Estado Colombiano.

En efecto, en sentencia del TJCA de **26 de agosto de 2011**, dentro del

proceso 03-AI-2010³², en cuyo epígrafe se lee: “**Acción de incumplimiento** interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, el TJCA declaró a lugar la demanda de incumplimiento precisamente porque el Consejo de Estado no solicitó la referida interpretación y “**en consecuencia, la República de Colombia “proceder” (sic) conforme lo establece el artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina, a dar cumplimiento a esta sentencia**”.

En los considerandos de esta providencia, pueden extractarse los siguientes derroteros:

-El **propósito de la acción de incumplimiento** es garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que acordaron los países miembros.

- La **competencia para conocer de ésta y su génesis** corresponde al TJCA asegurar el acatamiento del derecho andino y el control de la legalidad del sistema, conforme al Tratado de Creación que lo enviste como Órgano Jurisdiccional de la Comunidad para declarar e interpretar de manera uniforme las normas andinas y dirimir controversias que surjan de éstas.

- La **consulta obligatoria** se da en el marco de los operadores judiciales nacionales cuando conozcan en única o en última instancia, es decir, no susceptible de recursos en el derecho interno, sobre asunto en el que deba aplicarse o se controviertan temas propios del derecho andino de la Comunidad Andina.

- La consulta obligatoria **constituye presupuesto procesal de la sentencia que se profiera en el derecho interno, por ende, debe solicitarse antes de proferir la decisión judicial en el país miembro, es de obligatorio cumplimiento, y su inobservancia constituye clara violación al principio fundamental del debido proceso, y por ende, acarrea la nulidad de la decisión del juez interno.**

³² Decisión del TJCA. Magistrados Andinos: Ricardo Vigil Toledo, Leonor Perdomo Perdomo, Carlos Jaime Villarroel Ferrer, José Vicente Troya Jaramillo.

- El **actuar del juez del país miembro**: debe suspender el procedimiento o proceso interno del cual conoce y solicitar, en forma directa de oficio o a petición de parte, la interpretación prejudicial al TJCA. Aquel se reanudará hasta el pronunciamiento del TJCA.

- La individualidad de cada caso impone que cada interpretación prejudicial que efectúe el TJCA sea exclusiva y propia para cada caso, por lo que la 'teoría del acto claro' no tiene aplicación dentro del sistema de interpretación del derecho andino, lo cual evidencia que si el asunto lo regula, total o parcialmente, el derecho comunitario, se entiende entonces que debe ser objeto de interpretación prejudicial, sin que pueda esgrimirse que ya se absolvió en otro de los asuntos que conoció el TJCA.

En términos literales de la decisión del TJCA a que se refiere la Sala de Decisión, se indicó:

“(...) la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él ‘no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias’. Este ‘requisito previo’ debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los Países Miembros de la Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso”.

Esto en cuanto al marco general de la figura de la interpretación judicial obligatoria.

El TJCA al descender los derroteros teóricos al caso concreto, indicó:

- Para la temática concreta expuesta ante el TJCA, éste fue perentorio en determinar que los temas de **interconexión y del proceso de integración y liberalización de Comercio de Servicios de Telecomunicaciones**, están regulados por el ordenamiento de la Comunidad Andina y son normas supranacionales, de efecto directo y de aplicación inmediata prevalentes sobre las normas nacionales. En consecuencia, consideró que la normativa andina debió aplicarse por el Tribunal de Arbitramento para la definición de fondo de la controversia.

- Y para determinar el actuar de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del **proceso de anulación del laudo arbitral**, de cara a si tenía o no la obligación de solicitar la interpretación prejudicial, el TJCA tuvo total claridad frente al espectro competencial del operador del recurso

extraordinario al plasmar en forma expresa y literal el siguiente interrogante, que denota el entendimiento de la limitación del operador extraordinario nacional de no adentrarse en los temas de fondo o de interpretación del juez de la causa. En efecto, la pregunta de ese problema jurídico, la hizo el TJCA con mucha precisión:

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

La respuesta fue perentoria e inmersa en un llamado de atención, al considerar:

De conformidad con el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 123 de su Estatuto, echa de menos que el Consejo de Estado en su Sección Tercera no actuó o mejor **debió actuar** como un “**verdadero juez comunitario, es decir, ha debido velar por la validez y eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y solicitarle al TJCA la interpretación prejudicial en relación con dos temas fundamentales...**”

Esas temáticas, como se verá a continuación, recaen sobre aspectos netamente procedimentales o ***in procedendo***, a saber: i) si el Tribunal Arbitral, al conocer la controversia regulada por normas comunitarias y, por ende, aplicables al caso, de oficio o a petición de parte, debía solicitar la interpretación prejudicial, para resolver el laudo y garantizar el debido proceso; ii) si esa omisión del Tribunal arbitral generaría nulidad procesal por vulneración del debido proceso.

Es decir, tan solo dentro de su órbita como juez del recurso de anulación, la Sección Tercera debió surtir el trámite de la interpretación prejudicial, -de oficio-, sin abrogarse el ejercicio propio de la función arbitral, pues era el Tribunal de Arbitramento el que debió y debía solicitar al TJCA, previo a emitir el laudo arbitral, otra clase de interpretación prejudicial, esto es, la del fondo del asunto, la de controversia de derecho o ***in iudicando***, consistente en la interpretación adecuada de las normas comunitarias del tema de interconexión aplicables a la controversia puesta a consideración de esa justicia temporal.

Y para contrarrestar la argumentación del Estado Colombiano sobre el límite competencial y de jurisdicción del juez extraordinario, el TJCA enarboló los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino (primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial), la función de garantes tanto de los jueces del país miembro como del propio TJCA de la Comunidad Andina y de la aplicación correcta de las normas

comunitarias, para indicarle a la Sección Tercera de la Corporación lo siguiente:

*“En el caso concreto, **no solo bastaba que el Consejo de Estado argumentara que las causales de nulidad son taxativas y que su función tiene como límite dichas normas**, sino que con base en toda la carga que proviene del orden supranacional comunitario hiciere evidente que en proceso arbitral era necesario y obligatorio la solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de lo contrario, existirían operadores jurídicos con funciones judiciales aplicando el derecho comunitario sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario, lo que sin duda alguna afectaría la validez y eficacia del orden supranacional”* (subrayas y negrillas fuera de texto).

En efecto esas disquisiciones sobre si se contaba con la competencia y/o jurisdicción, fueron objeto de decisión incluso dentro del trámite del recurso de anulación, la entonces Consejera Ponente doctora Myriam Guerrero de Escobar, ante la petición de la parte arbitral COMCEL de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, la negó con base en las siguientes consideraciones³³:

- a. El asunto en controversia fue dilucidado por el Tribunal de Arbitramento, mediante el laudo impugnado en recurso de anulación, el cual fue sustentado en normas nacionales y, por ende, no hubo aplicación de las normas andinas que invoca el peticionario.
- b. En caso de requerirse la aplicación de las normas andinas, la solicitud correspondía hacerla ante el Tribunal de arbitramento, a quien compete el análisis de fondo de la controversia, pero no ante el juez del recurso de anulación, porque éste solo conoce de los “*errores in procedendo*” encuadrados en las causales previstas en la ley para que proceda su anulación, circunstancia que impide tener injerencia en el asunto, pues las propias partes acordaron que fueran los árbitros los jueces de su causa. Y agregó:
- c. “*Por si fuera poco, la solicitud se apoya en la causal de nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que aunque fue enunciada al interponerse el recurso, al momento de la sustentación se desechó y se creó una nueva causal que hacía parte de la causal consagrada en el numeral 8º de la citada norma*”.

De lo expuesto por el TJCA, el sustento precedente no fue considerado adecuado, de cara al derecho comunitario, por ello el incumplimiento endilgado al Estado Colombiano, por el actuar de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fue visto no como un vicio *in procedendo* de competencia -pues conforme lo anunció el TJCA el tema excedía los

³³ Transcripción en auto de 27 de mayo de 2009. Sección Tercera. Exp. 00010-00 (33645). C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Publicado en la web del Consejo de Estado.

aspectos de procedimiento y competencia del juez extraordinario- ni un yerro por no solicitar la interpretación de las normas comunitarias -pues determinó que ese era el deber del juez de la causa, es decir, del Tribunal de Arbitramento- porque lo imputó a que se alejó de su investidura de juez comunitario –no de solo juez nacional- y en consecuencia, el incumplimiento devino de la siguiente conducta: “el Consejo de Estado de la República de Colombia **debió aplicar los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto**... 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 en incumplimiento de la norma comunitaria por parte de la República de Colombia**”.

Pero el *iter* del caso continuó y conforme lo informa el hecho aceptado y reconocido por las partes (véase hecho 17 de la demanda y oposición, fls. 11 y 246 cdno. ppal.), esa decisión fue objeto de aclaración mediante auto de 15 de noviembre de 2011, en una orden de mayor perentoriedad impartida por el TJCA a la Sección Tercera sobre quien recaía la orden de éste, en los términos que se copian de la transcripción realizada por los sujetos procesales y que fue focalizada con mayor rigor, por el TJCA, en auto de 18 de julio de 2012, que transcribe la sentencia impugnada:

En el auto de 15 de noviembre de 2011, el TJCA indicó:

*“(...) 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...**”*
(negrillas fuera de texto).

“El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

DECIDE:

Primero. No hay 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: Si hay 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**. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.”* (Negrillas en el

texto).

Pero el margen de duda sobre las actuaciones que debía desplegar el Consejo de Estado en su Sección Tercera, cobró absoluta claridad con las órdenes perentorias que el mismo TJCA adoptó, en la literalidad del auto de 18 de julio de 2012:

“(…) para dar cabal cumplimiento 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”.
(Destacados fuera de texto).

Con ello quedaron superados temas como el límite de la competencia del juez de la anulación, la supuesta necesaria petición de parte de la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Arbitramento y a la presunta extemporaneidad de dicha solicitud ante el juez del recurso de anulación y en tal sentido, la Sección Tercera debía asumir el ropaje de juez comunitario. La decisión supranacional que debió ser analizada por la Sección Tercera para lograr la mejor y adecuada decisión que cumpliera la orden, hizo que el TJCA ante la espera de avizorar las medidas de protección del derecho comunitario por parte de la República de Colombia, como máximo órgano de la Comunidad Andina de Naciones, resolviera sin ambages indicarle al juez y a los árbitros nacionales, la forma expresa de desplegar las actividades en calidad de garantes del derecho comunitario, dando lugar, entre otras, a la nulidad insaneable por violación del debido proceso de la decisión del recurso de anulación y del laudo arbitral.

Luego, la **decisión de 20 de noviembre de 2012 del TJCA** intitulado “*procedimiento sumario por incumplimiento de sentencia*”, el 2 de febrero de 2012, inició trámite sumario para determinar si la República de Colombia había incurrido en incumplimiento de la sentencia de ese Tribunal citada en precedencia de 26 de agosto de 2011. El 18 de julio de 2012, formuló pliego

de cargos contra la República de Colombia, por el **incumplimiento de la referida sentencia** y le otorgó 40 días para presentar explicaciones y descargos y aportar pruebas que pretenda hacer valer. Esta decisión fue recurrida en reconsideración, por la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y por COMCEL S.A., los cuales fueron negados por extemporáneos y se ordenó continuar con el cómputo de los 40 días concedidos para el ejercicio del derecho de defensa, conforme auto de 28 de agosto de 2012.

Como se evidencia, de estas decisiones del TJCA, la situación de la República de Colombia, se agravaba aún más con el pasar del tiempo, pues mientras se buscaba argumentar como motivos de inconformidad aspectos *in procedendo* de competencia bajo los estrictos límites del juez extraordinario de la anulación del laudo arbitral y, conforme a ello intentar entender cuál era la mejor forma de cumplirle a la Comunidad Andina, la Sección Tercera en pleno adopta las decisiones que impugnan a través de este recurso de revisión.

En este punto, la Sala de Decisión, advierte que la recurrente COMCEL, aunque se probó que estuvo vinculada a lo largo de todas las etapas de los diferentes procesos, incluso ante el TJCA, tanto así que se hace referencia a la interposición del recurso de reconsideración contra la decisión que abrió pliego de cargos, insiste en sus censuras en dar un tratamiento exclusivo y cerrado del derecho interno, que fue superado, considerado y decidido por el propio TJCA.

Mal haría el juez del recurso extraordinario de revisión de asumir un papel cuestionador de la normativa andina y las decisiones supranacionales, en tanto no es de su resorte y sí por el contrario se abrogaría el papel de un juez que no le corresponde, devolviendo al país a la situación de responsabilidad por incumplir el derecho comunitario, que ya queda claro, debe aplicarse perentoriamente tanto la normativa como las figuras procesales de esa regulación supranacional cuando se diriman conflictos de asuntos regulados en éste.

Lo que advierte la Sala es que la falta de competencia y/o jurisdicción que la recurrente imputa a la Sección Tercera del Consejo de Estado por los eventos que explicó como fundamento de su segunda censura, no tienen otra causa sino una orden del TJCA quien como máximo órgano jurisdiccional del Derecho Comunitario está investido de esa potestad -lo que es indiscutible y no cuestionable en este recurso extraordinario- y frente al cual nadie desconoce su fuerza vinculante, de aplicación directa e inmediata, lo que implica que el ordenamiento interno simplemente en las materias ya trasladadas a los órganos supranacionales, tiene una función

de complementariedad y ello incluye las normas procesales internas.

En efecto, la aplicación del derecho procesal interno a temas que son del resorte del derecho comunitario y regentados por las normas comunitarias y en juzgamiento de los jueces nacionales, se hizo evidente ante el encausamiento de una acción que la normativa comunitaria prevé para definir la situación de responsabilidad internacional por incumplimiento a normas supranacionales a las que se estaba viendo abocada la Nación. Si bien en principio, podía vislumbrarse como desconocidas o no aplicables al litigio, lo cierto es que luego de las decisiones del TJCA, se hizo evidente, flagrante y cierta, la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial frente a la normativa andina, emergiendo como un deber de las autoridades arbitrales y jurisdiccionales y, más allá, como una situación que afectaría a todo el Estado Colombiano, en caso de no tomarse las medidas con prontitud.

De ello da cuenta, la realidad del desenvolvimiento final de los hechos, como se lee en auto de **20 de noviembre de 2012**, cuando dentro de la acción de incumplimiento 03-AI-2010, la Sección Tercera remite las decisiones objeto de impugnación, el TJCA al valorar los descargos, declara que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa, con la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su aclaratorio de 6 de septiembre siguiente, **ha dado cumplimiento de la sentencia** proferida el 26 de agosto de 2011 y a su auto aclaratorio de 15 de noviembre de 2011. En consecuencia, ordena levantar el procedimiento sumario por desacato de sentencia iniciado contra la República de Colombia.

Finalmente, dentro del esquema de esta censura, la recurrente aludió a que la Sección Tercera en la sentencia impugnada no tenía competencia para condenarla; a que esta devino de objeto distinto del pretendido en la demanda arbitral y, a que había sido parte en el proceso.

La Sala de Decisión, insiste nuevamente en que la Sección Tercera, tuvo como propósito acatar la decisión del TJCA, y la restitución de las posibles sumas pagadas devenidas de una decisión que como ya se analizó a lo largo de estas consideraciones fue anulada y considerada por el TJCA como violatoria del debido proceso, razón por la cual en realidad no se trata de una condena sino de una solución acorde a lo acontecido. Es más, lo cierto es que la controversia arbitral será objeto de decisión por la autoridad competente quien, conforme a lo indicado por el TJCA deberá en su potestad y competencia solicitar la interpretación prejudicial de la normativa andina aplicable a la controversia de interconexión entre ETB y COMCEL y, así mismo, el Consejo de Estado, como juez de la anulación del laudo, debe

verificar que la autoridad que decide lo haya efectuado, para evitar el yerro de violentar el debido proceso en el ámbito supranacional comunitario.

Estas mismas razones no permiten evidenciar la incongruencia por haber fallado *extra petita* que la revisionista alegó sin mayor carga argumentativa, y que tampoco encuentra prosperidad, pues se reitera la decisión del TJCA ordenó la anulación de las decisiones y retrotraer la actuación, razón por la cual los dineros de condena o que se ordenaron pagar con cargo a las decisiones anuladas y retrotraídas carecen de soporte y no es del caso que la recurrente insista en quedarse con ellas.

Visto todo el desarrollo de los acontecimientos, la Sala de Decisión no encuentra que se configure la causal de revisión contenida en el numeral 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 que prescribe *“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”* por las razones previamente expuestas, por lo que corresponde a la Sala Especial de Decisión N° 4 de esta Corporación declarar infundado el recurso extraordinario de revisión por esta causal.

3.3. Las costas

Ante la no prosperidad del recurso, la Sala de Decisión estima que no hay lugar a condenar en costas, porque para la procedencia de esta clase de carga se requiere que se haya probado una conducta temeraria en la interposición del recurso, según lo prevé, en forma general el artículo 188 del C.P.A.C.A., que remite al C.G.P., que en su artículo 365 contiene la parte objetiva de la norma, en cuanto dispone la condena en costas, por regla general, para la parte vencida, pero el operador jurídico para efectos de condenar en costas, debe armonizarla con la parte subjetiva o conductual prevista en el artículo 79 del C.G.P., que dispone: *“Se considera que ha existido **temeridad o mala fe**, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a este; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a este o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas y 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso”*.

Y es que ingresar a un régimen objetivo en materia de costas en el que el solo desfavorecimiento de las pretensiones implique *per se* una condena, vulnera el derecho a la administración de justicia y desdibuja el papel del juez, en tanto cada persona antes de acudir a la jurisdicción deba

asegurarse que ganará la contienda judicial, en vez de permitirle acudir con el propósito de que la autoridad investida para tal efecto le responda si le asiste o no la razón.

Pues bien, descendiendo al caso concreto se observa que la discusión planteada en vía del recurso extraordinario de revisión corresponde al giro normal de posiciones e interpretaciones jurídicas entre quien acude a la administración de justicia y sus jueces naturales, pues la censura en revisión determinó que tenía derecho a que se mantuviera incólume la decisión de 21 de mayo de 2008 proferida por la Sección Tercera como juez de la anulación del laudo arbitral, por cuanto la consideró cosa juzgada, que no podía ser contrariada por la decisión de 9 de agosto de 2011 y porque a su juicio, esta adolecía de circunstancias generadoras de su propia nulidad.

Tampoco se advierte que la conducta de la censora haya sido de aquellas que contengan mala fe o temeridad, sino el ejercicio propio del derecho de toda persona a controvertir lo que considera es injusto con sus derechos, sin que advierta carencia de fundamento legal por cuanto se apoyaba, en el principio de la cosa juzgada y la inmutabilidad de la sentencia de 2008. No se advierte tampoco propósitos ilegales, dolosos o fraudulentos; no obstruyó la práctica de pruebas y no ha sido una postulación reiterada para entorpecer el desarrollo normal del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Decisión N° 4 de esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de revisión presentado por COMCEL S.A contra la sentencia de 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio de 6 de septiembre de 2012, proferidos por la Sección Tercera -en pleno- del Consejo de Estado.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente a la Sección Tercera de esta Corporación.

CUARTO. ORDENAR que por Secretaría General se remita copia íntegra y auténtica del presente pronunciamiento al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de

Comercio de Bogotá, para que si a bien lo tiene, ponga en conocimiento de los profesionales del Derecho que, en su condición de árbitros, integraron el correspondiente Tribunal de Arbitramento y a quien fungió como secretaria. Así mismo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien ejerció la defensa de Colombia ante el TJCA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado
Con salvamento parcial de voto

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera de Estado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Consejero de Estado

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera de Estado
Con aclaración parcial de voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA CUARTA ESPECIAL DE DECISIÓN

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA JEANNETTE
CARVAJAL BASTO**

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02042-00 (REV)

Actor: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E. S. P

Comparto la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala, que resolvió declarar infundado el recurso extraordinario de revisión presentado por COMCEL S.A contra la sentencia del 9 de agosto de 2012 y su auto aclaratorio del 6 de septiembre de 2012, proferidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado y negar la condena en costas.

No obstante lo anterior, me aparto respetuosamente de los argumentos expuestos en la providencia para sustentar la decisión de no condenar en costas a la parte vencida en el recurso.

Lo anterior por cuanto, en primer lugar, el artículo 188 del CPACA que regula la condena en costas, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil – hoy Código General del Proceso - pero no exige la demostración de *«una conducta temeraria en la interposición del recurso»*.

En segundo lugar, aunque la citada norma como se dijo remite para la condena en costas a lo previsto en el Código General del Proceso, es para la liquidación y ejecución de las costas.

Con respecto al artículo 79 del CGP, citado en la providencia, es una disposición que prevé los casos en los cuales el legislador ha presumido que existe temeridad y mala fe de las partes o los apoderados, pero únicamente para efectos de que el juez tase los perjuicios patrimoniales que ocasionen los sujetos procesales al incurrir en ese tipo de conductas y en los términos dispuestos en el artículo 80 del CGP.

En esas condiciones, considero que la condena en costas está íntegramente regulada en los artículos 365 y siguientes del Código General del Proceso, pues allí se prevén las reglas para la imposición, liquidación y ejecución de esta carga procesal, sin que sea necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 79 del CGP, pues este tiene efectos para otro tipo de actuación del juez.

Por lo demás, sobre el tema la Corte Constitucional en sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, expuso que: **«La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su**

derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra». (Negrillas fuera de texto)

En ese contexto y teniendo en cuenta los parámetros previstos en el artículo 365 del CGP, considero que para el caso concreto la condena en costas no es procedente, toda vez que el numeral 8º de la citada disposición prevé que, “8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, y verificado el expediente no existen medios de prueba que permitan establecer erogación alguna por concepto de costas.

Con todo respeto,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO